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 I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXII - BOGOTA, COLOMBIA - ABRIL - MAYO DE 1947 - NUMEROS 2046 Y 2047

SALA PLENA

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS DECRETOS Nos. 1570 DE 1º DE JULIO DE 1942 Y 260 DE 6 DE FEBRERO DE 1943, QUE TRATAN SOBRE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

La competencia de la Corte para el conocimiento de demandas de inexequibilidad de decretos ejecutivos está limitada por el Acto Legislativo número 1º de 1945 a los que dicta el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del 121 de la Constitución Nacional. Actualmente esa competencia sólo puede hacerse efectiva a los casos señalados por el artículo 214 de la Constitución Nacional vigente. Así, pues, sólo para el conocimiento del primer decreto es competente la Corte; no así para el segundo, cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado, por tratarse de un decreto expedido por el Gobierno en uso de la potestad reglamentaria y no de facultades extraordinarias.

Habiendo sido derogado el decreto acusado por el artículo 62 de la ley 1ª de 1945 no hay materia para decidir sobre la acción propuesta. Es natural que el ejercicio y guarda de la integridad de la Constitución, cuando sus normas se vulneran o menoscaban por leyes o decretos, deba subordinarse al hecho de que esas leyes o decretos que se dicen inconstitucionales, subsistan en el instante de proferir el fallo. Si no existen, por haber sido derogadas por leyes posteriores, es lógico que la función de la Corte no pueda hacerse efectiva, por carencia de objeto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, veintiseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

El doctor Olegario Medina, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional (hoy 214), pide se declare la inconstitucionalidad o inexequibilidad de los Decretos números 1570 de julio 1º de 1942 y 260 de febrero 6 de 1943, expedidos por el Organo Ejecutivo, el primero en virtud de autorizaciones extraordinarias conferidas por las leyes 89 de 1940

y 128 de 1941, y el segundo, en uso de la potestad legal y reglamentaria.

Los Decretos acusados versan sobre la organización del servicio militar obligatorio, y el primero, en diversos capítulos, trata sobre estos puntos: Finalidad del servicio territorial militar, Sistema de reemplazos, Organismos del servicio territorial, Personal del servicio territorial, Inscripción militar, Exenciones y aplazamientos, Reservistas y sus clasificaciones, Fondo de Defensa Nacional, Infracciones y penas; el capítulo X contempla un conjunto de disposiciones varias.

Corrido el traslado al señor Procurador General de la Nación, este funcionario, en vista de julio 19 de 1943, dijo:

"En escrito de fecha 17 de febrero de este año, el mismo doctor Olegario Medina presentó demanda ante el Consejo de Estado solicitando que esa entidad declare por ilegalidad la nulidad de los Decretos números 1570 de 1º de julio de 1942 y 260 de 6 de febrero del corriente año.

Al observar y comparar detenidamente las dos demandas, se ve claramente que los fundamentos de las dos peticiones —la formulada a la Corte y la hecha al Consejo de Estado— son exactamente iguales con la única diferencia de que ante la Corte pide se declare **la inexequibilidad** por ser contrarios a la Constitución y ante el Consejo de Estado, la **nulidad** por ilegalidad.

"En términos generales y desde un punto de vista puramente abstracto, el suscrito considera jurídicamente posible, según nuestro sistema legal, que un mismo decreto, aunque sea de carácter extraordinario, puede ser acusado por **ilegal,** cuando la causa de la demanda se hace radicar en la violación de la ley de autorizaciones, con base en la cual se afirma que ha sido dictado; y por **inconstitucional,** cuando la razón de la acción se hace consistir en ser el decreto acusado contrario a la Carta Fundamental aunque formalmente y por sus finalidades se ajuste a la ley de autorizaciones. En el primer caso, el decreto es **inmediatamente** contrario a la ley **y mediatamente** contrario a la Constitución; en el segundo, es **inmediata** o **directamente** contrario a ésta. Así considerada la cuestión, es obvio que puede presentarse el caso de que la demanda contra un mismo decreto esté simultáneamente al conocimiento de la Corte y al del Consejo de Estado, sin que ello implique una confusión de jurisdicción, toda vez que cada una de las entidades dichas va a decidir sobre cuestiones que exclusivamente les competen.

"Pero este punto de vista no puede seguir siendo motivo para que, con unas mismas e idénticas razones, alegando la violación de unas mismas e idénticas disposiciones constitucionales, los ciudadanos se presenten simultáneamente ante la Corte y el Consejo de Estado impetrando de aquélla, la declaratoria de inconstitucionalidad, y de éste, la nulidad por ilegalidad, ya que tal forma de actuar lleva necesariamente a introducir una grave perturbación en la organización jurídica y pone a las dos más altas entidades en lo Judicial y en lo Contencioso-Administrativo en el trance de decidir sobre cuestiones que competen exclusivamente a una de ellas.

"Ha podido observarse recientemente la profunda extrañeza y el desconcierto general que producen en la ciudadanía las informaciones que se dan acerca de que sobre un mismo punto la Corte y el Consejo de Estado han decidido en sentido diverso y hasta contradictorio, lo cual se traduce en una seria desconfianza y hasta en una pérdida de respeto hacia las decisiones tomadas por los Tribunales a que vengo refiriéndome.

"Con el objeto de impedir que una vez más pueda volver a presentarse una situación conflictiva y para que esa Alta Entidad examine la cuestión y dilucide el punto sentando una sabia jurisprudencia al respecto, me permito solicitar muy respetuosamente se promueva competencia positiva al Consejo de Estado, para el conocimiento de la demanda que contra los decretos citados presentó ante aquella entidad el doctor Olegario Medina, dando aplicación a los artículos 416 y siguientes del C. J. y al 147 de la ley 167 de 1941, si fuere el caso.

Para llenar la formalidad del artículo 416 del C. J., presento como pruebas de los fundamentos de mi petición copias auténticas, expedidas por el Secretario del Consejo de Estado, de la demanda presentada ante éste y de la providencia dictada por el Consejero ponente, con vista en tales copias, la Honorable Corte podrá verificar la completa identidad de las dos demandas, y podrá también observar que:

"1º En la parte segunda de la demanda presentada ante el Consejo de Estado, el demandante ataca el Decreto Ley número 1570 como contrario a **"la letra de la Constitución".**

"2º Ataca igualmente el mencionado decreto como violatorio de los artículos 38 y 40 de la Car-

ta, en el aparte que denomina **'Capitis diminutio'.**

"3º Considera que el decreto debe ser declarado nulo por cuanto que implica la **'creación de un impuesto'**, con lo cual infringe los artículos 72 y 73 y ordinal 2º del artículo 96, **todos de la** Constitución Nacional".

La Corte, teniendo en cuenta la petición de su colaborador, provocó competencia positiva al H. Consejo de Estado, a fin de que se abstuviera de seguir conociendo del negocio y remitiera a esta corporación la demanda presentada por el doctor Olegario Medina, en relación con los citados decretos.

Las razones que sustenta esa providencia son del tenor siguiente:

"A) Las dos demandas versan o se refieren a unos mismos actos del Organo Ejecutivo, como se deduce de la simple lectura de las partes petitorias, y tienden a dejar sin validez ni eficacia obligatoria a los Decretos extraordinarios números 1570 de 1942 y 260 de 1943. La única diferencia, meramente formal, es la de que en el libelo de que conoce esta Corte se suplica la declaratoria de inexequibilidad y en la demanda que cursa en el Consejo de Estado se pide la nulidad por ilegalidad. Diferencia, por lo demás, justificable si se tiene en consideración la finalidad de las dos acciones intentadas. Lo que pretende la Corte al hacer esta preliminar observación es hacer resaltar la identidad de los dos actos acusados, como premisa para deducir sus conclusiones.

"B) En el capítulo segundo de la demanda presentada ante el Consejo de Estado el demandante ataca el Decreto número 1570 como contrario a la Constitución. "Es tan clara y manifiesta la intención del actor de arruinar la vigencia de los Decretos acusados por ese concepto primordial y dominante de inconstitucionalidad que dicho capítulo lo bautiza con esta definición titular: 'a) El Decreto Ley 1570 va contra la letra de la Constitución'. Y luego, al desarrollar su acusación ante el Consejo de Estado dice textualmente esto: 'Pero como en el presente caso no se trata ni de guerra exterior ni de conmoción interior, el Decreto que acuso **es violatorio del ordinal 8º del artículo 113 y del artículo 117 de la Constitución vigente. Viola expresamente estas disposiciones el artículo 91 de ese Decreto-Ley**.....". (Subraya la Corte). De manera que la razón o fundamento alegado ante el Consejo de Estado es en su forma de inexequibilidad y no de ilegalidad, propiamente dicha, de tales actos.

"C) También se ataca el mencionado Decreto como violatorio de los artículos 38 y 40 de la Carta, en el aparte posterior que denomina **'Capitis diminutio'**. En este acápite así se expresa la demanda ante el Consejo de Estado: 'De consiguiente, los artículos 8º y 9º y los demás que paralizan el ejercicio del empleo público y privado, el ejercicio de la profesión y hasta el trabajo mismo del obrero y jornalero, constituyen la más escandalosa violación de las dos disposiciones constitucionales citadas'. (Artículos 38 y 40). Podrá verse que en esta parte de la demanda se pretende pedir la declaratoria de nulidad por ilegalidad del mencionado Decreto, pero por motivos claros y definidos de inexequibilidad y por considerarlos violatorios de la Carta.

"D) La demanda que cursa ante el Consejo de Estado contiene como argumento básico que el Decreto 1570 debe ser declarado nulo por cuanto implica la **"creación de un impuesto"**, con lo cual infringe los artículos 72 y 73 y ordinal 2º del 96, todos de la Constitución Nacional. Aparece claro el pensamiento del demandante de que el Decreto sea declarado inexequible, pero aspira a conseguir ese resultado por la vía inconducente de una declaración de nulidad por ilegalidad que haga el Consejo de Estado. Lo que sirve de único fundamento a este cargo de la demanda es que el Decreto acusado viola tres preceptos de la Carta fundamental, sin que se alegue razón alguna de violación de una ley de autorizaciones por extralimitación de facultades".

Y más adelante agrega:

"....Se está alegando allá infracciones de normas superiores del Estatuto cuya guarda compete de manera exclusiva a esta Corte, en virtud de jurisdicción especial y extraordinaria concedida por el constituyente colombiano. Siendo tan clara y manifiesta la intención y el fundamento que se presentan en la demanda de que conoce el Consejo de Estado, es evidente que sólo esta Corte tiene competencia para decidir de esas acusaciones que son en el fondo de inexequibilidad".

El Consejo de Estado, en providencia de noviembre 3 de 1943, se declara inhibido para conocer del negocio y ordena remitir el expediente a esta Corporación.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 de la Constitución Nacional —vigente a la época en que se instauró la demanda—, la Corte era competente para fallar sobre la inexequibilidad de los Decretos acusados por inconstitucionalidad

les, aunque éstos fueran simplemente reglamentarios de leyes. Pero el Acto Legislativo número 1º de 1945, por medio de su artículo 53, limitó esa competencia y la redujo, para los Decretos, sólo a aquellos que el Gobierno dicta en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y 121 de la Constitución Nacional. Si la Corte, con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo número 1º de 1945, era competente para fallar sobre la demanda de inexequibilidad de los Decretos acusados, actualmente esa competencia sólo puede hacerse efectiva a los casos especialmente señalados por el artículo 214 de la Constitución Nacional en vigencia.

Examinados los Decretos acusados, se observa: que sólo el Decreto número 1570 de julio 1º de 1942 fue expedido en uso de autorizaciones especiales conferidas por el artículo 8º de la ley 89 de 1940 y de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 128 de 1941; no sucede lo mismo con el Decreto número 260 de febrero 6 de 1943, que fue expedido en uso de la potestad reglamentaria, de cuya facultad el Ejecutivo hizo uso para reglamentar los artículos 87 y 89 del Decreto-Ley anteriormente citado.

Por lo tanto, la competencia de la Corte, en este caso, sólo puede limitarse a resolver sobre la inconstitucionalidad del Decreto expedido en uso de facultades extraordinarias, pues de la ilegalidad o inconstitucionalidad de los Decretos expedidos en uso de la facultad reglamentaria, la competencia es del Consejo de Estado. (Artículo 216 de la C. N.).

El demandante hace un estudio tendiente a demostrar la inconstitucionalidad del Decreto número 1570 de julio 1º de 1942, y estima como violados los preceptos de los artículos 38, 40, 72, 73, 96, ordinal 2º, 113, ordinal 8º y 117 de la Constitución Nacional.

El señor Procurador General de la Nación al estudiar el problema de la inconstitucionalidad planteado en la demanda, dice:

"Según doctrina permanentemente sostenida por esa entidad, cuandoquiera que al tiempo de decidir la demanda de inconstitucionalidad el acto acusado ha dejado de regir, bien por haber sido derogado o bien por haber producido ya todos los efectos en él previstos, la decisión de la Corte se profiere en el sentido de declarar que no hay materia sobre la cual fallar.....".

Y, posteriormente, agrega:

"Aplicando esta tesis al caso de autos, observo que el decreto acusado fue derogado desde el 19 de febrero del año pasado a virtud de lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 1ª de 1945, la cual reguló íntegramente la materia referente al servicio militar obligatorio, de manera que hoy no hay ya sobre qué decidir".

Se considera:

El Congreso de Colombia, con posterioridad a la vigencia de los Decretos acusados, expidió la Ley 1ª de 19 de febrero de 1945, que trata del servicio militar obligatorio, y en diez capítulos reglamentó íntegramente la materia a que hacen referencia los Decretos demandados.

En virtud del artículo 62 de la citada ley, quedaron derogadas todas las disposiciones contrarias a ella, ley que entró a regir desde su sanción; por consiguiente, las disposiciones del Decreto acusado quedaron sin vigencia alguna, y la Corte, por tanto, sin materia para decidir sobre la acción propuesta por el doctor Olegario Medina.

Es natural que el ejercicio y guarda de la integridad de la Constitución, cuando sus normas se vulneran o menoscaban por leyes o Decretos, debe subordinarse al hecho de que esas leyes o Decretos que se dicen inconstitucionales, subsistan en el instante de proferir el fallo.

Si esas leyes o Decretos no tienen existencia, por haber sido derogados por leyes posteriores, es lógico que la función de la Corte no pueda hacerse efectiva, por carencia de objeto.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el concepto del Procurador General de la Nación, declara que no hay lugar a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad del Decreto número 1570 de julio 1º de 1942, por carencia de materia sobre la cual debe pronunciarse el fallo, y se inhibe de conocer en relación con el Decreto número 260 de febrero 6 de 1943, por no ser de su competencia.

Dése cuenta a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y al de Guerra.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Germán Alvarado — Francisco Bruno — Pedro Castillo Pineda — Tulio Gómez Estrada — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Hinestrosa Daza — Ricardo Jordán Jiménez. Ramón Miranda — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 7º DE LA LEY 71 DE 1916 Y 1º Y 2º DE LA LEY 49 DE 1931

Aunque el artículo 186 de la Constitución Nacional anterior no establecía expresamente otros requisitos para crear y suprimir Municipios que el de la base de población que determinara la ley, los artículos 7º y 83 del Acto Legislativo número 1º de 1945, correspondientes a los textos de los artículos 76 y 187 de la nueva Codificación Constitucional modificaron totalmente las condiciones impuestas anteriormente para la creación de nuevas leyes sobre el particular; es decir, atribuyó al Legislador dicha facultad como función propia suya. Así, pues, la disposición constitucional invocada por el actor no existe por haber sido reemplazada con los textos citados, preceptos que en ningún caso se oponen a las disposiciones legales acusadas como inconstitucionales, ni pugnan con ellas. Por consiguiente, no pueden ser declaradas inexequibles, ya que no existe fundamento alguno que lleve a esa conclusión.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Con fundamento en el artículo 149 de la Constitución Nacional (hoy, 214), el doctor Alberto Preciado Peña demanda la inexequibilidad del artículo 7º de la ley 71 de 1916 y de los artículos 1º (numerales 2º, 3º, 4º y 5º con su parágrafo), y 2º de la ley 49 de 1931.

La demanda fue tramitada de conformidad con las disposiciones de la ley 96 de 1936, y como se halla recibido el concepto del señor Procurador, se procede a su estudio.

Disposiciones acusadas

Los textos de las disposiciones legales acusadas por el demandante, dicen:

"LEY 71 DE 1916

"Artículo 7º—Para agregar o segregar términos municipales y para aclarar líneas dudosas limítrofes de los Municipios, correspondientes a un mismo Departamento, deben cumplirse previamente estas condiciones:

"a) Petición hecha a la Asamblea respectiva por los Concejos Municipales de los Municipios afectados.

"b) Estudio del punto en cuanto a límites por una Comisión plural de ingenieros nombrada así: dos ingenieros por los Concejos y uno tercero por el Gobernador.

"c) Informe de este funcionario.

"Si alguno de los Concejos se negare a la petición, el Municipio o Municipios interesados pueden suplir aquella formalidad enviando, cada uno de ellos, peticiones razonadas y suscritas por quinientos ciudadanos vecinos, por lo menos. Las asambleas podrán establecer las cabeceras de los Municipios en otros lugares, dentro del respectivo territorio, siempre que previamente se llenen estas condiciones: petición razonada del Concejo Municipal y por lo menos de quinientos ciudadanos vecinos, e informe del Gobernador sobre el particular.

"Son nulas las ordenanzas que se dicten en contravención a este artículo".

"LEY 49 DE 1931

"Artículo 1º—En lo sucesivo, para que una porción del territorio pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1ª—Que tenga, por lo menos, ocho mil habitantes, y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede, cuando menos, con una población no menor de doce mil habitantes;

"2ª—Que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega, una suma no menor de

seis mil pesos ($ 6.000), y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos ($ 14.000);

"3ª—Que tenga una población en donde residan ciento cincuenta (150) familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan allí mismo locales adecuados para escuelas; casa municipal, cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los recursos suficientes para construírlos;

"4ª—Que la creación del Municipio sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos, y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio. Las firmas de la solicitud deberán autenticarse ante el Juez de uno de los Distritos que sufren la segregación; y

"5ª—Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio.

"Parágrafo.—El nuevo Distrito tendrá la obligación de contribuír proporcionalmente al pago de las deudas que tuviere el Distrito o Distritos de los cuales se segrega, al tiempo de la creación. La fijación de esta cuota proporcional se hará por la Asamblea al tiempo de crear la nueva entidad.

"Artículo 2º—Si hubiere reclamos contra la fijación de la cuota de que trata el parágrafo del artículo 1º de esta ley, por razón de las inversiones que se hubieren hecho de los dineros recibidos en empréstito, o por el origen de las deudas, o por no ser equitativa la proporción, si se tiene en cuenta los recursos fiscales con que quede el Municipio o Municipios de los cuales se hace la segregación, el punto será decidido en una sola instancia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo".

Razones de la demanda

El demandante afirma que las disposiciones legales transcritas exigen para la creación y supresión de Municipios, condiciones distintas de aquellas que determina el artículo 186 de la Constitución Nacional de 1886 (54 del Acto Legislativo número 3 de 1910), que dice:

"Corresponde a las Asambleas:

"....

"4º—Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley, y segregar o agregar términos municipales, consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso".

Como razonamiento, aduce el siguiente:

"Según este artículo, la condición única, exclusiva, que deben atender las Asambleas para crear Municipios, es la base de población que determine la ley. Cualquiera otra exigencia que la ley haga a las Asambleas sobre el particular, está desautorizada por la Constitución, y es contraria a la disposición de la Carta Fundamental transcrita".

Más adelante expone: que no es dable argumentar contra la letra del artículo de la Carta, cuyo contenido es claro y de interpretación trivial; que la frase "consultando los intereses locales", no debe interpretarse en el sentido de que dicho interés local comprende la capacidad fiscal y económica, existencia de personal idóneo, posibilidad de obtener, si no los hay, locales adecuados para los servicios públicos, o sea, todas aquellas condiciones que establece el artículo 1º de la ley acusada (49 de 1931), sino única y exclusivamente la base de población que determine la ley, de acuerdo con el artículo 186 de la Constitución Nacional.

Concepto de la Procuraduría

Al contestar el traslado de la demanda, el señor Procurador se opone a que se haga la declaración de inexequibilidad que solicita el doctor Preciado Peña, y expresa:

".....La ley debe, pues, establecer "la base de población" necesaria para crear o suprimir municipios. El demandante entiende por población únicamente el número de habitantes, pero talvez no es ésta la interpretación correcta. Como no se trata de palabras que el legislador haya definido expresamente, es preciso entenderlas "en su sentida natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", al tenor del artículo 28 del Código Civil.

"Ese sentido natural y obvio debe buscarse en el Diccionario de la Academia de la Lengua, que en frente de la palabra "población" dice: "f. Acción y efecto de poblar. Número 2. **Número de personas** que componen un pueblo, provincia, nación, etc. Número 3. **Ciudad, villa o lugar**...." (Subraya la Procuraduría).

"De lo anterior se desprende que la palabra población tiene dos acepciones, y que puede emplearse como "número de personas que componen un pueblo" o como "ciudad, villa o lugar". Si se entendiere la palabra en el primer sentido, quizá tendría razón el demandante puesto que, de ese modo, la ley sólo estaba facultada para fijar la base de personas para que pudiera crearse o suprimirse un municipio. Pero si la palabra se entiende en el segundo sentido, como debe serlo en concepto de este Despacho, es obvio que el actor no tiene razón en sus argumentaciones toda vez que con ella se facultó al legislador para fijar la base no sólo en cuanto al número de personas, para crear o suprimir municipios, sino también en todo lo relacionado con las ciudades, como existencia de escuelas, cárceles, presupuesto, etc.

"Y estima este Despacho que la palabra "población" debe entenderse en el segundo de los significados dichos, porque sería inconcebible que la Constitución no hubiera facultado al legislador para establecer todos aquellos requisitos necesarios para la creación o supresión de municipios, o ni hubiera indicado en forma alguna cuáles debían ser tales requisisitos ni qué entidad podría señalárlos. Es claro, por lo demás, que el número de personas no puede ser el factor único para la creación o supresión de los distritos municipales, pues para que el Municipio pueda funcionar correctamente necesita, además de una base de individuos, un cierto número de casas, habitaciones, escuelas, entradas económicas, y muchas otras condiciones que sería largo enumerar".

Se considera:

La Corte observa que no es pertinente un estudio especial de los argumentos presentados por el demandante y por la Procuraduría, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones legales acusadas, en relación con el contenido del artículo 186 de la anterior Constitución Nacional, porque los artículos 7º y 83 del Acto Legislativo número 1º de 1945 modificaron sustancialmente el precepto invocado por el doctor Preciado Peña como fundamento básico de la demanda.

Los artículos 7º y 83 del Acto Legislativo número 1º de 1945 corresponden, respectivamente, a los textos de los artículos 76 y 187 de la nueva Codificación Constitucional, que en lo pertinente dicen:

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

"....

"5ª—Modificar la división general del territorio, con arreglo al artículo 5º de esta Constitución; establecer y reformar, cuando convenga, las otras divisiones territoriales de que trata el artículo 7º, y fijar las bases y condiciones para la creación de Municipios.

"Artículo 187.—Corresponde a las Asambleas

"....

"4º—Crear y suprimir Municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los Distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

En la primera disposición, numeral 5º, el Constituyente, de manera expresa y clara, concedió al legislador la facultad para que en las respectivas leyes se fijen las bases y demás condiciones indispensables para la creación de Municipios; y en la segunda, numeral 4º, se concede a las Asambleas la atribución de crear y suprimir Municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites para los Distritos, mediante el cumplimiento de una sola condición, o sea, la de que esos actos se verifiquen sujetándose estrictamente a los requisitos que establezcan las leyes.

Cierto es que la disposición invocada por el demandante (artículo 186 de la C. N. anterior) no establecía expresamente otros requisitos para crear y suprimir Municipios, sino el de la base de población que determine la ley; pero también es evidente que los nuevos preceptos constitucionales modificaron totalmente las condiciones impuestas anteriormente, estableciendo que tales actos se sujeten a lo que determinen las leyes sobre el particular; es decir, atribuyó al legislador dicha facultad como función propia suya.

Así, pues, la disposición constitucional invocada por el demandante no existe, por haber sido reemplazada con los textos que se dejan transcritos, preceptos que, en ningún caso se oponen ni están en pugna con las disposiciones legales acusadas, como inconstitucionales. Por consiguiente, no pueden ser declaradas inexequibles, ya que no existe fundamento alguno que lleve a esa conclusión.

Por otra parte, la Corte —Sala Plena— al resolver un problema similar al que hoy se estudia, en sentencia de octubre 18 de 1945, dijo:

"Sin embargo, en cuanto al argumento expuesto se ha visto ya que no es pertinente, porque como lo dijo el señor Procurador, no es posible declarar inconstitucional un precepto legal que fija las bases y condiciones para la creación de Municipios y que establece requisitos para esos mismos fines y para agregar o segregar términos municipales y determinar los límites entre los Distritos, puesto que la misma Constitución autoriza al Legislador para precisar esas formalidades o requisitos".

Si el precepto constitucional base de la demanda fue modificado por voluntad expresa del Constituyente, es lógico que la solicitud sobre inexequibilidad de las leyes acusadas debe resolverse de conformidad con los textos constitucionales que se hallan en vigencia, y de acuerdo con éstos, no hay razón para aceptar la petición que contiene el escrito del doctor Alberto Preciado Peña.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en uso de la atribución conferida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

Son EXEQUIBLES el artículo 7º de la ley 71 de 1916 y los artículos 1º (numerales 2º, 3º, 4º y 5º, con su parágrafo) y 2º de la ley 49 de 1931.

Dése cuenta a los Ministerios de Gobierno y de Hacienda.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Francisco Bruno—Pedro Castillo Pineda — Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza — Ricardo Jordán Jiménez — Ramón Miranda — José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Miguel Aguilera, Conjuez—**Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón,** Srio.

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 1668 DEL 25 DE AGOSTO DE 1943.—DERECHOS CIVILES DE LOS EXTRANJEROS

El artículo 11 de la Constitución Nacional consagra, en cuanto a los derechos civiles de los extranjeros y, en tesis general, el sistema de la IGUALDAD JURIDICA que, en sentir del Constituyente de 1936, es el "más acorde con el derecho moderno y con las mutuas conveniencias e intereses de los Estados, proveniente del desarrollo del comercio internacional". La Corte comienza por admitir lo primero que a la vista salta, esto es, que el régimen de administración fiduciaria establecido en Colombia con motivo de la última guerra mundial, implica una limitación del ejercicio de los derechos civiles sobre la propiedad de que en tiempos normales disfrutan los extranjeros. Pero esa limitación tiene su fundamento en la propia Carta, que la autoriza por razones de orden público, razones que de modo indudable fueron la causa de su implantación en el país, en virtud de las facultades que le fueron conferidas al Presidente de la República por la ley 7ª de 1943 parágrafo del artículo 13, y artículo 16 de la ley 128 de 1941. Los preceptos del Decreto no se refieren de modo directo a los colombianos, pues los obliga condicionalmente, o sea, en cuanto el Gobierno tenga "fundamentos para considerarlos como pertenecientes en realidad a personas que conforme a las normas vigentes tengan o deban tener" sus bienes bajo ese régimen de administración fiduciaria. Pero de esos artículos acusados resulta que no se ha dejado a las autoridades correspondientes la decisión de si los bienes adquiridos por colombianos deben entrar a la administración fiduciaria por pertenecer a personas que deben tener los suyos bajo ese régimen, o si el traspaso de ellos se ha hecho con el fin de eludir las disposiciones sobre control de bienes de extranjeros. Esa decisión se le ha dejado, en forma absoluta, al Gobierno Nacional. Tal decisión del Gobierno no versa sobre asuntos de su incumbencia, porque se trata nada menos que de resolver a quién PERTENECEN determinados bienes o si su adquisición por parte de nacionales colombianos se ha hecho con fraude de las disposiciones sobre administración fiduciaria. Es, pues, una DECLARACION DE PROPIEDAD lo que debe hacer el Gobierno cuandoquiera que tenga que decidir si ciertos haberes han de pasar al llamado Fondo de Estabilización o, por el contrario, cuando determina que han sido adquiridos legítimamente, y esa declaración no puede hacerla la rama ejecutiva del poder público, sino solamente la rama jurisdiccional. Por tanto, las disposiciones acusadas quebrantan el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues el resolver las controversias sobre propiedad entre los ciudadanos, o entre éstos y el Estado, es función privativa de la administración de justicia. Son, pues, inexequibles los artículos del Decreto acusado, pero sólo en cuanto sustraen el conocimiento de las controversias sobre derechos civiles de los colombianos a la rama jurisdiccional del poder público.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, abril diez de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor José Arturo Andrade pidió que se declararan inexequibles los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario número 1668, de 25 de agosto de 1943, que dicen así:

"Artículo 1º—Además de los bienes enumerados en el artículo 1º del Decreto 59 de 1942, quedan sujetos al régimen de administración fiduciaria —cualquiera que sea la nacionalidad de la persona que figure como propietaria— aquellos sobre los cuales tenga el Gobierno fundamentos para considerarlos como pertenecientes, en realidad, a persona que, conforme a las normas vigen-

tes, tengan o deban tener los suyos bajo este régimen o bajo el del Decreto 1500 de 1942.

"Artículo 2º—Quedan también sujetos al régimen de administración fiduciaria los bienes cuyo traspaso se haya hecho, en concepto fundado del Gobierno, con el fin de eludir el cumplimiento de las disposiciones sobre control de bienes de extranjeros".

El primer precepto de la Constitución que el actor considera infringido con los estatutos acusados es el 16, que establece que "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 del Estado y de los particulares".

Pero ningún argumento trae especialmente para hacer visible la violación del citado precepto, sino que pasa al estudio del amparo de la propiedad. Y, en realidad, no se puede demostrar en forma directa el quebrantamiento de una norma como la del artículo 16 de la Carta, debido a su carácter general y abstracto. Ello sólo es posible acreditando la falta de tutela a un derecho concreto que, para el caso, resultaría del hecho de no prestar las autoridades la debida protección a la propiedad y derechos de los colombianos en sus relaciones con la propiedad y derechos de los extranjeros. Por tanto, lo propio es analizar lo relativo a esa protección constitucional.

El segundo precepto de la Constitución que el demandante estima quebrantado es el 30, según el cual se garantizan la propiedad privada y los 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.

Arguye diciendo que el régimen de administración fiduciaria de los bienes de extranjeros limita y restringe sustancialmente el uso, goce y disposición de las propiedades sometidas a sus normas; pero que si su aplicación a ellos tiene pleno respaldo en lo dispuesto por la Carta en su artículo 11, el extenderla a personas o entidades que no sean extranjeras resulta flagrantemente violatorio de la tutela debida a la propiedad, consagrada en el artículo 30, puesto que el citado régimen tiene un carácter excepcional.

Por consiguiente, los artículos acusados son inconstitucionales, porque permiten aplicar a los colombianos las medidas de administración fiduciaria "que la Carta Fundamental autoriza únicamente para extranjeros".

La Procuraduría, por su parte, rebate las razones anteriores, diciendo, en síntesis :

a) Que no es exacto que las disposiciones acusadas se refieran a los colombianos de manera irrestricta, puesto que apenas son condicionales y los afectan de modo indirecto;

b) Que "al negarle a un extranjero el ejercicio de su derecho de dominio, póngase por caso, se le está haciendo incapaz de disponer de sus bienes, se está creando una nueva categoría de incapaces". Y que siendo las incapacidades de orden público, inciden sobre las operaciones jurídicas que los colombianos celebren y, por tanto, el régimen de restricción decretado para los extranjeros puede también afectar a los nacionales;

c) Que las disposiciones acusadas han consagrado las figuras de la simulación y del fraude a la ley, pues con ellas se quiere que el acto o contrato por el cual un extranjero ha hecho el traspaso de sus bienes a un colombiano, con burla de mandatos legales, no pueda producir efectos;

d) En fin, que la propiedad amparada por la garantía constitucional es la adquirida con justo título, con arreglo a las leyes, y mal puede ser tutelada la que se ha obtenido precisamente con desacato de las mismas.

"En una palabra —concluye— lo que se quiere obtener con lo dispuesto en los artículos acusados, es que se cumpla a cabalidad el régimen de administración fiduciaria de bienes de ciertos extranjeros".

Se considera:

De conformidad con el artículo 30 de la Constitución, se garantizan la propiedad privada y los derechos civiles, aunque no de manera absoluta, porque deben tenerse en cuenta las obligaciones sociales y la utilidad pública o interés general.

Pero como se trata de derechos de nacionales en relación con derechos de extranjeros, es preciso acudir al artículo 11 de la Carta, que dice que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales, pero que la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de algunos de ellos.

Esta última norma consagró, pues, en cuanto a los derechos civiles de los extranjeros, y en tesis general, el sistema de **la igualdad jurídica** que, en sentir del Constituyente de 1936, es el "más

acorde con el derecho moderno y con las mutuas conveniencias e intereses de los Estados, provenientes del desarrollo del comercio internacional". No es sino "la fórmula consignada en el código de derecho internacional privado o Código Bustamante, aprobado por la VI Conferencia Panamericana, con el voto favorable de la delegación colombiana".

La Corte comienza por admitir lo primero que a la vista salta, esto es, que el régimen de administración fiduciaria establecido en Colombia con motivo de la última guerra mundial, implica una limitación del ejercicio de los derechos civiles sobre la propiedad de que en tiempos normales disfrutan los extranjeros. Pero, como la Procuraduría lo advierte y el demandante lo admite, de manera expresa, esa limitación tiene su fundamento en la propia Carta, que la autoriza por razones de orden público, razones que de modo indudable fueron la causa de su implantación en el país.

En efecto, el Decreto acusado se expidió "en uso de las facultades que le han sido conferidas (al Presidente de la República) por la Ley 7ª de 1943 (parágrafo del artículo 13)", que dice así:

"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 de extranjeros, dentro de las normas señaladas en el artículo 16 de la Ley 128 de 1941".

Y ese artículo 16 facultaba, a su vez, al Presidente de la República para tomar las medidas 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 Nación; y, en desarrollo de tales facultades, para controlar todas las actividades de los extranjeros "y para prevenir, con toda eficacia, cualquier actividad de nacionales o extranjeros que ponga en peligro la seguridad pública o que constituya una evidente amenaza para el desarrollo de la política internacional de Colombia". Lo cual se hizo, se repite, con motivo de la última guerra mundial, según lo dice la ley citada en varios pasajes.

También debe admitirse que los preceptos del Decreto no se refieren de modo directo a los colombianos. Siguiendo su texto se ve con claridad que sólo los obliga condicionalmente, o sea, en cuanto el Gobierno tenga "fundamentos para considerarlos **como pertenecientes en realidad a personas que conforme a las normas vigentes tengan o deban tener"** sus bienes bajo ese régimen de administración fiduciaria, como dice el artículo primero; así como el segundo no ordena sujetar a dichas normas restrictivas haberes de nacionales, sino cuando su "traspaso se haya hecho, en concepto fundado del Gobierno, **con el fin de eludir el cumplimiento de las obligaciones sobre control de bienes de extranjeros".**

En fin, ha de aceptarse que la limitación del ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros puede incidir en el ejercicio de esos mismos derechos por parte de los colombianos, ya que, como lo dice el señor Procurador, si uno de aquéllos, quebrantando el régimen restrictivo que se les ha impuesto, dispone de sus bienes en favor de colombianos, debe sufrir las consecuencias de esa operación ilegal, aunque el adquirente no tenga limitado el ejercicio de sus derechos civiles. Ese mismo fenómeno sucede con todos los estatutos limitativos o restrictivos: que no comprenden directamente sino a las personas que se hallan dentro de las condiciones contempladas en la ley, pero indirectamente afectan a todas las que tengan o adquieran nexos jurídicos con aquéllas.

En consecuencia, no puede ser el fondo o sustancia de los preceptos acusados, en cuanto directamente afecta a nacionales colombianos, lo que ocasiona o puede ocasionar el quebrantamiento de las garantías constitucionales, en el caso actual sometido a la decisión de la Corte. Por tanto, no puede considerarse quebrantado el artículo 30 de la Ley Fundamental, al menos en esta forma o por estos aspectos, lo que hace inútiles cualesquiera otras consideraciones sobre los argumentos de la Procuraduría sobre el carácter o calidad de los actos o contratos celebrados por extranjeros con colombianos.

Pero resulta de los artículos acusados que no se ha dejado a las autoridades correspondientes la decisión de si los bienes adquiridos por colombianos deben entrar a la administración fiduciaria por pertenecer a personas que deben tener los suyos bajo ese régimen, o si el traspaso de ellos se ha hecho con el fin de eludir las disposiciones sobre control de bienes de extranjeros. Por el contrario, tal decisión se ha dejado, en forma absoluta, al Gobierno nacional. No sólo lo establecen así los dos artículos del Decreto, que

sería superfluo transcribir nuevamente, sino que lo confirman otras disposiciones.

Por ejemplo, el artículo 3º del Decreto extraordinario número 59 de 1942 estatuye que es el Ministerio de Hacienda, de oficio o a solicitud de parte interesada, o sobre la base de informaciones que reciba, la entidad que, mediante una resolución, dispondrá lo concerniente al sometimiento de los bienes al régimen especial establecido en aquel Decreto. Y continúa:

"Las resoluciones que sobre el particular dicte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no están sujetas al recurso ante el Contencioso-Administrativo, pero podrán ser apeladas ante el Presidente de la República, quien decidirá el recurso, previo concepto del Consejo de Ministros. Dichas resoluciones, lo mismo que las que las confirmen o infirmen, no hacen tránsito a cosa juzgada y podrán ser reconsideradas, cuando medien nuevas pruebas, de oficio o a solicitud de parte interesada".

Y el artículo 12 del Decreto extraordinario 1233 de 1943, estatuye:

"El recurso de apelación que se interponga contra las resoluciones por medio de las cuales se declare que determinados bienes están sujetos a administración fiduciaria, se concederá solamente en el efecto devolutivo; por consiguiente, el interesado procederá a hacer entrega al administrador fiduciario nombrado a más tardar dentro de los diez días siguientes al de la publicación en el **Diario Oficial** de la resolución en que se declaren sus bienes sujetos al régimen indicado.

"Parágrafo. La no entrega de los bienes en el término señalado acarreará las mismas sanciones de que trata la disposición anterior".

Y esa disposición anterior sanciona con multas hasta de cinco mil pesos a la persona que se valga de cualquier medio para eludir las disposiciones sobre control de bienes.

Ahora bien, esa decisión del Gobierno no versa sobre asuntos de su incumbencia, porque se trata nada menos que de resolver a quién **pertenecen** determinados bienes o si su adquisición por parte de nacionales colombianos se ha hecho con fraude de las disposiciones sobre administración fiduciaria. Es, pues, una **declaración de propiedad** lo que debe hacer el Gobierno cuandoquiera que tenga que decidir si ciertos haberes han de pasar al llamado Fondo de Estabilización o, por el contrario, cuando determina que han sido adquiridos legítimamente, y esa declaración no puede hacerla la rama ejecutiva del poder público, sino solamente la rama jurisdiccional.

La Constitución establece que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, **ante Tribunal competente** y observando la plenitud de las formas de cada juicio". (Artículo 26).

Y es obvio que las disposiciones acusadas no se compadecen con la naturaleza de los derechos controvertidos, que deben ser materia de decisión jurisdiccional y, por tanto, quebrantan la garantía social consignada en el citado artículo 26 de la Carta, porque el resolver las controversias sobre propiedad entre los ciudadanos, o entre éstos y el Estado, es función privativa de la administración de justicia.

El Congreso, el Gobierno y los Jueces deben colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado, pero "tienen funciones separadas" (artículo 55) y a éstos y no a aquéllos corresponde declarar o imponer los derechos en casos particulares, de acuerdo con las leyes:

"La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezcan la ley, administran justicia". (Artículo 58).

En concordancia con estas disposiciones, existen otras, como las que señalan las funciones propias de la rama ejecutiva y de la legislativa, así como las que establecen casos particulares de jurisdicción: de esta suerte, el Senado puede ejercer "determinadas funciones judiciales", una expropiación en caso de guerra puede ser decretada "por autoridades que no pertenezcan al orden judicial", etc.

Pero se dirá que es la ley la que debe determinar "los casos particulares de incompatibilidad de funciones" y que los artículos acusados no han hecho otra cosa que atribuír al Gobierno Nacional el conocimiento de las cuestiones sobre control de bienes. El principio es cierto pero la consecuencia no puede admitirse, porque el hecho de haber fijado la Constitución las bases fundamentales de la competencia de cada rama del poder y de las incompatibilidades, significa que el legislador no puede atribuír funciones indistintamente y quebrantando esos preceptos generales.

De paso quierè explicar la Corte que el libre acceso a los tribunales de justicia de un Estado constituye una garantía social que se brinda en los países civilizados tanto a los nacionales como

a los extranjeros, y que ella está reconocida expresamente a los extranjeros por el inciso segundo del artículo 11 de la Constitución, en los siguientes términos:

"Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes".

No es materia del debate en el presente juicio el decidir si, tratándose de extranjeros y merced a la parte final de la disposición que se acaba de transcribir, puede una simple ley o un decreto con fuerza de ley, establecer limitaciones al contenido del artículo 26 de la Constitución, dada la facultad en abstracto que se encuentra en la parte final del citado precepto.

Mas de lo que en manera alguna puede dudarse es de la carencia de fundamento para tratar de sostener que tal género de limitaciones pueda extenderse a los nacionales colombianos. Y de ahí la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, en cuanto establecen que han de quedar sujetos a la simple decisión del Gobierno las cuestiones y casos en dichos preceptos contemplados.

Para terminar, debe advertirse que el presente fallo deja pendiente y por definir si las medidas de control de bienes de extranjeros, aun cuando exclusivamente toquen con éstos, son o no son constitucionales, por ser ello objeto de otra u otras demandas de inexequibilidad, de las cuales conoce también la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador y en uso de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución, declara que SON INEXEQUIBLES los artículos 1º y 2º del Decreto 1668, de 25 de agosto de 1943, que han sido objeto de esta demanda, pero sólo en cuanto sustraen el conocimiento de las controversias sobre derechos civiles de los colombianos a la rama jurisdiccional del poder público.

Cópiese, publíquese, notifíquese, dése cuenta al Gobierno Nacional e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado. Francisco Bruno — Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza — Ricardo Jordán Jiménez — Ramón Miranda — José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna—Alvaro Leal Morales—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES PEDRO CASTILLO PINEDA Y RAMON MIRANDA

En todo conformes con los fundamentos de la anterior decisión, en cuanto declara que no existe motivo de inconstitucionalidad en el acto acusado (Decreto 1668 de 1943, artículos 1º y 2º) por el aspecto de que pueda aplicarse a los bienes de personas de cualquier nacionalidad el régimen fiduciario establecido en los Decretos 59 y 1500 de 1942, nos vemos sin embargo en el caso de consignar nuestra opinión adversa a las conclusiones de la Sala Plena, que encuentra inexequibles aquellos textos por el solo motivo de que **"sustraen el conocimiento de las controversias sobre derechos civiles de los colombianos a la rama jurisdiccional del poder público".**

Las razones de nuestro disentimiento con la ilustrada mayoría de la Corte son las que abreviadamente recogemos a continación:

En primer lugar, la fórmula adoptada como resolución, es indudablemente demasiado lata, y no corresponde a la índole del negocio sometido a la consideración de la Corte. Si ésta encontró que el Decreto demandado es inconstitucional porque atribuye a las altas autoridades de la rama ejecutiva y no a la jurisdiccional la competencia para resolver quién sea el verdadero dueño de determinados bienes —que el Gobierno considera sujetos a la administración fiduciaria— es obvio que el pronunciamiento de inexequibilidad ha debido referirse a esta única circunstancia, y no expresar —como lo hace el fallo en forma excesiva— que el acto demandado es vicioso porque se sustraen del órgano jurisdiccional los conflictos "sobre derechos civiles de los colombianos". En efecto, de ser fundados los reparos de la Sala, ellos en ningún caso darían margen para una declaración semejante, desde luego que el único derecho civil que podría estar comprometido como consecuencia de la aplicación del decreto 1668 es el de propiedad y, por ende, solamente a éste debió referirse la decisión de la Corte, y no genéricamente a los derechos civiles de que gozan los ciudadanos de Colombia.

Los decretos 59 de 1942 y 1500 del mismo año contienen las disposiciones enderezadas a colocar bajo un régimen especial —el de administración fiduciaria— los bienes y valores de todas clases pertenecientes a individuos o entidades de nacionalidad alemana, italiana y japonesa, o de los países ocupados militarmente por tales naciones; y los actos acusados extienden el imperio del régimen excepcional a aquellos bienes que, aunque aparentemente poseídos por ciudadanos de nacionalidad distinta a las indicadas, tenga el Gobierno motivos fundados para considerar que en realidad pertenecen a individuos del eje o a nacionales de países ocupados por el mismo, y también los demás "cuyo traspaso se haya hecho, en concepto fundado del Gobierno, con el fin de eludir el cumplimiento de las disposiciones sobre control de bienes de extranjeros".

La mayoría de la Corte considera que la sujeción al régimen de administración fiduciaria es constitucionalmente inobjetable, cualquiera que sea la nacionalidad del dueño, o sea que la medida puede aplicarse tanto a los súbditos de Alemania, Italia y Japón como a los demás extranjeros y a los colombianos, con tal de que estén comprendidos dentro de las prescripciones señaladas en los decretos de 1942 y el 1668 de 1943.

En otros términos, la entidad falladora estima que sustancialmente las medidas de que se trata se ciñen a los preceptos de la Constitución Nacional, encuentran su fuente jurídica inmediata en las autorizaciones de carácter extraordinario que al Gobierno le fueron otorgadas por el Congreso y tuvieron como objetivo, en la época en que fueron dictados, cumplir y desarrollar los compromisos internacionales adquiridos por Colombia "para el mantenimiento leal y completo de la solidaridad y cooperación interamericana" que impuso al país la necesidad de la defensa en la última guerra mundial. En este sentido nuestra modesta opinión coincide exactamente con el pensamiento de nuestros colegas y por eso adherimos en forma irrestricta a la sanción de constitucionalidad del Decreto materia de la acusación.

Pero, también a nuestro juicio es infundado el vicio de inexequibilidad que la Corte Plena ha

deducido de la facultad conferida al Gobierno para estatuír en cada caso si determinados bienes deben colocarse o no bajo administración fiduciaria o si los traspasos o transferencias de los mismos se han hecho con violación de las normas relativas al control de las propiedades de extranjeros.

No cita la decisión que nos ocupa cuáles sean los preceptos de la Carta que pudiera contrariar por tal motivo el Decreto 1668, pues apenas se limita a examinar los marcados con los números 59 de 1942 (artículo 3º) y 1233 de 1943 (artículo 12) —que no han sido demandados— para deducir con respecto al primero la conclusión de inexequibilidad. Desde este punto de vista es evidente que la Sala excede la órbita de su competencia, desde luego que si bien encaja dentro de ella la atribución de examinar cargos no deducidos con respecto a una norma que se acusa, en cambio le está vedado pronunciarse sobre disposiciones distintas de las que han sido materia de la demanda. Esto no es nunca posible, ya que la Corte no puede ejercer oficiosamente la guarda de la integridad constitucional de la República sino a instancia de los ciudadanos (art. 214), o del Gobierno si se trata de la objeción de proyectos de ley.

Pero admitiendo que esto fuera hacedero en el terreno de los principios y de los mandatos positivos del Código supremo, tampoco las disposiciones de los decretos extraordinarios que la Corte hace objeto de estudio sin haber sido acusados —los distinguidos con los números 59 de 1942 y 1233 de 1943— contienen ordenamiento alguno susceptible de ser declarado inconstitucional.

El primero establece que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre la base de solicitud de los interesados, o mediante denuncio que reciba, levantará en cada caso una información y con fundamento en ella procederá a indicar, por medio de resolución si los bienes o valores a que tal providencia se refiera se encuentran en algunas de las previsiones del decreto y, "si se encontraren, el Ministerio dispondrá lo concerniente al sometimiento de los bienes así clasificados al régimen especial que aquí se establece".

Agrega el artículo que las resoluciones que al efecto se dicten por el Ministro de Hacienda no tienen recurso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero en cambio están sujetas a apelación ante el Presidente de la República, quien decidirá del recurso —previo concepto del Consejo de Ministros—. Y por su parte el artículo 12 del citado Decreto 1233 establece que la apelación interpuesta contra el acto por medio del cual se declara que un bien está sujeto a administración fiduciaria se concederá en el efecto devolutivo, debiendo el interesado hacer entrega de los bienes o valores al administrador fiduciario que se nombre, a más tardar en el término de diez días siguientes a la publicación del acto del Ministerio de Hacienda en el **Diario Oficial**, bajo sanción de multa que puede ascender hasta la cantidad de cinco mil pesos.

De conformidad con lo que aparece expuesto como motivación del fallo a que se refiere el presente salvamento de voto el vicio de inconstitucionalidad consiste en que se atribuye al Gobierno y no a los jueces ordinarios la calificación de los bienes para someterlos al régimen instituído en los decretos, y también en los procedimientos establecidos para alcanzar esa finalidad.

Erradamente, en nuestro concepto, se afirma que en ejercicio de esta facultad el Gobierno quedó encargado "de resolver a **quién** pertenecen determinados bienes", y según las palabras siguientes del fallo es **"una declaración de propiedad** lo que debe hacer el Gobierno cuandoquiera que tenga que decidir si ciertos haberes han de pasar al llamado Fondo de Estabilización o, por el contrario, cuando determina que han sido adquiridos legítimamente, y esa declaración no puede hacerla la rama ejecutiva del poder público, sino solamente la rama jurisdiccional".

No encuentran los Magistrados disidentes en el contexto del acto acusado ni en el de los otros Decretos que la Corte oficiosamente ha examinado esa pretendida autorización para formular declaraciones sobre propiedad de los bienes o valores que el Gobierno repute con fundamento como susceptibles de ser administrados fiduciariamente. Por el contrario del conjunto de las disposiciones citadas se desprende una regulación jurídica encaminada a hacer la simple **calificación** de los haberes y con la sola consecuencia de ser puestos bajo fiducia si de la actuación administrativa adelantada por el Ministerio de Hacienda se desprende que están comprendidos en las normas que consagran aquel régimen de excepción.

Tan cierto es lo que acaba de decirse que el mismo Decreto 59 de 1942, expresamente dijo que las resoluciones del Ministerio, lo mismo que las proferidas por el Presidente de la República, cuando conoce de las primeras por recurso de apelación "no hacen tránsito a cosa juzgada y po-

drán ser reconsideradas, cuando medien nuevas pruebas, de oficio o a solicitud de parte interesada". Lo que naturalmente elimina la posibilidad de dar a las resoluciones de aquellos funcionarios el alcance de una declaración sobre la propiedad de los bienes, como lo ha entendido la mayoría de la Corte, y mucho menos que ésta pueda hacerse con carácter definitivo e irrevocable. Ninguna dificultad hay entonces para comprender que si la declaración de las autoridades administrativas apenas **califican** la existencia o inexistencia de motivos que puedan originar la aplicación a determinados bienes del régimen de administración fiduciaria; que si los actos contentivos de la declaración pueden ser revisados a solicitud de las propias personas interesadas, y aun de oficio, mediante el aporte de nuevas pruebas en la actuación administrativa; y que si ésta no hace nunca tránsito a cosa juzgada, lógicamente las controversias sobre propiedad no han sido desplazadas de la jurisdicción ordinaria a la administración activa, y al ciudadano queda siempre expedito e intacto, el ejercicio de las acciones de derecho común.

La competencia y el procedimiento son objeto propio de la ley, salvo los casos en que la Constitución haya instituído fórmulas especiales, lo que aquí no ocurre. De donde se sigue que los decretos en mención podían válidamente radicar la competencia en el Ministerio de Hacienda y señalar los trámites de la actuación. Con ello no se infiere quebranto alguno al mandato de la Carta que ordena el juzgamiento "ante Tribunal competente y observando la plenitud de las fórmulas propias de cada juicio".

Por lo demás, entendiendo como debe entenderse el control de esta especie de bienes y el sistema de la administración fiduciaria que es su consecuencia, como institución de policía administrativa, según lo patentizan los considerandos del Decreto 59 de 1942, el ejercicio de los deberes jurídicos que al Gobierno competen está dentro de la órbita de las atribuciones que la Constitución Nacional señala a la rama ejecutiva del poder público, y dentro de la esfera de sus funciones esenciales. El carácter preventivo de las medidas y la esencia del régimen de control no justificarían la intervención de autoridades distintas de las administrativas ni procedimientos que no sean los propios de las finalidades buscadas con la expedición de los Decretos.

No sobra agregar que el punto de vista en que la mayoría se coloca conduce a hacer inoperante el ejercicio de la administración fiduciaria, ya que antes de someter los bienes a este régimen tendría el Gobierno que adelántar un dilatado y penoso litigio judicial para determinar la verdadera propiedad de acciones, acreencias, fondos provenientes de dividendos, títulos o documentos de deuda, cédulas, etc., lo que lleva derechamente a la inaplicabilidad práctica de la medida, y a su ineficacia absoluta, dejando sin efecto ninguno el querer del legislador que al investir al Presidente de la República de facultades extraordinarias se determinó por el propósito de controlar las actividades contrarias al interés del país durante el conflicto bélico "y para prevenir, con toda eficacia, cualquier actividad de nacionales o extranjeros que ponga en peligro la seguridad pública o que constituya una evidente amenaza para el desarrollo de la política internacional de Colombia".

Con todo respeto y acatamiento por las opiniones adversas de nuestros distinguidos colegas dejamos consignadas las razones que en nuestro sentir justifican una declaración de constitucionalidad integral —y no parcial— del acto materia de la demanda.

Ramón Miranda—Pedro Castillo Pineda.

NOTA — Había empezado ya el Relator a publicar los fallos de esta Sala referentes al mes de marzo del corriente año cuando, a última hora, se le trajeron varios de fecha atrasada de que es ponente el Magistrado doctor Salamanca. Por esta razón se invierte el orden cronológico para darle cabida a lo que se había dejado de publicar, por no haber sido traído oportunamente a la Relatoría. Sea esta la ocasión de anunciar a la Corporación, a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y al público en general que, debido al intenso trabajo del Relator y a su exclusiva intervención personal, los fallos de la Corte empezarán a publicarse muy pronto a medida que vayan saliendo, pues quedará al día su edición.

El Relator de la Corte

SALA DE DE CASACION CIVIL

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CONTRATO DE OPCION. PACTO DE PREFERENCIA.—CAUSAL DE INCONGRUENCIA

1. — Inconfundibles caracteres diferencian las figuras jurídicas de la opción, llamada con más exactitud promesa unilateral de venta, y el pacto de preferencia. Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que ésta se decida a comprar según condiciones predeterminadas en el contrato. La opción implica para su validez un término o una condición que no puede tardar más de un año en cumplirse. Según el llamado pacto de preferencia, la persona que la concede no adquiere la obligación de vender por precio determinado dentro de un término fijo o al cumplimiento de una condición; conserva su libertad de vender o no, y sólo está obligada a hacerlo a determinada persona cuando quiera vender.

2.—Como ya ha tenido ocasión de advertirlo la Sala, la doctrina jurisprudencial en torno de la procedencia de la causal de incongruencia, definida en el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., tiene establecido que sirve para impedir decisiones sorpresivas por inconformes con las bases de la litis, en los mismos casos que en forma más explícita establecía el artículo 2º de la ley 169 de 1896. No basta para que legalmente pueda decirse que una sentencia adolece de insuficiencia, tratándose de las excepciones propuestas, que se haya omitido decisión especial al respecto. Es necesario que por consecuencia de esta omisión haya dejado de desatarse alguna cuestión de las sometidas a controversia. La frase explicativa "si fue el caso de hacerlo", que usaba el precitado artículo de la ley 169 de 1896, ha de entenderse en el obvio sentido de que los hechos en que se apoya la excepción no especialmente calificada y decidida tengan incidencia en la resolución judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 224 de 30 de abril de 1938, otorgada ante el Notario del Circuito de Cartago, Concepción Vélez Mendoza, en su propio nombre y como mandataria de sus hermanos Luis y Susana, celebró con Rafael Vélez Toro, el contrato allí contenido y cuyas estipulaciones, sintetizándolas, son:

Los Vélez Mendoza se comprometieron a entregar a Vélez Toro la finca denominada La Palomera o El Oasis, ubicada en el Municipio de Cartago, cuya extensión y linderos se determinan, para que Vélez Toro la administrara convenientemente por el término de tres años; limpiara y desmontara los potreros y los llanos de la finca; conservara los bosques; hiciera nuevas plantaciones de pastos; techara la bañadera de ganados e hiciera las necesarias reparaciones en la casa de la hacienda; suministrara bestias, herramientas y el dinero necesario para los gastos y la mitad del impuesto predial, debiendo llevar de todo cuenta minuciosa en libros arreglados a la ley.

Por su parte, los Vélez Mendoza se comprometieron a no vender la finca sino en caso de que se presentara un comprador aceptable para ambos contratantes en cuanto a precio y demás condiciones, cumplido el plazo de tres años; a no dar por resuelto el contrato sino después de que por medio de peritos honorables nombrados como allí se dice, se constatara el incumplimiento de alguna de las obligaciones de Vélez Toro, y a preferir a éste, en igualdad de condiciones, para la venta de la finca.

Se estipuló, además, que las utilidades provenientes de ganados propios o ajenos, las de ventas

de leña y las del mayor valor de la propiedad, partiendo del precio de $ 90.00 la plaza, se distribuirán por mitad. Los demás productos de la hacienda se distribuirían en el porcentaje convenido.

A los cuatro meses y días de celebrado este contrato, el 18 de septiembre de 1938, por medio de la escritura número 532, de la Notaría de Cartago, Concepción Vélez Mendoza, en su condición ya dicha, vendió la finca de La Palomera o El Oasis a Francisco Jaramillo Ochoa, a razón de $ 65 plaza. En la cláusula 9ª de este instrumento se estipuló: "Que sobre la hacienda vendida pesa un gravamen sobre administración de ella, constituído por escritura número 224 de fecha 30 de abril de este año, otorgada en esta Notaría, debidamente registrada, contrato que cede y traspasa en todas sus partes, es decir, derechos y obligaciones, al comprador Jaramillo Ochoa, sin reservas de ninguna clase".

Jaramillo Ochoa y Vélez Toro, "para cerrar todo motivo de litigio" por razón del contrato de "administración y otras estipulaciones", celebrado por el último con Concepción Vélez Mendoza, y obtener el comprador la entrega inmediata de la finca, celebraron un arreglo amigable que consignaron en la escritura número 287 del 10 de marzo de 1939 de la Notaría 2ª del Circuito de Manizales. Declaró en este instrumento Vélez Toro que renunciaba a cualquier acción que pudiera tener contra Jaramillo Ochoa proveniente del contrato de administración celebrado con los Vélez Mendoza y que éste se había comprometido a respetar en la escritura de compra, reservándose expresamente las acciones contra Concepción Vélez Mendoza y sus poderdantes, provenientes de ese contrato, por razón de incumplimiento de las obligaciones de consulta en caso de venta y de venta preferencial a él.

Con estos antecedentes, en libelo de fecha 9 de julio de 1943, Rafael Vélez Toro demandó ante el Juez Civil del Circuito de Cartago a Concepción Vélez Mendoza, en su propio nombre y como apoderado general de sus hermanos Luis y Susana de los mismos apellidos, para que se declare que con la venta que de La Palomera hicieron a Francisco Jaramillo Ochoa faltaron al cumplimiento del contrato contenido en la escritura número 224 de 30 de abril de 1938, de la Notaría de Cartago, y que, en consecuencia, se les condene a la indemnización de los perjuicios causados, que estima en la suma de $ 29.461.79, o a la que pericialmente se fije en el juicio, con sus intereses legales, y las costas procesales en caso de oposición.

La demandada dio respuesta al libelo aceptando algunos de sus hechos fundamentales y negando los más. Afirma que el demandante incumplió sus obligaciones hasta el extremo de que el mal estado de la finca la llevó a venderla y dice que no ha ocasionado los perjuicios que se le cobran. Agrega que el actor fue cumplidamente indemnizado por el comprador de la hacienda con la suma de $ 11.000 que de él recibió. Y sobre estas afirmaciones funda y propone las excepciones perentorias de carencia de acción, la de contrato no cumplido, petición antes de tiempo y prescripción de la acción.

Agotada la tramitación de instancia, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 26 de julio de 1944, en la cual condenó a la demandada al tenor de la demanda a pagar al actor los perjuicios causados con la violación del contrato de la escritura 224 por razón de la venta a Jaramillo Ochoa, en la cuantía que se fije por el procedimiento del artículo 553 del C. J. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación que ambas partes interpusieron contra este fallo (el actor en razón de la condena a indemnizar en abstracto), elevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga; que al término de la actuación del segundo grado confirmó la sentencia recurrida en la de fecha 22 de marzo de 1945.

Estimó el Tribunal que en las estipulaciones de la escritura pública número 224 del 30 de abril de 1938 se realiza el fenómeno de los contratos mixtos o complejos, formado por la reunión de dos o más, cada uno de los cuales conserva su individualidad y queda sujeto a las reglas legales que le son propias. Halló que aquí pueden diferenciarse perfectamente un contrato de aparcería, gobernado por las disposiciones que regulan el arrendamiento de los predios rústicos, y otro contrato, el contenido en la cláusula cuarta del instrumento, que el Juez del Circuito y las partes han denominado de opción, y que para el Tribunal es un pacto de preferencia.

Consideró que la reparación de perjuicios por incumplimiento contractual no puede vincularse a las obligaciones generadas en el contrato de aparcería (que los litigantes han denominado de administración), porque, además de que por estar consignado en escritura pública obligaba al com-

prador Jaramillo Ochoa, la estipulación expresa que se hizo en la venta de El Oasis o La Palomera, obligaba al comprador a respetar el contrato y de esta manera la vendedora quedó libre de las obligaciones que de allí le resultaban y no debe ninguna indemnización por este aspecto. Las prestaciones cuyo incumplimiento da base y prosperidad a la demanda de perjuicios son las que nacieron del pacto de preferencia, en virtud del cual Concepción Vélez Mendoza se obligó a preferir a Vélez Toro en la venta de la finca, en igualdad de condiciones con otros compradores. Y probado está en autos, aun con la misma confesión de la demandada, que ni siquiera dio aviso al demandante de la negociación realizada con Jaramillo Ochoa.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segundo grado interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide al término de su actuación legal.

Se apoya el recurso en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., y en dos breves capítulos de su demanda procura el recurrente fundar sus acusaciones contra el fallo recurrido.

I. — El cargo por violación de ley sustantiva se refiere a la denominación que el Tribunal dio al pacto contenido en la cláusula cuarta de la escritura número 224 aludida, y se hace consistir, según los propios términos de la demanda de casación, en que "la estipulación en referencia es una verdadera opción, pero ineficaz por no haber alcanzado a reunir los elementos necesarios e indispensables para ser válidamente protegida por la ley. Le dio el Tribunal al pacto de opción una calificación distinta, desconoció el contrato de opción o mejor la promesa unilateral de contrato e incurrió en error de derecho en cuanto violó directamente los artículos 23 de la ley 51 de 1918 y 89 de la ley 53 de 1887 que contemplan la promesa unilateral de contrato y la promesa bilateral y establecen requisitos indispensables para que produzcan efectos jurídicos".

Considera la Sala:

Los referidos parágrafos de la cláusula cuarta de la escritura número 224, dicen: "En el caso de que una vez vencido el plazo de los tres años de la administración de que antes se habló no se encontrare comprador para la hacienda que sea aceptable por los contratantes en cuanto a precio y demás condiciones, seguirá rigiendo el presente contrato con todas sus bases y especificaciones hasta que fuere efectuada dicha venta. Parágrafo segundo. El señor Vélez Toro tiene derecho preferencial para comprar la hacienda de que se trata en igualdad de condiciones con otros compradores".

No se trata aquí de un problema de interpretación contractual, que es cuestión de hecho, sino de una calificación jurídica, que es cuestión de derecho, porque importa la determinación de la naturaleza de un contrato según su contenido para incluírlo en una de las categorías legales y aplicarle sus reglas propias.

Inconfundibles caracteres diferencian las figuras jurídicas de la opción, llamada con más exactitud promesa unilateral de venta, y el pacto de preferencia. Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que ésta se decida a comprar según condiciones predeterminadas en el contrato. La opción implica para su validez un término o una condición que no puede tardar más de un año en cumplirse. Según el llamado pacto de preferencia, la persona que la concede no adquiere la obligación de vender por precio determinado dentro de un término fijo o al cumplimiento de una condición; conserva su libertad de vender o no, y sólo está obligada a hacerlo a determinada persona cuando quiera vender.

A la vista de estas peculiaridades, no hay duda de que el Tribunal no se equivocó al determinar y tratar como simple pacto de preferencia el estipulado en el segundo parágrafo de la cláusula cuarta arriba copiado. Con apoyo en él Vélez Toro no podía obligar a la dueña de La Palomera a que se la vendiera dentro de precisas condiciones prefijadas si quería comprársela; solamente podía exigirle que lo prefiriera a él en concurrencia igual con otros compradores, cuando ella resolviera vender, o demandarle indemnización de daños en el caso de que vendiera a sus espaldas, esto es, sin darle oportunidad y modo de usar su derecho preferencial, como aconteció.

Si en ninguna impropiedad incurrió el sentenciador en la calificación jurídica del contrato fuente de las obligaciones que se pretenden quebrantadas, el cargo por violación de los artículos que cita el recurrente, referentes a una convención distinta, resulta desprovisto de todo fundamento.

II. — La causal 2ª, por falta de consonancia de la sentencia con las peticiones oportunamente de-

ducidas por los litigantes, la hace consistir y la funda el recurrente, en muy pocas líneas y sin ninguna razón, en que el Tribunal no consideró en su fallo las excepciones perentorias opuestas por la demandada desde la contestación de la demanda.

Se considera el cargo:

Como ya ha tenido ocasión de advertirlo esta Sala, la doctrina jurisprudencial en torno de la procedencia de la causal de incongruencia, definida en el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., tiene establecido que sirve para impedir decisiones sorpresivas por inconformes con las bases de la litis, en los mismos casos que en forma más explícita establecía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, "ya porque —como allí se decía— se resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia o se deje de resolver sobre alguno de los que lo han sido, se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, si fuere el caso de hacerlo". No basta, para que legalmente pueda decirse que una sentencia adolece de insuficiencia, tratándose de las excepciones propuestas, que se haya omitido decisión especial al respecto. Es necesario que por consecuencia de esta omisión haya dejado de desatarse alguna cuestión de las sometidas a controversia. La frase explicativa "si fuere el caso de hacerlo", que usaba el precitado artículo de la Ley 169 de 1896, ha de entenderse en el obvio sentido de que los hechos en que se apoya la excepción no especialmente calificada y decidida tengan incidencia en la resolución judicial.

La sentencia acusada en este caso decidió todas las cuestiones que según el planteamiento del problema requerían decisión. Se vio, en efecto, que el Tribunal, coincidiendo con el Juez de primer grado, aisló dentro de las estipulaciones de la escritura número 224 de 30 de abril de 1938, dos contratos de vida independiente: uno que denominaron de aparcería, y el otro, calificado en la primera instancia como opción y tenido por el Tribunal como pacto de venta preferencial. En relación con el primero la sentencia declara que ninguna indemnización debe la demandada, y que es solamente el incumplimiento del último la fuente generadora de la responsabilidad declarada. Al pacto de preferencia, tenido como contrato autónomo, se contrae la condena del fallo y el interés de la demandada. Y respecto de éste los hechos fundamentales de la excepción perentoria propuesta no tiene conexión ni trascendencia. Se vinculan y refieren todos al llamado contrato de aparcería, o de administración, como con más propiedad lo nombran los otorgantes de la escritura 224.

No la tienen la de carencia de acción (que jurídicamente no puede constituír excepción) porque se funda en que Vélez Toro administró ruinosamente la hacienda; ni la de contrato no cumplido, que se apoya igualmente en que el actor descuidó La Palomera, no hizo desmontes, la recargó con animales, etc.; ni la de petición antes de tiempo, porque se basa en que se intentó la demanda antes de rendir las cuentas de la administración; ni la de prescripción bienal de la acción, que se fundamenta en que lo que cobra el demandante son emolumentos y salarios de trabajador. La excepción de transacción, que se pretende sustentar en el arreglo ajustado por el comprador Jaramillo Ochoa con Vélez Toro respecto del contrato de administración de la finca, a que se aludió en el recuento de antecedentes, no tiene sentido como defensa de la demandada por los perjuicios causados por su incumplimiento del pacto de preferencia expresamente salvados por Vélez Toro. Acerca de la pretendida transacción dice la contestación de la demanda: "Finalmente, fundo la misma excepción (carencia de acción) en el hecho de haber aceptado Rafael Vélez Toro en la escritura número 287 de la Notaría 2ª de Manizales, ya citada, la cesión que mi mandante había hecho del contrato de administración existente, y haber transado (sic) con el adquirente señor Francisco Jaramillo Ochoa toda reclamación que pudiera tener respecto a dicha hacienda".

Por lo demás, tampoco hay razón para acusar de incongruente una sentencia en que se ha confirmado sin ninguna salvedad la de primer grado en que aparecen tratadas a espacio todas las excepciones perentorias propuestas.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 22 de marzo de 1945, 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.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—RECONVENCION PETITORIA DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ENTRE ACTOR Y DEMANDADO.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 793, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Pereira el 20 de junio de 1939, Rosa Salomón viuda de Nauffal y Carlos Nauffal, mayores, vecinos de allí y ciudadanos libaneses, después de declarar que son los únicos interesados como causahabientes en la sucesión testamentaria de Abdala Nauffal, cursante su liquidación en el Juzgado Civil de ese Circuito, la primera como cónyuge supérstite y el segundo como cesionario por venta de los derechos hereditarios de la madre del muerto, según instrumento exhibido al Notario y que los exponentes conservan para fundar la correspondiente subrogación en el juicio, celebraron el contrato que se contiene en las cláusulas que a continuación se copian en la parte que concierne al litigio:

".....Cuarto: Que la otorgante Rosa Salomón viuda de Nauffal traspasa al otorgante Carlos Nauffal, el derecho herencial de ella en la expresada sucesión, vinculado únicamente a los teatros Pereira de esta ciudad; su construcción únicamente, pues que el terreno es ajeno, con los enseres propios, y que se detallarán en seguida; y Caicedonia de la ciudad del mismo nombre, y únicamente el derecho que la sucesión tiene en él, según contrato que está vigente, firmado con el dueño del teatro. En relación con este último, la señora Salomón viuda de Nauffal, endosará sin responsabilidad alguna de su parte, al señor Carlos Nauffal el documento que ella ha suscrito, de arrendamiento con el señor Salim Jure.

"Quinto: Que hacen parte sustancial de tales teatros los siguientes efectos:.....

"Sexto: Que en compensación a los derechos cedidos por la otorgante Salomón viuda de Nauffal, vinculados a la construcción del Teatro Pereira, y al contrato firmado por lo que hace relación al Teatro Caicedonia con el señor Salim Jure y los enseres ya anotados, el otorgante Carlos Nauffal, cede a la misma señora Salomón viuda de Nauffal, los derechos que le quepan en todos los demás bienes de la sucesión del causante Abdala Nauffal y como subrogatario que es de los derechos herenciales de su madre la señora Sara Antún.

"Séptimo: La señora Salomón viuda de Nauffal, se hace cargo del pasivo de la sucesión del causante, reconocido hasta hoy, y el cual es como sigue: Al señor Wady Escaf (documento Wlkinsen) tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00); al mismo señor Wady Escaf, un mil setecientos pesos ($ 1.700.00); a Tula Escaf, dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00); a Nicolás Durán un mil pesos ($ 1.000.00); a Unión Siriolibanesa, doscientos treinta y ocho pesos con setenta y cinco centavos ($ 238.75); a Enrique Patiño treinta pesos ($ 30); y a Bernardo Sánchez ciento seis pesos ($ 106).

"Octavo: El señor Carlos Nauffal se obliga a pagar a la señora viuda de Nauffal ese mismo valor que ella debe pagar a los acreedores de la sucesión o sea que aquél se declara deudor de ésta, y por medio de este instrumento, por la suma de nueve mil ciento setenta y cuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 9.174.75).

"Noveno: Que esta suma que el otorgante Carlos Nauffal queda a deber a la otorgante Salomón viuda de Nauffal, debe ser pagada por el deudor por mensualidades vencidas de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) que deben ser cubiertas el quince de cada mes; la primera cuota se pagará el quince de julio del año en curso. Durante el primer año, no habrá lugar a intereses; pero de principio del segundo año en adelante y por el resto de la suma que quedare a deber el deudor, reconocerá intereses del seis por ciento anual.

Es condición esencial que la mora en el pago de dos mensualidades vencidas, dará lugar a declarar vencido todo el plazo y en consecuencia podrá la acreedora demandar por la totalidad de la obligación, y en este caso como en cualquiera

en que fuere demandado el deudor, éste renuncia al derecho de nombrar depositario y ello le corresponderá a la acredora...".

En libelo de fecha 4 de agosto de 1941, Carlos Nauffal, por medio de apoderado, ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, demandó a Rosa Salomón viuda de Nauffal, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare: que entre actor y demandada se celebró el contrato contenido en la escritura pública número 793 de 20 de junio de 1939, el cual conserva su valor legal; que el demandante cumplió oportunamente las obligaciones que contrajo por aquel contrato, a la vez que la contratante demandada está en mora de cumplir la obligación que contrajo de pagar el pasivo sucesoral de Abdala Nauffal, con lo cual le ha causado perjuicios; que la demandada está obligada a cumplir el contrato referido, y que sea condenada a pagar al actor, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de $ 40.000.00, o la que pericialmente se fije, por razón de los perjuicios que le ha causado por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

El fundamento de esta acción se expone en los siguientes apartes de la demanda, que forman los hechos 5, 6, 7 y 8:

"Como se ve, Rosa Salomón viuda de Nauffal, vendió a Carlos Nauffal los teatros Pereira y Caicedonia, por la suma de nueve mil ciento setenta y cuatro pesos con setenta y cinco centavos y por los derechos que en la sucesión de su esposo correspondieran al comprador, subrogatario de Sara Antún, quien le hizo venta de ellos.

"Como la sucesión tenía una deuda de $ 9.164.75 y el negocio celebrado entre Carlos Nauffal y Rosa Salomón, implica la partición de los bienes de esa sucesión, mediante la convención de compraventa-permuta, la señora Salomón, se obligó en su condición de legataria a pagar esa deuda, única manera de dar la seguridad jurídica del vínculo contractual celebrado y asegurar el equilibrio de los intereses de los contratantes.

'Carlos Nauffal cumpllió la prestación de pagar a Rosa Salomón la cantidad de $ 9.164.75 para que ella a su vez con ese dinero pagara la deuda hereditaria.

"Empero, la señora Salomón se constituyó en mora para el cumplimiento de la prestación que le procede de la cláusula 7ª en cuanto no pagó, no ha pagado, ni quiere pagar el pasivo de la sucesión, lo cual ha perjudicado a don Carlos, pues los acreedores de la sucesión han instaurado acción ejecutiva y la misma señora denuncia el Teatro Pereira para atender al pago, y le hizo secuestrar en un incidente sobre reparación de bienes propuestos en la sucesión".

La demandada contestó negando la mayor parte de los hechos fundamentales de la acción y propuso las excepciones perentorias de nulidad e inexistencia del contrato, petición antes de tiempo y de un modo indebido, e ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

Al mismo tiempo, en la forma legal, demandó la demandada a Carlos Nauffal, en reconvención, para que se declare absolutamente nulo el contrato recogido en la escritura número 793 de 20 de junio de 1939, de la Notaría 2ª de Pereira, por falta de consentimiento de la señora Salomón viuda de Nauffal y por falta de causa que pudiera inducirla a contratar, y que, en consecuencia, deben volver las cosas al estado anterior restituyendo cada contratante lo que hubiere recibido por razón de él, y ordenando la cancelación de la inscripción de la citada escritura en el registro público.

Subsidiariamente se pide la declaración de inexistencia del aludido contrato.

Se funda esta contrademanda, como las correspondientes excepciones propuestas, contra la acción principal, en que Rosa Salomón v. de Nauffal, por no entender el español en que está redactada la escritura no pudo prestar su consentimiento, y en que, no siendo Carlos Nauffal cesionario de Sara Antún sino en los derechos que a la cedente correspondieran en el Teatro Pereira, "hubo engaño de parte del contratante Carlos Nauffal, pues dijo vender lo que vendía, sin que esto fuera cierto".

Trabada sobre estas bases la doble litis y previa la sustanciación correspondiente, el Juzgado del Circuito sentenció la primera instancia del juicio el 13 de noviembre de 1942, así:

"1º—El contrato contenido en la escritura número 793 de junio 20 de 1939, otorgado en la Notaría 2ª de esta ciudad y celebrado entre el señor Carlos Nauffal y la señora Rosa Salomón v. de Nauffal, tiene pleno valor legal;

"2º—El contratante señor Carlos Nauffal ha cumplido las obligaciones que se le impusieron en dicho instrumento y la señora Rosa Salomón v. de Nauffal está en mora de cumplir y pagar la obligación relativa al señor Wady Scaf (docu-

mento Wilkinsen) por un valor igual a $ 3.600.00 de la moneda colombiana.

"3º—La señora Rosa Salomón v. de Nauffal está en la obligación de cumplir el contrato celebrado con el señor Carlos Nauffal en lo relativo al crédito Escaf premencionado.

"4º—La señora Rosa Salomón v. de Nauffal está en la obligación de pagar al señor Carlos Nauffal los perjuicios sufridos con el incumplimiento del contrato.... Su existencia, calidad y apreciación o valoración en dinero efectivo, se hará por medio del procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta que la suma a pagar, no podrá ser mayor de $ 40.000.00

"5º—Declárase comprobada la existencia de la excepción "petición antes de tiempo" propuesta por la demandada, en la forma y términos expresados en la parte motiva de esta providencia.

"6º—No se accede a ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda de reconvención y por este aspecto se absuelve al señor Carlos Nauffal de los cargos que le han sido formulados.

"7º—Las costas de este juicio —principal y de reconvención— a cargo de la señora Rosa Salomón viuda de Nauffal".

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes elevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, donde se surtió el segundo grado del juicio que finalizó con la sentencia de 29 de enero de 1945, que con un voto disidente revocó la recurrida y en su lugar declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante en la acción principal, y denegó las declaraciones invocadas tanto en la demanda directa como en la de reconvención y absolvió, en consecuencia, a los dos demandados. Sin costas.

Explica el Tribunal, en la motivación de su fallo, que la acción ejercida se apoya en el artículo 1546 del C. C. que establece la forma como opera la condición resolutoria tácita, y que la solicitud de condena al cumplimiento contractual con la consiguiente indemnización de perjuicios se funda en el hecho de que la demandada no ha pagado a los acreedores de la sucesión del causante Abdala Nauffal conforme se obligó en la cláusula 7ª de la escritura 793. Analiza luego esta parte de la convención y concluye que "la cláusula séptima del ameritado contrato en que se hace radicar el incumplimiento de la señora Salomón es el tipo clásico de la estipulación en favor de otro", de que trata el artículo 1506 del C. C., y como en tal situación jurídica solamente el tercero o beneficiario —en este caso la sucesión— puede demandar lo estipulado, resulta que Carlos Nauffal, estipulante, no tiene acción para pedir el cumplimiento del contrato. "Como el demandante principal —agregá la sentencia— no alega otro motivo de incumplimiento por parte de la señora Salomón, distinto al contemplado en la cláusula séptima del contrato demandado, y como ya se vio que esta cláusula contiene una estipulación en favor de tercera persona, habrá de concluírse con que en el proceso existe demostrada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante".

Por lo que hace a la demanda de reconvención, la sentencia se funda en que no se acreditaron los hechos generadores de la falta o vicio del consentimiento de la señora Salomón v. de Nauffal en la celebración del aludido contrato, porque de la prueba testimonial que el Tribunal enumera y estudia se deduce suficiente fundamento para afirmar que la mencionada contratante "se enteró perfectamente de los términos y condiciones de la escritura y que al firmarla sabía muy bien de las obligaciones que adquiría, así como las que contraía con el señor Carlos Nauffal".

El recurso

Ambas partes interpusieron contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación que hoy se decide. El orden lógico impone en primer término el estudio del recurso del demandado —demandante en reconvención— porque atacando éste la existencia misma del contrato, de prosperar, dejaría sin objeto el del otro litigante que se endereza sobre aspectos relacionados con el cumplimiento de la convención.

Recurso de la parte demandada

Se vincula éste a la denegación que la sentencia hizo de las peticiones sobre nulidad absoluta e inexistencia del contrato contenido en la escritura 793, propuesta por la demandada como excepción en la contestación a la demanda principal y como acción en la contrademanda. Se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, como consecuencia de errónea apreciación de pruebas (ordinal 1º, artículo 520 del C. J.),

y se formulan los siguientes cargos que se consideran separadamente:

a) El Tribunal dejó de apreciar la inspección ocular practicada por el Juez del Circuito con intervención de peritos y la declaración del Notario Público, que obran a folios 26 v. y 36 del cuaderno número 6, con las cuales se demuestra que la contratante Rosa Salomón v. de Nauffal no hablaba ni pensaba en castellano, incurriendo así en error de hecho evidente que lo llevó a violar el artículo 1502, ordinal 3º, 1508, 1510 y 1740 del C. C. "Si la señora de Nauffal no entendió lo que decía la escritura número 793 de 20 de junio de 1939 —dice el recurrente— mal puede haber dado su consentimiento para tal contrato y si no hubo consentimiento el contrato es nulo".

Se considera:

Se sabe ya que el Tribunal llegó a la certidumbre de que el consentimiento expresado por Rosa Salomón v. de Nauffal para la celebración del contrato de la escritura 793 no adolece de ningún defecto jurídico que lo haga inválido y le reste eficacia, a través de la numerosa prueba testimonial (Arturo Duque, José Cortés, Camel Ilian, Jesús Iza, Armando Arellano, Ignacio Buitrago y otros), que demuestra plenamente, con el establecimiento de hechos precisos y concretos en que han intervenido personalmente, que la mentada contratante lee, escribe y conversa en español, con las correspondientes impropiedades a su condición de extranjera, pero en forma que le permite entender y hacerse entender con suficiencia para la vida corriente y sus negocios de comercio.

A destruír esta conclusión básica de la sentencia se destina la acusación en estudio, que no ataca directamente la prenombrada prueba testifical sino que aspira a destruírla, poniendo de manifiesto su contraevidencia, con la apreciación de las pruebas que el sentenciador no tuvo en cuenta, al decir del recurrente.

El acta de la inspección ocular a que alude el recurrente relata que se le leyeron a Rosa Salomón v. de Nauffal varios instrumentos del protocolo de la Notaría y la escritura número 793, y que al preguntarle "si había entendido dichos contratos" manifestó que no los entendía. Los peritos que en esta diligencia intervinieron (Jaluf y Rahal) conceptúan, por el examen practicado en ella, que si la señora de Nauffal no entendió bien los instrumentos que se le leyeron, tampoco debió haber entendido el contenido de la escritura número 793 del 20 de junio de 1939. Se dejó constancia en el acta de que todos los concurrentes se entendieron con la señora en español sin ninguna dificultad, y el Juez hizo constar que Rosa Salomón, "no entendía los términos técnicos de los instrumentos, pero que en cuanto a términos sencillos y generalmente usados en conversación familiar ella sí entiende lo que se le quiere decir porque da respuestas concordantes con las preguntas".

Y el Notario Buitrago dice en su declaración, refiriéndose al otorgamiento de la escritura del contrato: "....Es verdad que el instrumento se leyó por una sola vez, pero con las interrupciones necesarias a fin de explicarles a los otorgantes el contenido de cada una de las cláusulas de que se compone tal escritura, lo que se hizo en español, habiéndose repetido la lectura de varias cláusulas".

La sola enunciación del contenido de estas pruebas que el recurrente señala como erróneamente desestimadas (en la primera de las cuales es de advertir que no es la vía adecuada y útil, probatoriamente hablando, preguntarle si entiende a quien judicialmente necesita no entender), pone a la vista la falta de razón con que se formula el cargo por error de hecho, pues de ellas, apreciadas o despreciadas, no resulta en manera alguna que la viuda de Nauffal ignorara el castellano hasta el punto de no poder expresar en él su pensamiento y su voluntad. Podría pensarse que una total ignorancia idiomática, sin ayuda de explicación en lengua inteligible para un contratante, pudiera considerarse, equiparándolo al sordomudo que no puede darse a entender por escrito, como un caso de falta de consentimiento; pero muy lejos de esto está, según todas las pruebas del proceso, lo acontecido con la demandada Salomón de Nauffal, de larga práctica castellana en el comercio. Por lo demás, jurídicamente no es lo mismo falta de consentimiento, que induce nulidad absoluta, y consentimiento viciado, que causa nulidad relativa; y por esto resulta impertinente citar como violados el artículo 1508 y los otros relacionados con vicios del consentimiento, con ocasión de un caso en que se plantea como ausencia de voluntad jurídica por imposibilidad de entendimiento.

b) Se hace referencia en este cargo a la falta de causa, en que la contrademandada apoya también su pedimento de nulidad, y la explica en la forma que se vio al principio de esta providencia, esto es, en que la cesión de los derechos de Rosa Salomón en el Teatro Pereira, no tienen contra-

prestación por parte de Carlos Nauffal, porque éste, como cesionario de los derechos de su madre Sara Antún, no tenía sino derechos vinculados al referido Teatro y ninguno de los que aparece cediéndole en cambio. Al no ver el Tribunal esta ausencia de causa y no declarar la consiguiente nulidad, erró de hecho en la apreciación de la escritura del contrato, y violó, por no haberlos aplicado, los artículos 1525, 1740 y 1746 del C. C.

Se considera:

Analizando las estipulaciones que forman el contrato recogido en la escritura 793, cuya calificación jurídica se hará al estudiar el recurso de la contraparte, no resulta la ausencia de causa que pretende el recurrente, entendiendo por tal, según definición de la ley, el motivo que induce al contrato, porque es evidente que la cesión que Rosa Salomón hizo a Carlos Nauffal de sus derechos sucesorales en el negocio de teatros, no queda sin contraprestación ninguna por parte de éste, ni aun aceptando que la cesión herencial de Sara Antún no fuera total, porque quedaría como tal la obligación contraída por Carlos de pagar el pasivo sucesoral, que no le correspondía en su totalidad, en la forma de renta mensual de $ 450, o en solo contado, como está probado que lo hizo.

Por otra parte, las disposiciones que en esta acusación se citan como infringidas por inaplicación se refieren a los efectos del conocimiento de la ilicitud de la causa o del objeto para las restituciones a que da lugar la nulidad, cosa no planteada en este pleito.

c) Se alude aquí a la petición subsidiaria de la reconvención sobre inexistencia del contrato referido, fundada en los hechos 6º y 7º de la demanda, que dice que habiendo firmado Rosa Salomón en árabe la escritura aunque su firma en español en sello de caucho, ni el Notario ni los testigos podían leerla, y así no podían dar fe de la aprobación de ella ni si esa firma envuelve esa aprobación. Hace alusión al concepto pericial de Rahal y Jaluf en la inspección ocular sobre el hecho de que la firma en árabe dice "Rosa viuda de Abdala Naufal" y la antefirma del sello "Rosa S. Nauffal", "lo que demuestra claramente que existe alguna diferencia entre la firma y el sello". Por no haber tenido el Tribunal en cuenta estas pruebas, dice el recurrente que erró de hecho y violó consecuencialmente los artículos 2586, inciso 3º, 2583, y 2594 del C. C.

Se considera:

Ninguna de las formalidades y requisitos a que se alude en las disposiciones precitadas ha sido quebrantado ni omitido, en concepto de la Sala, al firmar la otorgante Rosa Salomón de Nauffal en la forma vista la escritura 793. No hay razón para vincular este hecho a la prestación válida de la voluntad jurídica, cuestión ésta que ya fue considerada. La firma es la forma de distinguir e individualizar las personas acreditando la identidad de quien firma un instrumento. Las diferencias que anotaron los peritos son diferencias en la forma de firmar, pero sobre ellas no se insinúa siquiera suplantación de la persona que firmó la escritura y de este modo expresó auténticamente su consentimiento. ¿Cuál podría ser, por lo demás, la contraevidencia del pretendido error de hecho? ¿Que no firmó la contratante Salomón viuda de Nauffal, o que por ella firmó otra persona? Tales supuestos no han figurado en el debate.

Por lo expuesto, no se acoge ninguno de los cargos formulados en la demanda de casación de Rosa Salomón v. de Nauffal.

Recurso de la parte demandante

Se apoya también en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. y acusa la sentencia del Tribunal de ser violador de los artículos 1495, 1502, 1759, 1397, 1602 y 1546 del C. C., por no haberlos aplicado; el 1506 de la misma obra por indebida aplicación, y por interpretación errónea el 633 del mismo código, en que incurrió el Tribunal directamente y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura 793 del 20 de junio de 1939, contentiva del contrato de este modo desconocido en su eficacia legal por virtud de la equivocada interpretación de que fue objeto y que lo llevó a convertir en un caso de estipulación por otro, lo que no es sino una convención sobre liquidación y distribución de los bienes herenciales de Abdala Nauffal, acordado por los dos únicos partícipes de la sucesión.

Se considera el cargo:

El análisis global del contrato de que da cuenta la escritura 793 y la consideración discriminada y armónica de las diversas estipulaciones que lo integran, transcritas en su parte pertinente al principio de esta sentencia, ponen a la vista obviamente la razón con que se formula el cargo

que se estudia, porque para concluír que en la cláusula 7ª, aislándola del resto del contrato, se hizo una estipulación por otro, es necesario equivocarse de hecho en la apreciación del texto instrumental. Lo que la mencionada escritura reza, en efecto, es que Rosa Salomón viuda de Nauffal y Carlos Nauffal, como únicos interesados y partícipes de la sucesión de Abdala Nauffal, en su condición de cónyuge sobreviviente la primera y de cesionario de los derechos herenciales de Sara Antún, madre del muerto, el segundo, convinieron las bases fundamentales para la distribución, entre ellos, de la herencia; conforme a las cuales correspondían a Carlos el Teatro Pereira, edificado en terreno ajeno, y la explotación del Teatro Caicedonia, de que era arrendatario el causante; y a la viuda todos los demás bienes pertenecientes a la sucesión. Se convino, además, que el pasivo de la herencia, formado por deudas que se determinaron, sería pagado por la viuda de Nauffal, pero obligándose Carlos a devolverle su monto en la forma de pagos escalonados y con intereses a que se refiere la cláusula 8ª, o antes de su vencimiento, según derecho que se reservó el deudor. El proceso da fe de que en virtud de este contrato, Carlos entró al goce del negocio de teatros referido, y pagó a la viuda el importe de su obligación en dinero.

En presencia de estas estipulaciones convenidas con el objeto de definir la situación personal de los dos partícipes en la comunidad herencial, a pesar de algunos términos usados en la escritura y en el juicio, no puede entenderse jurídicamente que se trate de una permuta que es generadora de la obligación de darse mutuamente una especie o cuerpo cierto; ni tiene entidad tampoco como cesión recíproca de derechos de herencia, que es tradición de ese derecho real a un tercero que lo ha adquirido a título oneroso de un heredero, sin especificar los bienes de que se compone. No es desde luego, tampoco, la partición misma de la herencia; pero incuestionablemente sí es la adopción contractual y en consecuencia obligatoria de las bases para la liquidación y partición sucesoral, realizables dentro del trámite y la oportunidad correspondientes del juicio mortuorio de Abdala Nauffal, en curso en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira.

Menos que las precitadas figuras jurídicas pueden hallarse en las cláusulas del aludido instrumento, el contrato especial conocido con el nombre de estipulación por otro, consagrado en el artículo 1506 del C. C. La cláusula 7ª, en que los copartícipes de la herencia acordaron pagar el pasivo separándose de la fórmula legal de cuota a prorrata, como lo autoriza el artículo 1397 del C. C., no es más que una de las bases convenidas para la liquidación. Allí no existen las tres personas que ineludiblemente tienen que intervenir en la estipulación por otro: no el estipulante (Carlos Nauffal en concepto del Tribunal) que ningún derecho estipuló a favor de la sucesión (tercero beneficiario) y que cumpliría la viuda (promitente), porque el pago de las deudas herenciales es de cargo de la sucesión y entre ésta, como universalidad jurídica y los herederos como sus representantes y deudores de su pasivo a prorrata de sus cuotas, es desacertado hacer distinción hasta el punto de considerar la sucesión como una persona jurídica independiente. A este respecto de la naturaleza que en derecho corresponde a la comunidad herencial la Corte expresó su concepto en sentencia visible a la página 790 del Tomo XLIII de la GACETA JUDICIAL.

Las razones que se llevan expuestas ya dan base para concluír con el recurrente que el Tribunal se equivocó manifiestamente en la interpretación del contrato, que es cuestión de hecho, y que por efecto de este error decidió mal el problema del pleito, dando aplicación inadecuada al artículo 1506 del C. C. y dejando de aplicar los artículos 1602 y 1546 de allí, por lo cual debe infirmarse el fallo recurrido.

Para complementar la motivación de la decisión de reemplazo, se considera:

El contrato contenido en la escritura número 793, contentivo como es de estipulaciones de los copartícipes de la sucesión de Abdala Nauffal, personas capaces, es fuente legítima de obligaciones.

La causa esencial de la acción, como se vio, se hace consistir en que de las obligaciones que recíprocamente adquirieron los dos contratantes del contrato mencionado, las contraídas por el demandante Carlos Nauffal fueron debidamente cumplidas, en tanto que la demandada está en mora de cumplir la de pagar el pasivo de la sucesión, conforme a la cláusula 7ª, con lo cual ha causado perjuicios al actor. Este es el único incumplimiento que se le imputa a la demandada, y por tanto la fuente única de los perjuicios pedidos. La obligación de la viuda de pagar a los acreedores de la sucesión no habiéndose fijado plazo para su cumplimiento ni héchose mención de los plazos

especiales de las obligaciones que debía pagar, debe entenderse que era exigible al vencimiento de cada una de las obligaciones enumeradas. Preciso es, para deducir el fundamento de la acción en cuanto a la indemnización, averiguar si todas o cuáles de tales deudas se han hecho exigibles para que de esta manera tenga sentido la obligación de pagarlas.

A este respecto, como lo anota la sentencia de primer grado, sólo aparece acreditado el incumplimiento de Rosa Salomón v. de Nauffal en relación con la deuda a favor de Wady Escaf (documento Wilkinsen), una de las enlistadas en la escritura 739, porque con las copias de la actuación correspondiente se demostró plenamente que fue necesario que el acreedor iniciara contra la sucesión cobro ejecutivo, y que en la ejecución, por denuncia hecha por la viuda de Nauffal, se embargó y secuestró el Teatro Pereira, de cuyo producido estaba gozando el demandante por virtud del contrato que sirve de base a la acción. La prueba de estos hechos hace ver cómo el incumplimiento que se imputa a la demandada causó perjuicios al demandante. En relación con las demás obligaciones del pasivo enumerado no hay en el proceso ninguna prueba que dé base de prosperidad a la demanda.

Los perjuicios a que se ha hecho referencia, originados en el incumplimiento de Rosa Salomón en pagar al acreedor Escaf, lo que determinó el embargo del teatro, están representados en lo que Carlos dejó de percibir de los productos de la empresa por la mencionada causa, y nada más. Aparece que el teatro se embargó por auto de 26 de julio de 1941 y fue desembargado en providencia del 22 de septiembre del mismo año. Las anteriores son las bases que han de tenerse en cuenta para la avaluación del daño a que ha de condenarse en abstracto, porque la prueba pericial al efecto producida carece completamente de fundamentación adecuada, como se deduce del hecho mismo de haberse pedido y producido, entre otras cosas, para que los peritos dictaminaran sobre si existía o no el incumplimiento en que se funda la demanda.

Los demás hechos, que al decir del demandante, son constitutivos de daños sufridos por él, como la disminución de su crédito bancario y la liquidación desastrosa de un almacén de mercancías, a más de no haber alcanzado demostración probatoria, están desconectados del hecho central que se alega como fuente de la indemnización.

Por lo que hace a la excepción de nulidad e inexistencia del contrato contenido en la escritura 793, objeto también de la demanda de reconvención, las razones que justifican su rechazo quedaron expuestas en el capítulo en que se estudió el recurso de la parte demandada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 29 de enero de 1945, y reformando la del Juzgado del Circuito de allí, de fecha 13 de noviembre de 1942, falla este pleito así:

1º—La señora Rosa Salomón v. de Nauffal está obligada a cumplir, lo mismo que su contraparte Carlos Nauffal, el contrato de que da cuenta la escritura número 793 del 20 de junio de 1939, de la Notaría 2ª del Circuito de Pereira.

2º—Condénase a la misma señora Salomón v. de Nauffal a indemnizar al señor Carlos Nauffal los perjuicios que le haya causado por el hecho de no haber pagado la deuda herencial de Abdala Nauffal en favor de Wady Escaf (documento Wilkinsen) a que se obligó por la cláusula 7ª del referido contrato.

El monto de estos perjuicios se fijará por el procedimiento del artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases que para la avaluación se fijaron en la parte motiva de esta sentencia.

3º—No se accede a las demás peticiones de la demanda principal ni a ninguna de las de la de reconvención.

4º—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.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE IMPUGNACION DE UNA LEGITIMACION, DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO Y DE FILIACION NATURAL

Para impugnar la legitimación de los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio, legitimados IPSO JURE por éste, a que se refiere el artículo 248 del Código Civil, existe la prohibición de no ser oídos sino los que prueben un interés actual en ello. Lo mismo acontece con la acción de reforma del testamento, que según el artículo 1274 del C. C. corresponde a los legitimarios, pero no a los que enlista el artículo 1240 ibídem, sino a aquellos a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, esto es, a los que han sufrido menoscabo en su porción legitimaria teniendo en cuenta el tiempo de abrirse la sucesión, o sea, la muerte del testador.

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

(Magistrado pónente: Dr. Hernán Salamanca)

Del proceso resultan los siguientes hechos como antecedentes de este litigio:

Por escritura pública número 2324, otorgada ante la Notaría 5ª de Bogotá el 23 de noviembre de 1903, Tiburcio Ardila reconoció como sus hijas naturales a María de los Angeles, Ana Joaquina y Vicenta Isabel, habidas en Mercedes Cuervo, cuando ella y el compareciente, siendo solteros, no tenían ningún impedimento para contraer matrimonio.

Por virtud de sentencia y mandato del Tribunal Eclesiástico de Bogotá, de fecha 29 de noviembre de 1939, fue extendida y firmada en la parroquia de Las Nieves de esta ciudad, a 5 de diciembre del mismo año, el acta de matrimonio de Tiburcio Ardila con María Paulina de las Mercedes Cuervo, celebrado "in artículo mortis de la novia", en el mes de mayo de 1907 y presenciado por el presbítero Carlos Eduardo Muñoz, coadjutor del cura párroco presbítero Alejandro Vargas R. y autorizado por él. Consta en el referido documento que "por este matrimonio y por reconocimiento canónico de los contrayentes, quedaron legitimadas sus hijas María de los Angeles, nacida el 2 de agosto de 1892 y bautizada en Santa Bárbara el 5 de septiembre del mismo año, y Ana Joaquina, nacida en Las Nieves el 23 de mayo del mismo año". (F. 4 v., cuad. 3).

El 10 de agosto de 1933 Tiburcio Ardila otorgó testamento público por medio de la escritura número 1295, de la Notaría 1ª de Bogotá, en el que expresó, entre otras cosas: "**Tercero.** — Contraje matrimonio con la señora Mercedes Cuervo, de quien tuve a mis hijas legítimas llamadas María de los Angeles y Ana Joaquina Cuervo, quienes fueron bautizadas la primera en la iglesia parroquial de Santa Bárbara y la segunda en la iglesia parroquial de Las Nieves; a quienes reconozco como hijas legítimas explícitamente. **Cuarta**—Reconozco por el presente testamento como hija legítima a mi hija Anselma Ardila Riaño, hija de María Elvira Riaño, a quien pongo en pie de igualdad con mis otras mencionadas hijas de la cláusula anterior; esta niña fue bautizada en la iglesia parroquial de Las Nieves. **Quinta.**—Nombro por mis únicas y universales herederas a mis tres citadas hijas legítimas María de los Angeles, y Ana Joaquina Ardila Cuervo y Anselma Ardila Riaño".

Posteriormente, el 25 de febrero de 1938, otorgó Tiburcio Ardila otro testamento público por medio de la escritura número 569 ante el Notario 1º de Bogotá, y en éste dijo: "Tercera. — Contraje matrimonio en primeras y únicas nupcias con la señora Mercedes Cuervo, quien ya falleció, y de quien siendo soltera tuve como mis hijas a María de los Angeles y Ana Joaquina Ardila, quienes fueron bautizadas la primera en la iglesia parroquial de Santa Bárbara y la segunda en la iglesia parroquial de Las Nieves, de esta ciudad, a quienes reconocí como mis hijas legítimas y aún viven.. Cuarta. — Nombro como mis únicas y universales herederas de todos mis bienes a mis dos nombradas hijas María de los Angeles y Ana Joaquina Ardila, casada la primera hoy con el señor Guillermo Rodríguez M.... Sexta. — Por el pre-

sente revoco y anulo cualquier otro testamento o disposición testamentaria que antes de ahora hubiere otorgado, especialmente el que consigné en la escritura número 1295 otorgada en esta misma Notaría con fecha 10 de agosto de 1933...".

Con base en este último testamento se abrió y siguió el juicio sucesorio de Tiburcio Ardila, en el cual fueron reconocidas como herederas testamentarias sus hijas María de los Angeles de Rodríguez y Ana Joaquina Ardila. María Anselma Ardila Riaño pidió al Juez de esa causa que se le declarara heredera testamentaria, como hija legítima del causante, al tenor del testamento de la escritura 1295, a lo cual no accedió el Juzgado por no comprobar el matrimonio de sus padres. Pidió entonces que se le reconociera como heredera de su padre en su condición de hija natural y en concurrencia con las hijas legítimas, a lo cual tampoco accedió el Juzgado con apoyo en el artículo 28 de la Ley 45 de 1936.

Cerrado así su ingreso al juicio mortuorio, en libelo de fecha 8 de abril de 1940, por medio de apoderado, María Anselma Ardila Riaño, o Riaño simplemente, demandó ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito a Ana Joaquina Cuervo o Ardila y a María de los Angeles Cuervo o Ardila de Rodríguez, personalmente y como representantes de la sucesión de Tiburcio Ardila para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare:

Que las demandadas no son hijas legítimas ni legitimadas de Tiburcio Ardila porque éste no contrajo matrimonio con Mercedes Cuervo, y que carece de valor la declaración que en este sentido hizo el Juzgado 1º Civil de este Circuito en el sucesorio de Ardila;

Que es inexistente o nulo el testamento otorgado por Tiburcio Ardila en la escritura número 569 de 25 de febrero de 1938 ante el Notario 1º de Bogotá, o, en subsidio, que son nulas o inexistentes las cláusulas 3ª, 4ª y 5ª del referido testamento;

Que es válida y produce todos sus efectos la cláusula 4ª del testamento otorgado por Tiburcio Ardila en la escritura número 1295 el 10 de agosto de 1933 en la Notaría 1ª de esta ciudad, por medio de la cual el testador reconoce a la actora como su hija legítima y la pone en pie de igualdad con las demandadas;

Que la demandante es hija natural de Tiburcio Ardila por reconocimiento hecho en su mencionado testamento y que en esta calidad tiene derecho a la tercera parte de los bienes herenciales de su padre y que así debe hacérsele la adjudicación en el juicio sucesorio, o, en subsidio, que se reforme el testamento de 1938 en el sentido de reconocérsele su legítima rigorosa en concurrencia con sus hermanas demandadas.

Las demandadas se opusieron a las declaraciones pedidas, negaron algunos hechos y aceptaron otros y opusieron la excepción perentoria de carencia de acción con fundamento en que la demandante no puede heredar a Tiburcio Ardila, ni como hija legítima, que no lo es, ni como natural en concurrencia con ellas.

Desenvuelta sobre estas bases la litis, fue decidido en primera instancia por el Juzgado del Circuito en sentencia de 6 de mayo de 1944 en que declaró probada la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora y absolvió, en consecuencia, a las demandadas. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación de la demandante dio lugar a la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial que se cerró con sentencia de 17 de mayo de 1945, reformatoria de la recurrida en el sentido de cambiar el nombre de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor por la de carencia de acción. También sin costas.

El derecho de suceder a Tiburcio Ardila, en concepto del Tribunal, está indisolublemente vinculado a la calidad de hija natural que alega la demandante. Estima la sentencia que el reconocimiento que el testador Ardila hizo en su testamento de 1933 de que Anselma Ardila Riaño es su hija legítima, si bien no es aceptable desde el punto de vista de la filiación legítima que sólo resulta del matrimonio de los padres, sí es reconocimiento de hija natural porque aparece que sus padres se habrían podido casar a la época de su concepción y ese reconocimiento no puede afectarse por la revocación testamentaria, según jurisprudencia que ha venido a ser consagrada por el artículo 2º de la Ley 45 de 1936.

Pero, no obstante esta calidad de hija natural de que goza la demandante, estima el Tribunal, que carece de la facultad legal para incoar las acciones propuestas. La de impugnación de la legitimidad de las demandadas, que de acuerdo con el proceso, fueron legitimadas **ipso jure** según el artículo 238 del C. C., porque carece de interés

actual para ello, y la de reforma del testamento que solamente corresponde a los legitimarios a quienes el testador no ha dejado lo que por la ley les corresponde, según el artículo 1274 del C. C. "Como el reconocimiento de hija natural efectuado por Tiburcio Ardila en favor de la demandante— dice la sentencia— fue anterior en muchos años a la vigencia de la ley 45 de 1936, ésta no puede gozar de los derechos herenciales que ella concede en favor de los hijos naturales; y como el artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que reformó el 1043 del C. C. —vigente hasta la expedición de aquélla— excluía de la vocación herencial a todos los herederos distintos de los legítimos hijos, síguese que la demandante no podría concurrir a participar con las demandadas en la sucesión de su padre, como hija natural suya".

El recurso

Perdido el pleito en las instancias, el demandante interpuso contra la sentencia definitiva de segundo grado el recurso de casación que hoy se decide.

Se funda en la primera de las causales legales de casación —artículo 520 del C. J.— y se formula contra la sentencia el cargo de violación indirecta de los artículos 219, 238, 239 y 1274 del C. C., 601 del C. J., 55, 56, y 86 de la ley 153 de 1887, 7º de la ley 95 de 1890, 13 y 18 de la ley 92 de 1938 y 20 de la ley 45 de 1936 en que incurrió el Tribunal como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que cometió al dar como probado el matrimonio de Tiburcio Ardila con Mercedes Cuervo con la partida de origen eclesiástico aportada por las demandadas y al aceptar como demostrada la legitimación de María de los Angeles y Ana Joaquina Cuervo con las escrituras números 2324 de 1903 y 1295 de 1933.

"Partiendo del supuesto —dice el recurrente— de que efectivamente el matrimonio de Ardila y Cuervo se realizó como lo dice la copia del acta acompañada a los autos, el H. Tribunal aplicó el artículo 219 del C. C. en forma equivocada interpretándolo en contra de María Anselma Ardila debiendo hacerlo en el sentido de favorecer sus derechos. El artículo 1274 del C. C. fue también violado porque se aplicó erróneamente en contra de María Anselma debiendo serlo en su favor; pues ninguna disposición amparaba mejor sus derechos".

Considera la Sala:

Dada la naturaleza jurídica y trascendencia social que corresponde a las acciones legales de impugnación del estado civil, como ha tenido oportunidad de advertirlo esta Sala, la ley exige condiciones especiales para su ejercicio, ya en relación con las personas que pueden intentarla, las causas que pueden alegarse y los plazos dentro de los cuales pueden usarse. Desde el punto de vista del interés jurídico se requiere no el común interés que legitima el ejercicio de las acciones judiciales en general, sino uno actual, positivo, directo al tiempo de la impugnación. Refiriéndose esta Sala al interés actual que debe aparejar el ejercicio de ciertas acciones dijo lo siguiente, que recuerda la sentencia recurrida: "En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido y que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro, es doctrina sentada en repetidos fallos por esta misma Sala". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLIX, pág. 848).

En el caso de estudio, como se vio al resumir el fallo acusado, consideró el Tribunal que la demandante carece de la acción de impugnación que ha intentado, porque no tiene el interés actual y directo indispensable y "la ley no da derecho de incoarla sino al marido, mientras viva; a los herederos si éste muriere antes del vencimiento del término que las leyes conceden para tal efecto, o a cualquier persona, siempre que tenga **interés actual en ello.** (Artículos 216 y 219 del C. C.)". Es verdad que la cita de los preindicados artículos del Código Civil es impertinente porque aluden ellos a la impugnación de la legitimidad y no a la de la legitimación, que es de lo

que aquí se trata; pero el error de cita en nada altera el planteamiento y resolución del caso, porque para impugnar la legitimación de los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio, legitimados **ipso jure** por éste, a que se refiere el artículo 248 del C. C., también existe la misma prohibición de no ser oídos sino los que prueben un interés actual en ello.

Análoga situación se presenta respecto de la acción de reforma del testamento, que según el artículo 1274 del C. C., corresponde a los legitimarios, pero no a los que enlista el artículo 1240 **ibídem,** sino a aquellos a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, esto es, a los que han sufrido menoscabo en su porción legitimaria teniendo en cuenta el tiempo de abrirse la sucesión, o sea, la muerte del testador. Aquí María Anselma Ardila no tiene esa calidad de legitimaria de su padre porque en concurrencia con sus hijos legítimos no heredaba según la ley que rige la sucesión.

Las anteriores consideraciones son los verdaderos soportes de la decisión acusada. Mientras estas razones fundamentales no se destruyan o desnaturalicen demostrando que a ellas llegó el sentenciador con violación o defectuosa aplicación de la ley sustantiva por el aspecto del interés jurídico a que se ha hecho referencia, la Corte no puede despreciarlas, dejándolas atrás para ocuparse de los temas que propone la demanda de casación, con olvido completo de lo que es este recurso extraordinario en que no se deciden los pleitos sino se juzgan las sentencias de segunda instancia. Nada contiene la demanda respecto del motivo esencial en que se fundó el Tribunal para negar la procedencia de la acción por carencia de interés jurídico; todos los cargos que formula se refieren a errores en la estimación de las pruebas, ya del matrimonio, ya de la legitimación, que el sentenciador no apreció porque halló que la carencia de acción de impugnación dejaba sin objeto ni oportunidad el estudio probatorio del proceso. Y ante la Corte, por defectos en el planteamiento del recurso, subsiste esta misma situación.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de mayo de 1945, 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.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Arturo Tapias Pilonieta—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE LA EXISTENCIA DE DOS BECAS FUNDADAS EN EL COLEGIO REAL SEMINARIO DE SAN BARTOLOME.—CONTRATO DE "CENSO CONSIGNATIVO" CONFORME A LA LEGISLACION ESPAÑOLA.—SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

1.—"CENSO CONSIGNATIVO" es el que da derecho de exigir la pensión en cambio del suministro de una suma de dinero con la garantía de un inmueble del censatario", dice Rodríguez Piñeres en su curso de Derecho Civil Español; que es el mismo contrato de censo que establece el artículo 101 de la ley 153 de 1887, caído en desuso total.

2.—La soberanía que corresponde a los Tribunales Superiores para la interpretación de los contratos solamente está limitada, en el desarrollo del recurso de casación, por la demostración de errores de hecho cometidos en la labor interpretativa, de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte.

3.—Innumerables son las decisiones en que la Sala ha dicho que las causales legales de casación tienen su naturaleza y fin propios que no permiten utilizarlas indiferentemente para acusar las sentencias de los Tribunales. La segunda no es procedente para plantear problemas de ilegalidad sobre la forma como han sido decididas las cuestiones debatidas, sino exclusivamente cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja sin resolución los propuestos, o condena a más de lo pedido u omite fallar alguna excepción perentoria siendo el caso de hacerlo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En copia expedida por el encargado del Archivo Histórico de la Biblioteca Nacional se acompañó a la demanda de este juicio la escritura pública de 20 de noviembre de 1729, otorgada por don Joseph Gómez de Salazar y Olarte, Contador de Cuentas más antiguo del Tribunal y Real Audiencia de ellas de este Reyno y Mayor de el de la Santa Cruzada, como apoderado del Presbítero don Agustín Gómez de Salazar, ante el escribano de Su Majestad, en Santa Fe, en cuyas cláusulas principales se estipuló lo que en seguida se compendia:

Hizo **fundación** de dos becas en el Colegio Real Mayor Seminario de San Bartolomé de Santa Fe, para que con ellas estudiaran, a perpetuidad, las artes liberales, los descendientes de José Gómez Salazar, María Josefa Gómez de Salazar, y Margarita Gómez de Salazar, sobrinos del fundador, y a falta de éstos, los deudos, prefiriendo los más inmediatos; a falta de éstos, sujetos de la Provincia de Antioquia, prefiriendo los de la Villa de Medellín, a los de la ciudad de Antioquia y Valle del Río Negro. En caso de concurrencia de varios jóvenes en las mismas condiciones, disfrutarán las becas los que eligiere el patrono. En caso de no haber deudo o patricio que ocupara las becas en las previstas condiciones, del réditc correspondiente al capital situado, la mitad corresponde al Colegio de San Bartolomé y la otra mitad a las madres Angela de San Miguel y Josefa de San Gabriel, religiosas del real Convento de San José de Carmelitas descalzas de Santa Fe. A falta de dichas religiosas, iría dicha mitad a las religiosas parientes del fundador que hubiere en otros conventos de Santa Fe y en su defecto, al convento de Carmelitas dicho. Instituyó como primer patrono, por los días de su vida, a José Gómez de Salazar y Olarte, debiendo ser patronos sucesivos los descendientes de éste, prefiriendo el mayor al menor y la varonía; en defecto de éstos, los descendientes de María Josefa Salazar, y en su defecto, los de Margarita Gómez de Sala-

zar, prefiriendo el mayor al menor y la varonía. En defecto de los anteriores, el Cura de Medellín y el Alcalde Ordinario más antiguo de dicha ciudad de consuno. Aceptó la fundación y firmó la escritura correspondiente, previo recibo de la cantidad de cuatro mil pesos de a ocho reales castellanos, valor de la fundación o capital situado con cuya renta debía sostenerse y pagarse la fundación, a nombre del Colegio Real Mayor Seminario de San Bartolomé, como Rector, el muy Reverendo Padre Ministro Francisco Castaño, y garantizó la renta o becas con la hacienda de Techo. La renta anual fue de "doscientos patacones, correspondientes al dicho principal para el sustento de la dicha dotación de las dos becas". La hacienda gravada no podría sufrir modificación ninguna en su propiedad sin la intervención del patrono de la fundación.

En la escritura pública número 1311 de diciembre de 1878, pasada ante el Notario 1º de Bogotá, acompañada también a la demanda, el doctor Octavio Salazar, en su condición de patrono de la fundación aludida y con autorización de la Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia e intervención del Tesorero de la Universidad, dijo "que por no alcanzar los réditos de fundación a cubrir sino poco más de la mitad de la cuota con que cada alumno debe contribuír anualmente parà los gastos en el colegio, solicitó y obtuvo de la Junta de Inspección y Gobierno de la Universidad permiso para refundir en una sola dichas becas, según consta de documento que se agrega... que en tal virtud refunde en una sola las dos becas mencionadas y que por lo mismo el patrono de esa fundación no podrá en adelante nombrar en cada época sino un joven de la familia dicha que disfrute de la fundación, lo que hace el otorgante en su calidad de patrono".

En demanda de fecha 6 de junio de 1939, Baltasar Salazar, hijo del patrono Octavio Salazar y demandante en este juicio, con exhibición, entre otros documentos, de la precitada escritura número 1311, pidió al Juzgado 7º Civil de este Circuito que, previos los trámites correspondientes, se le "declare patrono de la beca en el Colegio de San Bartolomé de esta ciudad a que quedaron reducidas las dos becas con que el señor don Agustín Gómez Salazar favoreció preferentemente a los descendientes de don Joseph Gómez de Salazar". El Juzgado, en sentencia de 4 de noviembre de 1940, dijo: "Declárase que Baltasar Octavio Salazar, hijo legítimo de Octavio Salazar y Juana Billoque (sic) es patrono de la fundación o capellanía constituída... y consistente en dos becas que quedaron refundidas en una sola, en el Colegio de San Bartolomé de esta ciudad".

Son éstos, entre muchos, los antecedentes que ilustran el recurso de casación en que ha culminado el juicio ordinario que Octavio Salazar Billoque, como patrono de la aludida fundación, inició contra el Colegio de San Bartolomé, representado por la Compañía de Jesús, en demanda del 4 de junio de 1943, ante el Juzgado 8º Civil de este Circuito para que se declare que el colegio está obligado a reconocer la existencia de las dos becas fundadas por medio de la escritura de fecha 20 de noviembre de 1729; que no tiene efectividad actual lo declarado en la escritura número 1311, por el patrono Octavio Salazar, a partir del 10 de octubre de 1902, fecha en que ocurrió su fallecimiento; que el colegio debe la mitad de la renta devengada por razón de la vacancia de las becas durante el tiempo que no fueron ocupadas por personas designadas según el título de fundación, parte que se aprecia en la suma de $ 32.160.00, o la que pericialmente se fije; que habiéndose vendido la mitad de la hacienda de Techo sin sujeción a las condiciones de la fundación, la mitad vendida está afectada por la garantía del capital constituída sobre toda la hacienda, y que se ordene la inscripción del censo o hipoteca en los libros correspondientes, para los efectos legales a que haya lugar.

Surtido el traslado legal de la demanda, el padre Provincial de la Compañía de Jesús en Colombia, la contestó aceptando algunos hechos y negando los más, y oponiéndose perentoriamente a que se hagan las declaraciones solicitadas. Explica el fenómeno de la refundición a una de las dos becas iniciales, y dice: "El 10 de octubre de 1902, falleció en esta ciudad el patrono doctor Octavio Salazar y por propia designación la beca fue ocupada en 1902 a 1906 por su hijo Eduardo Salazar Billoque como se reconoce en el hecho 8º de la demanda. En 1907 entró a disfrutar de la beca el joven Enrique Tavera y luego la ocuparon los jóvenes Tavera Salazar, Luis Gómez Nariño, Manuel Gómez Nariño, Jaime Sampedro, los jóvenes Borda Mendoza y finalmente, en los años de 1941 a 1942, el joven Octavio Salazar Sánchez, designado por el actual patrono de la fundación señor Baltasar Salazar. En el presente año, la beca ha estado vacante, sin culpa del Colegio de San Bartolomé, pues el patrono no ha hecho la

designación del joven que deba ocuparla; pero en todo caso y en cualquier momento, puede hacer la designación que le corresponde, en la seguridad de que, como siempre, el colegio recibirá al designado, sin lugar a juicio, porque nunca se ha negado a aceptarlo o recibir en sus claustros a quien haya sido designado para ocupar la beca, como le consta al demandante. La reducción o la refundición de las dos becas en una sola se llevó a cabo entre el Gobierno Nacional y el doctor Octavio Salazar como patrono de la fundación, porque los réditos eran insuficientes para el sostenimiento de ellas, y en esto obra conforme a las normas o principios sobre fundaciones, capellanías o patronatos y por imposibilidad en que se hallara el doctor Salazar de redotar la fundación. Por esto quizá, la acción para anular el convenio contenido en la escritura 1311 de 30 de diciembre de 1878, habría que discutirla con la Nación y la marcada con la letra e), con el dueño de la mitad de la finca de Techo, para los efectos del gravamen y con el Seminario Conciliar de Bogotá con quien se partió la misma finca".

Al término de la instancia el Juzgado del Circuito sentenció el 24 de noviembre de 1943, declarando probada la excepción perentoria de prescripción de la acción, propuesta por la parte demandada y absolviéndola, en consecuencia, de todos los cargos de la demanda, con costas a cargo del actor.

Sentencia acusada

La apelación del demandante elevó el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial que al término de la actuación de segundo grado y en sentencia de 23 de mayo de 1945, revocó la apelada en cuanto declaró probada la excepción prescriptiva de la acción, pero la confirmó, por razones distintas y de fondo, en la parte absolutoria y en la condena en costas.

Estimó el Tribunal, en la exposición de motivos de su fallo, que las cuestiones realmente debatidas en el pleito se reducen a averiguar si el acto de refundición de las dos becas de la fundación, hecha por el patrono Octavio Salazar, padre del actor, es válido y obliga a sus sucesores en el patronato; si a partir de la muerte de este patrono, ya por ineficacia de la reducción o ya por no haberse tenido como patrono al demandante, se ha producido vacancia de las becas; si producida esta vacancia, el colegio debe y a quién debe la mitad de la renta, y si vendida parte de la finca gravada en garantía del censo, lo vendido sigue afecto al pago y debe, por consiguiente, ordenarse la inscripción del gravamen. Por lo que hace al primer punto, luego de concluír el sentenciador que la clasificación y nombre que corresponde a la fundación presentada como fuente de los derechos alegados es el de censo consignativo, según la legislación española, concluye que lo estipulado por el patrono Octavio Salazar sobre reducción de las becas a una, no implica una reducción del censo o una condenación, sino simplemente una interpretación y aplicación del contrato, acomodándolo a la situación económica de la época. El bien destinado a producir la renta fue la hacienda de Techo, esto es, que por los cuatro mil patacones debía producir la finca doscientos pesos al año, de donde deduce el Tribunal, interpretando el contrato, que lo esencial en él no es el número de becas sino la institución del rédito o renta anual para su sostenimiento, de modo que en la escritura de 1878, cuando se declaró que la renta no alcanzaba sino para una sola beca, no se redujo el censo, ni se varió en su esencia el contrato primitivo; solamente se niveló la prestación con la renta del capital dado para constituírla. Y si no se modificó el contrato sino que sólo se interpuso para ajustarlo a una modalidad económica, no hay obligación para el actual patrono de sujetarse a esa interpretación ni puede deducirse que la renta correspondiente ha quedado disminuída. A este respecto observa el sentenciador que no se ha planteado en el litigio nada sobre la posibilidad actual de cubrir con el rédito del capital una o más becas, o si ha desaparecido la situación de desequilibrio que impuso su reducción. Si el Colegio, como está probado, ha servido la beca de acuerdo con las designaciones hechas por los patronos reconocidos oficialmente por el Gobierno, y si el Colegio como censatario no podía intervenir en el nombramiento de patrono de la fundación, no hay base de hecho ni de derecho para decir que la beca ha estado vacante. No pudiendo aceptarse el hecho de la vacancia, los pedimentos de la demanda sobre la mitad de la renta durante ella, carecen de fundamento. Y por lo que hace a la petición de inscripción del gravamen de la parte vendida de la hacienda de Techo y su afectación al pago de la renta, considera el Tribunal que no pueden prosperar porque carece la escritura correspondiente de la formalidad especial del Registro.

El recurso

Contra esta sentencia, sintetizada en sus principales fundamentos, ha recurrido la parte actora, vencida en las dos instancias del juicio.

Invoca las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. para fundar su acusación:

1º Por violación de la ley sustantiva acusa la sentencia del Tribunal de infracción de los artículos 1618, 1620, 1621, 1622, 2158, 2683 del C. C. y 604 del C. J. Afirma el recurrente, en tres capítulos en que divide su acusación, que el quebranto de las citadas disposiciones fue consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el contrato de que se da cuenta en la escritura de noviembre de 1792, por haber atendido en él más a las palabras que a la clara intención de las partes que lo celebraron y no tener en cuenta sus cláusulas para hacerles producir efectos que cuadren mejor con su espíritu y por no haber tenido tampoco en consideración los términos en que está concebido el poder con que procedió quien constituyó la fundación, todo lo cual lo indujo a la equivocación de estimar que la esencia del contrato consiste en constituír un rédito o renta con destino al sostenimiento de unas becas, cuando es evidente que lo que quisieron y realizaron los contratantes fue la compraventa de dos becas a perpetuidad por el precio de 4.000 patacones.

Dice también el recurrente que el sentenciador interpretó erróneamente las facultades que corresponden al patrono de la fundación, que de acuerdo con su título constitutivo se reducen a hacer la designación de las personas para ocupar las becas y velar por el destino de la finca que garantiza la obligación del Colegio, pero en ningún caso para reducir o refundir en una sola las dos becas de la fundación.

Finalmente, para dar fundamento al cargo de violación del artículo 2683 del C. C., dice la demanda que el acto de fundación conserva la fuerza obligatoria que tenía a la época de su constitución y está amparado por la legislación vigente en ese entonces y en cuyo desconocimiento y violación ha incurrido el Tribunal.

Se considera:

El problema que plantea la acusación se enfoca directamente sobre la interpretación del contrato que recoge la escritura de 1729, celebrado por el Presbítero Agustín Gómez de Salazar, por medio de apoderado, con el colegio Real Mayor Seminario de San Bartolomé, representado por su rector el Padre Ministro Francisco Castaño, cuya síntesis se dejó hecha al comienzo de esta decisión.

Para el Tribunal, como se vio, la fundación consistió, según los términos de la convención que le dio origen, en que el constituyente quiso obtener el beneficio de dos becas para educar a sus sobrinos y descendientes de éstos, a perpetuidad, y con este objeto, usando el censo consignativo de la legislación española vigente entonces, situó la suma de cuatro mil pesos de a ocho reales castellanos, para que con el rédito de dicha cantidad, que se estimó en doscientos patacones, se atendiera anualmente al sostenimiento de dos becas en el instituto, con la garantía de la hacienda de Techo. De esta configuración jurídica dedujo el Tribunal que lo esencial del contrato de censo no fue la creación de dos becas, sino la institución de rédito o renta anual para sostenerlas.

A esta interpretación del contrato opone el recurrente la suya fundada en que "la intención de los contratantes fue la de comprar y vender dos becas, a perpetuidad, cuyo precio fue la cantidad de cuatro mil patacones", y añade que como el comprador cumplió con su obligación de pagar el precio, la obligación correlativa de atender las dos becas a perpetuidad debe igualmente cumplirse por parte del Colegio.

"**Censo consignativo** es el que da derecho de exigir la pensión en cambio del suministro de una suma de dinero con la garantía de un mueble del censatario" (Derecho Civil Español, Rodríguez Piñeres), que es el mismo contrato de censo que establece el artículo 101 de la Ley 153 de 1887, caído en desuso total.

Enfrentadas las dos interpretaciones contractuales no hay duda que la que trae la sentencia es la que mejor se conforma a la intención expresada en los términos del instrumento escriturario y a las modalidades esenciales del contrato de censo según la definición de la ley. Ni textual ni jurídicamente engrana con la convención la tesis de la compraventa de becas.

La soberanía que corresponde a los Tribunales Superiores para la interpretación de los contratos solamente está limitada, en el desarrollo del recurso de casación, por la demostración de errores de hecho cometidos en la labor interpretativa, de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, des-

conociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte.

Por otra parte, los textos legales que el recurrente señala como infringidos, contentivos como son de consejos o guías más que de normas imperativas, no son susceptibles por sí solos de infracción que dé apoyo a la casación. A este respecto ha dicho la Sala: "La regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del C. C., que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mismo que las demás contenidas en el Título 13, Libro 4º del Código Civil, es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los jueces como criterio adquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de cargo en casación con fundamento en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., como en varias decisiones lo tiene repetido esta Sala. La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación demostrada en un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes". (G. J. Tomo LV, pág. 298).

No hay en la sentencia, en concepto de la Sala, quebranto del artículo 2158 del C. C. dada la manera interpretativa adoptada por el Tribunal, que concluyó que la reducción a una de las becas originales de la fundación, consignada en la escritura número 1311 de 30 de diciembre de 1878, en las condiciones ya vistas, que no obligan a los patronos sucesores, no fue la alteración del contrato de censo ni condonación de su canon, sino una aplicación transitoria del contrato para acomodarlo a las peculiares circunstancias económicas de la época. El patrono es representante de la persona jurídica encarnada en la fundación y como tal administrador de los bienes de la entidad. Ni aun suponiendo aplicabilidad al caso de la disposición que se cita como violada tendría procedencia el cargo, porque con tal base la acción en que podría pensarse sería contra el mandatario o contra el representante de la fundación en razón de actos que excedieron los límites de su ministerio.

Y por lo que hace al cargo de violación del segundo inciso del artículo 2683, penúltimo del Código Civil, que establece que las controversias y los pleitos sobre actos, derechos, obligaciones y contratos anteriores a la publicación del código, se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas vigentes al tiempo de su celebración, basta advertir, para darle acogida, que en la forma en que se ha propuesto no da base de estudio a la Sala, pues para que la diera sería preciso la cita de las disposiciones sustantivas, anteriores al código, que se consideran supervivientes para la decisión de este pleito, con la razonada demostración del quebranto de que el Tribunal las hizo objeto, al decir del recurrente. La simple norma que rige el tránsito de legislación, cuando la controversia no ha rodado sobre aplicación de leyes derogadas, no presta fundamento al recurso.

Por lo expuesto, se rechazan los cargos, por la causal primera.

II. — Dentro de la segunda causal de casación afirma el recurrente que la sentencia es incónsona con las pretensiones de la demanda porque se abstuvo de hacer la primera declaración solicitada, como ha debido hacerlo, puesto que tenía como base el título o acto constitutivo de la fundación; porque lo decidido en algunos apartes del fallo no se compadece con lo que se deduce de piezas y documentos que obran en autos; porque en relación con algunos aspectos interesantes del litigio la sentencia guarda silencio, y porque respecto de la cuestión del registro de los instrumentos públicos a que se refiere el Tribunal, las partes han aceptado las escrituras que obran en el proceso en la forma en que aparecen.

Innumerables son las decisiones en que esta Sala ha dicho que las causales legales de casación tienen su naturaleza y finalidad propias que no permiten utilizarlas indiferentemente para acusar las sentencias de los Tribunales. La segunda no es procedente para plantear problemas de ilegalidad sobre la forma como han sido decididas las cuestiones debatidas, como se pretende en el cargo que se estudia, sino exclusivamente cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja sin resolución los propuestos, o condena a más de lo pedido u omite fallar alguna

excepción perentoria siendo el caso de hacerlo. Y de ninguna de estas fallas formales adolece la sentencia juzgada en este recurso que, según se vio al hacer su compendio, estudió todos los aspectos del litigio dentro del orden que consideró adecuado, pero sin dejar inconsiderada ni una sola de las cuestiones fundamentales de la litis. En estas condiciones, siendo absolutoria total la sentencia, es improcedente, según larga jurisprudencia de casación, la invocación de la causal segunda.

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 Bogotá, el 23 de mayo de 1945, materia de este recurso de casación.

Las costas son a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas — El Oficial Mayor en ppdad., **Emilio Prieto H.**

ACCION DE NULIDAD DE UNA PARTICION

1.—La calidad de socio en la sociedad de bienes que se forma por el matrimonio es por esencia insustituíble.

2.—La Corte tiene definida la naturaleza y alcance del interés que ha de aparejar el ejercicio legítimo de la acción de nulidad que requiere el artículo 2º de la ley 50 de 1936. La nulidad absoluta, no obstante estar consagrada en interés general de la moral y de la ley, solamente puede alegarse con fundamento en un interés privado, que debe ser actual y positivo, que hiera real, directa y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, de acuerdo con el principio de que el derecho no puede reclamarse de futuro.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Girardot, Gregorio Lamprea V. siguió juicio ejecutivo contra José María Patiño por deuda de $ 2.322 originada en un contrato de fianza, y en la ejecución fueron embargados por denuncio del ejecutante y rematados por él en pago de su crédito, "los derechos litigiosos que le puedan corresponder a José María Patiño en el juicio de separación de bienes que le sigue su esposa Ascensión Ospina de Patiño" en el Juzgado promiscuo del Chaparral, en los predios denominados Potrerillo y San Isidro, ubicados en Ataco y Chaparral, y en una casa situada en esta última población. Finalizado el juicio de separación de bienes y liquidación de la sociedad cónyugal Patiño-Ospina, fue aprobada judicialmente la partición correspondiente, en la cual, por efecto de compensaciones y deudas, nada le fue adjudicado al marido como gananciales.

Fundado en estos antecedentes, Gregorio Lamprea, en libelo de fecha 24 de mayo de 1943 y ante el Juzgado promiscuo del Circuito del Chaparral, demandó a los consortes José María Patiño y Ascensión Ospina de Patiño en acción ordinaria para que declare que es absolutamente nula la partición verificada en el juicio de liquidación de la sociedad conyugal aludida; consecuencialmente nula la sentencia aprobatoria; que los cónyuges demandados son solidariamente responsables de los perjuicios que le han causado con la forma dolosa como liquidaron su sociedad, perjuicios en la suma de $ 6.000, o la que pericialmente se fije, puede hacerlos efectivos el actor sobre las fincas San Isidro, Potrerillo y la casa en Ataco adjudicadas a la cónyuge Ospina de Patiño, y que los derechos que corresponden al marido sobre las mentadas fincas, de que el demandante es cesionario, no pueden ser desconocidos por los mismos cónyuges.

La razón fundamental de su acción la expresa el actor así: "Porque con esa participación se vulneran los derechos del cónyuge José María Patiño que adquirí en subasta pública, y porque contiene una colusión de los nombrados cónyuges Patiño y Ospina que tuvo por objeto exclusivo desconocer y hacer nugatorios mis derechos de acreedor".

Se opusieron los demandados a las pretensiones del actor negándole el derecho a la acción, y surtidos los trámites correspondientes, el Juzgado del Circuito, en sentencia del 16 de marzo de 1944, acogió los pedimentos de la demanda declarando la nulidad absoluta de la partición y su sentencia aprobatoria y condenando solidariamente a los cónyuges a pagar al actor, por perjuicios y valor de la hijuela rematada por él, la suma de $ 3.522. Los condenó también en las costas del grado.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué ante el que se surtió la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la parte demandada, en sentencia del 19 de abril de 1945, revocó la recurrida y en su lugar absolvió a los demandados por encontrar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del demandante Lamprea.

El Tribunal consideró que el actor "no es otra cosa que un simple cesionario por remate de los derechos litigiosos del demandado José María Patiño en el juicio de separación de bienes que le siguió su esposa", esto es, que lo rematado por Lamprea fue el evento incierto de la litis, de que no se hace responsable el cedente (art. 1969 C. C.). Entiende el Tribunal que Lamprea es un acreedor del cónyuge Patiño y como tal un tercero respecto de la partición judicial referida, de donde deduce que carece del interés legítimo que es indispensable para ejercitar la acción de nulidad de un acto en que no intervino. Dentro de esta tesis, no entró el sentenciador a analizar los hechos señalados por el demandante como determinantes de la nulidad.

El recurso

El apoderado del demandante acusa la sentencia del Tribunal de ser violadora de la ley sustantiva (art. 520, numeral 1º del C. J.), en el recurso de casación que oportunamente interpuso y que se decide después de prepararlo legalmente.

Formula el cargo de infracción directa por equivocada interpretación y consiguiente aplicación indebida de los artículos 1405 y 1740 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, y para fundarlo dice el recurrente que "Lamprea era acreedor de uno de los cónyuges cuando la partición viciada se efectuó, pero cuando demandó ya no era acreedor sino que había adquirido el derecho del marido que sí intervino en ella". Agrega que aun considerándolo como tercero es innegable su interés jurídico para demandar la nulidad puesto que subsanando el acto nulo impide que se le cause el perjuicio consistente en la pérdida de parte de su patrimonio. Hay que darle amplitud a la noción de interés jurídico que condiciona la acción de nulidad concediéndole un fondo de interés económico para que la alegación del derecho no se convierta en mero diletantismo.

Se considera el cargo:

Confinado el recurso dentro del tema del interés para demandar la nulidad, que es el fundamento de la sentencia recurrida, se advierte, en primer término, que el cargo por infracción directa de las precitadas disposiciones del Código Civil es baldío, porque dado el planteamiento jurídico de la sentencia no hay manera de que el Tribunal incurriera en equivocada interpretación y aplicación indebida de ninguna de ellas. Respecto del artículo 1405 que establece que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, nada contiene la sentencia que en algún concepto o forma lo contradiga o desconozca. Y lo propio acontece con el 1740 que consagra, definiéndolas, la nulidad absoluta y la relativa, cuya interpretación y aplicación no tuvo tampoco oportunidad de considerar la sentencia porque estimó que la falta del interés que exige el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 se lo impedía.

A este último precepto queda reducido, pues, el estudio del cargo por quebranto legal.

El objeto del embargo verificado en el ejecutivo seguido por Gregorio Lamprea contra Patiño en el Juzgado del Circuito de Girardot por denuncia del ejecutante, no fue, en concepto de la Sala y a pesar del bautizo que se le ha dado, derechos litigiosos en el estricto sentido que a esta especie jurídica corresponde y que en el caso de autos no se configura. Esta equivocada denominación del derecho embargado dio lugar a la cita impertinente que trae la sentencia del artículo 1969 del C. C.; pero esto no tiene ninguna importancia para la decisión del recurso, ni a ello se alude en ninguna forma en la demanda de casación. Lo que en realidad fue denunciado por el ejecutante para el pago de su crédito, como atrás quedó transcrito, fue la posible participación que a José María Patiño correspondiera como socio conyugal en tres determinados inmuebles del patrimonio de la sociedad que iba a ser liquidada y partida. El embargo decretado al tenor del denuncio vino a ser prácticamente inútil y baldío porque en la partición del haber social nada correspondió al marido ejecutado, y esta situación ya estaba producida con la sentencia aprobatoria de la partición judicial (18 de mayo de 1942), verificada en virtud de la sentencia que decretó la separación de bienes y la disolución de la sociedad conyugal Patiño-Ospina (17 de julio de 1940), el día 6 de octubre de 1942 en que el ejecutante Lamprea obtuvo que le fuera adjudicado en el remate ejecutivo en pago de su crédito la referida partición de Patiño en los bienes de su sociedad matrimonial.

La enunciación de estos antecedentes y la situación jurídica que a la luz de ellos se plantea, hacen ver la falta de razón con que afirma el recurrente que Lamprea que era simple acreedor del marido a la fecha de la partición, era dueño al iniciarse este juicio, por efecto del remate, de

los derechos sociales del marido, que sí intervino en la partición. Si lo que se pretende sugerir es que a través de la subasta el rematador ocupa el puesto del socio conyugal ejecutado, para efecto de poderlo considerar como titular de una acción de nulidad que por naturaleza sólo corresponde a los cónyuges, basta recordar que la calidad de socio en la sociedad de bienes que se forma por el matrimonio es por esencia insustituíble. Dentro de la realidad de lo ocurrido y conforme al efecto retroactivo que corresponde al acto de partición, si al ejecutado no se le adjudicó lo que se embargó como de su posible futuro dominio, el rematador nada adquirió.

La Corte tiene definida la naturaleza y alcance del interés que ha de aparejar el ejercicio legítimo de la acción de nulidad que requiere el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. La nulidad absoluta, no obstante estar consagrada en interés general de la moral y de la ley, solamente puede alegarse con fundamento en un interés privado, que debe ser actual y positivo, que hiera real, directa y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, de acuerdo con el principio de que el derecho no puede reclamarse de futuro. (G. J. Tomo XLIX, pág. 848). En este caso, Lamprea, fuera de que no tiene acción para invalidar una partición en que no es copartícipe, carece también del interés que según conocido principio es la medida de la acción, porque ningún beneficio directo y cierto le representaría por sí sola la anulación del acto positivo. En su condición de acreedor la ley le brinda al demandante vías distintas de la de la nulidad para hacer valer sus derechos.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 19 de abril de 1945, 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.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS, DE UN JUICIO EJECUTIVO, DEL REMATE DE BIENES, Y REIVINDICACION DE ESTOS

1.—El interés indispensable para recurrir en casación, ha dicho la Sala, puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio y, en tratándose del recurso de casación, por dos motivos: 1º porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente, y 2º porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite.

2.—La causal 2ª de casación habla de inconsonancia de la sentencia con las PRETENSIONES oportunamente deducidas por los litigantes. La ciencia procesal ha definido esta palabra, dentro de la relación jurídico-procesal determinada por el conflicto de intereses, como "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio" que queda englobada en los pedimentos claros y precisos de la demanda, que a la vez encierran y delimitan las cuestiones de la controversia y moldean la sentencia. La pretensión puede ser fundada o infundada, y de que lo sea o no se desprenden consideraciones sobre la conformidad del fallo con la ley que conducen a otra situación y otro planteamiento dentro de la preceptiva de la casación. Esta conformidad o coincidencia de la pretensión de la demanda con el derecho para obtener "la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige", estructura otro elemento de la demanda, que la teoría procesal denomina RAZON DE LA PRETENSION o razón de la demanda, al que se refiere el Código al hablar de "los fundamentos de derecho en que se apoya". La referida causal 2ª, por quebranto formal, tutela la correspondencia armónica de las pretensiones y el fallo que las decide. Las razones de la pretensión se transforman en el desenvolvimiento del litigio en las cuestiones jurídicas del proceso, que vienen a ser asimismo las razones de la sentencia.

3.—La representación que establece el artículo 62 del Código Civil, a diferencia de la voluntaria que se genera en el contrato, tiene su fuente y límites en la propia ley que la organiza, y a pesar de su generalidad está restringida para un gran número de actos en los cuales no se ha considerado bastante la asistencia y protección paternal y se ha exigido ineludiblemente la intervención de la autoridad judicial, como acontece con todos los actos de disposición a cualquier título que recaigan sobre inmuebles o los que recaigan sobre muebles, a título gratuito. Las leyes que protegen el patrimonio de los incapaces pertenecen al orden público; no son susceptibles de derogación o cambio por convenciones entre los particulares porque no forman parte del derecho supletivo sino que integran un sistema o institución jurídica de protección insustituíble. Su desobedecimiento lleva implícita la ilicitud, que se agrava si se consuma por el propio representante legal y si además se hace, no por simple pretermisión, sino adoptando reflexivamente medios desviados, para burlar esas disposiciones legales que tutelan el patrimonio de los incapaces. Si fuera jurídicamente posible hacer a espaldas del Juez pactos que desnaturalizan y destruyen el sentido de la intervención de la autoridad judicial, que es control protector, tal intervención carecería de respetabilidad y de objeto. La función protectora del juez comienza desde la autorización que debe dar con conocimiento de causa y por motivos determinados para el acto de disposición. Los términos en que dé esta autorización deben considerarse como condiciones obligatorias en forma que el acto no es válido si no se cumple dentro de sus límites y con su observancia. Este es el sentido que debe dársele y que jurídicamente corresponde en el terreno de las normas del orden público a la autorización judicial para actos de aquellos a que alude el proceso. Al juez corres-

ponde un poder de inhibición que puede ejercerlo desde la negativa hasta la autorización parcial y condicionada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Sin la abundancia de detalles, especialmente de carácter moral, con que han sido revelados y debatidos los antecedentes de este pleito, se mencionan a continuación los que se consideran necesarios para el buen entendimiento y decisión del recurso.

En el mes de junio de 1930, José G. Pizano Valenzuela, solicitó ante el Juez 3º de este Circuito licencia para vender el lote o potrero denominado El Espartillal, ubicado en el barrio de Chapinero de esta ciudad, perteneciente a su menor hija legítima Beatriz Pizano Izquierdo, cuya patria potestad ejercía entonces, licencia que le fue concedida por auto de 11 de septiembre de 1930, en que se ordenó el remate correspondiente previo avalúo. En estas diligencias intervino Adán Salazar R.

El Fiscal del Tribunal de Cundinamarca, como Agente del Ministerio Público y en vista de la oposición a la licencia formulada por parientes consanguíneos de la menor quienes alegaban antecedentes de malversación del padre sobre el patrimonio, ya visiblemente disminuído de su hija, solicitó la suspensión del remate para que se hiciera por lotes a fin de obtener mejor provecho.

El Juez no accedió a ninguno de los pedimentos, y el 12 de noviembre de 1930, fecha prefijada al efecto, se llevó a cabo la diligencia de remate siendo rematador Adán Salazar, como único postor, por la totalidad del lote de 12 fanegadas, por la suma de $ 78.000.00, base del remate.

Por memorial de 13 de noviembre, siguiente día al del remate, José Pizano declaró recibido del rematador Salazar la suma de $ 74.100.00, que junto con los $ 3.900.00 consignados como porcentaje del remate, completaban su precio total.

El Fiscal del Tribunal y los parientes de la menor Pizano Izquierdo solicitaron la improbación del remate, cosa que el Juzgado negó pero que el Tribunal Superior decretó ordenando asimismo que la licitación se hiciera por parcelas.

En memorial de 21 de abril de 1931, Adán Salazar manifiesta al Juez 3º que Pizano le ha restituído la cantidad de $ 74.100.00, precio del remate de El Espartillal.

La intervención de Adán Salazar en el negocio de El Espartillal es anterior a su postura en el remate del 12 de noviembre. Su apoderado la explica así ante la Corte: "Días antes de verificarse el remate, entre Salazar y Pizano se convino lo siguiente: que Salazar entraría a la licitación del predio de El Espartillal y haría postura por los $ 78.000.00, y que si no había otro postor en el remate y se le hacía la adjudicación a Salazar, Pizano como representante de su menor hija Beatriz, daría por recibido el dinero del rematador, para que el remate se aprobara, quedando obligado Salazar a entregarle a Pizano, como representante de su menor hija Beatriz, determinada cantidad de dinero, determinados inmuebles por precio discutido y convenido entre los dos, cierto número de alhajas por un precio previamente convenido y un automóvil de propiedad de Salazar".

De acuerdo con lo resuelto por el Tribunal se avaluó nuevamente la finca y se dividió en siete lotes, de los cuales se apreciaron seis de a $ 20.000 y uno en $ 11.233.48. Hecho esto se inició una serie de remates con la insistente oposición de los parientes de la menor y del Agente del Ministerio Público, quienes alegaban que las ventas eran innecesarias y perjudiciales para los intereses de la menor Pizano Izquierdo. Varios lotes de los en que se dividió El Espartillal fueron rematados por Raúl Jiménez, remates éstos que improbó el Juzgado por haber presentado Pizano sendos memoriales en que declaraba haber recibido el precio de la almoneda y pedía su aprobación judicial. El 30 de junio de 1932 se llevó a cabo el remate del lote número 1, que le fue adjudicado a Adán Salazar por $ 20.000.00, base de la subasta, suma ésta que el apoderado de José Pizano declaró haber sido recibida por su mandante. También fue este remate improbado por el Juzgado, pero el Tribunal, no obstante la oposición del Fiscal, le impartió su aprobación en providencia del 3 de marzo de 1933.

En el mes de mayo de este año de 1933 el Personero Municipal de Bogotá, como Agente del Ministerio Público, pide ante el Juzgado la cancelación de la licencia judicial para vender el inmueble de la menor Pizano Izquierdo. El Juzgado la niega en el mes de agosto; pero recurrida su providencia, el Tribunal de Bogotá, en auto

de 22 de marzo de 1934, la revoca y en su lugar declara cancelada la referida licencia para vender, concedida por el Juez 3º del Circuito.

El apoderado de Adán Salazar explica en su demanda de casación que su mandante, en cumplimiento del pacto ajustado con Pizano sobre la finca de El Espartillal con anterioridad al 12 de noviembre de 1930, fecha de su remate, había entregado dinero, fincas, alhajas y un automóvil, y que para asegurarse en esa situación celebró con Pizano, como representante legal de su menor hija, un contrato que se perfeccionó el 21 de abril de 1931, y de acuerdo con el cual "Pizano, en su carácter legal (sic) de su menor hija Beatriz, suscribía un pagaré a favor de Salazar por la suma de $ 57.000.00, cantidad procedente de los pagos hechos por Salazar a Pizano, representando éste a su menor hija Beatriz, como buena cuenta del valor del remate que Salazar había efectuado el 2 de noviembre de 1930, y que el Tribunal había improbado por providencia del 23 de marzo de 1931. Pizano se obligaba a pagarle a Salazar la dicha cantidad de $ 57.000.00 principalmente con el valor del remate de la misma finca de El Espartillal, cuya licitación de nuevo pediría Pizano ajustándose a lo dispuesto por el Tribunal". De este contrato no hay prueba documentaria en el proceso.

Mientras cursaban las diligencias iniciadas por el Agente del Ministerio Público sobre cancelación judicial de la licencia para vender los bienes de la menor Beatriz Pizano Izquierdo, el 10 de junio de 1933, Adán Salazar R. y José G. Pizano, obrando el primero en su propio nombre y el segundo como representante legal de su menor hija Beatriz Pizano Izquierdo, suscribieron un documento privado, en el cual, entre otras cosas, Pizano declara que su hija Beatriz "debe de plazo vencido al señor Adán Salazar R. la suma de $ 39.750.00 moneda corriente, cantidad a que queda reducida la deuda total que la menor Beatriz Pizano Izquierdo tenía para con el señor Adán Salazar R." En este documento se dice que la deuda a cargo de Beatriz que por él se declara proviene de la obligación de 21 de abril de 1931 por valor de $ 57.000.00, contraída con Adán Salazar por la menor, representada por su padre, procedente "de varias cantidades de dinero que Pizano Izquierdo y para ella había recibido del señor Adán Salazar y de varias fincas que el mismo Pizano y V. en nombre de su hija Beatriz Pizano Izquierdo y para ella había comprado al señor Adán Salazar R." Aunque Pizano era vecino de Bogotá se fijó la jurisdicción de los jueces de Zipaquirá y de Facatativá, a elección del acreedor, y se reconoció la obligación ante el Notario 4º de Bogotá.

Con apoyo en este documento Adán Salazar demandó por la vía ejecutiva a Beatriz Pizano Izquierdo, representada por su padre, ante el Juzgado 1º del Circuito de Zipaquirá el 12 de julio de 1933, para que le pagara la suma de $ 39.750 y sus intereses a la rata del 8 % desde el 10 de junio del año citado. En este juicio ejecutivo fueron embargados cuatro lotes del predio El Espartillal avaluados en $ 40.000.00, y en la sentencia de pregón y remate, expresamente consentida por ambas partes, se señaló el 25 de octubre de ese año para que tuviera lugar la subasta. En este estado, noticiados por el doctor Antonio M. Ocampo los parientes de la menor de la ejecución que se le seguía en el Circuito de Zipaquirá iniciaron una serie de actividades y gestiones para impedir lo que ellos consideraban un despojo del patrimonio de Beatriz, a través de una colusión entre su padre, enfermo y poseído por el vicio de las drogas heroicas, y Adán Salazar. Denuncio criminal ante la Policía Nacional, gestiones de la Procuraduría General de la Nación y oficiosas del doctor Ocampo Herrera fueron ineficaces para la suspensión del remate decretado, el cual lo fue a la postre a pedimento del ejecutante Salazar en memorial que envió el día fijado para su celebración, desde el lugar donde se hallaba detenido por orden judicial. Por sentencia de fecha 18 de diciembre de 1933, proferida por el Juzgado de Menores de Bogotá, le fue suspendida indefinidamente a José G. Pizano Valenzuela la patria potestad sobre su hija, a quien depositó en poder de su abuela materna, por ser el padre toxicómano y estar recluído en el manicomio. Por sentencia del 6 de abril de 1934 el Juzgado de Menores, por haberse demostrado que Pizano Valenzuela se hallaba desintoxicado, revocó su decisión anterior sobre suspensión de la patria potestad. Con copia de esta providencia se pidió al Juzgado de Zipaquirá señalamiento de nuevo día para el remate de los lotes de El Espartillal. Se señaló el primero de junio de 1934, día en que se llevó a cabo, adjudicándole al ejecutante Salazar, por cuenta de su crédito y por el monto de su avalúo, los lotes de El Espartillal. El remate fue aprobado y registrado.

Posteriormente, el 20 de diciembre de 1937, por medio de la Escritura Pública número 2206, de

la Notaría Tercera de Bogotá, Adán Salazar R., Adán Salazar Samper, Josefina Salazar de Salazar, María Salazar de Rivadeneira, Alberto Salazar Samper y José María Salazar Samper, representados éstos dos últimos por Adán Salazar R., constituyeron la sociedad anónima denominada "Unión Urbanizadora, S. A.", y a ésta transfirió como aporte Adán Salazar R. parte de los lotes de El Espartillal que había adquirido en el precitado remate en el Juzgado de Zipaquirá.

Con fundamento en estos antecedentes, referidos, la mayor parte, en la demanda de este juicio y revelados e introducidos otros al proceso por la parte demandada, Beatriz Pizano de Noguera, menor pero debidamente representada por curador, en libelo de fecha 25 de noviembre de 1938, repartido al Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, demandó en juicio ordinario a Adán Salazar R., José G. Pizano Valenzuela y a la Sociedad Unión Urbanizadora, S. A., representada por su gerente, para que se hagan las declaraciones que se compendian:

1.—Que es y fue nulo o por lo menos no obliga a la menor Beatriz Pizano Izquierdo de Noguera el contrato que consta en documento privado de 10 de junio de 1933, que sirvió de base al juicio ejecutivo seguido por Adán Salazar contra la demandante ante el Juzgado del Circuito de Zipaquirá.

2.—Que consecuencialmente es y fue nula, si acaso existió, la obligación de 21 de abril de 1931 que se cita en el documento mencionado en el numeral anterior, y, por tanto, la menor demandante no estaba ni está obligada a responder por los compromisos de que allí se trata;

3 y 4.—Que dada la nulidad de las obligaciones referidas y las informalidades a que se alude en los hechos de la demanda, carece de causa real y jurídica y es nulo el juicio ejecutivo adelantado por Salazar contra la actora en el Circuito de Zipaquirá, y que, por tanto, son nulos y deben cancelarse, la diligencia de remate y adjudicación verificados el 1º de junio de 1934, el auto aprobatorio de dicho remate y su inscripción en la Oficina de Registro del Círculo de Bogotá;

5 y 6.—Que es nulo el contrato contenido en la escritura número 2206 de 20 de diciembre de 1937, de la Notaría Tercera de Bogotá, en cuanto se refiere dicha escritura al aporte o transferencia de dominio que Adán Salazar R. hace a la sociedad Unión Urbanizadora, S. A. de bienes comprendidos entre los que Salazar R. remató en el ejecutivo contra la menor demandante, y, por tanto, que es nula y debe cancelarse su inscripción en el registro público en la parte correspondiente;

7. y 8.—Que la sociedad Unión Urbanizadora, S. A., en la parte de bienes a que se refieren los numerales anteriores, y Adán Salazar R. en los demás, están obligados a restituir a la demandante Pizano de Noguera, seis días después de notificada la sentencia, los lotes de El Espartillal rematados por Salazar R., y alinderados en el numeral 4º, con sus frutos naturales y civiles desde el 23 de junio de 1934 hasta el día de la restitución, valorados pericialmente;

9 y 10.—Que los tres demandados obraron con dolo en la ejecución de los actos y contratos que se mencionan en las peticiones anteriores y por tal motivo están obligados solidariamente a pagar a la menor demandante el valor de los perjuicios que por tales actos se le causaron, avaluados pericialmente, más costas de este juicio.

Como se ve de los hechos básicos de la acción y de las consideraciones contenidas en el libelo bajo el epígrafe "Causa o razón de esta demanda", los fundamentos de las nulidades impetradas son la falta de causa real de las dos obligaciones mencionadas porque Beatriz Pizano no recibió nada con mediación de su padre en razón de ellas; y causa y objeto ilícitos porque ellas no fueron sino el medio de que se valieron Pizano Valenzuela y Adán Salazar para que éste último adquiriera bienes de la menor Beatriz Pizano Izquierdo con burla y desobediencia de los requisitos que la ley ha establecido para proteger el patrimonio de los incapaces, imponiendo la intervención de los Jueces en los actos de disposición de inmuebles por sus representantes legales.

Admitida la demanda, los demandados Pizano y Salazar R. la contestaron aceptando algunos hechos, negando otros, y oponiéndose a las declaraciones solicitadas por la actora. La sociedad demandada no contestó la demanda. En referencia a la causa originaria de las obligaciones cuya nulidad se pide, materia ésta que es el foco principal de la decisión del recurso, explica Pizano Valenzuela que él, en ejercicio de la patria potestad de su hija Beatriz y para ella recibió de Adán Salazar más de $ 30.000.00 en fincas en Bogotá; más de $ 30.000:00 en muebles; $ 20.000.00 en efectivo y cheques bancarios; más de 2.000.00 representados en un automóvil y otros objetos por valor de $ 1.200.00, de manera —agrega— que sí

recibió la suma de $ 57.000.00 a que alude la obligación de 10 de junio de 1933, "en calidad de mutuo o préstamo". El mismo origen de contrato de préstamo le señala a la precitada obligación el demandado Salazar R.

En sentencia de fecha 29 de julio de 1942, proferida al final de la actuación de primer grado, el Juzgado del Circuito decidió:

"1º — Declárase que es nulo el contrato que consta en el documento privado de fecha diez (10) de junio de mil novecientos treinta y tres (1933), reconocido el seis (6) de julio del mismo año ante el Notario 4º de este Circuito, suscrito por los señores Adán Salazar R. y José G. Pizano Valenzuela, el primero obrando en su propio nombre y el segundo en su carácter de representante legal de la menor Beatriz Pizano Izquierdo, hoy de Noguera, documento que sirvió de base al juicio ejecutivo que ante el señor Juez Primero Civil del Circuito de Zipaquirá adelantó el nombrado Adán Salazar R. contra la misma menor Beatriz Pizano Izquierdo;

"2º—Declárase que es ineficaz, que no produce efecto alguno el juicio ejecutivo que ante el señor Juez Primero Civil del Circuito de Zipaquirá adelantó Adán Salazar R. contra la menor Beatriz Pizano Izquierdo, hoy de Noguera;

"3º — En consecuencia de lo declarado en los apartes precedentes de esta parte resolutiva, decrétase la cancelación de los siguientes actos: a) La diligencia de remate y adjudicación llevadas a cabo el primero de junio de mil novecientos treinta y cuatro, ante el Juez Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, en el juicio ejecutivo que se ventiló entre Adán Salazar R. y el señor José G. Pizano y Valenzuela, éste último que dijo ser representante legal de la menor Beatriz Pizano Izquierdo, diligencia que se refiere a los siguientes bienes: cuatro lotes de terreno situados en el Barrio de Chapinero de esta ciudad, que hacían parte del potrero denominado "El Espartillal" y cuyos linderos especiales son los siguientes:.....

b) El auto aprobatorio de dicho remate, dictado por el propio Juez con fecha cuatro del mismo mes y año; y

c) La inscripción del mismo remate y auto aprobatorio, llevadas a cabo en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, el día veintitrés del propio mes de junio de mil novecientos treinta y cuatro. Para tal efecto, líbrense los oficios que sean del caso.

"4º—Declárase que la sociedad "Unión Urbanizadora, S. A." en la parte que se refiere a los bienes que se mencionan en la petición Quinta de la demanda y Adán Salazar R. en lo demás, están obligados a restituír a Beatriz Pizano Izquierdo, hoy de Noguera, seis (6) días después de ejecutoriado este fallo, los lotes que se deslindan y determinan en el aparte a) del numeral anterior de esta parte resolutiva;

"Parágrafo.—En consecuencia de la precedente declaración, decrétase la cancelación del registro de la escritura número 2206 de fecha 20 de diciembre de 1937 de la Notaría 3ª de este Circuito. Líbrense los oficios del caso;

"5º—Condénase a Adán Salazar R. a restituír a Beatriz Pizano Izquierdo, hoy de Noguera, el valor de los frutos civiles y naturales producidos por los bienes que el primero está obligado a entregar a la segunda de conformidad con lo ordenado en el numeral "4" de esta parte resolutiva, y no solamente los percibidos sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde el veintitrés (23) de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934) hasta el día en que se verifique la restitución;

"6º—Condénase a la sociedad "Unión Urbanizadora, S. A." a restituír a Beatriz Pizano Izquierdo de Noguera, el valor de los frutos civiles y naturales producidos por la finca o bienes que la sociedad dicha está obligada a entregar a la demandante de conformidad con lo declarado en el numeral "4" de esta parte resolutiva, y no solamente los percibidos sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir del día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos treinta y ocho hasta el día en que se verifique la restitución;

"Parágrafo.—La liquidación de los frutos a que se refieren los dos numerales precedentes de esta parte resolutiva, se hará en la ejecución del fallo conforme a las reglas procesales del caso. (Art. 553 del C. J.);

"7º—Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"8º—Corren las costas del juicio a cargo de la parte demandada. Tásense".

La razón esencial de esta sentencia consiste en que habiéndose probado plenamente que Pizano Valenzuela devolvió a Salazar R. el precio del remate de El Espartillal, verificado el 12 de noviembre de 1930, cualquier obligación posterior a

cargo de la menor carecía de causa jurídica. "Como esta causa común a las dos obligaciones no ha sido probada por los demandados, debiendo serlo —dice el Juzgado— es el caso de declarar conforme a las pretensiones del actor que la obligación de 10 de junio de 1933, a cargo de Beatriz Pizano Izquierdo y a favor de Adán Salazar R. carece de causa". Es la falta de este elemento esencial para la validez contractual, la base sustentatoria de la sentencia de primera instancia; pero el aspecto de la ilicitud en la causa de las referidas obligaciones, aunque no usado como fundamento de la nulidad declarada, fue también objeto de consideración. Allí están, en efecto, planteadas diversas hipótesis en torno del pretendido pago por Salazar del remate de noviembre de 1930 y su devolución por el padre de la menor. "Si Salazar R. no le pagó a Pizano V. sino $ 57.000 el 13 de noviembre, la presentación del recibo por $ 74.100 ya de por sí constituía violación de la ley y si el 21 de abril de 1931 se suscribió la obligación por $ 57.000 a cargo de la menor y al mismo tiempo se presentó el recibo por la suma de $ 74.100 para que no quedaran dos obligaciones a cargo de la menor, por medio de estos últimos actos se continuaba desarrollando la imaginación ilícita comenzada el 13 de noviembre de 1930.... De lo dicho se concluye que por cualquier aspecto que se analice lo relativo a los hechos anteriores a la pretendida obligación de 21 de abril de 1931 ya esta propia obligación la conducta de los señores Pizano V. y Salazar R. resulta ilícita, con el ítem de que debe presumirse que tal conducta se observó a sabiendas de que era ilícita. El 10 de junio de 1933, Pizano y Salazar celebran un contrato que nova una obligación de 21 de abril que caso de que haya existido ya ha sido calificada. Pues bien, este nuevo contrato es tan ilícito como el anterior y su celebración constituye continuación de las maquinaciones fraudulentas iniciadas en el año de 1930...".

Sentencia acusada

La parte demandante y el apoderado de Adán Salazar R. apelaron de esta sentencia del Juzgado y por tal motivo se surtió ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial la segunda instancia del juicio que terminó con el fallo de 25 de noviembre de 1944, que decidió:

"1º—Confírmanse los puntos primero a tercero inclusive (1º a 3º), de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"2º—Confírmase el punto cuarto (4º) de la parte dispositiva de dicha providencia, en cuanto por él se declara que la sociedad "Unión Urbanizadora, S. A.", está obligada a restituír a la demandante Beatriz Pizano Izquierdo, hoy de Noguera, los lotes que se deslindan en la petición quinta del escrito de demanda, seis días después de ejecutoriado el fallo, y revócase dicho punto cuarto (4º), en cuanto por él se condena a Adán Salazar R. a restituír los lotes del terreno de El Espartillal que remató en Zipaquirá, distintos de aquellos que, teniendo el mismo origen adquisitivo, no fueron aportados a la sociedad Unión Urbanizadora, S. A. En su lugar se decide, que no es el caso de hacer la declaración o condenación respectiva, quedando a salvo el derecho de la demandante para deducir la acción reivindicatoria nuevamente en frente de quienes corresponda.

"Confírmase también el **Parágrafo** de dicho punto resolutivo número cuatro (4), con la aclaración de que la cancelación sólo se refiere al aporte de bienes a la sociedad, llevado a cabo por Adán Salazar R., y que se relaciona con los lotes de El Espartillal, adquiridos por remate en Zipaquirá por el demandado Salazar R., según este proceso y el texto de la escritura de constitución de la sociedad Unión Urbanizadora. En consecuencia, con el alcance dicho, debe verificarse la cancelación en el Libro número primero de la Oficina de Registro de Bogotá.

"3º—Revócase el punto quinto de la parte resolutiva de la providencia recurrida, y en su lugar, declárase que no es el caso de condenar al demandado Adán Salazar R. a la restitución de frutos demandada; sin perjuicio de la acción que la demandante pueda en lo futuro tener al respecto, contra quien corresponda.

"4º—Confírmase el punto sexto de la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

"5º—Confírmase el punto séptimo (7º) de la parte dispositiva del fallo apelado, en cuanto por él se niegan las peticiones quinta y novena del escrito de demanda.

"6º—Revócase el referido punto séptimo (7º) en cuanto por él se niegan las peticiones segunda y sexta del escrito de demanda, y en su lugar se resuelve: a) declárase que es nula la obligación de fecha veintiuno de abril de mil novecientos treinta y uno (21 de abril de 1931), que se cita en el documento de diez de junio de mil novecientos treinta y tres (10 de junio de 1933), de que tratan los autos, y que en consecuencia la

demandante Beatriz Pizano Izquierdo de Noguera no estaba ni está obligada a responder por los compromisos que pudiera comprender el respectivo contrato; y, b) decrétase la cancelación del registro de la escritura pública número dos mil doscientos seis (2206), citada en la petición quinta del escrito de demanda, llevado a cabo con fechas 25 y 30 de marzo de 1938, en los libros números segundo y primero, páginas 19 y 551, números 1174 y 1984, respectivamente, pero exclusivamente en el Libro número primero y dentro del alcance especificado en la parte final del punto resolutivo número dos (2) de la presente sentencia.

"7º—Revócase el punto octavo (8º) de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar, absuélvase a la parte demandada de las costas de primera instancia.

"8º—Segunda instancia, sin costas".

Para el Tribunal la nulidad de la obligación que sirvió de recaudo ejecutivo a la ejecución que Salazar R. siguió a la menor Pizano en el Circuito de Zipaquirá no es la falta de causa, como lo fue para el Juzgado, sino la ilicitud de esa causa. A pesar del recibo de 13 de noviembre de 1930, no es cierto que Adán Salazar diera suma alguna a Pizano Valenzuela para completar el valor del remate de El Espartillal, verificado el día anterior; ni cierto tampoco, a pesar del memorial del 21 de abril de 1931, que Pizano devolviera al rematador aquella suma. Lo que resulta completamente establecido con las declaraciones de estos dos demandados es que Salazar R., desde antes de la fecha en que remató la totalidad de El Espartillal venía dando al padre de Beatriz Pizano, en calidad de anticipos, por razón de una promesa celebrada entre ellos sobre el remate de la finca, varias sumas, un automóvil y un lote de relojes de pulsera, cuyo monto, en lo que resulta probado, asciende a la suma de $ 13.704.50. Este fue el mecanismo que dio nacimiento a las obligaciones que se estipularon el 21 de abril de 1931 y el 10 de junio de 1933 entre el padre de la menor Beatriz Pizano Izquierdo y Adán Salazar R. con el objeto, según lo han explicado ellos, de devolverle al rematador las sumas que había dado por razón del remate. Hasta la cifra precitada acepta el Tribunal la existencia o realidad de la causa de las aludidas obligaciones, pero considera que esa causa está afectada de ilicitud, determinante de nulidad absoluta, por haber nacido de maniobras o procedimientos prohibidos por la ley y contrarios al orden público, como son los compromisos especiales contraídos por Pizano Valenzuela con Salazar R. para imponer obligaciones a la menor relativas a un remate ulterior de sus bienes raíces, acordando una forma de pago contraria a la exigida por la ley y creando documentos ficticios para desvirtuar las normas legales protectoras que reglamentan la almoneda pública de los bienes de los incapaces y la intervención de los jueces para tutelar sus intereses. "La subasta pública, establecida por el legislador para la venta judicialmente autorizada de bienes de menores, lo ha sido con el fin de proteger los bienes y derechos de éstos, a efecto de colocarlos fuera de peligro, en lo posible, de maniobras, convenios o concesiones lesivas de su patrimonio. Esas normas, tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo, son de orden público, y en consecuencia no pueden ser violadas, ni directa ni indirectamente por los convenios o actos de los particulares, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16 del C. C...." Añade el sentenciador que no basta que el representante legal tenga autorización judicial para vender sino que tiene que ajustarse estrictamente a los requisitos legales para que pueda ejercitar legalmente la autorización para enajenar. Advierte que conforme al artículo 1073 del antiguo Código Judicial, vigente a la fecha de la subasta, el pago del valor de los bienes rematados debía hacerse de contado dentro de las veinticuatro horas siguientes y ante el Juez de la causa, "luego transcurrido ese término, ya no era permitido al acreedor, ni al Juez, ni al representante legal de la menor, si se trataba de venta en pública subasta de un bien de ésta, por ser tal norma también aplicable a esa venta, entrar a recibir por partes, y en días o fechas indeterminadas partes del valor del remate, ni lícitamente podían expedir recibos por el total del valor del remate sin haberse verificado en realidad. También el concepto de pública subasta, y la naturaleza de ésta, excluían el que el representante legal entrase a recibir, por anticipado, suma a cuenta del valor del remate, porque ello implícitamente causaba una inteligencia o convenio entre dicho representante y el tercero, a efecto de rodear o investir a éste de cierta preferencia, en lo cual había causa ilícita de conformidad con el artículo 54 de la Ley 40 de 1907, vigente entonces... Es obvio que el convenio puede llevarse a cabo, no sólo entre postores, o entre acreedor o deudor y terceros, sino también entre el representante legal y el

tercero. Y el hecho de entregar éste y recibir aquél, antes de verificarse el remate, una o varias sumas a cuenta del remate, implicaba forzosamente el convenio o acuerdo de voluntades, o inteligencia, para que el tercero rematase preferentemente a los demás que pudiesen presentarse. Había fraude a la ley, violación de la naturaleza y fines de la subasta pública, y por lo mismo, causa ilícita". Ilícito el convenio original, ilícito el desarrollo posterior que se le dio, según se relató en los antecedentes, e ilícito, en consecuencia, su ejecución. "La verdadera obligatoriedad jurídica no existía por tanto —concluye la sentencia— en 21 de abril de 1931 y en 10 de junio de 1933. Y la ejecución llevada a cabo en Zipaquirá, lo fue con base en un instrumento en que no constaba una verdadera obligación, porque aun siendo real, no era lícita".

Esta es, en síntesis, la motivación en lo que concierne a la nulidad, que es la cuestión esencial y básica de la acción ampliamente desarrollada en la sentencia.

En lo que respecta a las condenaciones contenidas en la sentencia de primer grado contra la sociedad Unión Urbanizadora, S. A., en materia de restituciones consecuenciales de la nulidad en relación con los bienes aportados a ella por Salazar R., el Tribunal se abstuvo de estudiarlas y las mantuvo por haber consentido ese demandado la sentencia que las pronunció.

El recurso

Han recurrido en casación contra esta sentencia definitiva de segunda instancia el apoderado de Adán Salazar R. y Efraín Salazar Silva, como gerente de la Unión Urbanizadora, S. A. Agotados los trámites legales correspondientes, se decide hoy el recurso considerando separadamente las dos demandas.

Recurso de la Sociedad Unión Urbanizadora S. A.

Se vio que la sentencia de primer grado condenó a la sociedad Unión Urbanizadora, S. A., como consecuencia de las nulidades que declaró, a restituír a la demandante los lotes de El Espartillal que a la sociedad aportó Salazar R., adquiridos por éste en el remate verificado en Zipaquirá con sus frutos correspondientes, y se dejó visto también que el Tribunal, al decidir la segunda instancia, se limitó a mantener la condena porque la sociedad demandada no se alzó contra la providencia del Juzgado de Circuito.

Este es el punto frontal atacado a la entrada por el apoderado de la compañía anónima. Su consideración es esencial y previa, porque sólo destruyéndolo es posible abrir la puerta al recurso y entrar al examen y estudio de las acusaciones que la sociedad endereza contra la sentencia en torno de los extremos de la reivindicación.

"La sentencia es violatoria de ley sustantiva —dice el recurrente— en la parte en que decide que está ejecutoriada para la sociedad que represento la sentencia de primer grado, en cuanto dejó de aplicar el artículo 326 del C. J., que dice: "Siempre que una persona figure en juicio como representante de varias, se considera como una sola para el efecto de las notificaciones y demás diligencias semejantes". Si uno de los demandados es Salazar y el otro una compañía representada por él, como en el caso de autos, Salazar **a fortiori** debe considerarse como una sola persona; es así que Adán Salazar apeló de la sentencia de primer grado luego al establecer la dualidad en su persona para sostener que apeló en su propio nombre y no en el de la compañía, se violó la identidad establecida en aquel texto, que, como constitutivo de la personería de los litigantes, entra en la categoría de las disposiciones sustantivas. Siendo Salazar una sola persona como lo establece aquel texto legal no era necesario que su apoderado manifestara que la apelación la interponía en la doble calidad que en el juicio tenía el señor Salazar". Dentro de este mismo orden de ideas dice el recurrente que el Tribunal violó directamente el artículo 468 del C. J., que define la sentencia firme e impone la declaración judicial de su ejecutoria cuando se han dejado pasar los términos sin interponer el recurso, porque se pretermitió este requisito sin el cual no tiene firmeza el fallo.

Considera la Sala:

Sobre el particular da testimonio el proceso:

El demandado Adán Salazar R., "en su propio nombre" confirió poder al doctor Arturo Hernández para que lo representara en el juicio. (F. 71, C. número 1). Este apoderado, al contestar la demanda, se expresó así: "Yo, Arturo Hernández C., mayor de edad y de esta vecindad, abogado titulado, en mi carácter de apoderado del señor Adán Salazar R., quien obra en su propio nombre...".

Se demandó a la sociedad Unión Urbanizadora, S. A., representada por su gerente señor Efraín Salazar S. (f. 51, C. número 1). A él se le corrió el traslado de la demanda.

Posteriormente el Juzgado mandó poner en conocimiento de las partes una causal de nulidad consistente en no haberse notificado la demanda al verdadero representante de la compañía. Reconocido, sobre el certificado de la Cámara de Comercio, que Adán Salazar era Gerente de la Sociedad, por virtud de reciente nombramiento, éste intervino como tal, personalmente, manifestando que ratificaba lo actuado y allanaba la nulidad. El abogado Hernández, por su parte, hizo igual manifestación (fs. 105 a 108 ibídem). En ninguna parte aparece que Salazar R. hubiera conferido poder para representar a la sociedad. Para el recurso de casación aparece nuevamente, interponiéndolo, Efraín Salazar Silva, como Gerente de la Sociedad.

Contra la sentencia de primera instancia solamente la demandante y el apoderado doctor Hernández interpusieron apelación. (F. 139 ib.).

Ante la realidad de estas constancias procesales la solución del caso no ofrece dificultad ni duda. No se trata aquí del caso de representación de varias personas, que es el contemplado en el artículo 326 del C. de P. C., para el efecto de tener por surtidas ciertas diligencias de ritualidad judicial como las notificaciones, para impulsar el procedimiento, y que no da base para el recurso implícito o apelación tácita que pretende el recurrente y que el derecho procesal no consagra ni autoriza. Salazar R. y la sociedad anónima, cuya posición como demandados no es igual y se mueve dentro de órbitas distintas, han intervenido en el juicio separadamente: el primero por medio de apoderado constituído en nombre propio, y la compañía representada por su gerente. Extender el mandato judicial con que el doctor Hernández ha representado a Salazar R., a la sociedad Unión Urbanizadora, S. A., que no se lo ha conferido en ninguna forma, es desconocer la realidad de los autos y pretender una especie ilegal de mandato presunto. Otra cosa es la situación que prevé y reglamenta el artículo 486 del C. J. que establece la regla de que la resolución favorable obtenida a virtud de cualquiera de los recursos legales aprovecha no solamente al litigante que lo interpuso, sino a quienes con él forman una sola parte; esta solidaridad legal en el provecho de los recursos prósperos no tiene operancia, tratándose de casación, sino cuando por ser fundada la demanda de uno de los recurrentes, la Corte adquiere la jurisdicción para ser Juez de la totalidad del pleito.

Lo que interesa para calificar la procedencia del recurso que se considera es el hecho mismo de la no interposición del recurso de apelación por la sociedad anónima contra la sentencia de primera instancia, y no el problema, hacia el cual trata de desviarlo el recurrente, de si esa sentencia era o no firme por no haberse declarado judicialmente su ejecutoria. Haber dejado pasar el término legal para interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, equivale a falta de interés jurídico para recurrir en casación, porque a este recurso, como extraordinario que es, no puede llegarse saltando sobre la segunda instancia. "Este interés —ha dicho esta Sala refiriéndose al jurídico indispensable para recurrir— puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación, por dos motivos: 1º porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente, y 2º porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite". (G. J. XLIX, pág. 518).

Las consideraciones que anteceden, sin contar la calidad adjetiva o de disposición simplemente modal que corresponde al artículo 326 del C. J., hacen ver que es frustráneo el recurso de casación interpuesto por el gerente de la sociedad demandada Unión Urbanizadora, S. A.

Recurso del demandado Adán Salazar R.

Se apoya la acusación de este recurrente en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. Separadamente y en el mismo orden en que las presenta la demanda se examinan por la Sala:

Causal segunda. — La incongruencia entre las pretensiones oportunamente deducidas por la demandante y la sentencia, la plantea el propio recurrente en los siguientes apartes de su demanda de casación:

"Las nulidades alegadas en la demanda se fundan: a) En que tanto del documento de 21 de abril de 1931 como el de 10 de junio de 1933, en que Pizano confiesa que debe al señor Salazar $ 57.000 expresan una mentira, porque Pizano no recibió nada de Salazar por las causas expresadas en

esos documentos, y así la obligación confesada carece de causa. b) Porque esa confesión fue el medio doloso empleado por Pizano y Salazar para sacar del patrimonio de la menor una parte de su patrimonio sin las fórmulas legales... En consecuencia, la obligación confesada tiene objeto y causa ilícita porque tenía por único objeto, al decir de la actora, burlar la ley que establece para los menores la tutela de la licencia, los avalúos y los remates libres o voluntarios. Como hacer contratos para burlar la ley es hacer contratos de objeto y causa ilícitos, debe declararse la ilicitud en los contratos o confesiones que Pizano hizo en aquellos documentos y como corolario, debe castigarse la declaración de voluntad que contiene tal confesión con la nulidad. c) Hay motivo mucho más grave de nulidad en estas obligaciones: las de 21 de abril de 1931 y 10 de junio de 1933, agrega la actora por medio de su personero: es que mi papá, dice ella, era morfinómano; ese vicio lo conocía el señor Salazar y lo explotó induciendo al señor Pizano a consumar el atropello que queda descrito, con lo cual aparece que la obligación declarada por Pizano es fruto de un consentimiento viciado...".

"Sobre estas tres causales: carencia de causa de la obligación, causa ilícita, objeto o consentimiento viciado, se empeñó la litis. Podéis leer cien veces la demanda y no encontraréis ninguna causa de la nulidad impetrada distinta de las expuestas...".

"El debate en las instancias versó sobre si entregó o no Salazar a Pizano lo que rezan aquellos documentos y sobre si hubo o no vicio del consentimiento; nada más; y así esperaba tranquilo el fallo Salazar y así, tranquila estaba la sociedad demandada; pero cuál sería su sorpresa cuando se vieron condenados por algo que no había pasado por la mente de los que urdieron este pleito, puesto que ni una frase, ni una palabra, ni una coma, ni silencio cargado de intención, demuestran en la demanda que los demandados en este pleito lo hubieran sido por cuanto no consignar el precio del remate (sic) en las veinticuatro horas siguientes a éste equivale a ejecutar un acto ilícito o de causa ilícita u objeto ilícito.... De modo nítido aparece que el fundamento del fallo acusado es este: aunque está probado que sí hubo entregas de dinero y algo de bienes raíces, tales entregas tenían una causa ilícita, a saber: haberse hecho fuera de los plazos señalados por el artículo 1073 del Código Judicial anterior a la Ley 105 de 1931 e implicar un acuerdo ilícito entre Salazar y Pizano para alejar postores o para dar preferencia a Salazar... Dice el artículo 205 del C. J. que las demandas deben expresar con claridad y precisión los hechos u omisiones. No basta decir que se demanda la nulidad de una obligación por no tener causa o razón, por ser ésta ilícita o por tener objeto ilícito, hay que expresar con claridad y precisión el hecho u omisión ilícitos. La actora en este pleito sí expresó ese hecho afirmando: Salazar no dio dinero a Pizano, lo que entre ellos pasó fue una farsa para lograr el remate de mis bienes. De ese hecho, de ese concepto, de ese motivo de la demanda no podía separarse el sentenciador y como se separó y dio fallo sobre causal no alegada, pido que se case el fallo por incongruencia con la demanda".

Se considera:

Los términos en que presenta su acusación de incongruencia el recurrente angostan hasta cercenar el sentido y la continencia de la causa vinculando exclusivamente la fuente o razón de la demanda a la falta de causa de las obligaciones que sirvieron de base a la ejecución y señalando como único hecho jurídico, según la expresión de Picard, usada por él, el de que Salazar no dio ningún dinero a Pizano, sino que todo fue una farsa urdida por ellos para lograr el remate de El Espartillal, de propiedad de la menor. La lectura de la demanda y las contestaciones, hecha en forma que armonice entre sí todas sus partes y con el objetivo primordial del litigio, no deja duda de que un concepto jurídico fundamental de ilicitud en todas las maniobras y expedientes a que se recurrió, obrando el demandado Salazar en connivencia con el padre de la menor para que el primero llegara a ser dueño de El Espartillal, es el que inspira y constituye la **causa petendi** de las nulidades impetradas y es el que ha estado presente y actuante en el desarrollo de la controversia judicial. De estas irregularidades constitutivas cada una de un aspecto o detalle de un mismo proceso de ilicitud consistente en burla de las leyes protectoras de los incapaces, unas, las que no estaban ocultas bajo simulaciones convenidas por Pizano y Salazar, aparecen discriminadas en la demanda; y otras, especialmente las en que se funda la declaratoria de nulidad, fueron introducidas al debate por los mismos demandados al revelar, en una serie de declaraciones cambiantes, la auténtica causa de las obligaciones que dieron base a la ejecución en el Circuito de Zi-

paquirá, escogido **ad hoc**. En el recuento de antecedentes en buena parte transcrito de las demandas de casación, hecho al comienzo de esta sentencia se ve claramente el engranaje de hechos y convenciones, cumplidos y acordados por Pizano y Salazar R., referentes a la enajenación del inmueble de la menor Beatriz Pizano, constitutivos, según la calificación que trae la sentencia acusada, de "fraude a la ley, violación de la naturaleza y fines de la subasta pública en la venta de inmuebles pertenecientes a menores".

En el capítulo sobre causa o razón de su demanda dice la actora, luego de aludir a que Salazar R., aprovechando el lamentable estado psíquico en que se hallaba Pizano por su morfinomanía, obtuvo la declaración contenida en el documento de junio de 1933, dice: "Ese fue el medio que adoptaron para que Adán Salazar R. pudiera hacerse a la propiedad de los bienes de la menor Beatriz Pizano, burlando, aparentemente la protección legal de los bienes de la incapaz, que no permite la enajenación de los inmuebles sino mediante el cumplimiento de determinadas formalidades... Y no sólo existe la nulidad por razón de la extralimitación de facultades y falta de formalidades en dichos actos, sino también por no reunir las condiciones que determina para toda clase de obligaciones el artículo 1502 del C. C., ya que, según se desprende de los hechos, el consentimiento estuvo viciado y los actos que se ejecutaron constituían objeto ilícito".

En el documento privado de 10 de junio de 1933, que alude al de 21 de abril de 1931, no se expresa la causa de la obligación. La actora demanda su nulidad y alega falta de causa porque no es cierto que ella recibiera nada de lo que allí se consignó mentirosamente para burlar las formalidades legales que protegen su patrimonio de persona incapaz. Los demandados, después de describir en la contestación de la demanda un contrato de mutuo o préstamo, jurídicamente imposible sobre inmuebles, un automóvil y otras especies, han declarado que el verdadero motivo que los indujo a celebrarlo fue hacer posible que Salazar R. recobrara por medio del juicio ejecutivo seguido ante el Juez de Zipaquirá los valores de los bienes que él había entregado al padre de la menor, desde antes del remate de El Espartillal del 12 de noviembre de 1930 y como precio de él, en cumplimiento de un pacto anterior en que Pizano Valenzuela se comprometió a pagarle tales anticipos y precio de cosas recibidas por razón del remate frustráneo con el valor del nuevo remate de la citada finca.

Cohonestar las irregularidades y mentiras cometidas y dichas en relación con el pago del remate de El Espartillal del 12 de noviembre de 1930, con ocasión del cual se simularon recibos y devoluciones ante el Juez de la subasta para lograr una devolución que afectaba el patrimonio de la menor, fue, pues, el motivo que indujo a la creación de la obligación que se consignó en el documento privado del 10 de junio de 1933. Esta explicación o revelación hecha por los dos otorgantes sobre la verdadera causa de su convención, introducida al debate por los demandados y controvertida y alegada largamente en las instancias del juicio, vino a ser de esta manera, procesalmente adecuada, un aspecto y prueba de la cuestión central de la nulidad por ilicitud de la causa planteada en la demanda y que se desenvuelve en una larga serie de episodios y circunstancias conexionadas entre sí. La apreciación global de este proceso, sus aspectos morales, destacados en muchas páginas del expediente y la finalidad de muchas de sus pruebas, no dejan lugar a duda sobre que la ilicitud de las combinaciones efectuadas entre el padre de la menor y Adán Salazar R. y que dieron nacimiento a las obligaciones que ejecutivamente se hicieron efectivas contra Beatriz Pizano son el hecho jurídico fundamental del derecho reclamado, que no debe confundirse con las pruebas mismas de los actos aislados cuya suma integra la ilicitud, que es la verdadera **causa petendi**, "que no cambia —como lo ha dicho la Corte— porque en el curso del debate se apoye en documentos o en razones no aducidos en la demanda inicial. La labor probatoria y de razonamiento son apenas medios de que se valen los actores para poner de relieve el hecho jurídico en que fundan su demanda".

Como se vio al hacer la sinopsis de la motivación de la sentencia acusada, la ilicitud en que se asienta la nulidad de las obligaciones contraídas en representación de la menor por su padre se hace consistir en que fueron el producto de maniobras y procedimientos contrarios al orden público, a base de compromisos contraídos por Pizano Valenzuela con Salazar R. para imponer obligaciones a la incapaz relativas a un remate futuro de una finca de su propiedad, acordando una forma ilegal de pago del remate y simulando actos jurídicos para desvirtuar la intervención protectora de los jueces y burlar la ley que esta-

blece requisitos para la venta de bienes de los incapaces. No es, pues, exacto, como lo pretende el recurrente, que el motivo de ilicitud que consideró el Tribunal fuera exclusivamente la circunstancia de no haber verificado el pago del remate dentro del término legal de las veinticuatro horas siguientes a la adjudicación. Esta circunstancia, introducida a las verdades procesales por las declaraciones de los demandados Pizano y Salazar, es uno de los eslabones de la cadena de hechos ilícitos, cuyo examen y apreciación cabía holgadamente dentro de la órbita jurisdiccional del pleito.

La causal 2ª de casación habla de inconsonancia de la sentencia con las **pretensiones** oportunamente deducidas por los litigantes. La ciencia procesal ha definido esta palabra, dentro de la relación jurídico-procesal determinada por el conflicto de intereses, como "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio", que queda englobada en los pedimentos claros y precisos de la demanda y su respuesta, que a la vez encierran y delimitan las cuestiones de la controversia y moldean la sentencia. La pretensión puede ser fundada o infundada, y de que lo sea o no se desprenden consideraciones sobre la conformidad del fallo con la ley que conducen a otra situación y otro planteamiento dentro de la preceptiva de la casación. Esta conformidad o coincidencia de la pretensión de la demanda con el derecho para obtener "la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige", estructura otro elemento de la demanda, que la teoría procesal denomina **razón de la pretensión** o razón de la demanda, al que se refiere el código al hablar de "los fundamentos de derecho en que se apoya". La referida causal 2ª, por quebranto formal, tutela la correspondencia armónica de las pretensiones y el fallo que las decide. Las razones de la pretensión se transforman en el desenvolvimiento del litigio en las cuestiones jurídicas del proceso, que vienen a ser asimismo las razones de la sentencia.

Sólo queda por decir, después de las consideraciones que anteceden, que no hay razón para afirmar que la sentencia acusada esté afectada de **ultra petita** y sea un fallo sorpresivo, como se dice en la demanda.

Causal primera.—En varios capítulos de la demanda de casación se formulan contra la sentencia del Tribunal acusaciones por violación de ley sustantiva, que por enderezarse todas sobre la cuestión esencial y céntrica de la decisión acusada pueden exponerse y examinarse globalmente.

Dice el recurrente que el fallo acusado viola, directamente, por indebida aplicación e intervención equivocada, y como consecuencia de errónea apreciación de las pruebas sobre ilicitud (confesiones de Pizano y Salazar y documento del 10 de junio de 1933), los artículos 1494, 1602, 1603, 1618, 1619, 1620, 1637, 1757, 1758, 1759 del C. C., 602, 603, 606, 607, 637 y 1055 del C. J., 13 de la Ley 45 de 1936, 54 de la Ley 40 de 1907 y 1073 del Código de Procedimiento Civil antiguo.

Y razona así, en síntesis, para fundar sus cargos:

El pacto o convenio ajustado entre Pizano Valenzuela, en ejercicio de la patria potestad sobre su hija Beatriz, con Adán Salazar, antes del 12 de noviembre de 1930, respecto del remate de El Espartillal verificado en esa fecha, como el remate mismo, nada tuvieron de ilícito y se cumplieron con las solemnidades de la ley: precedió la licencia judicial; se avaluó el inmueble; se anunció el remate y "fue pagado su precio en las condiciones estipuladas por el padre de la menor y el rematante, o sea, anticipando dinero en parte y concediendo plazo para el resto. Pagar anticipadamente no es inhonesto; conceder plazo tampoco". No hay razón para asociar ilicitud ninguna a aquel convenio porque él no tuvo por objeto el retiro de licitadores ni impedir o evitar pujas en la subasta. Pagar un remate después de las veinticuatro horas no es acto ilícito si se hace de acuerdo entre los interesados porque la ley lo autoriza, y ésta en ninguna parte exige, como lo entendió el Tribunal, que el Juez de la subasta intervenga personalmente en el acto del pago, y porque el rematador podía pagar válidamente al representante legal de la menor y éste recibir en la misma condición el precio de la almoneda. Ninguna disposición legal establece que sólo el Juez tenga facultad para recibir el valor del remate de bienes de menores. Por lo demás, no se ha pedido ni declarado la nulidad del convenio aludido, por el cual Salazar dio a Pizano dinero y especies a cuenta del remate del inmueble de la menor, que es el llamado pacto ilícito, y mientras esa nulidad no sea judicialmente declarada el vínculo jurídico que ata a Beatriz Pizano con Salazar no se rompe ni se extingue, y su posible ilicitud no tiene por qué afectar obligaciones distintas como son las anuladas en la sentencia recurrida, en cuyo favor obra la presunción legal de validez.

Largos párrafos se destinan a replantear, improcedentemente y fuera de lugar dentro de la causal primera, la cuestión, ya examinada y decidida adversamente en el capítulo anterior, de que el Tribunal declaró de oficio la nulidad por ilicitud de la causa de las obligaciones de abril de 1931 y junio de 1933, sin poderlo ni deberlo hacer, puesto que en la demanda no se le pidió tal extremo ni la pretendida nulidad aparece en ellas de manifiesto.

Considera la Sala:

Se sabe de manera cierta en el proceso, por mérito especialmente de las reiteradas declaraciones de Pizano y Salazar y sus apoderados en el juicio, que la verdadera causa de su convención recogida en el documento del 10 de junio de 1933, que se dice provenir de la de 21 de abril de 1931, no fue, como al principio del juicio lo aseveraron de consuno, contratos de mutuo o préstamo en los que Pizano había recibido en nombre y beneficio de su menor hija, sino el acuerdo por ellos celebrado en el año de 1930, en virtud del cual Salazar dio a Pizano a buena cuenta del remate de El Espartillal, verificado el 12 de noviembre del año citado, en cuyas diligencias judiciales para autorización de venta había intervenido, algunos dineros, fincas, un automóvil y unas alhajas, en cuantía indeterminada, parte anticipada y parte con posterioridad al remate, comprometiéndose Pizano, como lo hizo, a manifestar al Juez de la subasta que había recibido el precio del remate, para de esta manera obtener su aprobación. Frustrado este remate por la improbación de que lo hizo objeto el Tribunal, Pizano, como representante legal de la menor Beatriz, se comprometió a suscribir un pagaré que no ha figurado en autos, en que su hija aparecía debiéndole a Salazar la suma de $ 57.000.00, procedente del valor de las cosas que Salazar, antes y después del remate de El Espartillal, había entregado al padre, simulándolo ante el Juez como precio recibido, y en el cual Pizano se obligaba a pagar a Salazar, principalmente con el valor del remate de El Espartillal, cuya licitación se obligaba a pedir nuevamente. Después, como ya se sabe, mientras se adelantaban las diligencias judiciales sobre cancelación de la licencia concedida a Pizano para vender el referido inmueble de su hija, aparece el documento del 10 de junio de 1933, que sirvió de recaudo ejecutivo al juicio que culminó en el remate de varios lotes de El Espartillal en el circuito de Zipaquirá, y en el cual Pizano declara que su hija Beatriz "debe de plazo vencido a Adán Salazar R." la suma que allí se expresa, proveniente de la obligación del 21 de abril de 1931, por "varias cantidades de dinero" y "varias fincas" que para su hija había comprado.

Las negociaciones, hechos y circunstancias que antecedieron a la firma del documento del 10 de junio de 1933 forman la situación de hecho, procesalmente establecida en forma fidedigna, que el Tribunal tuvo bajo su calificación jurídica y en la cual halló una serie de combinaciones y procedimientos, legalmente irregulares, y contrarios al orden público, ideados y realizados por Pizano y Salazar, para imponer a la menor Beatriz obligaciones relativas a un remate ulterior de sus bienes "con fraude a la ley, violación de la naturaleza y fines de la subasta pública, y por lo mismo, causa ilícita". Todas las irregularidades, en el conjunto de sus episodios sucesivos: la negociación original, que por versar sobre dineros y cosas a buena cuenta de un remate futuro, tenía, como lo anota acertadamente el Tribunal, una inteligencia implícita o convenio entre el padre de la menor y Salazar para dar a éste cierta preferencia en la subasta, como lo acepta Pizano al llenar ese convenio "promesa de remate", evidentemente ilícito tratándose de subastar bienes de incapaces, sin necesidad de que buscara directamente el retiro de licitadores o el impedimento de pujas. El compromiso de engañar al Juez mediante la presentación de un recibo sobre pago fementido para obtener su aprobación. Todo esto para cohonestar una burla a la ley que establece normas protectoras con sentido y obligatoriedad de orden público para el remate de los bienes de los incapaces que imponen la intervención de los Jueces para evitar en lo posible, como se dice en la sentencia, maniobras, convenios o concesiones lesivos de su patrimonio. La aludida negociación, raíz y fuente de las obligaciones anuladas por el Tribunal, es contentiva de medios legalmente tan desviados que su ejecución condujo a desvirtuar la naturaleza jurídica y fines de la subasta pública hasta convertirla, por las simulaciones de pago, en una permuta o cambio prescindiendo realmente del precio que es elemento esencial del contrato de venta.

Evitar que Salazar perdiera lo que había dado y pagado a Pizano por razón de esa negociación ilícita fue el motivo que los indujo a celebrar el convenio del 10 de junio de 1933, lo cual quiere

decir, jurídicamente hablando, que esa es su causa, según la definición que de tal elemento esencial de las obligaciones da el Código Civil. Todo ese mecanismo de ilicitud que se ve en la base de las obligaciones invalidadas, no es sino su **causa debendi,** y carece de todo fundamento aceptable la tesis del recurrente que quiere hacer de él una fuente jurídica autónoma de relaciones obligatorias entre la menor Beatriz Pizano y Adán Salazar. El llamado pacto ilícito no se ha aducido aquí como fuente contractual de obligaciones, sino como la prueba reveladora, aportada por los propios demandados, de hechos cometidos en fraude y burla de la ley que inopinadamente pretendieron habilitarse como causa lícita de obligaciones a cargo de una persona incapaz sometida a potestad.

La naturaleza y alcance de la obligación de administrar los bienes del sometido a patria potestad tiene su razón y base en la incapacidad en que se encuentra el hijo, a cuyo padre, por tal causa, confiere la ley su representación. Pero no es sólo la incapacidad civil lo que da fundamento y significación a la representación leal del padre sino también el concepto de potestad, que se refiere a la persona misma del incapacitado para sujetarlo a la dirección de un protector legal. Es en este campo del derecho familiar, dentro del tecnicismo jurídico organizado para realizar la función social del derecho de proteger los incapaces, donde se ve con más claridad la necesaria consideración y presencia de la regla moral para la interpretación de las disposiciones positivas que lo consagran, y que no permite tratarlas escuetamente como simples vinculaciones jurídicas que determinan la circulación económica de la riqueza. De ahí por qué numerosas páginas de este proceso están dedicadas a insinuar y plantear aspectos morales inseparablemente conexionados con las cuestiones jurídicas que se controvierten, y que se refieren a lo que podría llamarse vida secreta de las obligaciones discutidas, cuestiones éstas que la Sala no necesita calificar para la decisión del recurso.

La representación que establece el artículo 62 del C. C., a diferencia de la voluntaria que se genera en el contrato, tiene su fuente y límites en la propia ley que la organiza, y a pesar de su generalidad está restringida para un gran número de actos en los cuales no se ha considerado bastante la asistencia y protección paternal y se ha exigido ineludiblemente la intervención de la autoridad judicial, como acontece con todos los actos de disposición a cualquier título que recaigan sobre inmuebles o los que recaigan sobre muebles, a título gratuito. Las leyes que protegen el patrimonio de los incapaces pertenecen al orden público; no son susceptibles de derogación o cambio por convenciones entre los particulares porque no forman parte del derecho supletivo sino que integran un sistema o institución jurídica de protección insustituíble. Su desobediencia lleva implícito la ilicitud, que se agrava si se consuma por el propio representante legal y si además se hace, no por simple pretermisión, sino adoptando reflexivamente medios desviados, para burlar esas disposiciones legales que tutelan el patrimonio de los incapaces. Si fuera jurídicamente posible hacer, como ha ocurrido en este caso, a espaldas del Juez, pactos que desnaturalizan y destruyen el sentido de la intervención de la autoridad judicial, que es control protector, tal intervención carecería de respetabilidad y de objeto. La función protectora del juez comienza desde la autorización que debe dar con conocimiento de causa y por motivos determinados para el acto de disposición. Los términos en que dé esta autorización deben considerarse como condiciones oblitagorias en forma que el acto no es válido si no se cumple dentro de sus límites y con su observancia. Este es el sentido que debe dársele y que jurídicamente corresponde en el terreno de las normas del orden público a la autorización judicial para actos de los que aquí se trata. Al juez corresponde un poder de inhibición que puede ejercerlo desde la negativa hasta la autorización parcial y condicionada. En el caso de autos la autorización o licencia judicial fue para vender, para lo cual era ineludible ajustarse a la ley que impone el medio de la subasta pública con los requisitos que establece el procedimiento civil, y que no cabe sino en la venta propiamente dicha, porque las demás formas de disposición (permuta, aporte a sociedad, constitución de servidumbre, hipoteca, etc.), excluyen por su naturaleza el procedimiento de la subasta. El precio del remate, esto es, su valor en dinero, es cosa de la esencia del contrato de venta, de tal modo que de aceptar lo hecho, resultaría que al margen de la ley y burlando la autorización e intervención del Juez, por vedadas vías de simulación, se cambiaría la naturaleza jurídica del negocio judicialmente autorizado.

Del examen global que acaba de hacerse de la cuestión de ilicitud de la causa o motivo que in-

dujo al padre de la menor Beatriz Pizano a declararla deudora de Adán Salazar R. en los documentos de 21 de abril de 1931 y 10 de junio de 1933, se deduce claramente la legalidad de la conclusión de la sentencia acusada sobre su nulidad, y consiguientemente la sinrazón de los cargos formulados en casación por quebranto de las disposiciones legales citadas en la demanda, cuyo examen y análisis particular, por la forma de planteamiento del recurso, no ha sido necesario hacer discriminadamente. Quizá la única observación singularizada que procede sea para advertir, en relación con el artículo 1637 del C. C., que el Tribunal en manera alguna ha negado que el padre puede recibir legítimamente por su hija como lo dice el recurrente. La cuestión tratada y decidida no rodó sobre un recibo legítimo sino sobre la simulación de un pago para cohonestar la ilegalidad de hacerlo anticipadamente por razón de una promesa de remate y en especies distintas de dinero.

Los largos razonamientos que destina la demanda a demostrar errores cometidos por el Tribunal en la estimación de las pruebas sobre entregas hechas por Salazar a Pizano de dineros, un automóvil y algunas joyas, carecen de interés y trascendencia en el estudio de la Corte por imposibilidad de incidencia en su decisión, pues habiendo considerado ese punto el Tribunal sólo para separarse de la tesis fundamental de la sentencia de primer grado demostrando que la causa de las obligaciones era real, pero ilícita, ninguna consecuencia favorable al recurrente puede deducirse de que haya sido mayor o menor la cuantía de lo verdaderamente entregado.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen, en su oportunidad.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION. — ACREEDOR HIPOTECARIO

La acción real que se genera en el contrato hipotecario permite al acreedor embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación a que accede es exigible, sea quien fuere el postor y a cualquier título que lo haya adquirido, para hacerse pagar. En esto consiste el derecho de persecución que corresponde al acreedor hipotecario, que consagra el artículo 2452 del Código Civil y que es consecuencia de la calidad de derecho real que tiene la hipoteca, que como tal, permite perseguir la cosa en manos de quien se encuentre.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla (Valle), Gregorio Cuéllar T. siguió contra Eulogio Carmona juicio especial para la venta de tres lotes —dos denominados Cantadelicia o Zaragoza y el otro El Silencio, en jurisdicción municipal de Sevilla, de propiedad del ejecutado—, para que con su producto se le pagara la suma de $ 4.000.00 que le debía a título de mutuo hipotecario según escrituras públicas números 567 de 21 de mayo y 386 de 4 de diciembre de 1927, y 76 de 20 de marzo de 1929, la primera otorgada en la Notaría de Sevilla y las dos últimas en la de Caicedonia.

Con fecha 30 de abril de 1932 se dictó sentencia de pregón y remate en este juicio. En auto del 5 de agosto de este año, acogiendo un memorial de desistimiento de ambas partes, en que manifestaban haber transigido el negocio, el Juzgado declaró terminado el juicio y dispuso la cancelación del embargo de las fincas hipotecadas. En 1936, luego de un incidente en que con intervención del Tribunal Superior se concluyó que el precitado auto sobre desistimiento no había sido legalmente notificado, estudió el Juzgado la reposición interpuesta por Cuéllar contra el auto que declaró terminado el juicio, con fundamento en que Carmona no había cumplido en forma alguna la transacción consistente en que el ejecutado le otorgaría escritura de venta de las fincas hipotecadas, encimándole al ejecutante sobre el monto de la deuda $ 1.250. Estimó el Juzgado, con base en confesión de Carmona y en certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, plenamente establecido el incumplimiento de la transacción porque —dice la providencia— "cuando se convenció (el ejecutado) que la escritura de transacción no había sido registrada, procedió a venderle simultáneamente a su hijo Alberto Luis la misma finca que había entregado al demandante, hecho que realizó con el fin doloso de arrebatar la finca mencionada al peticionario y que le había dado en pago de los créditos respectivos y para evitar que hiciera registrar la escritura de transacción". Con este fundamento, en providencia de 21 de febrero de 1938, revocó el auto del 5 de agosto de 1932, ordenó inscribir nuevamente el embargo de los bienes hipotecados y dispuso que se notificara personalmente a Alberto Luis Carmona, como poseedor inscrito de los inmuebles hipotecados, para que se hiciera parte en el juicio y pudiera defender sus derechos. Personalmente se le notificó.

Durante el levantamiento del embargo aludido, Eulogio Carmona vendió a su hijo Alberto Luis Carmona los tres inmuebles a que se ha hecho referencia, comprendidos dentro de una sola alinderación general, por medio de la escritura pública número 123, otorgada ante el Notario del Circuito de Sevilla (V.) el 8 de febrero de 1936.

El juicio especial de venta de la cosa hipotecada siguió su curso, con conocimiento e intervención de Alberto Luis Carmona, y culminó con el remate de fecha 8 de junio de 1938, en el cual le fueron adjudicados al ejecutante, por cuenta de su crédito y por la suma de $ 7.000, las fincas embargadas y afectadas al pago por hipoteca.

Son estos los antecedentes que explican, sin justificarlo, el presente juicio ordinario iniciado por Alberto Luis Carmona contra Alfonso Cuéllar Gallego, como actual poseedor de los inmuebles, ante el Juzgado del Circuito de Sevilla (V.), en demanda del 13 de marzo de 1944, para la reivin-

dicación de las fincas susodichas con las restituciones correspondientes al poseedor de mala fe.

Con la natural oposición del demandado se desarrolló la primera instancia del juicio, finalizada con la sentencia de 13 de octubre de 1944 en que el Juzgado denegó todos los pedimentos de la demanda y absolvió, en consecuencia, al demandado Cuéllar Gallego. Sin costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó esta sentencia en la suya del 30 de mayo de 1945, proferida al término del segundo grado a que dio lugar la apelación del actor. Nada dijo sobre costas.

El Tribunal usó entre comillas los motivos del Juzgado para fundar su decisión. Advierte que la escritura 123 del 8 de febrero de 1936, de la Notaría de Sevilla, único título que aduce el demandante para demostrar su dominio y fundar su reivindicación, opone el demandado una cadena de titulación que arranca del remate verificado por Gregorio Cuéllar T. en el juicio hipotecario que adelantó contra Eulogio Carmona; sigue con la venta que este rematador hizo a Ricardo Gallego (escritura número 19 del 11 de enero de 1939, Notaría de Caicedonia); continúa con la adjudicación que se le hizo a Dolores Norris v. de Gallego en la partición sucesoral de Ricardo Gallego verificada ante el Juzgado del Circuito de Armenia, aprobada por sentencia de 21 de mayo de 1943; y llega, finalmente, al demandado Alfonso Cuéllar G. con la venta que Dolores Norris v. de Gallego le hizo por medio de la escritura número 1013 del 13 de agosto de 1943, de la Notaría de Armenia.

Recuerda en seguida la sentencia el origen y mecanismo de la venta de Eulogio Carmona a su hijo, aquí demandante, y concluye que hay dos razones esenciales para rechazar el título con que se pretende reivindicar: causa ilícita en el contrato de venta de Eulogio Carmona a su hijo Alberto Luis porque lo que lo motivó fue el propósito de burlar los derechos que demandaba Gregorio Cuéllar, cosa contraria a las buenas costumbres (artículo 1524 del C. C.); y porque aun aceptando la perfección de esa venta y pasando por sobre la primera razón no hay duda de que el remate hecho por Gregorio Cuéllar en el juicio hipotecario referido, origen del dominio del demandado, es un título perfecto de adquisición puesto que nació de la acción real persecutoria que otorga el artículo 2452 del C. C.

El recurso

El mismo abogado iniciador del pleito malogrado en las dos instancias lo ha traído a la Corte en recurso de casación en que acusa la sentencia del Tribunal con apoyo en la primera causal del artículo 520 del C. J.

Dice que la sentencia es violadora de los artículos 946, 950, 952, 740, 756 y 2637 del Código Civil, "porque el juzgador apreció erróneamente la escritura pública número 123 del 8 de febrero de 1936, que reúne los requisitos legales y contiene estipulaciones claras de las partes contratantes, que atribuyen valor de plena prueba a esa escritura..... y por falta de apreciación de las pruebas del demandante llevadas a la segunda instancia, con las cuales se comprobó que los señores Gregorio Cuéllar y Eulogio Carmona desistieron del juicio especial de hipoteca".

Tratando de dar razones a su acusación dice el recurrente que el Tribunal no tenía por qué analizar en el juicio de reivindicación si el título era defectuoso porque esa cuestión tiene que ser materia de juicio distinto a iniciativa del demandado; que la escritura 123 da al actor el carácter de dueño exclusivo de los inmuebles reivindicados, que no puede destruírse por la confesión unilateral que su vendedor hizo en posiciones de que la venta fue simulada; que el remate hecho por Gregorio Cuéllar en el juicio hipotecario fue posterior a la escritura 123 y en estas condiciones la acción real de la hipoteca no podía adelantarse porque medió desistimiento y porque el dueño de la finca ya no era Eulogio Carmona sino Alberto Luis Carmona y contra éste debió dirigirse esa acción.

Considera la Sala:

La violación de ley sustantiva que se le imputa al Tribunal se hace provenir de errores de hecho y de derecho en la estimación probatoria, porque no se tuvo en cuenta el desistimiento que Carmona y Cuéllar hicieron del juicio especial hipotecario, aceptado por el Juzgado del conocimiento en auto del 5 de agosto de 1932; y porque se le negó el valor de plena prueba a la escritura número 123, contentiva del contrato de venta de Eulogio Carmona a su hijo Alberto Luis. Pues bien: en ninguno de estos errores incurrió la sentencia, cuyos motivos se fundan en consideracio-

nes que implican precisamente la apreciación adecuada de los documentos precitados. La desestimación de la demanda de reivindicación no obedeció en manera alguna a que el Tribunal negara su mérito legal probatorio a la escritura de venta referida, sino a la prevalencia jurídica que le concedió a la titulación del poseedor demandado, por considerar que su dominio originado como el de su contraparte en el de Eulogio Carmona, se vinculaba más efectivamente al remate verificado en el juicio especial de venta de los bienes hipotecados a que se ha hecho referencia. Y por lo que hace al desistimiento de la acción hipotecaria, no es exacto que el Tribunal lo haya ignorado al proferir su sentencia. Allí está referido y comentado entre las circunstancias en que se desarrolló el juicio especial hipotecario de Gregorio Cuéllar contra Eulogio Carmona, en la misma forma en que fue recordado entre los antecedentes de este pleito al comienzo de esta decisión, esto es, que ese desistimiento quedó inoperante e inválido porque el auto en que fue aceptado (5 de agosto de 1932) se revocó por el de 21 de febrero de 1938 en que se ordenó nuevamente la inscripción del embargo de las fincas gravadas y la prosecución de la acción hipotecaria que concluyó con el remate del 8 de junio de 1938, en la cual, como se ve de las copias que obran en autos, intervino hasta el último momento, alegando inútilmente su calidad de dueño de las fincas, Alberto Luis Carmona.

Cualesquiera que hayan sido las irregularidades cometidas en el desarrollo procedimental del juicio especial que para la venta de los bienes hipotecarios siguió Gregorio Cuéllar contra Eulogio Carmona en el Juzgado del Circuito de Sevilla (V.), aquí no se discuten ni podrían discutirse y su consideración no puede incidir sobre la legalidad de la solución que trae la sentencia acusada. El hecho importante y fundamental para la solución del problema planteado por esta acción de dominio es que en aquel juicio no se llegó, con ocasión del aludido desistimiento, a la cancelación de gravamen hipotecario, y que el remate en que culminó no ha sido atacado en su validez.

La cuestión de ilicitud de la causa a que alude la sentencia al tratar del contrato de venta de Eulogio Carmona a su hijo Alberto Luis, más que como fundamento jurídico lo trae el Tribunal como la base o razón moral de su decisión. El verdadero fundamento del fallo consiste en que vinculando las partes sus encontradas pretensiones de dominio, como fuente común, a la propiedad que sobre las fincas que se reivindican tuvo Eulogio Carmona, se configura mejor, jurídicamente hablando, la del demandado, que se afianza en los efectos legales de la acción real hipotecaria, que prevalecen sobre la compra contenida en la escritura número 123 del 8 de febrero de 1936 por haberlo sido de bienes hipotecados. Y ninguna tacha de ilegalidad puede hacerse a esta solución del litigio, porque la acción real que se genera en el contrato hipotecario permite al acreedor embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación a que accede es exigible, sea quien fuere el poseedor y a cualquier título que lo haya adquirido, para hacerse pagar. En esto consiste el derecho de persecución que corresponde al acreedor hipotecario, que consagra el artículo 2452 del C. C. y que es consecuencia de la calidad de derecho real que tiene la hipoteca, que como tal, permite perseguir la cosa en manos de quien se encuentre.

Siendo, por lo visto, totalmente infundados los cargos de violación legal formulados en el recurso, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

REIVINDICACION

Los preceptos de los artículos 1521 del Código Civil y 43 de la ley 57 de 1887 se refieren, como es obvio, a enajenaciones propiamente tales, esto es, a contratos o actos entre vivos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, como donación, venta, permuta, transacción, en que los efectos se determinan por la voluntad jurídica. Así, tratándose del fenómeno de la disolución o extinción de contratos, las disposiciones referidas sobre ilicitud del objeto en la enajenación de bienes embargados tienen aplicación cuando se produce por mutuo consentimiento de las partes (resiliación), pero no cuando es el efecto de una causal legal de extinción, decretada judicialmente como consecuencia del evento de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del C. C. para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, la cual opera retroactivamente por regla general, de tal modo que todos los efectos que el contrato haya producido caducan y se extinguen. No siempre que se produzcan desplazamientos patrimoniales de dominio puede hablarse jurídicamente de enajenaciones; ni aun concediéndole a esa expresión el más amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, podrían calificarse como enajenación, para los efectos del artículo 1521 del C. C., las restituciones que las partes litigantes deben hacerse como consecuencia de un fallo judicial que declara la nulidad o la resolución de un contrato de venta, en las cuales no interviene como razón la voluntad personal, que es elemento esencial del acto jurídico. Jurídicamente no es posible establecer la analogía que pretende el Tribunal entre el contrato y la sentencia, porque mientras aquél es ineludiblemente el resultado del consentimiento, ésta es un acto jurisdiccional configurado por la ley en su naturaleza, autoridad y consecuencias, que finaliza una relación jurídico-procesal y vincula a los jueces por la fuerza de la cosa juzgada. Los efectos jurídicos que se desprenden del fallo que decide una acción constitutiva tienen por título o antecedente la sentencia, en virtud de la soberanía judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes de este pleito:

Durante la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Lisandro Betancourt con Belisa Montoya, el marido, por medio de la escritura número 422 de 19 de marzo de 1927, de la Notaría 1ª de Cali, legalmente registrada, compró a Clara Prieto v. de Betancourt una casa con su solar, ubicada en la ciudad de Cali.

La cónyuge Montoya, ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, antes de promover contra su marido acción de liquidación provisional de su sociedad conyugal, en memorial de 8 de septiembre de 1938, pidió el embargo del inmueble precitado. El Juzgado, en auto de 26 de octubre de 1938 lo decretó "como medida preventiva mientras dure la sustanciación o tramitación del juicio especial sobre liquidación de la sociedad conyugal Betancourt-Montoya". El embargo fue inscrito en la Oficina de Registro el 3 de noviembre de 1938.

Iniciado dentro de la oportunidad legal el juicio correspondiente, se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal y se ordenó la facción de inventario y avalúo de los bienes sociales el 17 de febrero de 1940. En este estado se paralizó este juicio de liquidación provisional.

En abril de 1939, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, Clara Prieto v. de Betancourt, por medio de apoderado, demandó, con audiencia de Lisandro Betancourt, la resolución por falta de pago del precio, del contrato de compraventa contenido en la escritura número 422 del 18 de marzo de 1927, de la Notaría 1ª de ese Circuito,

con las restituciones legales y la cancelación de la correspondiente inscripción en el registro público. Este juicio concluyó con la sentencia de 11 de septiembre de 1939 en que se decretó la resolución contractual demandada, se ordenó restituír las cosas al anterior estado y cancelar el registro de la escritura contentiva del contrato de venta. El numeral 2º de este fallo reza: "Declarar que el inmueble antes relacionado y alindado queda respecto a su dominio en la misma situación que tenía antes del contrato de venta que en el anterior ordinal se declara resuelto". Comunicada la sentencia al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, se canceló la inscripción de la escritura número 422, "por orden del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali".

Cancelado el registro en cumplimiento de la sentencia judicial que resolvió el contrato de venta, Clara Prieto v. de Betancourt vendió la finca de que se trata al menor Hernán Progeno Escobar, a quien representó Francisco Romero, por medio de la escritura número 9 del 6 de enero de 1940. Posteriormente, según escritura número 77 de 25 de enero de 1941, los contratantes declararon resuelto el contrato anterior.

El 2 de julio de 1941 falleció Lisandro Betancourt.

Con el propósito de reivindicar para su herencia el inmueble a que se ha hecho referencia, su viuda Belisa Montoya de Betancourt como representante legal de sus menores hijos Oscar, Ruth y Humberto Betancourt, en libelo de 5 de agosto de 1941 y ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, demandó a Clara Prieto v. de Betancourt para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es absolutamente nula la nota de cancelación del registro de la escritura pública número 422 de 18 de marzo de 1927, verificada por orden del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, por haberse efectuado estando el inmueble expresado fuera del comercio por embargo judicial; que en virtud de esta nulidad la finca no salió del patrimonio de la sociedad conyugal Betancourt-Montoya y pertenece hoy a la sucesión ilíquida de Lisandro Betancourt, a la cual, representada por los demandantes, debe restituírla, en consecuencia, la demandada dentro del tercer día de la ejecutoria del fallo.

Con la oposición de la demandada, quien negó los hechos principales de la demanda y propuso varias excepciones perentorias, se tramitó la primera instancia del juicio que finalizó con la sentencia de 26 de marzo de 1942, en la cual decretó la nulidad de la nota de cancelación del registro de la escritura número 422 y denegó las demás peticiones del libelo. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación interpuesta por ambas partes dio lugar al segundo grado del juicio ante el Tribunal del Distrito de Cali, que finalizó con la sentencia de 26 de abril de 1945, en la cual se confirmó la declaratoria de nulidad de la cancelación del registro de la escritura número 422, y se adicionó con la declaración de que el dominio de la casa y su solar pertenece a la sucesión ilíquida de Lisandro Betancourt y con la condena a restituírla con sus frutos desde la contestación de la demanda. Nada se dijo sobre costas.

Del hecho de que al iniciarse y decidirse la acción resolutoria del contrato de venta contenido en la escritura número 422 estaba embargado el inmueble vendido en el juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal Betancourt-Montoya, deduce el Tribunal la siguiente conclusión jurídica que es el fundamento esencial de su sentencia:

"El artículo 1521 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en la enajenación... 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Para el Tribunal la expresión enajenación, empleada en el texto citado, tiene un significado amplio y genérico, que abarca no sólo la venta, la permuta, la dación en pago, etc., sino, todo acto o decisión que persiga la mutación del dominio del bien sometido a la restricción del embargo. Esta interpretación está respaldada por lo dispuesto en el artículo 2652 del C. C. que sujeta al registro todo contrato o acto entre vivos que causen mutación o traslación de bienes raíces, y las sentencias que declaren algún derecho en tales bienes raíces. En el proceso no aparece la autorización del Juez que conoce del juicio de liquidación de la sociedad conyugal, para registrar la sentencia que hacía pasar el dominio del inmueble del poder de Betancourt al de la señora Prieto de Betancourt, ni el consentimiento de la esposa de éste. A pesar de los preceptos citados (artículos 1521 y 43 de la ley 57 de 1887), el señor Registrador canceló el registro de la escritura número 422 atendiendo la nota del señor Juez. El acto

ejecutado por el señor registrador está viciado de nulidad por haber sido ejecutado contra expresa prohibición de la ley (artículo 6º C. C.)".

Incidentalmente añade el Tribunal que también carece de valor la cancelación del registro aludido por no aparecer en el proceso que la sentencia que decretó la resolución fuera registrada, y como síntesis, después de advertir que los contratos de que dan cuenta las escrituras 9 de 6 de enero de 1940 y 777 de 25 de enero de 1941 quedan afectados por los vicios de que adolece la nota de registro a que se ha hecho referencia, concluye: "Enfrentados, el título de Lisandro Betancourt (su sucesión), escritura número 422 de 18 de marzo de 1937, con el título de la señora Prieto, es forzoso concluír que prevalece aquél sobre éste por las razones que se dejan dichas".

El recurso

El recurso de casación contra la sentencia definitiva de segunda instancia, interpuesto por la parte demandada y que hoy se decide al final de sus trámites legales, se apoya en la primera de las causales del artículo 520 del C. J.

Después de considerar atentamente todos los aspectos y cuestiones que plantea la demanda de casación, la Sala circunscribe su estudio al cargo que en seguida se extracta por estimar que es fundado y bastante para producir la infirmación del fallo acusado.

El cargo es de violación de los artículos 946, 950, 1521, 2652 y 2661 del C. C. y 468 y 473 del C. J. en que incurrió el Tribunal al desconocer los efectos legales de la sentencia que decretó la resolución del contrato de venta recogido en la escritura número 422, que por ser firme y tener autoridad de cosa juzgada conserva su imperio y debe producir todas sus consecuencias jurídicas, las cuales en manera alguna pueden considerarse como un caso de enajenación de los que la ley prohibe sobre las cosas judicialmente embargadas. Siendo el efecto inmediato y natural de la resolución volver las cosas al anterior estado, es claro que Lisandro Betancourt perdió retroactivamente el dominio sobre la casa que había comprado, y por tanto, tal inmueble no pertenecía ya a la sociedad conyugal al tiempo de su disolución por muerte del marido. No hay, por tanto, base jurídica ninguna para decretar la reivindicación en la forma en que lo hace la sentencia acusada.

Considera la Corte:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1521 del C. C. hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, y en tal caso al Registrador de Instrumentos Públicos le está prohibido por el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, registrar escritura alguna de enajenación ni hipotecación de los bienes embargados, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Estos preceptos legales, como es obvio, se refieren a enajenaciones propiamente tales, esto es, a contratos o actos entre vivos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, como donación, venta, permuta, transacción, en que los efectos se determinan por la voluntad jurídica. Así tratándose del fenómeno de disolución o extinción de contratos, las disposiciones referidas sobre ilicitud del objeto en la enajenación de bienes embargados tienen aplicación cuando se produce por mutuo consentimiento de las partes (resiliación), pero no cuando es el efecto de una causa legal de extinción, decretada judicialmente como consecuencia del evento de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del C. C. para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, la cual opera retroactivamente por regla general de tal modo que todos los efectos que el contrato haya producido caducan y se extinguen. No siempre que se produzcan desplazamientos patrimoniales de dominio puede hablarse jurídicamente de enajenaciones, como lo entiende el Tribunal sentenciador. Ni aun concediéndole a esa expresión el más amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia podría calificarse como enajenación, para los efectos del artículo 1521 del C. C., las restituciones que las partes litigantes deben hacerse como consecuencia de un fallo judicial que declara la nulidad o la resolución de un contrato de venta, en las cuales no interviene como razón la voluntad personal, que es elemento esencial del acto jurídico. Jurídicamente no es posible establecer la analogía que pretende el Tribunal entre el contrato y la sentencia, porque mientras aquél es ineludiblemente el resultado del consentimiento, ésta es un acto jurisdiccional configurado por la ley en su naturaleza, autoridad y consecuencias, que finaliza una relación jurídico-procesal y vincula a los jueces por la fuerza de la cosa juzgada. Los efectos jurídicos que se desprenden del fallo que decide una acción constitutiva tienen por título o antecedente la sentencia, en virtud de la soberanía judicial.

"La cancelación de un registro o inscripción es

el acto en virtud del cual se declara quedar ya sin efecto el registro o inscripción por haber sido también cancelado el título de que precedía la inscripción o registro" (artículo 2676 del C. C.). La nota de cancelación del registro de la escritura número 422 de 18 de marzo de 1927, verificada por orden del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, en cumplimiento de una sentencia firme, que es el pedimento principal en este pleito, carece de la trascendencia que el demandante le asigna y que el Tribunal equivocadamente le otorgó, porque ese acto del Registrador en obedecimiento a un fallo judicial no es el determinante de la mutación del dominio del inmueble vendido en el citado instrumento sino uno de los efectos legalmente causados por la sentencia constitutiva que decretó la resolución **ex tunc** del contrato de venta. Mientras no se invalide esa decisión judicial los efectos legales que le corresponden deben cumplirse. El registro de la escritura número 422 carece de eficacia por virtud del decreto judicial de resolución del contrato en ella contenido, como consecuencia jurídica de ese modo de extinción contractual, de tal manera que la parte de la sentencia que dispuso su cancelación nada añade en sustancia al fenómeno resolutivo de la compraventa. Propiamente no es más que una formalidad que se desprende de los efectos del fallo, cuyo imperio no se afecta por la circunstancia de que el mentado registro esté o no cancelado. La acción personal resolutoria del artículo 1546 del C. C. es constitutiva porque con ella se persigue la extinción de una relación de derecho y la consecuencial modificación del estado jurídico existente al tiempo de la demanda.

Las razones que con suficiente brevedad se dejan expuestas hacen ver la ilegalidad con que procedió el Tribunal al concluír que por estar vigente el embargo decretado como medida preventiva mientras se decidía el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal Betancourt-Montoya irremediablemente trunco por muerte del marido, es nula la nota de cancelación del registro de la escritura pública número 422 verificada por el Registrador por orden judicial en cumplimiento de la sentencia firme que decretó la resolución del contrato de venta en ella celebrado, y haber decretado la reivindicación demandada. Acerca de esta acción de dominio, el desacierto de su desenlace es visible, porque fue propuesta en la demanda, como se vio, no como acción principal y directa que diera lugar a confrontación de títulos, sino como consecuencial y subordinada del pedimento de nulidad de la nota de cancelación del registro de la escritura 422.

Sólo de manera incidental y sin que ello resulte imprescindible se alude aquí a la circunstancia de que en el proceso no obra la constancia de que haya sido registrada la sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali del 11 de septiembre de 1939, en que se decretó la resolución de la venta solemnizada en la escritura 422. Este detalle, mencionado como razón accesoria en la sentencia acusada, carece de importancia y no incide en la solución de este recurso porque tal cosa no ha sido debatida en el juicio ni es cuestión básica de la controversia, iniciada y seguida con el objeto de que se decrete la nulidad de una cancelación de registro.

Lo hasta aquí expuesto funda al propio tiempo la decisión próspera del recurso y la sentencia de reemplazo, que ha de ser denegatoria de los pedimentos del libelo.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 26 de abril de 1945, y revocando la del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, niega las peticiones de la demanda y absuelve, en consecuencia, a la demandada Clara Prieto v. de Betancourt.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL SOBRE EL CIVIL EN RELACION CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Según el sistema adoptado en el Código Penal, que involucró la acción privada en la pública y la subordinó a ésta, obligando en todo caso al juez del proceso a condenar a los responsables al pago de todos los perjuicios que se hayan causado con la infracción, pueden presentarse tres situaciones diferentes que es preciso tener en cuenta para decidir sobre la influencia de las sentencias penales condenatorias respecto de la acción civil indemnizatoria: a) La persona o personas perjudicadas por la infracción, o sus herederos, ejercen dentro del proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los daños, constituyéndose parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del Agente del Ministerio Público y del funcionario de instrucción (artículos 24, 112 y 294 del C. de P. P. y 93 del C. P.). Cuando así suceda, lo que en materia de indemnización de perjuicios estatuya la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción (artículo 25, inciso 1º del C. de P. P. b) El respectivo Agente del Ministerio Público, con la cooperación del funcionario de instrucción, promueve por sí solo las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización de perjuicios por haberse abstenido de hacerlo los interesados (artículos 93 y 294 citado). En este caso, por virtud del principio fundamental de la relatividad que corresponde a las decisiones judiciales, la eficacia y fuerza vinculante de la sentencia penal en lo tocante a indemnización se subordina a la voluntad de los perjudicados: si la aceptan, pueden demandar con ella ejecutivamente ante los jueces civiles el pago de la indemnización; y si no se conforman con la sentencia, en lo relacionado con la reparación de daños, pueden ejercer la acción privada ante los jueces civiles dentro de los términos ordinarios de la prescripción de la acción, y pierden el derecho de pedir ejecución de la sentencia penal. (Artículo 25 citado, inciso 2º). c) La acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, que se origina en ésta (artículo 8º del C. de P. P.), no se ha ejercitado dentro del proceso penal por los interesados, ni a fijar y obtener la reparación proveyeron oficiosamente como era su deber legal el Agente del Ministerio Público, ni el funcionario instructor, ni el juez de la causa hizo la condenación al tenor del artículo 92 del C. P. En tal ocurrencia la sentencia penal sólo ha recaído sobre la acción pública al término de la investigación represiva, pero ha sido completamente ajena a la acción civil de derecho privado. Es indudable que en esta situación de irregularidad determinada por no haberse sometido al juez el mecanismo legal, no hay condiciones ni obstáculos para poder proponer la acción civil ante los jueces civiles, que son libres para resolver ni habiendo estatuído nada el juez penal acerca de la cuestión indemnizatoria que el perjudicado plantea como consecuencia civil del hecho ilícito sobre el cual se pronunció exclusivamente la condena penal.

Si al tenor del artículo 25 del C. de P. P. es legítima la inconformidad con la sentencia penal en lo tocante a la indemnización de perjuicios, con la sola condición de no haber intervenido el interesado en el proceso penal, mejores y más abundantes razones existen para dejar a salvo y expedita la acción civil para el caso de que en la sentencia penal proferida sin intervención de los perjuicios, no se hubiere condenado a perjuicios. Es claro que si el Juez penal declara en su sentencia, después de considerar la cuestión en el proceso en que han intervenido los particulares interesados, que no hay perjuicios o lugar a la indemnización, la cuestión queda juzgada y cegada la fuente de la responsabilidad civil por decisión de juez competente; pero si nada se

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—SANEAMIENTO

La obligación de sanear, es decir, de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, comprende en su desarrollo dos períodos bien distintos: el primero, consiste en la obligación de acudir en defensa del comprador en el juicio que se le ha iniciado asumiendo directamente la actuación, desde el momento en que el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta le hace la citación legal, denunciándole el pleito, para que comparezca a defenderlo; y el segundo, que comienza desde que la evicción se ha producido, esto es, desde que el comprador ha sido privado total o parcialmente de la cosa vendida por virtud de la sentencia, consiste en la obligación de indemnizarle de los daños y perjuicios causados por la evicción, en la medida y términos que detalladamente establece la ley contra el vendedor que no ha cumplido con su obligación de amparar eficazmente al comprador. La privación total o parcial que sufra el comprador, por causa anterior al contrato y en virtud de sentencia judicial, es lo que jurídicamente caracteriza la evicción, según el artículo 1894 del C. C., que la define obligatoriamente. Sólo cuando el comprador se ve lesionado en su posesión tranquila y pacífica puede entablar la acción de saneamiento. Si no ha ocurrido privación en cumplimiento de sentencia judicial, no hay evicción. Sólo la evicción consumada genera legalmente la obligación indemnizatoria.

En ninguna forma puede deducirse de la ley normativa del saneamiento por evicción que la obligación de amparo que compete al vendedor se extienda hasta impedir que la cosa vendida sea sacada del comercio por motivo de la inscripción de la demanda.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes de este pleito:

Por medio de la escritura pública número 904, otorgada el 7 de julio de 1923 ante el Notario 4º de Medellín, César Piedrahita V. y su cónyuge Eugenia Amador de Piedrahita, obrando ésta con autorización de su marido y ambos con licencia judicial, que se insertó en el instrumento, dieron al Banco de Sucre, sociedad anónima domiciliada en Medellín, en pago de deudas contraídas a favor de éste por César Piedrahita V. y César Piedrahita & Cía., dos lotes de terreno, en potrero o manga, situados en la calle de San Juan, de la ciudad de Medellín, por los linderos especiales que se determinan.

El Banco de Sucre, en liquidación, vendió parte del terreno recibido en pago a los cónyuges Piedrahita-Amador, a la Compañía de Gaseosas Posada Tobón (escritura número 2354 de 24 de julio de 1926, Notaría 2ª de Medellín), y el lote llamado "Frontón de Jai Alai" a la sociedad A. Angel & Cía., S. A., después llamado Alejandro Angel e Hijos, S. A. (escritura 2352 de la misma fecha otorgada en la misma Notaría).

Eugenia Amador de Piedrahita, con permiso del Juez por estar entonces su marido en interdicción por demencia, en libelo de 15 de junio de 1928, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, demandó en juicio ordinario al Banco de Sucre, en liquidación, a la Compañía de Gaseosas Posada Tobón y a A. Angel & Cía., S. A., para que se declarara rescindido, por nulidad relativa, el contrato contenido en la escritura número 904 de 7 de junio de 1923 y que, en consecuencia, las sociedades demandadas debían restituírle las partes actualmente poseídas por ellas de los inmuebles dados en pago.

Las sociedades demandadas, Gaseosas Posada Tobón y Alejandro Angel e Hijos, S. A., antes A. Angel & Cía., S. A., denunciaron a su vendedor el Banco de Sucre, en liquidación, el pleito iniciado por la señora de Amador de Piedrahita, el cual asumió exclusivamente la defensa de sus propios intereses y la que por virtud de su obligación de sanear correspondía en relación con las sociedades compradoras.

El juicio, adelantado sólo por el Banco de Sucre, fue decidido en primer grado (noviembre 6 de 1930) decretando la rescisión demandada y ordenando, como consecuencia de la nulidad declarada, la devolución a la actora de los inmuebles referidos, los cuales, por efecto de la inscripción de la demanda según el artículo 42 de la ley 57 de 1887, habían quedado fuera del comercio. La sentencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Superior (30 de mayo de 1932), contra la cual no prosperó el recurso de casación ante la Corte, interpuesto por el Banco de Sucre (sentencia de 14 de diciembre de 1933).

En firme la sentencia, el Banco de Sucre, en liquidación, y la señora Eugenia Amador de Piedrahita, viuda ya, celebraron un arreglo sobre los resultados del pleito, que consignaron en la escritura pública número 1122 otorgada el 10 de julio de 1934 ante el Notario 4º del Circuito de Medellín, en la cual, luego del relato discriminado de los antecedentes, estipularon en la cláusula séptima: "Que por convenio que ha hecho con el Banco de Sucre en liquidación, la otorgante viene por esta escritura a declarar como en efecto declara, extinguidas todas las obligaciones que a favor de la exponente reconoció la sentencia de que se ha hablado arriba y ratifica en todas sus partes el contrato de venta o dación en pago que contiene la escritura pública número 904 de 7 de julio de 1923, hecha en la Notaría 4ª de Medellín, y por consiguiente la enajenación y transmisión de las propiedades allí determinadas por su situación y linderos, y da por bien hechas las enajenaciones que a favor de la Compañía Gaseosas Tobón y A. Angel & Cía., S. A., hoy Alejandro Angel e Hijos, S. A., hizo el Banco de Sucre en liquidación por escrituras.....".

En virtud de este acuerdo la demandante Amador de Piedrahita y el Banco de Sucre pidieron al Juez que ordenara el archivo del expediente, sin registrar la sentencia, que había quedado sin objeto, y que dispusiera la cancelación del registro de la demanda. Así se hizo, con la intervención del apoderado de Alejandro Angel e Hijos, S. A., quien pidió que se dejara a salvo la posición jurídica de su representado como comprador evicto, nacida de la sentencia.

Con apoyo en estos antecedentes y considerando Alejandro Angel e Hijos, S. A. que el hecho de haber estado su propiedad fuera del comercio en virtud de la inscripción de la demanda de la señora Amador de Piedrahita le causó perjuicios, y alegando como fundamento de derecho el artículo 1912 del C. C., en libelo de fecha 10 de febrero de 1938, por medio de apoderado y ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, demandó en acción ordinaria al Banco de Sucre en liquidación, representado por su liquidador, para que se declare "que está obligado a indemnizar a la sociedad demandante los perjuicios que le causó la demanda propuesta por la señora Eugenia Amador de Piedrahita, obligación que cumplirá tan pronto como quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio, o dentro del plazo que en ésta se señale. La cuantía de tales perjuicios será fijada en la misma sentencia según las pruebas del juicio, teniendo en cuenta lo dicho y en la oportunidad señalada por el artículo 553 del C. J." Pide, además, que se le condene al pago de las costas del juicio.

Con la oposición del demandado, quien califica los pretendidos perjuicios como meros cálculos hipotéticos basados en hechos imaginarios, se surtió la primera instancia del juicio que finalizó con la sentencia del 22 de mayo de 1942, en la cual se deniegan las declaraciones solicitadas, y se absuelve, en consecuencia, al demandado de todos los cargos de la demanda.

Sentencia acusada

La sentencia de primer grado fue confirmada por la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 26 de julio de 1945, proferida al término de la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la parte demandante.

El Tribunal, después de advertir que los hechos fundamentales de la acción, ya sintetizados antes, están fehacientemente establecidos en el juicio, concreta la cuestión litigiosa en la siguiente pregunta: "¿El hecho de que, en virtud de la demanda instaurada por la señora Eugenia Amador de Piedrahita, y por imperativo mandato de la ley, el llamado frontón de Jay Alai, cuya restitución perseguía aquélla, hubiera estado fuera del comercio durante el término aludido, genera para el Banco de Sucre la obligación de resarcir los perjuicios consiguientes a la sociedad compradora?".

El sentenciador llegó a la conclusión negativa porque consideró que el Banco de Sucre cumplió oportuna y plenamente sus obligaciones de vendedor, generadas en el contrato de venta celebrado en la escritura 2352 de 24 de julio de 1926, de

la Notaría 2ª de Medellín. Hizo, en efecto, entrega o tradición legal y material del inmueble vendido a la sociedad compradora, que entró desde entonces y hasta hoy está en su goce y disfrute; y cuando, con ocasión de la demanda de la señora Amador de Piedrahita se le dio el aviso legal haciéndole la citación de evicción, concurrió a apersonarse en el juicio, asumiendo exclusivamente su defensa y cumpliendo así la primera parte de su obligación de saneamiento con la adecuada asistencia judicial a su comprador, dentro de los límites y posibilidades de la ley, sin entender que esta obligación de defensa se extendiera, como lo pretende el demandante, hasta impedir el registro de la demanda.

Terminado el juicio con el resultado adverso que se conoce, la evicción no se consumó, sin embargo, por virtud de la ratificación que obtuvo onerosamente el Banco de Sucre, que retroactivamente consolidó el dominio del comprador, la sociedad A. Angel & Cía., S. A., no fue privada nunca total ni parcialmente del solar comprado al Banco, en cuyo usufructo, posesión y dominio no sufrió alteración ninguna. De esta manera el Banco de Sucre cumplió su obligación de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y si el vendedor cumplió, en la medida legal, sus obligaciones contractuales, no hay fuente de donde hacer provenir la prestación indemnizatoria que se demanda, la que tampoco puede vincularse a ningún hecho ni culpa personal de la institución bancaria. Después de concluír, por las razones dichas, que la sociedad demandante carece de acción contra el Banco de Sucre, advierte que el artículo 1912 del C. C., señalado por el actor como fuente de su derecho, es de una improcedencia manifiesta en el caso planteado, y añade como motivo final de su absolución, que ni aun siendo procedente la acción habría lugar a la condena porque no se ha probado la existencia de ningún perjuicio. Los meramente hipotéticos a que aluden los peritos avaluadores no dan base a indemnización, porque carecen de la certeza necesaria.

El recurso

Es esta sentencia, extractada en sus fundamentos, la que está sometida al examen de la Corte por el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. se formulan contra la sentencia recurrida los cargos que en seguida se enuncian, tomándolos con orden y compendiadamente de los siete capítulos que forman la demanda:

a) Violación directa del artículo 1912 del C. C. en que incurrió el Tribunal interpretándolo erróneamente al darle el sentido rígido de reducir su aplicabilidad al caso de que la evicción fuere negada, cuando interpretándolo adecuadamente hay que concluír "que si en el caso menos grave de que la sentencia niegue la evicción el vendedor es responsable de los perjuicios, con mayor razón en el caso de que la afirme, no importa que esta evicción no se lleve a cabo como ocurrió con el Frontón de Jay Alai, pues si la evicción se autoriza por la sentencia, es decir, si en el juicio promovido contra el vendedor (sic) éste es vencido, es claro que ese mismo hecho está diciendo que la demanda que le promovieron fue por su causa, y por tanto debe indemnizar los perjuicios que con ella se le causaron al comprador".

Deforma el Tribunal el artículo al reducir la cuestión de responsabilidad a la culpa, siendo que se refiere también al hecho del vendedor, y "es evidente que la demanda de la señora Amador de Piedrahita fue promovida por el hecho del vendedor Banco de Sucre, hecho que consiste en haber comprado en 1923 un inmueble a un señor que sólo exhibía una autorización judicial de 1916 para hipotecarlo, de donde se desprendió la acción que tuvo la señora de Piedrahita y así le fue reconocida".

Al suponer la sentencia culpa en el Banco en razón de descuido en el estudio de los títulos, con el sólo objeto de deducir que la misma imprudencia, de haberla, afectaría al comprador, neutralizándose de este modo la responsabilidad, no da a la culpa el exacto significado que exige la lógica jurídica, porque "el Banco bien podía comprar inmuebles con títulos viciados, porque cada cual puede hacer de su capa un sayo; pero no podía vender esos títulos viciados ya que en el mismo momento de la venta surgían para él vínculos contractuales...".

b) Violación por aplicación indebida del artículo 1904 del C. C., porque en el caso presente la evicción fue decretada por la sentencia, y el Banco de Sucre iba a ser obligado ante A. Angel & Cía., S. A. a cumplir todas las obligaciones del artículo 1904. Al llevar a cabo el arreglo con la señora Amador de Piedrahita, puede decirse que el Banco cumplió vicariamente la obligación que

menciona el ordinal 1º del artículo 1904 y como consecuencia de ese cumplimiento, las del ordinal 2º y 3º. Pero no quedó exento de las obligaciones que le señalan los ordinales 4º y 5º".

c) El Tribunal "violó por aplicación indebida, es decir, por dejar de aplicar la ley a hechos probados y existentes, la figura jurídica que resulta de combinar los artículos 1893, 669, 752, 756 y 1603 del C. C. En efecto, el Banco de Sucre, en liquidación, estaba obligado a amparar en el dominio y posesión pacífica a la sociedad compradora sobre el lote de terreno denominado Frontón de Jay Alai y esta obligación no la cumplió el Banco por cuanto el inmueble estuvo fuera del comercio durante cinco años, cuatro meses y dos días, por causas imputables al Banco como fue la de haber vendido a A. Angel & Cía., S. A. un inmueble de que no era poseedor regular, puesto que no tenía justo título y respecto del cual no podía, por lo tanto, hacer una tradición válida".

Violó también el Tribunal por infracción directa los artículos 1602 y 1880 del C. C. al no reconocer el hecho de que el Banco de Sucre, al vender a la sociedad demandante una propiedad de que no era dueño violaba el contrato de venta y la norma de que todo contrato es ley para las partes.

Considera la Sala:

Este litigio se ha iniciado y desenvuelto dentro de las disposiciones que moldean y gobiernan el contrato de venta, especialmente las consignadas en el capítulo 7º del título 23 del libro 4º del C. C. que trata del saneamiento por evicción, obligación del vendedor que hace parte naturalmente del contrato, originada en la calidad onerosa y conmutativa de la venta y en su condición de título traslaticio de dominio. La obligación de sanear, es decir, de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, comprende en su desarrollo dos períodos bien distintos: el primero, consiste en la obligación de acudir en defensa del comprador en el juicio que se le ha iniciado asumiendo directamente la actuación, desde el momento en que el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta le hace la citación legal, denunciándole el pleito, para que comparezca a defenderlo; y el segundo, que comienza desde que la evicción se ha producido, esto es, desde que el comprador ha sido privado total o parcialmente de la cosa vendida por virtud de la sentencia, consiste en la obligación de indemnizarle de los daños y perjuicios causados por la evicción, en la medida y términos que detalladamente establece la ley contra el vendedor que no ha cumplido con su obligación de amparar eficazmente al comprador.

En este caso el Banco de Sucre, como se sabe, cumplió cabalmente con su obligación de sanear su venta del lote del Frontón de Jay Alai a la sociedad A. Angel & Cía., S. A., porque al denunciársele el pleito iniciado por Eugenia Amador de Piedrahita se apersonó en el juicio que siguió contra él solamente y en él puso al servicio de su comprador todos los medios adecuados para repeler las pretensiones del tercero, que consideró infundadas; y cuando sobrevino la sentencia que invalidó el título adquisitivo del Banco, al final del juicio en que se esforzó por demostrar que él tenía la plena propiedad del terreno que se le había dado en pago, dando lugar así a la evicción, ésta sin embargo, no llegó a producirse, por virtud del contrato celebrado en la escritura número 1122 del 10 de julio de 1934, ante el Notario 4º de Medellín, en que el Banco de Sucre obtuvo que la actora triunfante renunciara los derechos que le daba la sentencia y confirmara la dación en pago contenida en la escritura número 904 del 7 de julio de 1923. Con este acto jurídico no queda duda de que el Banco cumplió con plenitud jurídica su obligación de saneamiento, porque a través de una convención válida que retroactivamente (artículo 752 y 1857 del C. C.) consolidó el dominio de su comprador y limpió de todo vicio el título de su posesión, impidió que Angel & Cía., fuera privado del inmueble que le había vendido.

La privación total o parcial que sufre el comprador, por causa anterior al contrato y en virtud de sentencia judicial, es lo que jurídicamente caracteriza la evicción, según el artículo 1894 del C. C., que la define obligatoriamente. Sólo cuando el comprador se ve lesionado en su posesión tranquila y pacífica puede entablar la acción de saneamiento. Si no ha ocurrido privación en cumplimiento de sentencia judicial, no hay evicción. Sólo la evicción consumada genera legalmente la obligación indemnizatoria, y aquí precisamente lo ocurrido fue el cumplimiento del deber del vendedor, en la forma ya vista, de impedir que el comprador fuera privado de la cosa. La obligación de saneamiento es la garantía contra la evicción. En ninguna forma aparece del proceso que A. Angel & Cía., S. A. hubiera tenido que hacer algún sa-

crificio suplementario para conservar el Frontón de Jay Alai, como haberlo comprado a su dueño señora Amador de Piedrahita o haber concurrido a la ratificación de ésta al Banco con alguna prestación. Su derecho de disfrute y goce ni su dominio han sido interrumpidos en ningún momento, y su título de adquisición quedó saneado desde el día de su compra por efecto precisamente de haber cumplido su vendedor la obligación de garantizarla contra la evicción.

A la luz de estas nociones se ve claramente la improcedencia del cargo por violación del artículo 1904 del C. C., que contiene la enumeración discriminada de las prestaciones que legalmente comprende el saneamiento de la evicción, formulado en el aparte b) del compendio que se hizo de la demanda. La manera como ocurrieron las cosas no daba aplicabilidad a ese precepto, y si no era aplicable no pudo ser infringido por el sentenciador. La medida de la sinrazón de este cargo la da el propio recurrente cuando ininteligiblemente afirma en su demanda que el Tribunal de Antioquia violó "el artículo 1904 del C. C. por aplicación indebida de él consistente en dejar de aplicar dicho artículo".

Examinando el recurso de casación frente al cargo a) de violación directa por errada interpretación del artículo 1912 del C. C., salta a la vista su falta de fundamento, porque el Tribunal, como se vio al sintetizar sus razones, denegó la demanda porque la sociedad A. Angel & Cía., S. A. carece de la acción indemnizatoria por haberse establecido plenamente que el vendedor demandado dio cabal cumplimiento a todas sus obligaciones nacidas en el contrato de venta, entregando la cosa vendida y garantizando eficazmente al comprador contra su evicción, y porque no se acreditó en manera alguna que la demanda rescisoria de Eugenia Amador de Piedrahita fuera imputable a culpa del Banco de Sucre. Para concluír de esta manera no se basó, pues, en el citado artículo 1912, que fue citado en el fallo con el único objeto de declararlo de manifiesta improcedencia en el caso debatido, no tratándose, como no se trata, del caso contemplado y reglamentado concretamente en ese artículo del código civil. Enfoca aquí el recurrente algunos párrafos de la sentencia en que el Tribunal razona sobre hipótesis y hace algunas disquisiciones jurídicas en torno de posibles culpas por descuido en el estudio y examen de los títulos, que, de existir, serían imputables por igual al comprador y vendedor, pero concluyendo siempre como cosa de fondo en la improcedencia e inaplicabilidad del precepto en cita. De este modo la demanda deja de lado lo que pudiera ser útil y necesario en el análisis de los fundamentos de la sentencia para dedicarse a combatir conceptos que aun rectificados y destruídos no afectarían la estabilidad de la decisión que seguiría sustentándose en toda su integridad sobre los que son sus verdaderos soportes, respetables y firmes mientras no se invaliden usando para ello adecuadamente los medios técnicos que ofrece el recurso de casación.

Parece claro que siempre que el juicio iniciado por el tercero contra el comprador que altere o disminuya en alguna forma su pacífica posesión sobre la cosa comprada o le cause la privación total o parcial de ella, pueda vincularse en su causalidad a una culpa o hecho del vendedor la responsabilidad de éste debe quedar comprometida para la indemnización de todo perjuicio que realmente demuestre haber sufrido el comprador demandado, cualquiera que haya sido el desenlace del pleito, sin necesidad de ligarlo exclusivamente al texto del artículo 1912 del C. C., como ha querido hacerlo en este caso el demandante al enunciarlo como base de su acción. Pero en este caso, fuera de la ineptitud formal del cargo, una consideración objetiva del proceso no revela ni con mucho la existencia de ese hecho imputable directamente al Banco de Sucre como causa determinante del pleito incoado por la señora Amador de Piedrahita, sin dejar de advertir a este respecto, que tampoco se probó que la secuela de este juicio ordinario afrontado exclusivamente por el Banco, le hubiera causado algún perjuicio, como lo anotó el sentenciador en la exposición de sus razones absolutorias. Este hecho determinante, en su sentido jurídico, no se puede confundir con el contrato mismo traslaticio del dominio del vendedor al comprador, como lo pretende el recurrente, pues entonces siempre lo habría; la ley contempla actos del vendedor independientes de las condiciones y circunstancias del contrato de venta, "como si el vendedor ha dejado traspapelarse documentos que justificaban sus derechos o ha suministrado pruebas al reivindicador, o ha apoyado la demanda de éste", pues entonces, aunque la sentencia niegue la evicción, el vendedor debe al comprador los perjuicios causados por un litigio que así podría imputarse a un hecho o culpa suya. Lejos está de merecer esta calificación jurídica el hecho de haber tenido como legalmente bastante para celebrar el

contrato de la escritura número 904 de 7 de julio de 1923 la licencia judicial que entonces usó, y cuya deficiencia o agotamiento fue la causa de la nulidad decretada, porque el Banco concurrió a la celebración de ese convenio de buena fe y lo otorgaron de consuno marido y mujer con cita e inclusión de la licencia judicial para hipotecar y vender. Si luego resultó que la licencia había sido agotada, tal circunstancia, no visible en el contrato y maliciosamente ocultada por los cónyuges, no puede tenerse como hecho del Banco, causante del pleito iniciado por la señora de Piedrahita. El Banco no indujo a Angel & Cía., ocultando o deformando maliciosamente esta circunstancia, a celebrar el contrato de venta contenido en la escritura número 2352 de 24 de julio de 1926, y tanto él como el comprador tenían interés para haber descubierto a través del estudio de los títulos la existencia del vicio que después se reveló y que el Banco vendedor, en la forma ya conocida, evitó que perjudicara a su comprador.

Por otra parte, este aspecto del problema, ligado como resulta a una apreciación circunstancial del Juez, requeriría para su tratamiento en casación el ataque por error en la estimación probatoria correspondiente, y no por quebranto directo de una disposición sustantiva, que no sería desde luego la citada por el recurrente, que contempla y reglamenta una ocurrencia distinta de la que relatan los autos.

"El Banco de Sucre —dice el demandante— no debió permitir el registro de la demanda de la señora Amador de Piedrahita porque eso afectaba el dominio de Alejandro Angel y el Banco estaba obligado a amparar el dominio del comprador". Este hecho, cuyo efecto jurídico fue la congelación comercial del inmueble durante la inscripción, es el que se alega como determinante del perjuicio demandado. No puede considerarse tal circunstancia, dentro del planteamiento que se le ha dado a este juicio, como el hecho causal a que alude y requiere el artículo 1912 del C. C., porque ni es hecho personal del demandado y lejos de ser antecedente o causa del litigio es uno de los efectos que se producen por ministerio de la ley. Y tampoco hay razón para estimarlo como origen y fuente de indemnización porque en ninguna forma puede deducirse de la ley normativa del saneamiento por evicción que la obligación de amparo que compete al vendedor se extienda hasta impedir que la cosa vendida sea sacada del comercio por motivo de la inscripción de la demanda. En efecto, si el vendedor está obligado a acudir al juicio que se le inicie a su comprador al recibir la citación de evicción con la denuncia del pleito, y si tiene el derecho, en vista de los antecedentes y razones de la demanda, de escoger entre allanarse a la evicción, indemnizándola, y afrontar el litigio por estimarlo injusto, aceptar la obligación que pretende el recurrente, no dependiendo la inscripción de la demanda de su voluntad sino del imperio legal, equivaldría a privarlo del derecho de defensa. Al rededor de este punto imputa al Tribunal el recurrente la violación de los artículos citados en el aparte c) de la sinopsis de cargos, afirmando que la sustracción comercial de la finca se debió a que el Banco vendió a A. Angel & Cía. un bien de que no era poseedor regular ni dueño y del cual no podía hacer válida tradición. Este concepto de la demanda, que liga improcedentemente en el campo de la causalidad el hecho determinante del juicio con la causa de haber estado el Frontón de Jay Alai fuera del comercio, se funda en la idea jurídicamente equivocada de que la causa de la rescisión del contrato contenido en la escritura número 904, celebrado entre los cónyuges Amador y Piedrahita y el Banco de Sucre, no fue fuente perfecta de derechos y obligaciones válidos mientras su nulidad no fue judicialmente declarada, y que ésta en virtud de los efectos propios de la convención sobre renuncia y ratificación consignada en la escritura número 1122 de julio de 1934, no produjo sus efectos naturales de volver las cosas a su anterior estado, limpiando de todo vicio y defecto el dominio del Banco y consolidándolo asimismo y retroactivamente en el patrimonio de la sociedad A. Angel & Cía., S. A.

Pero es que el aspecto verdaderamente interesante y decisivo de esta cuestión, que colocado al comienzo habría ahorrado las consideraciones anteriores, es el de que la sociedad demandante no ha probado en el juicio haber sufrido un perjuicio real y concreto como consecuencia de haber estado el lote del Frontón fuera del comercio por efecto de la demanda de la señora Amador de Piedrahita y ser, por el contrario, posible que tal hecho la beneficiara. Esta conclusión sobre perjuicios, que al lado de la carencia de la acción, sustenta la sentencia acusada, bien puede dejar de examinarse habiendo resultado legalmente invulnerable la primera, sin dejar de advertir que en esta conclusión también estuvo acertado el Tribunal, porque la prueba pericial producida al respecto sobre meras suposiciones e hipótesis fue

para avaluar el daño, y no, como es obvio, para demostrar su existencia. El hecho de sacar del comercio una cosa por efecto del registro de una demanda es, en principio, susceptible de causar perjuicios, pero no es un hecho fatalmente perjudicial. Quien demanda una indemnización tiene la obligación procesal de probar la existencia y magnitud del daño que afirma haber sufrido. En esta breve forma queda considerado el capítulo séptimo de la demanda de casación, en el cual, por otra parte, no se cita ninguna disposición sustantiva como quebrantada, y se plantean cuestiones sobre cuantía y extensión del daño, que resultan inoperantes y vanas habiéndose negado la responsabilidad.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de julio de 1945, 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.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El Juez, en el momento de decidir sobre la condena de frutos, intereses, daños y perjuicios, debe cumplir un proceso lógico integrado por dos etapas: una dirigida a examinar si es el caso de decretar el pago de cualquiera de las prestaciones indicadas y la naturaleza de éstas, y otra en la cual, aceptadas en abstracto las obligaciones, se aprecia si éstas se probaron convenientemente en el juicio, a fin de fijar, en caso afirmativo, su importe en cantidad líquida o establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales ha de hacerse la liquidación. Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia (artículos 480 y 553 C. J.), pero siempre y cuando que el daño estuviera demostrado. Lo primordial es, pues, establecer el daño causado, deducir de las pruebas del proceso si los perjuicios querellados se encuentran suficientemente probados y sobre esta base fijar el QUANTUM, o disponer que se fije en el cumplimiento de la sentencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Vidal Acosta, en el juicio ordinario seguido por éste contra Amelia Mendieta v. de Castañeda y Miguel Antonio Pardo, por indemnización de daños y perjuicios.

Antecedentes

Ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá presentó demanda por la vía ordinaria el señor Vidal Acosta para que conjunta y solidariamente, o bien separadamente se condenara a la señora Amelia Mendieta v. de Castañeda y al señor Miguel Antonio Pardo a pagarle los daños y gastos que le fueron causados por la terminación intempestiva de un contrato de arrendamiento de un local situado en esta ciudad, contrato que había sido celebrado por el término de un año, que vencía el treinta de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Alegó el actor que, so pretexto de hacer algunas reparaciones en el local, los arrendadores le solicitaron que lo desocupara, a lo cual se avino bajo condición de que podría regresar tan pronto como se terminaran las obras. Que a pesar de estar vigente el arrendamiento o por lo menos prorrogado y cubierta la mensualidad correspondiente, los arrendadores, por sí y ante sí, unilateralmente, dieron por terminado el convenio en referencia, en la semana comprendida entre el 18 y el 25 de julio, precisamente en aquella en que se estaban haciendo las reparaciones.

Que la anterior violación del contrato lo obligó a tomar en arrendamiento, por mayor precio, otro local, a fin de trasladar allí su taller de sastrería y a hacer los gastos correspondientes a dicho traslado; que igualmente perdió la propaganda que por diferentes medios había hecho, tales como avisos en los periódicos, circulares, etc., y que el cambio de local le causó además perjuicios graves al desorientarle la clientela.

La demanda fue dirigida contra la señora v. de Castañeda y contra el señor Miguel Antonio Pardo, a quien también consideró el actor como arrendador del inmueble.

Los demandados contestaron por separado negando los hechos y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas. Trabada así la litis, al final de la actuación de primera instancia, el juez dictó la sentencia de fecha 17 de junio de 1944, en la cual decidió absolver a los demandados de todos los cargos que se les habían propuesto.

La sentencia recurrida

Por apelación del actor los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, donde cumplido el trámite correspondiente, se

dictó sentencia de segundo grado con fecha 27 de septiembre de 1945, que revocó la de primera instancia y en su lugar se decidió que la señora Amelia Mendieta v. de Castañeda es civilmente responsable del incumplimiento del contrato de arrendamiento de que se ha hecho mérito y como consecuencia de tal declaración se le condenó a pagar la suma de $ 24.24, suma a que asciende, en concepto del Tribunal, el valor de los perjuicios comprobados en los autos.

A pesar de la insignificancia de lo discutido, el Tribunal no tuvo reparo en conceder el recurso de casación interpuesto contra la providencia anterior. De ahí que la Corte conozca hoy del negocio por no serle posible rechazar por cuantía la admisión del recurso. (Artículo 529 del C. J.).

Basó su decisión el Tribunal en que, aunque existía responsabilidad por parte de la arrendadora por incumplimiento del contrato y consiguiente obligación de indemnizar perjuicios, la condena se limitó a la suma referida, por no haberse demostrado durante el litigio otros daños que los justipreciados en la cuantía señalada.

Dijo así el Tribunal: "Se tiene, pues, que a excepción del gasto del traslado del aparato telefónico y de la pérdida del arrendamiento correspondiente a los días posteriores a la desocupación del local, que surge como hecho cierto por estar demostrado el pago de la totalidad del canon correspondiente al mes de julio de 1943 en que ésta tuvo lugar, no se acreditó por el actor la existencia del perjuicio a que se refiere su demanda, y de acuerdo con la definición legal de que se hizo mérito.

"La indemnización reclamada sólo podrá decretarse, en consecuencia, de acuerdo con esos únicos hechos demostrados y su monto será el siguiente: $ 8.00, correspondiente al traslado del aparato telefónico; y $ 16.24, valor del arrendamiento pagado por el señor Acosta, en el tiempo transcurrido entre el 18 y el último de julio de 1943, computado sobre la suma de $ 35.00 mensuales".

Las causales alegadas

Acusa la sentencia el recurrente con base en la causal señalada en el inciso 1º del artículo 520 del C. J., por infracción directa de la ley, Concretó su ataque en los cargos que pasan a expresarse.

Cargo primero.—Dice textualmente: "Incurre la sentencia del Tribunal en el primer motivo de casación determinado por el numeral 1º del artículo 520 del C. J., o sea, viola el artículo 1973 del C. C., por infracción directa de dicho texto, precisamente por no haberlo aplicado".

Se funda en que estando demostrado el contrato verbal de arrendamiento celebrado entre los señores Miguel Antonio Pardo y Vidal Acosta y haberlo reconocido así el juzgador, se abstuvo, con todo, de deducir las consecuencias correspondientes a tal relación.

Afirma que desde el derecho romano se estableció que el contrato de arrendamiento podía ser consensual y que dicho concepto es el mismo que quedó consignado en el artículo 1973 de nuestra legislación sustantiva.

Que siendo consensual el contrato de arrendamiento, se puede demostrar por cualesquiera de los medios probatorios del derecho procesal, máxime si se trata de un contrato de cuantía inferior de $ 500.00. Si está demostrado que Pardo obraba como arrendador, como con justicia lo reconoce el Tribunal, entonces es necesario tenerlo como tal y no como mandatario de la señora v. de Castañeda. Al no hacerlo así, el juzgador violó también los artículos 1973 y 1982 del C. C.

La Corte considera:

Entiende el recurrente que a pesar de haberse demostrado un contrato consensual de arrendamiento entre Vidal Acosta y Miguel Antonio Pardo, el Tribunal lo desconoció, violando, por no resolver conforme a sus mandatos, los artículos 1973 y 1982 del C. C. Al respecto debe considerarse que el fallador de segunda instancia entendió que no podía tenerse como arrendador al señor Pardo, por existir la prueba de que quien había suscrito el contrato correspondiente había sido la señora v. de Castañeda, la cual adquirió en virtud de tal hecho el expresado carácter.

Para llegar a tal conclusión, se fundó el Tribunal en que si bien era cierto que Pardo expresó arrendar y señaló un nuevo precio de arrendamiento mayor que el estipulado hasta entonces, no lo es menos que Acosta había firmado el contrato con la señora v. de Castañeda y a esta misma señora cubrió el valor del arriendo del mes de julio, según consta del recibo presentado al juicio por el propio arrendatario.

En este caso no se puede aceptar que Acosta fuera arrendatario simultáneo de dos personas, ni se ve el perjuicio que pudo habérsele causado con la actitud equívoca asumida por Pardo al

presentarse como arrendador en vez de asumir su verdadero carácter de mero mandatario de la dueña del inmueble.

Si hubiera de considerarse que Pardo no era tal mandatario, sino arrendador en nombre propio, ha debido atacarse el fallo por error de hecho en la apreciación de las pruebas en las cuales se apoyó el Tribunal para negarle el carácter de arrendador, y aceptar en cambio que su ingerencia en el contrato se debió al cumplimiento de órdenes emanadas de la arrendadora. Por lo demás, esta situación era bien conocida por Acosta, quien ocupaba con su taller una pieza de la casa que habitaban a la vez la señora Castañeda y el señor Pardo, su yerno.

Se rechaza, en virtud de las anteriores consideraciones, el cargo propuesto.

Cargo segundo.—Violación del artículo 480 del C. J., por falta de aplicación, y de los artículos 1613 y 1614 del C. C. por errónea aplicación.

Afirma el recurrente que está demostrado el daño emergente que hace depender del traslado del taller, pérdida de tiempo, pago de arrendamiento en el local que hubo de ocupar transitoriamente, gastos de propaganda, todo lo cual, en su concepto, está probado y no falta sino determinar el **quantum.** El Tribunal, a pesar de esto, no ordenó que se procediera conforme a lo estatuído en el artículo 480 del C. J., que se violó directamente por falta de aplicación, así como el 553 de la misma obra, violaciones que condujeron a infringir los artículos 1613 y 1614 del C. C.

Respecto del lucro cesante pone de relieve que se ocasionó durante el tiempo de los trasteos, instalación provisional y traslado al nuevo local, hechos que se hallan establecidos a su entender en el expediente y cuyo valor apenas faltaba determinar. El sentenciador no lo reconoció así e incurrió, por lo tanto, en la violación de los artículos citados.

Se considera:

Observa la Sala que el cargo está mal formulado. Ha debido presentarse por error de hecho en la apreciación de las pruebas tendientes a establecer el daño sufrido por el arrendatario. El Tribunal hizo un estudio pormenorizado de los distintos elementos probatorios aducidos durante el litigio, encaminados a establecer el perjuicio y de ellos dedujo que sólo habían sido demostrados los correspondientes al traslado telefónico y al valor representado por la parte pagada y no devengada de la renta. Consideró que respecto de los demás perjuicios reclamados la prueba era deficiente y por eso se abstuvo de hacer la condena solicitada.

El recurrente, en consecuencia, ha debido formular su cargo por mala apreciación de pruebas, por error de hecho o de derecho en su estimación y no como lo hizo por violación directa de la ley.

El Juez en el momento de decidir sobre la condena de frutos, intereses, daños y perjuicios, debe cumplir un proceso lógico integrado por dos etapas: una dirigida a examinar si es el caso de decretar el pago de cualquiera de las prestaciones indicadas y la naturaleza de éstas; y otra, en la cual, aceptadas en abstracto las obligaciones, se aprecia si éstas se probaron convenientemente en juicio, a fin de fijar, en caso afirmativo, su importe en cantidad líquida o establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales ha de hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia (artículos 480 y 553 del C. J.), pero siempre y cuando que el daño estuviera demostrado, cosa que no se hizo en el presente negocio.

Lo primordial es, pues, establecer el daño causado, deducir de las pruebas del proceso si los perjuicios querellados se encuentran suficientemente establecidos y sobre esta base fijar el **quantum,** o disponer que se fije en el cumplimiento de la sentencia.

En el caso en estudio se aceptó la responsabilidad de la arrendadora por la terminación intempestiva del contrato y la consiguiente obligación en que estaba de resarcir los daños, pero al ir a determinarlos, se encontró que las pruebas que obran en el proceso no fueron suficientes para establecerlos sino en parte. Por lo cual sólo se condenó a pagar aquellos que resultaron establecidos y que ascendieron a la referida suma de **$ 24.24.** Si el recurrente considera que los demás perjuicios sí estaban suficientemente probados, ha debido atacar la sentencia por errónea apreciación de pruebas, y no como lo hizo por violación directa de la ley, ya que en realidad se estimó que no era el caso de la aplicación de tales disposiciones porque en concepto del juzgador no se probó que se hubieran causado otros perjuicios.

De existir la transgresión alegada ello tendría que ser forzosamente, en el caso en estudio, consecuencia de un error en la estimación del acerbo probatorio que obra en los autos. Tratándose de

cuestiones de hecho, era indispensable presentar el problema por el aspecto de la apreciación que el sentenciador hizo de las pruebas en concreto, con el fin de que le fuera dado a la Sala examinar si por obra de uno de tales errores se había incurrido en la violación de las disposiciones enunciadas.

Lo mismo puede decirse en cuanto al lucro cesante. Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 27 de septiembre de 1945, proferida por el Tribunal de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Vidal Acosta contra Miguel Antonio Pardo y Amelia Mendieta v. de Castañeda.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — Jose Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE DAÑOS PATRIMONIALES Y MORALES.—TECNICA DE CASACION.—INCONGRUENCIA.—VICIO DE VALORACION PROBATORIA—CARGO POR ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO—INDOLE JURIDICA DEL RECURSO DE CASACION.

1.—Como lo enseña el artículo 531 del Código Judicial, no basta a quien acude a este medio extraordinario expresar una causal de casación para que la Corte busque su posible fundamento; es menester que se formule la tacha con suficiente claridad y precisión para que, al solucionar el recurso, sea posible hallarlo viable o no según lo haya propuesto quien a él se haya acogido.

2.—La discrepancia entre lo pedido y lo fallado, lo ha dicho la Corte en innumerables fallos, no es de posible ocurrencia en los absolutorios, pues la absolución implica que el Tribunal halló sin base todas y cada una de las súplicas formuladas por el actor.

3.—El yerro a que alude la demanda de casación, llamado "vicio de valoración probatoria", tiene lugar, conforme a la constante y conocida jurisprudencia, cuando el Tribunal, frente a un determinado elemento del acerbo probatorio, no se acomodó a las normas legales que condicionan la actividad de las partes en cuanto a la prueba y en cuanto a los medios de que precisamente deben valerse, y la del Juez señalándole la estimación que debe dar a los medios predeterminados cuando son regulares su acceso al juicio y la forma de su producción.

4.—En nuestro derecho no es de recibo el cargo por error en la apreciación conjunta de las pruebas, como es posible en otras legislaciones que lo admiten como consecuencia de haber adoptado el sistema de la libre valoración de las probanzas, al cual se opone el de la prueba legal recogida por nuestro sistema probatorio. Este último evita con mayor eficacia que los juzgadores de instancia acudan a fórmulas generales y vagas para condensar en ella su examen de las pruebas, frustrando así el recurso de casación, ya que es indispensable, para quien conoce de él, la posibilidad de rectificar el proceso lógico jurídico que permitió al Tribunal Superior apreciar en determinada forma cada prueba.

5.—En el recurso de casación no se ventila directamente la relación jurídica singular que ocasiona el litigio respecto de la cual obra sólo consecuencialmente una vez que, con el fin de uniformar la jurisprudencia, se hace necesario enmendar los errores IN IUDICANDO e IN PROCEDENDO en que haya podido incurrir el Tribunal de segunda instancia. Por esto dicen algunos que la Corte de Casación no es una jerarquía jurisdiccional, ya que no resuelve cuestiones entre partes: el radio normal de su actividad es procurar la uniformidad de la hermenéutica legal para evitar que la ley se aplique con criterio inestable y variado. Dicen los procesalistas que el esquema de la sentencia de instancia es un silogismo en el cual la premisa mayor la forman los preceptos legales; la menor, llamada histórica, los hechos que constituyen la CAUSA PETENDI de la acción, y el fallo, que es la conclusión. La causal primera de casación se refiere especialmente a enmendar los yerros en que se haya podido incurrir al plantear la premisa mayor de la sentencia de segundo grado, es decir, respecto de los preceptos legales cuyo quebranto produce a ciencia cierta una conclusión falsa; por ello, respecto de la prueba menor, el recurso no opera sino en cuanto la mayor quede afectada por noción defectuosa de la segunda, llevando también a conclusión injurídica.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Surtido íntegramente, como se halla, el trámite del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 1945 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario seguido por Carmen R. Cardona contra el Municipio del nombre ya indicado, la Corte procede a solucionar dicho recurso.

Antecedentes

En libelo de extensión considerable, y presentado el seis de septiembre de 1940, Carmen R. Cardona demandó al Municipio de Manizales ante el Juzgado Primero Civil del mismo Circuito para que previas las ritualidades de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declare que el dicho Distrito Municipal como dueño y responsable de la Lotería de Manizales, está obligado a pagar a la demandante, a título de indemnización, el valor total de los daños patrimoniales y morales que le causó la Empresa en mención por medio de su representante autorizado, al verificar investigaciones ilegales contra la actora, y al denunciarla temerariamente por los supuestos delitos de falsedad y de peculado; la demandante pide, además, que la cuantía de la condena suplicada se rija por justiprecio pericial practicado durante el juicio, o, en procedimiento separado, en subsidio.

Como **causa petendi** de la acción ejercida con el fin ya visto, se narran en la demanda numerosos hechos contenidos en cuarenta y nueve numerales, cuya síntesis es, a saber:

Con autorización legal, el Concejo de Manizales creó la Lotería del mismo nombre, en conformidad con los Acuerdos 29 de 1922 y 31 de 1923, la explotó y administró directamente; por Acuerdo 83 de 1937 se creó la Junta Administradora, como dependiente de la organización municipal, en la cual los vocales son elegidos por el Concejo, y en el Acuerdo 60 de 1938 determinó ciertas funciones del Gerente según las cuales es jefe responsable de la Empresa, asume la dirección de sus negocios y operaciones, suscribe obligaciones, contratos e instrumentos negociables, y representa a la Lotería ante el público y ante las autoridades, a excepción de los juicios civiles de que debe entender el Personero Municipal; Carmen R. Cardona desempeñaba en agosto de 1939 el cargo de Cajera General de la Lotería, al cual había ascendido, pues antes ejercía funciones al frente de la "caja chica" o sea la destinada al expendio de boletas; en años anteriores la dicha empleada lo había sido de otra dependencia municipal como Secretaria-Contadora del Hospital y Asilo; Carmen R. Cardona disfrutaba del aprecio social y con su remuneración atendía al sostenimiento de su madre y de varias hermanas, pues es huérfana de padre; como la empleada Carmona se vistiera vistosa y esmeradamente los funcionarios de la Lotería comenzaron a temer que sustrajera fondos de los confiados a su manejo, temor que aumentó cuando se enteraron de que tenía en el Banco de Colombia un depósito a su favor por $ 2.000 m. c.; a la sospecha sucedieron arqueos, visitas de la Contraloría, interrogatorios que la actora reputa como injuriosos, abusivos e ilegales sobre el origen del depósito bancario; el Gerente de la Lotería suspendió provisionalmente en su empleo a la empleda Cardona, y la Junta la destituyó; a pesar de que de las pesquisas no resultó cargo concreto alguno contra la empleada, el Gerente representante de la Lotería se dirigió por escrito a la Jefatura de Seguridad, reclamando su intervención y el embargo del depósito bancario ya aludido, comunicado en que se hablaba además de graves irregularidades en el manejo de los fondos confiados a Carmen R. Cardona, adulteraciones de libros, falsificaciones de firmas y sustracción de dineros; el Jefe de Seguridad, sin que mediara denuncia legal, pidió al Banco la retención del depósito, habiendo recibido respuesta negativa, previo concepto del asesor jurídico de dicha entidad bancaria; luego, el Jefe de Seguridad procedió a rondar la casa de la empleada, a vigilar las actuaciones de ésta, a interferir su correspondencia postal y telegráfica, y sus conversaciones telefónicas, y a escribir una carta, calificada de cruel por la demandante, dirigida a la madre de ésta; a solicitud de la Lotería, con viáticos pagados por ella, con permiso de la Gobernación del Departamento, el Jefe de la Seguridad se trasladó a Abejorral, donde nació la empleada Cardona, y en dicho municipio aprehendió, detuvo y careó a un hermano y a un cuñado de aquélla para indagar el origen del depósito bancario; en orden a este mismo fin ya se había dirigido el mismo funcionario al alcalde de la misma población solicitándole averiguara si la familia Cardona había poseído bienes raíces en esa jurisdicción; la empleada de que se trata contrató a un abogado para que la defendiera, y con él acudió a la Jefatura de Seguridad para inquirir si contra ella se adelantaban diligencias sumarias, pero se les informó que apenas había una queja o denuncia informal

por parte de la Lotería; Carmen R. Cardona notició al Gerente y a la Junta Administradora de aquella entidad sobre sus propósitos de iniciar una acción civil por los perjuicios que le causaban los hechos que se dejan relatados; entre tanto los revisores de la Contraloría del Departamento habían practicado una nueva visita en la Lotería de Manizales, habiendo hallado correctas todas las cuentas; ante esta última circunstancia, y por el temor al pago de la indemnización, el Gerente con la aquiescencia de la Junta Administradora y obrando en representación de la Lotería, presentó denuncia por falsedad en instrumentos públicos y por peculado contra Carmen R. Cardona, denuncia que se produjo el ocho de septiembre de 1939; la falsedad se hizo consistir en una carta que la empleada en mención se dirigió a sí misma procedente en apariencia de la Lotería, en la cual se encomiaba su labor al servicio de ésta y se le anunciaba un aumento de sueldo; dicha carta se halló en el escritorio de la demandante, el cual fue violentado, y su autora la explicó como un torpe acto de vanidad; el peculado consistía en una glosa de contabilidad originada en una diferencia de ciento diez y ocho pesos ($ 118.00) entre las cuentas de la caja general y las de la caja chica, glosa formulada cuando ya Carmen Cardona había dejado de manejar la última y tenía a su cargo la primera; dicha glosa quedó desvanecida con un sobrante que por cantidad aproximadamente igual se halló en la Caja General, lo cual demostró haberse incurrido en simple error; el conocimiento de la denuncia formulada por el Gerente de la Lotería correspondió al Inspector Primero Municipal ante quien fue presentada, funcionario quien dictó las primeras providencias, dispuso la práctica de diligencias iniciales, y ordenó al Gerente del Banco de Colombia que retuviera el depósito a favor de Carmen R. Cardona; luego la sumaria fue repartida al Inspector Segundo Municipal ante quien continuó instruyéndose hasta que llegó el momento de calificar su mérito, lo cual correspondió al Juez Segundo Superior; este funcionario sobreseyó a favor de la sindicada no sin advertir que en el expediente "sólo se advierte la malévola intención de los chismosos"; llegada la sumaria en grado de apelación y de consulta al Tribunal Superior, éste confirmó el sobreseimiento, haciendo notar que los funcionarios instructores "subordinaron en mucho sus funciones a la actividad exaltada del Gerente".

Hasta aquí el resumen de los hechos contenidos en los treinta y cuatro primeros numerales de que ya se habló; en los restantes la actora se refiere a los efectos del sobreseimiento, al escándalo causado a sus expensas, a los perjuicios que con él se le irrogaron, y a la calidad oficial del Gerente de la Lotería de la cual deduce la responsabilidad del Distrito Municipal demandado.

La primera instancia

A la demanda así propuesta se acompañaron sendos ejemplares debidamente autenticados del periódico oficial del Municipio de Manizales en los cuales corren publicados los Acuerdos 31 de 1923, 83 de 1937 y 60 de 1938; una certificación de la Tesorería Municipal sobre empleos desempeñados y remuneraciones devengadas por la demandante; copia del acta de posesión del señor Gustavo Jaramillo Sánchez del cargo de Gerente de la Lotería, y certificación de que en los meses de agosto y septiembre de 1939 desempeñaba ese cargo; copias de las actas números 60 y 61 de la Junta Administradora de la Lotería correspondientes a las sesiones celebradas el 28 de agosto y el 4 de octubre de 1939, respectivamente, en la cual se trataron varios asuntos relacionados con la demandante, y contenidos en la relación que de los hechos hace en la demanda, tales como los informes desfavorables e investigaciones del Gerente, y la destitución de aquélla; numerosas copias de piezas de la investigación penal adelantada contra Carmen R. Cardona, tales como la denuncia, la indagatoria, y los autos de sobreseimiento.

Dentro del lapso probatorio del primer grado se allegaron al proceso por la parte actora las siguientes pruebas: copia auténtica del Acuerdo número 29 de 1922, originario del Concejo de Manizales, por el cual se organizó la Lotería de dicho Distrito; testimonio de Aníbal Nicholls Maya, quien actuó como Jefe de Seguridad en los hechos ya relatados; justiprecio pericial de los perjuicios sufridos por la demandante; copia autenticada de la partida de nacimiento de Celia Rosa Cardona; certificados de la Contraloría General del Departamento de Caldas, y de la Tesorería Municipal de Manizales.

El Personero del Distrito demandado, quien lo representó en la primera instancia, no solicitó pruebas.

El Juez que conoció de la controversia, Primero Civil del Circuito de Manizales, puso término al primer grado del procedimiento por medio de

sentencia fechada el 14 de diciembre de 1943, fallo en el cual declaró no probadas las defensas a que se acogió el Distrito, y condenó a éste, como dueño de la Lotería, "a pagar a la señorita Carmen R. Cardona, de las condiciones dichas, a título de indemnización, el valor total de los perjuicios patrimoniales y morales que le causó por conducto del Gerente de dicha empresa con los actos ilícitos de que se habló en el fondo de esta providencia, los cuales se determinarán por el procedimiento indicado por el artículo 553 del Código Judicial"; en este proveído no se hizo condenación en costas.

La sentencia recurrida

El representante del Municipio demandado apeló del fallo proferido por el Juez Primero Civil del ya nombrado Circuito, dando así origen a la segunda instancia, durante la cual los contendientes no solicitaron la práctica de probanzas, y cuya culminación fue la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo el día 20 de agosto de 1945; dicho fallo es la materia del recurso que está al estudio de la Corte por haber interpuesto la actora recurso de casación contra él, como se dijo al comienzo del presente.

La aludida sentencia revoca la de primer grado, y, en su lugar absuelve al Municipio de todos los cargos de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Después de haber examinado la índole municipal de la Lotería de Manizales, y de analizar algunos preceptos que regulan su funcionamiento, el fallo recurrido se expresa así: "Dice el señor Juez de primera instancia que de conformidad con los Acuerdos en referencia, la Lotería de Manizales es una creación del Concejo de la ciudad y, por lo tanto, una dependencia del Municipio; que aunque el Gerente de la Lotería no es miembro de la Junta Administradora, por razón de sus funciones se subrogó en algunas de las que les correspondían a la Junta, como puede verse de lo que dispone el ordinal 3º del artículo 2º, del Acuerdo número 60. Para el Tribunal es evidente el error del Juez **a quo**. Como ya se vio, el ordinal en referencia, transcrito en parte, determina como excepción, la de que el Gerente no tiene facultad para intervenir en "los casos de pleitos o juicios civiles". Esto es lógico, porque tratándose de una dependencia municipal, el representante del Municipio, conforme a la ley, viene a ser el Personero, único agente que puede incoar acciones o concurrir a ellas en defensa de los intereses del Distrito. De modo que como no se trata, en la actuación del Gerente, de una acción civil, sino de una criminal, el primero de los razonamientos expuestos por el sentenciador de primer grado, es sobresalientemente erróneo".

Luego, a propósito del estudio que realiza sobre la responsabilidad civil que puedan conllevar las denuncias ante autoridades penales, cita el fallo numerosos apartes de providencias dictadas por esta Sala, para establecer cuándo denuncias de ese género configuran el abuso de la obligación general impuesta por la ley a todos los ciudadanos de poner en conocimiento de la autoridad los hechos punibles de que tengan noticia. Sobre estas bases discrimina la denuncia presentada por Jaramillo Sánchez contra Carmen R. Cardona, sus antecedentes, el contenido de las vistas fiscales rendidas en los dos grados de la sumaria, las razones aducidas en la providencia de sobreseimiento definitivo proferida por el Juez Superior, y las del auto confirmatorio del Tribunal.

De la comparación de la situación concreta con los principios sobre abuso del derecho que ya tiene anunciados, concluye el Tribunal que el Gerente de la Lotería no obró imprudente ni precipitadamente sino que, al proceder como lo hizo, se ciñó a la obligación que de controlar la oficina a su cargo y las agencias le impone el numeral 4º del artículo 2º del Acuerdo número 60 de 1938; el fallo materia del recurso de casación se refiere también a la circunstancia de no ser imputables al Gerente las actividades jurisdiccionales del funcionario instructor, quien obraba con absoluta prescindencia de aquél.

El recurso

La demanda de casación, constante de catorce folios, está dedicada en los diez primeros a transcripciones de la demanda y de la respuesta, y a historiar, en suma, el litigio; en las últimas fojas el recurrente se refiere ya al fallo acusado, contra el cual dirige varios cargos que se estudiarán separadamente, procurando individualizarlos dentro de las extensas alegaciones en que se contienen sin provecho para el recurso.

Primer cargo.—Consiste en ser el fallo del Tribunal violatorio de la ley sustantiva por infracción indirecta. Se observa, en primer lugar, que este motivo de casación no está expuesto con cita

de las disposiciones legales infringidas, sin que sea posible vincularlo a otros apartes de la demanda en orden a buscarle fundamento por cuanto el resto de aquélla se refiere ya a otros cargos que serán examinados en su oportunidad. Se rechaza, por tanto, este cargo.

Segundo cargo.—Que la sentencia materia del recurso de casación no se halla en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es motivo que tampoco se expuso asignándole algún fundamento. El recurrente en forma alguna intenta demostrar este extremo, de tal suerte que la Corte no halla vía para penetrar en el pretendido vicio del fallo de segunda instancia. Como lo enseña el artículo 531 del Código Judicial, no basta a quien acude a este medio extraordinario expresar una causal de casación para que la Corte busque su posible fundamento; es menester que se formule la tacha con suficiente claridad y precisión, para que al solucionar el recurso sea posible hallarlo viable o no según lo haya propuesto quien a él se haya acogido.

El cargo de que se trata implica una discrepancia entre la demanda inicial del litigio y la sentencia, en virtud de la cual ésta no ha resuelto la totalidad de la controversia, o la ha decidido con exceso, extendiéndose a materias no debatidas. La comparación del libelo con el fallo, en consecuencia, es indispensable para evidenciar la discordancia, la cual, por otra parte, y como lo ha dicho ya la Corte, no es de posible ocurrencia en fallos absolutorios, como el recurrido, pues la absolución implica que el Tribunal halló sin base todas y cada una de las súplicas formuladas por el actor.

Por tanto este cargo tampoco puede prosperar.

Tercer cargo.—Está planteado en la forma siguiente: "Al absolver la sentencia al Municipio de los cargos que le fueron formulados violó los artículos 2341 y 2356 del Código Civil por interpretación errónea y por aplicación indebida al caso del pleito"; en seguida se hace un análisis probatorio encaminado a demostrar que "hubo pues un error de derecho en cuanto el fallo del Tribunal desconoce el carácter con que el señor Jaramillo Sánchez obraba al presentar el denuncio criminal".

De esta transcripción se deduce que el quebranto de la ley imputado por el recurrente a la sentencia tiene como punto de partida el desconocimiento de las facultades oficiales con que obró Jaramillo Sánchez al denunciar criminalmente a Carmen R. Cardona, o, en otros términos, la apreciación equivocada de las pruebas en que consta la calidad y las autorizaciones con que actuó el denunciante, error que el recurrente estima de derecho.

Este linaje de yerro llamado "vicio de valoración probatoria" tiene lugar, conforme a la constante y conocidá jurisprudencia, cuando el Tribunal frente a un determinado elemento del acervo probatorio no se acomodó a las normas legales que condicionan la actividad de las partes en cuanto a los medios de que precisamente deben valerse, y la del Juez señalándole la estimación que debe dar a los medios predeterminados cuando son regulares su acceso al juicio, y la forma de su producción.

En el caso de autos el recurrente calla cuál fue la prueba indebidamente apreciada, desoyendo así la determinación que de aquélla ordena el artículo 520 del Código Judicial, y privando a la Corte del necesario punto de partida para emprender el examen del cargo; se refiere a los hechos que, según él, aparecen demostrados sin puntualizar los medios por los cuales se obra la demostración, y apenas incidentalmente se detiene a nombrar las actas números 60 y 61 correspondientes a sesiones de la Junta Administradora de la Lotería, sin que señale cómo el Tribunal las apreció en desacuerdo con determinada norma reguladora del valor de esas pruebas.

No es el caso de considerar si el contenido de tales actas demuestra hechos que hicieran actuar la ley en forma diferente de la adoptada por el Tribunal, pues ello implicaría investigar sobre un error de hecho no alegado, e invadir una zona a que no puede hacerse extensivo el recurso.

Estos vicios en la presentación del cargo acarrean su insuceso, como ocurre siempre que el recurrente acomete un comentario global de las pruebas sin recordar que a cada una les asigna la ley un mérito propio, y que, por tanto, cada una exige un estudio singular.

En nuestro derecho no es de recibo el cargo por error en la apreciación conjunta de las pruebas, como es posible en otras legislaciones que lo admiten como consecuencia de haber adoptado el sistema de la libre valoración de las probanzas al cual se opone el de la prueba legal recogido por nuestro sistema probatorio. No sobrará recordar que éste último evita con mayor eficacia que los juzgadores de instancia acudan a fórmulas gene-

dice al respecto no tiene por qué perder el delito su calidad de fuente jurídica de obligaciones civiles (artículo 1494 del C. C.) y hay que aceptar, por consiguiente, la viabilidad de la acción independiente para hacerlas efectivas. No podría entenderse que la omisión en el cumplimiento de sus deberes legales por parte del funcionario judicial determinara el sacrificio del derecho civil de los perjudicados por la infracción, interpretando la ausencia de los interesados en el proceso penal, y el silencio del juez injurídicamente, como una renuncia. Fuera de los casos en que la sentencia penal decide con fuerza de cosa juzgada la cuestión indemnizatoria de los perjuicios, el problema de la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se rige por los principios y reglas del Código Civil, como lo dispone el artículo 101 del Código Penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En sentencia definitiva de fecha 7 de febrero de 1939, el Juzgado Unico Municipal de Lorica condenó a Andrés Genes, vecino de San Bernardo del Viento, a la pena de un mes de arresto como responsable del delito de lesiones personales en Felipe Negrete, no dice dónde ni cuándo, que le causaron una "incapacidad de doce días, sin dejar lisia ni deformidad", con aplicación de los artículos 372 y 384 del C. P. Nada contiene esta sentencia condenatoria en relación con daños o perjuicios causados por la infracción contra la integridad personal.

Con fundamento en esta sentencia, aducida al efecto en copia auténtica, por medio de apoderado y en libelo de fecha 1º de abril de 1940, Felipe Negrete demandó en juicio ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Lorica a Andrés Genes para que se le declare obligado a pagarle la suma de $ 6.000.00 por indemnización de los perjuicios causados por las heridas, más las costas del juicio.

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor alegando que por no haberse constituído parte civil en el juicio penal, dentro del cual debe intentarse la acción de perjuicios, carece de derecho para demandarlos en juicio separado.

El Juzgado del Circuito, en sentencia del 11 de mayo de 1943, condenó a Genes a pagar al demandante la suma de $ 5.000.00 "como indemnización regulada, por los perjuicios que le causó al herirle en la mano derecha con arma cortante y que le produjo a Negrete una incapacidad funcional de por vida", y al pago de las costas "por ser notoria su temeridad".

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia del 23 de julio de 1945, proferida al término de la segunda instancia a que dio lugar la apelación del demandado, con un voto disidente, revocó la recurrida y en su lugar declaró improcedente la acción, absolviendo, en consecuencia, al demandado. Sin costas.

Se apoya este fallo en los artículos 92 del C. P. y 24 del C. de P. P. y concluye: "Por lo tanto, si la víctima no intervino en el proceso penal para reclamar perjuicios, si el Ministerio Público no provocó una condena, o si el propio Juez de la causa no condenó a ninguna indemnización, por una u otra razón cualquiera, el ofendido no tiene entonces facultad para iniciar separadamente una acción civil de reparación, desde luego que abandonó o renunció la oportunidad que la ley le brindara para ejercerla, mayormente si en la sentencia en que se condenó penalmente a su victimario nada dijo el Juez respecto de los perjuicios civiles".

El recurso

Por la primera causal del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia del Tribunal la parte demandante en el recurso de casación que oportunamente interpuso y que hoy se decide.

El único cargo de la demanda se hace consistir en que el Tribunal de Cartagena interpretó erróneamente, con quebranto de la ley sustantiva, los artículos 24, 25, 29 y 112 del Código de Procedimiento Penal al negarle a Negrete su derecho a ser indemnizado por considerar que quien no se hace parte civil en el proceso penal desaprovecha la única ocasión y manera de intentar la acción civil por perjuicios y de este modo renuncia a su derecho de indemnización. La acusación se enfoca especialmente sobre la disposición del artículo 25 citado, que le confiere el derecho para demandar ante los jueces civiles la reparación del daño su-

frido por no haber intervenido en el proceso penal en que no fue debatida ni decidida esa cuestión.

Se considera:

Según el sistema adoptado en el código penal, que involucró la acción privada con la pública y la subordinó a ésta, obligando en todo caso al Juez del proceso a condenar a los responsables al pago de todos los perjuicios que se hayan causado con la infracción, pueden presentarse tres situaciones diferentes que es preciso tener en cuenta para decidir sobre la influencia de las sentencias penales condenatorias respecto de la acción civil indemnizatoria, como lo advierte el Magistrado que salvó voto en la sentencia recurrida:

a) La persona o personas perjudicadas por la infracción, o sus herederos, ejercen dentro del proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los daños, constituyéndose parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del Agente del Ministerio Público y del funcionario de instrucción (artículos 24, 112 y 294 del C. de P. P. y 93 del C. P.).

Cuando así suceda, lo que en materia de indemnización de perjuicios estatuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción (artículo 25, inc. 1º del C. de P. P.).

b) El respectivo Agente del Ministerio Público, con la cooperación del funcionario de instrucción, promueve por sí solo las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización de perjuicios por haberse abstenido de hacerlo los interesados (artículos 93 y 294 citados).

En este caso, por virtud del principio fundamental de la relatividad que corresponde a las decisiones judiciales, la eficacia y fuerza vinculante de la sentencia penal en lo tocante a indemnización se subordina a la voluntad de los perjudicados: si la aceptan, pueden demandar con ella ejecutivamente ante los jueces civiles el pago de la indemnización; y si no se conforman con la sentencia, en lo relacionado con la reparación de daños, pueden ejercer la acción privada ante los jueces civiles dentro de los términos ordinarios de la prescripción de la acción, y pierden el derecho de pedir ejecución de la sentencia penal. (Artículo 25 citado, inciso 2º).

c) La acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, que se origina en ésta (artículo 8º del C. de P. P.), no se ha ejercitado dentro del proceso penal por los interesados, ni a fijar y obtener la reparación proveyeron oficiosamente como era su deber legal el Agente del Ministerio Público, ni el funcionario instructor, ni el Juez de la causa hizo la condenación al tenor del artículo 92 del C. P.

En tal ocurrencia, que es la de autos, la sentencia penal sólo ha recaído sobre la acción pública al término de la investigación represiva, pero ha sido completamente ajena a la acción civil de derecho privado. Es indudable que en esta situación de irregularidad determinada por no haberse sometido el Juez al mecanismo legal, no hay condiciones ni obstáculos para poder proponer la acción civil ante los jueces civiles, que son libres para resolver no habiendo estatuído nada el Juez penal acerca de la cuestión indemnizatoria que el perjudicado plantea como consecuencia civil del ilícito sobre el cual se pronunció exclusivamente la condena penal.

Si al tenor del artículo 25 del C. de P. P. es legítima la inconformidad con la sentencia penal en lo tocante a la indemnización de perjuicios, con la sola condición de no haber intervenido el interesado en el proceso penal, mejores y más abundantes razones existen para dejar a salvo y expedita la acción civil para el caso de que en la sentencia penal proferida sin intervención de los perjudicados, no se hubiere condenado a perjuicios. Es claro que si el Juez penal declara en su sentencia, después de considerar la cuestión en el proceso en que han intervenido los particulares interesados, que no hay perjuicios o lugar a la indemnización, la cuestión queda juzgada y cegada la fuente de la responsabilidad civil por decisión de Juez competente; pero si nada se dice al respecto no tiene por qué perder el delito su calidad de fuente jurídica de obligaciones civiles (artículo 1494 del C. C.) y hay que aceptar, por consiguiente, la viabilidad de la acción independiente para hacerlas efectivas. No podría entenderse que la omisión en el cumplimiento de sus deberes legales por parte del funcionario judicial determinara el sacrificio del derecho civil de los perjudicados por la infracción, interpretando la ausencia de los interesados en el proceso penal, y el silencio del Juez injurídicamente, como una renuncia. Fuera de los casos en que la sentencia penal decide con fuerza de cosa juzgada la cuestión indemnizatoria de los perjuicios, el problema de la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción, se rige por los princi-

pios y reglas del Código Civil, como lo dispone el artículo 101 del Penal.

Las breves razones que anteceden hacen ver ya que la sentencia del Tribunal de Cartagena interpretó erróneamente el artículo 25 del C. de P. P., una de las disposiciones citadas por el recurrente, de naturaleza sustantiva, en concepto de la Sala, porque concede en realidad el derecho a obtener la indemnización de los perjuicios causados por una infracción demandándolos en acción independiente ante los jueces civiles.

Para completar la motivación del fallo que ha de darse en reemplazo sólo faltan algunas consideraciones sobre la legalidad de la sentencia de primer grado.

"Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado", dice el artículo 29 del C. de P. P. La autoridad de la sentencia penal condenatoria es, pues, absoluta respecto del hecho constitutivo de la infracción y de la responsabilidad del condenado. No es dable reabrir en el juicio civil la controversia probatoria acerca de las modalidades circunstanciales que configuraron la infracción penal, como equivocadamente lo hace el Juzgado del Circuito al aceptar una incapacidad funcional vitalicia en el herido Negrete para deducir la fuente y alcance de la indemnización de perjuicios con omisión de lo que al respecto estatuyó la sentencia penal.

En ésta, aducida en copia auténtica con la demanda, aparece que la lesión de que se declaró responsable como autor a Andrés Genes fue una herida cortante "con incapacidad de 12 días, sin dejar lisia ni deformidad". En el delito de lesiones personales la incapacidad sufrida y las reliquias son elementos estructurales que determinan la aplicación de determinadas disposiciones punitivas. Son estas circunstancias las que moldean la indemnización buscada en el juicio civil; no se pueden desconocer sin tener por inexacta la sentencia penal, con desmedro de la noción de orden público.

El estudio del Juez del Circuito de Lorica se acomodó al ámbito que le señaló el hecho segundo de los fundamentales de la demanda en que el actor plantea la reparación sobre el hecho de una incapacidad funcional vitalicia de la mano derecha de Felipe Negrete. Y las pruebas que se produjeron se destinan a rectificar en este particular las conclusiones de la sentencia penal. Por eso ese acervo probatorio no es utilizable para deducir, como lo ordena el artículo 480 del C. J., el importe de la indemnización en cantidad líquida. Aceptando la realidad procesal de la existencia del perjuicio, deducible del hecho de la imposibilidad en que estuvo Negrete para trabajar en las labores campesinas a que vivía dedicado, la condena a indemnizar ha de hacerse, según el precepto precitado, estableciendo las bases con arreglo a las cuales ha de hacerse la liquidación, y que se reducen a las dos siguientes: el valor de los trabajos de campo a que se dedicaba personalmente Felipe Negrete durante los doce días en que estuvo imposibilitado para realizarlos.

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 Cartagena, de fecha 23 de julio de 1945; revoca la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Lorica, de fecha 11 de mayo de 1943, y falla:

Condénase a Andrés Genes, mayor y vecino de Lorica, a pagar a Felipe Negrete P. los perjuicios sufridos a consecuencia de la lesión personal que le causó y por la cual fue condenado por el Juzgado Unico Municipal de Lorica en sentencia de 7 de febrero de 1939, en la cuantía que se fije con arreglo a las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia para su liquidación.

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.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO Y DE REIVINDICACION DE BIENES

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte 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 afectos 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 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. Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Durante su matrimonio con Julia Zapata, Ramón Villa, por medio de la escritura pública número 536, otorgada el 27 de febrero de 1928 ante el Notario 1º de Medellín, se constituyó deudor de Eleázar J. Gaviria por la suma de $ 2.000 recibidos en mutuo, y para garantizar sus obligaciones de mutuario hipotecó un lote de terreno con sus anexidades ubicado en la ciudad de Medellín, adquirido por el marido a título oneroso durante el matrimonio.

Por incumplimiento del deudor, el acredor Gaviria demandó ejecutivamente a Villa, el 9 de abril de 1932, con acción real y personal, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, ejecución ésta que se adelantó sin intervención ninguna de Julia Zapata, y que culminó con la adjudicación de la finca hipotecada hecha a Eleázar J. Gaviria con las formalidades legales en el remate judicial verificado el 16 de marzo de 1933.

Ha considerado la cónyuge Zapata que la enajenación del inmueble de la sociedad conyugal Villa-Zapata, hecha en el remate de un juicio ejecutivo en que no fué emplazada y en el que no intervino en ninguna forma es ilegal e inválida según la conocida jurisprudencia que ha establecido que "para los actos de disposición respecto de los bienes de las sociedades conyugales existentes al entrar en vigencia la ley 28 de 1932, se requiere la actuación conjunta y unánime de los dos socios, excepto cuando se hayan distribuído entre ellos los bienes conforme a la autorización que contiene el artículo 7º de la ley, porque entonces cada cual puede disponer de los bienes que en la participación se les asigne".

Con apoyo en esta tesis y en los hechos referidos, Julia Zapata de Villa, obrando como "cogerente y como correpresentante" de la sociedad conyugal Villa-Zapata, sin disolverse e ilíquida, ha pedido al Juzgado 1º del Circuito de Medellín, en libelo del 20 de septiembre de 1943, que con audiencia de los demandados Eleázar Gaviria y Ramón Villa, se declare "nula la actuación del juicio ejecutivo del señor Eleázar J. Gaviria con-

tra Ramón Villa, que cursó en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín", o que, subsidiariamente, el juicio ejecutivo referido y la enajenación por remate a favor del demandado Gaviria carecen de efectos legales contra los derechos de la sociedad conyugal Villa-Zapata; o que el inmueble adjudicado a Gaviria en el remate es del dominio de la sociedad conyugal mencionada, y que, en consecuencia, debe restituírlo materialmente a tal sociedad, con sus frutos y accesiones, y debe ordenarse la cancelación del registro de la diligencia de remate.

El demandado marido de la actora, en memorial de fecha anterior a la demanda y presentado con ésta, manifiesta al Juez que renuncia a las notificaciones, traslados y términos a que haya lugar y que coadyuva la demanda de su esposa "estando, por lo mismo, de acuerdo con lo que se dice o diga en la demanda o en la corrección que de ella se pueda hacer".

El demandado Gaviria, aceptando la mayor parte de los hechos fundamentales de la demanda se opone a las pretensiones de la actora, quien —dice— no tenía por qué intervenir ni ser emplazada en el ejecutivo contra su marido que fue quien contrató el mutuo hipotecario en su calidad de administrador de la sociedad conyugal y dueño ante terceros de los bienes sociales según las leyes entonces vigentes.

En sentencia de 15 de mayo de 1944, dictada al término de la actuación correspondiente, el Juzgado del Circuito, "absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda". No estatuyó nada sobre costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó esta sentencia del Juzgado en la suya del 24 de marzo de 1945 con que finalizó la segunda instancia a que dio lugar la apelación que interpusieron ambas partes.

Las dos sentencias de instancia coinciden en la consideración fundamental de que no hay razón de orden legal ni de doctrina jurídica para aplicar a un contrato perfecta y válidamente celebrado por el marido bajo la vigencia de la legislación que lo facultaba para obligar ilimitadamente a la sociedad conyugal, doctrinas y principios basados en la ley 28 de 1932, conforme a los cuales ninguno de los cónyuges puede disponer por sí solo de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal preexistente e ilíquida al comenzar el imperio del nuevo régimen establecido en esa ley. "Distinto sería —dice el Tribunal— si Ramón Villa hubiera constituído la hipoteca después de la vigencia de la ley 28 de 1932. En este caso sí podría afirmarse que por haber hipotecado un inmueble que no era de su propiedad, sin estar facultado para hacerlo, como sí lo estaba antes de la vigencia de la ley 28, ese gravamen no había sido válidamente constituído. Pero como Ramón Villa hipotecó válidamente bajo el imperio de las disposiciones del Código Civil, anteriores a dicha ley, y siguió figurando como dueño y poseedor inscrito de ese bien después que la ley entró en vigencia, no hay ninguna razón de orden legal ni de justicia para concluír que la demanda ejecutiva de Gaviria ha debido dirigirse no sólo contra dicho Villa sino también contra su cónyuge. Sostener lo contrario equivaldría a agravar la situación del acreedor, sin fundamento alguno para ello".

El recurso

Perdido el pleito en los dos grados, el apoderado de Julia Zapata de Villa ha traído el negocio a la Corte en el recurso de casación que hoy se decide.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia del Tribunal de Medellín por violación de ley sustantiva y señala como disposiciones directamente infringidas los artículos 1º y 7º de la ley 28 de 1932, y 740, 741, 742, 744, 752, 1781, numeral 5º, 1583 y 2452 del C. C.

La fundamentación de la demanda se reduce, en síntesis, a afirmar que aceptando el Tribunal la jurisprudencia de la Corte en relación con actos dispositivos del marido sobre bienes de sociedades conyugales anteriores al 1º de enero de 1933 e ilíquidas, debió acceder a los pedimentos de la demandada porque siendo social el bien de que aquí se trata era forzoso concluír que el acto de disposición de Ramón Villa, cumplido en el remate, que es una verdadera venta en que el Juez representa al tradente, ya bajo la ley 28 y sin consentimiento de la cónyuge Zapata, no tiene por qué perjudicar a la sociedad conyugal Villa-Zapata que no concurrió en realidad a la tradición del inmueble cuyo dominio no ha salido, por consiguiente, de su patrimonio, sujeto a la administración dual de los dos cónyuges.

Considera la Sala:

Hay una falla esencial en el planteamiento jurídico de la cuestión litigiosa, consistente en considerar el remate judicial del 16 de marzo con que culminó la ejecución con acción real y personal de Eleázar J. Gaviria contra Ramón Villa para el pago de una obligación mutuaria adquirida en 1928, como acto de disposición del marido, realizado con posterioridad al 1º de enero de 1933 en ejercicio de la gerencia exclusiva de la sociedad conyugal de que para entonces había sido privado por la ley 28 de 1932. No se trata de un acto jurídico personal del marido, destinado ya bajo el imperio de esta ley, a crear derechos que pudiera afectar el patrimonio preexistente de la sociedad conyugal no liquidada al inaugurarse el nuevo sistema legal, sino de los efectos de un contrato celebrado por el cónyuge bajo leyes que lo capacitaban para hacerlo y que se prolongaron sobre el límite temporal de los dos regímenes matrimoniales. No se está en presencia de ninguna situación jurídica creada por el ejercicio ilegal de abolidos poderes maritales que pudiera comprometer los derechos de la mujer como interesada en el patrimonio de una sociedad ilíquida, sustraída a la disposición arbitraria del marido, sino del cumplimiento de una obligación social por la vía legalmente adecuada de la acción real hipotecaria a que dio lugar el ejercicio del derecho del acreedor de demandar su ejecución forzada, en lo cual no puede verse sin error jurídico e inadecuación de términos, un acto dispositivo del marido.

Determinada así la verdadera naturaleza jurídica de la ocurrencia de autos, se desquicia en realidad el proceso y el recurso que se han edificado exclusivamente sobre la doctrina, consagrada jurisprudencialmente, de la pérdida de los poderes dispositivos del marido, como consecuencia de la ley 28 de 1932, de que se ha hecho recuerdo.

En varias ocasiones ha estudiado esta Sala el caso a que se refiere la demanda de este pleito, sobre el cual, improcedentemente y con olvido de sus razones y sus fines, se ha pretendido extender la aludida doctrina de casación elaborada sobre situaciones jurídicamente inconfundibles con ésta. En 1941, en sentencia visible en páginas 802 y siguientes del Tomo LI de la GACETA JUDICIAL, dijo:

"El marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato de mutuo que recoge la escritura pública..., 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.... (1796, numerales 2 y 3, 1807, 1834 C. C.). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. De la obligación mutuaria adquirida por la sociedad.... a favor de...., cobrada por las herederas de la acreedora con la acción real que le daba el contrato accesorio de hipoteca, era el marido el exclusivo deudor, la única persona de quien podía legalmente demandarse el pago de la obligación. Entre las relaciones jurídicas que por virtud de ese contrato de préstamo se generaron no existe ninguna que vinculara personalmente a la cónyuge como deudora de... por razón del dinero prestado... Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de la ley 28 de 1932 que estatuyó a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o 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 afectos 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 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 tenga cumplido efecto. Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. Es una visible equivocación tratar el problema de este pleito a la luz de la doctrina acogida por esta Sala en su sentencia del 20 de octubre de 1937, adúcida por el Tribunal como fundamento de su sentencia, y conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer sin concurrencia del otro, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada, por adquisiciones verificadas con anterioridad al 1º de enero de 1933. Esta interpretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y disposiciones de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes por adquisiciones que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos ni hace referencia a las cargas de la sociedad existentes hasta entonces. Otra cosa sería si se tratara, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada".

Se reprodujo esta doctrina, adicionada con nuevas razones, en sentencia visible a páginas 133 y 136 del Tomo LVII de la GACETA JUDICIAL, y se adoptó la misma solución en sentencia, inédita aún, del 15 del postrero octubre, en que se dijo:

"En la ley 28 de 1932 introdujo sustanciales reformas al código civil, entre otros puntos, en cuanto al régimen imperante en materia de deudas. Hoy conforme al artículo 2º de dicha ley, puede decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido o la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, lo que ocurre con las concernientes a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Y la responsabilidad por esas obligaciones también gravita de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable sino el cónyuge que las hubiere contraído, y se hacen efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertenecían cuando contrajo el matrimonio o sobre los que hubiere adquirido a cualquier título durante el mismo. Con respecto a las deudas sociales o comunes ya mencionadas, los cónyuges responden solidariamente ante terceros, con todos sus bienes presentes y futuros, y proporcionalmente entre sí, conforme al código civil (arts. 2º y 4º de la ley 28 de 1932). Sentado lo anterior, cabe preguntar: ¿por virtud de la reforma que la ley 28 implicó perdieron los aludidos créditos en favor de..... la calidad de deudas sociales o comunes y los derechos inherentes a esa calidad que tenían con respecto a la sociedad conyugal..... al momento en que fueron contraídos? Para la Corte se impone una solución negativa a esa cuestión.

"En efecto, los créditos mencionados nacieron a la vida jurídica por virtud de la anterior legislación matrimonial. Ellos constituyen, por tanto, derechos adquiridos en favor de terceros acreedores, y ninguna disposición legal los puede afectar o lesionar, en fuerza de la garantía que consagra el artículo 30 de la C. N., según la cual los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Es cierto, además, que los derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la ley nueva, conforme lo ordenan los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887; pero no es menos evidente, que siguiendo el mandato de esos mismos textos legales, la aplicación de la ley nueva debe hacerse sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

"Por otra parte, al momento en que se celebraron los contratos de ..... regían, entre otras, las

siguientes disposiciones del código civil: el artículo 1796, que en su numeral 2º dispone que la sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta, como serían los que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior, y el artículo 2488, conforme al cual toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables.

"Y si de acuerdo con lo estatuído en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, forzoso es concluír que a los contratos de..... se incorporaron, desde el momento en que se celebraron, los derechos que le conferían las dos disposiciones legales primeramente citadas, o sea, en concreto, que la sociedad conyugal..... les pagaran el monto de las deudas con ellos contraídas y que los mismos acreedores pudieran hacerlas efectivas sobre los bienes presentes y futuros de la misma sociedad conyugal. Y esto no podía ser de otro modo porque si los particulares contratan en consideración a las leyes vigentes, no sería justo alterar los efectos que tuvieron a la vista al celebrar el contrato, sometiéndolos a las leyes posteriores que no les era dable conocer ni prever.

"Como consecuencia de lo expuesto se pueden destacar las siguientes conclusiones: una deuda social, nacida bajo la vigencia del código civil, no pierde su calidad de tal por virtud de la reforma que operó la ley 28 de 1932; esa deuda puede hacerse efectiva no sólo sobre los bienes propios del marido sino también sobre los bienes que integraban el patrimonio de las sociedades conyugales existentes al momento de entrar en vigencia dicha ley, o sobre los que deben reputarse sociales al disolverse el matrimonio o cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal...".

Siendo, por las razones vistas, infundadas las acusaciones que se han formulado a la sentencia por violación de ley sustantiva, 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 Medellín el 24 de marzo de 1945, objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA DE UNA MINA

1.–Está fuera de toda duda que quien ejerce la acción destinada a que se le declare dueño de un bien por haberlo ganado por prescripción, debe estar poseyéndolo en el momento mismo en que hace valer ante la justicia los hechos en que se funda para suplicar la declaración de pertenencia; lo contrario implicaría desnaturalizar la institución posesoria porque resulta en principio absurdo que quien haya perdido la posesión pueda obtener un fallo cuyo cumplimiento ponga fin a la posterior de otro que esté ganando la propiedad acogiéndose al mismo medio. Por ello exige la ley posesión ininterrumpida, tanto para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular (artículo 2528 C. C.), como para la extraordinaria (artículo 2531 ibídem, ordinal 2º del numeral 3º), a la cual no es menester título alguno, y por ello también el artículo 2523 del mismo estatuto, en su numeral 2º, dispone que cuando la interrupción de la posesión tiene lugar "por haber entrado en ella otra persona", salvo que se haya recobrado mediante el ejercicio de los interdictos. Explican los expositores que uno de los fundamentos de la prescripción adquisitiva es que el orden social está interesado en mantener la estabilidad de las situaciones, circunstancia que se destaca más en presencia de la lenidad de un propietario en el ejercicio de sus derechos respecto de una cosa determinada. Pero es precisamente la permanencia de lo que algunos llaman "relación de espacio" por el lapso de tiempo que exige la ley, lo que permite evidenciar la posesión como hecho para que el ordenamiento jurídico pueda hacerlo derivar en derecho de dominio. Este, cuando se adquiere por prescripción, no es sino el afianzamiento de un señorío de hecho ejercido ininterrumpidamente, y que por esta última característica se ha ido revistiendo con apariencias de verdadera propiedad ante la conciencia común. Pero esta conciencia exige estabilidad en la relación de espacio por ser el medio material de darse a conocer el señorío, y lo que le permite a quien lo tiene real o presuntivamente ejercer los actos propios del dueño; sin ellos no puede probarse la posesión, como sin el contacto con la cosa no es posible aparecer como dueño ante el ambiente jurídico. La discontinuidad en la posesión es un vicio absoluto, por cuanto si no es posible restablecerla mediante las acciones posesorias, se pierde "todo el tiempo anterior", y quien la tenía no puede ya alegarla, en consecuencia, para los efectos de lograr una sentencia declarativa de apropiación por lapso de tiempo adquisitivo.

El precepto del artículo 790 del Código Civil está acorde con las normas sobre prescripción adquisitiva ya citadas, por medio de las cuales se manifiesta en nuestro derecho la protección posesoria en orden a consolidar el señorío de hecho con la propiedad misma. Pero como la misma ley señala jerarquías entre los poseedores según tengan o no título, y según el lapso de tiempo que hayan poseído, consecuente con el propósito de hacer dueño a quien ha poseído ininterrumpidamente instituye el interdicto "recuperandae possesionis" en el artículo 982 del C. C., acorde con el 793 ibídem. Es justamente esa vía la que el mismo Código Civil señala al poseedor para que por su medio recupere la posesión y, si tiene éxito, darla por mantenida continuamente no obstante la perturbación debelada por ese procedimiento especial. Así provee el legislador art. 2523 del C. C.) a que quien pretenda la declaración de pertenencia pueda presentarse a pedirla ostentando, en primer lugar, la relación de espacio ininterrumpida que haya podido configurar ante la conciencia pública la manifestación de un verdadero dominio.

2.—El artículo 951 del Código Civil introduce una excepción a la norma general contenida en el artículo 2523 de la misma obra, según el cual sólo por medio de las accio-

nes posesorias se puede recobrar la posesión perdida; al conferir al poseedor regular la acción reivindicatoria introduce también un estatuto excepcional en frente del principio que sólo otorga dicho poder jurídico al propietario. Son, pues, dos las excepciones que nuestra acción publiciana presenta dentro del sistema general del dominio y de la posesión, en obsequio a la regular, las cuales indican la necesidad de establecer en la práctica, cuando quien la tiene puede servirse de ese tratamiento excepcional.

Para ser poseedor regular se necesitan justo título y buena fe, requisitos cuya concurrencia ha de ser simultánea con la aprehensión material de la cosa, de manera que no lo es quien no ha adquirido la posesión a virtud de un título que le permitió iniciarla con buena fe.

Los títulos llamados por el artículo 765 del Código Civil "constitutivos de dominio" no son por su naturaleza eficaces para configurar una posesión que permita ejercer la acción reivindicatoria conforme al artículo 951 ibídem, comoquiera que ellos no presuponen causa jurídica del hecho material con que se principia a poseer, y sobre la cual pueda reflejar "la conciencia de haberse adquirido el dominio". Quien comienza a ejecutar actos de dueño en orden a llegar a serlo realmente mediante la prescripción adquisitiva, sin tener a su favor título alguno, no puede abrigar certeza sobre la bondad o justicia de una causa de su posesión que no existe. De esta suerte es menester concluír que sólo posee regularmente un inmueble quien lo ha recibido en tradición, sirviéndose de este modo para principiar a poseer. Si la posesión regular de bienes raíces exigiera un título tradicional previo, al vencimiento de diez años no se podría determinar si el poseedor es regular o no, pues el sólo transcurso del tiempo y el hecho material de haber ocupado la cosa serían comunes para ambas categorías de poseedores; y esta confusión frustraría los fines del artículo 2523 del Código Civil, no sólo porque el poseedor despojado podría preferir la acción reivindicatoria a la posesoria para recuperar la posesión, sino porque podría ejercerla cuando ya hubiera perdido, para los efectos de la prescripción, el tiempo anterior.

El tratamiento excepcional que consagra el artículo 951 del Código Civil exige una rigurosa hermenéutica en orden a que su cumplimiento no contribuya a desconcertar aún más nuestra híbrida e indisciplinada institución posesoria formada con fragmentos de principios romanos, canónicos y germanos que no han alcanzado a fundarse y en relación con los cuales no ha logrado establecerse unidad conceptual.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

La Sociedad Minera de Toldafría, ordinaria de minas, domiciliada en Manizales, afirma que viene explotando desde hace más de treinta años, quieta, pacífica e ininterrumpidamente una empresa constante de varias minas de oro y plata con sus terrenos propios en los cuales tiene un montaje completo de maquinaria adecuada a la explotación de los minerales, así como los demás elementos apropiados a dicho fin; la Sociedad dice que adquirió por compra a diversos dueños no solamente los terrenos en donde se hallan las minas sino una extensión mayor para derivar de ella las aguas, y mantener las reservas de maderas y los pastos que le son indispensables, formando así un predio deslindado judicialmente por el Juez de Circuito de Pereira, quien lo entregó a la Sociedad el ocho de octubre de 1895 por los siguientes linderos: "De un mojón de piedra que se colocó en el alto de Morales, cerca del camino real de Toldafría, por la cuchilla abajo hasta un mojón de piedra que se colocó al pie de un árbol llamado "Silbasilba", junto a la quebrada de Toldafría; siguiendo línea recta hasta un mojón que se colocó al pie de un "Encenillo", al borde de la quebrada o río Montaño; quebrada o río de Montaño arriba hasta encontrar el lindero con los terrenos del señor Jacinto Aguirre; de aquí en línea recta hasta un mojón de piedra que se colocó al pie de una peña en la cuchilla de 'Montaño" o "Romeral", en el camino viejo; de aquí sobre la misma cuchilla, siguiendo una línea recta, pasando por otro mojón de piedra clavado como a dos metros del anterior, hasta otro mojón a la orilla del río "Molinos"; éste abajo hasta otro mojón en el lindero del terreno de Jesús María Palacio; de este punto siguiendo un amagamiento arriba has-

ta su nacimiento; de aquí siguiendo una línea recta hasta la segunda piedra de la cuchilla del "Pindo"; de aquí lindando con terrenos de Gavino o Herederos de Antonio María Arango a la quebrada de "Chupadero"; ésta abajo hasta donde le cae la quebrada de "Ceres" o "Golondrinas"; ésta arriba hasta su nacimiento; de aquí siguiendo unas vegas o cañadas hasta el camino de Toldafría, en donde se encuentra un mojón al pie de un helecho árbol que está como a doscientos metros abajo del camino que da entrada a la mina que se denomina "El Jardín"; camino abajo hasta un mojón de piedra que se colocó al pie de un árbol (encenillo); de esta línea recta hasta el nacimiento de la quebrada "Venus"; ésta abajo hasta donde le sale por el lado derecho un zanjón o cañada lindero con Juan José Herrera; cañada o zanjón arriba hasta un derrumbe; por éste arriba hasta un mojón colocado en la cuchilla de "Montaño", a la orilla del camino de Toldafría; cuchilla o camino abajo hasta el alto de Morales frente al mojón que sirvió de punto de partida"; el inmueble así individualizado, en jurisdicción del Municipio de María, Departamento de Caldas, fue adquirido por la sociedad de Toldafría, según ésta, conforme lo rezan los títulos de adquisición que constan en las escrituras públicas números 561 de 17 de noviembre de 1872 y 156 de 27 de abril de 1874, otorgadas ambas en la Notaría de Manizales. A fines del año de 1936, afirma la Sociedad, Benjamín Castaño y Rafael Valencia penetraron clandestinamente al predio que se deja determinado, y en un sector de él emprendieron la explotación de las montañas; la Sociedad promovió sin éxito contra estos ocupantes un juicio administrativo en orden a suspender las actividades de aquéllos; Castaño entonces intensificó sus trabajos de explotación de maderas, empleando numerosos obreros y amedrentando a quienes trabajaran por cuenta de la Sociedad, y causando a ésta perjuicios por valor de cinco mil pesos. La mencionada entidad añade que ha poseído por un lapso mayor de treinta años el fundo de que se trata.

Con base en estos hechos la Compañía minera de que se viene hablando promovió contra Benjamín Castaño un juicio ordinario por medio de libelo repartido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales el 2 de junio de 1938; la parte petitoria de dicho escrito es la siguiente:

"**Primero.**—Que la Sociedad Minera de Toldafría tanto por sus títulos tradicionales como por la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria y extraordinaria, es dueña exclusiva de los terrenos situados en la región denominada 'Toldafría", entre la quebrada de Montaño y el río Molinos, en jurisdicción del Municipio de María de este Departamento, y por los linderos que se especifican en el ordinal segundo de los hechos de esta demanda.

"**Segundo.**—Que el demandado Benjamín Castaño está en la obligación de restituír a la Sociedad demandante el lote de terreno que detenta, por los linderos determinados bajo el ordinal cuarto de este libelo, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia;

"**Tercero.**—Que el demandado Castaño es poseedor de mala fe y por consiguiente está obligado a indemnizar a la Sociedad de todos los perjuicios que le ha causado con su detentación y a pagarle dentro del mismo tiempo, los frutos naturales y civiles de dicho lote de terreno, no solamente los que haya producido y produzca mientras esté en su poder, sino también los que hubiere podido producir con una mediana administración inteligente;

"**Cuarto.**—Que el demandado Castaño está obligado a pagar las costas de este juicio".

Agotado el trámite de la primera instancia el Juez desató el litigio mediante el fallo de 21 de abril de mil novecientos cuarenta y uno en el cual, luego de rechazar las defensas propuestas por el demandado, hace la declaración de pertenencia suplicada en el numeral primero, condena a aquél conforme a la petición segunda, y como consecuencia de ella, a las prestaciones del poseedor vencido, imponiendo a la parte actora la obligación de pagar a la demandada el valor de las mejoras útiles por ella plantadas en el inmueble, y absolviendo a ésta última de los demás cargos de la demanda.

Para decidir así el Juez tuvo en cuenta:

a) Los títulos presentados por la sociedad actora son ineficaces para demostrar que sea propietaria del inmueble materia de la acción de dominio por cuanto sólo merecen tenerse en cuenta las escrituras números 29 y 33 otorgadas el 9 y el 31 de marzo de 1874 ante el Secretario del Cabildo de María, y ellas se refieren a un bien diferente del que se trata de reivindicar; los demás títulos se rechazan por no contener alinderación alguna que permita la individualización del predio que en ellos se menciona;

b) El demandante no ha acreditado ser poseedor regular, pero sí que entró a poseer el 8 de octubre de 1895, fecha en que se le entregó judicialmente el fundo como consecuencia de una diligencia de deslinde, y que lo continuó poseyendo desde entónces hasta el año de 1934;

c) Estas circunstancias "le dan el derecho de pedir, no sólo la prescripción del mencionado lote, sino de demandar, con base en la misma, su restitución";

d) El ocupante demandado es poseedor de buena fe, y como demostró haber plantado mejoras tales como sementeras y pequeñas edificaciones, es el caso de condenarlo al pago de los frutos, percibidos con posterioridad a la contestación de la demanda, y de reconocerle el derecho al reembolso de las mejoras;

e) No puede prosperar la acción indemnizatoria pues su monto está comprendido dentro del valor de los frutos de la cosa.

La sentencia recurrida

Contra el fallo de primer grado interpusieron ambas partes recurso de apelación para ante el Tribunal Superior, el cual desató la segunda instancia en sentencia fechada el doce de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"En virtud de lo dicho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley: 1º CONFIRMA la sentencia recurrida proferida por el Juez Primero Civil de este Circuito el 21 de abril de 1941, en cuanto a sus ordinales A), B), C y D), REFORMANDOLA en éste, en cuanto que el demandado se deberá tener como poseedor de mala fe, para efecto de la restitución de frutos producidos a partir de la contestación de la demanda";

"2º REVOCASE en cuanto a las declaratorias E) y G) sobre pago de mejoras al demandado y absolución por perjuicios y en lugar de esta última declaratoria, se RESUELVE:

"Condénase al demandado al pago de perjuicios a la Sociedad demandante, los cuales se regularán de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial";

"3º En cuanto a la declaración de la letra F), quedará así: Para la regulación de los frutos que debe pagar al demandado, se hará por el procedimiento del artículo 553 citado, sin que el demandado tenga derecho a retención del predio que debe restituír, como se desprende de la revocatoria del aparte E) de la resolutiva de la sentencia de primera instancia;

"4º Se condena en costas al demandado".

Para proveer como se deja visto el Tribunal se mostró acorde con el inferior en la apreciación de los títulos aducidos por las partes, para concluír que ninguna de ellas aportó pruebas del dominio sobre el terreno objeto de la controversia; al respecto se expresa el Tribunal así:

"Sin necesidad de entrar al estudio de las pruebas sobre identificación de los terrenos de que tratan los anteriores títulos, con los determinados en los puntos 2º, 4º y 9º de la demanda, procede el estudio de los mismos para averiguar si por medio de ellos se transfirió el dominio de los terrenos allí especificados, a la sociedad demandante.

"Según la escritura número 156, Fermín Londoño, Gabriel Arango P., y Valentín Mejía entraron a formar parte de la Sociedad Minera de que allí se trata, en lo cual como ya se dijo, vincularon a su patrimonio los terrenos adquiridos por ellos. Las escrituras de adquisición de Fermín Londoño y Gabriel Arango Palacio, son anteriores a la 156; pero en ésta no se determinan específicamente, ni por los títulos de adquisición, ni por sus linderos, los terrenos que dichos señores cedieron a la Sociedad, por lo cual no se puede deducir de esta escritura si el lote de terreno que se reivindica y cuya declaración de dominio se pide, fue adquirido por la Sociedad por medio de la escritura número 156, pues el artículo 2594 del C. Civil consagra que los instrumentos que se otorgan ante Notario, cuando se trata de inmuebles, deben ser determinados de una manera inequívoca y expresarse el origen o procedencia de los títulos del enajenante".

Sobre la posibilidad de haber adquirido la Sociedad el inmueble de que se trata por el modo prescripción, el Tribunal estima:

"No se comprobó el justo título para acreditar la posesión regular por parte del demandante, del lote de terreno objeto de la reivindicación y como se invoca también la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, alegando la posesión pacífica ininterrumpida del mismo bien, por más de treinta años, se estudia a continuación si tal he-

cho está establecido según las pruebas del expediente".

Luego de examinar los elementos de la prescripción extraordinaria, la sentencia de segundo grado los halla probados por la entidad actora según un "cúmulo de hechos" que determinan el fallo.

El Tribunal estimó equivocada la aplicación que el Juez dio al artículo 964, inciso 3º, del Código Civil para considerar al demandado poseedor de buena fe, y por ello reforma a este respecto la sentencia de primer grado, y pronuncia condena acorde con ella para el efecto de restitución de frutos; lo propio ocurre con la acción indemnizatoria cuyo desenlace en el primer grado lo revoca para imponer a Benjamín Castaño el pago de perjuicios.

La parte demandada recurrió de este fallo en casación, a decidir la cual procede la Sala, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El recurso

Como lo expresa el opositor, demandante en el juicio, el libelo de acusación de la sentencia del Tribunal se resiente de falta de técnica, lo cual dificulta notablemente su examen. En él se clasifican los motivos del recurso en tres cargos, de los cuales cada uno implica otros más cuyo desarrollo general impide fijar con exactitud cuáles son los razonamientos que individualmente soportan las numerosas transgresiones legales que se imputan a la sentencia.

Con todo, una detenida lectura de la demanda de casación permite individualizar en ella los elementos de un cargo, cuyos dos aspectos se estudiarán a continuación por estimarse suficiente a la prosperidad de aquélla.

Primer aspecto.—El recurrente tacha de ilegal la sentencia por cuanto en ella se admite el ejercicio conjunto de dos acciones: la de declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva, y la de reivindicación; los argumentos tendientes a demostrar la incompatibilidad de estas acciones realmente no exhiben en quien las propone un tratamiento adecuado del instituto posesorio pero, con todo, señalan como quebrantados entre otros muchos, por consecuencia de esa acumulación jurídicamente imposible, los artículos 2518, 2522 y 2531 del Código Civil, cuya transgresión se propone como directa y como efecto de errada interpretación y de indebida aplicación.

Sobre este aspecto se considera:

Está fuera de toda duda que quien ejerce la acción destinada a que se le declare dueño de un bien por haberlo ganado por prescripción, debe estar poseyéndolo en el momento mismo en que hace valer ante la justicia los hechos en que se funda para suplicar la declaración de pertenencia; lo contrario implicaría desnaturalizar la institución posesoria porque resulta en principio absurdo que quien haya perdido la posesión pueda obtener un fallo cuyo cumplimiento ponga fin a la posterior de otro que esté ganando la propiedad acogiéndose al mismo medio. Por ello la ley exige posesión ininterrumpida, tanto para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular (artículo 2528 del C. C.), como para la extraordinaria (artículo 2531 ibídem, ordinal 2º del numeral 3º), a la cual no es menester título alguno, y por ello también el artículo 2523 del mismo estatuto en su numeral 2º dispone que cuando la interrupción de la posesión tiene lugar "por haber entrado en ella otra persona", salvo que se haya recobrado mediante el ejercicio de los interdictos.

Explican los expositores que uno de los fundamentos de la prescripción adquisitiva es que el orden social está interesado en mantener la estabilidad de las situaciones, circunstancia que se destaca más en presencia de la lenidad de un propietario en el ejercicio de sus derechos respecto de una cosa determinada. Pero es precisamente la permanencia de los que algunos llaman "relación de espacio" por el lapso que fije la ley lo que permite evidenciar la posesión como hecho para que el ordenamiento jurídico pueda hacerlo derivar en derecho de dominio. Este, cuando se adquiere por prescripción, no es sino el afianzamiento de un señorío de hecho ejercido ininterrumpidamente, y que por esta última característica se ha ido revistiendo con apariencias de verdadera propiedad ante la conciencia común.

Pero esta conciencia exige estabilidad en la relación de espacio por ser el medio material de darse a conocer el señorío, y lo que le permite a quien lo tiene real o presuntivamente ejercer los actos propios del dueño; sin ellos no puede probarse la posesión, como sin el contacto con la cosa no es posible aparecer como dueño ante el ambiente jurídico.

La discontinuidad en la posesión es un vicio absoluto, por cuanto si no es posible restablecerla mediante las acciones posesorias, se pierde "todo

el tiempo anterior", y quien la tenía no puede ya alegarla, en consecuencia, para los efectos de lograr una sentencia declarativa de apropiación por lapso adquisitivo.

"Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde", enseña el artículo 790 del Código Civil, precepto acorde con las normas sobre prescripción adquisitiva ya citadas, por medio de las cuales se manifiesta en nuestro derecho la protección posesoria en orden a consolidar el señorío de hecho con la propiedad misma.

Pero como la misma ley señala jerarquías entre los poseedores según tengan o no título, y según el lapso que hayan poseído, consecuente con el propósito de hacer dueño a quien ha poseído ininterrumpidamente instituye el interdicto "recuperandae possessionis" en el artículo 982 del Código Civil, acorde con el 793 ibídem, según el cual la acción correspondiente sólo podrá ejercerse respecto de las cosas cuyo dominio puede adquirirse por prescripción.

Es justamente esa vía que el mismo Código Civil señala al poseedor para que por su medio recupere la posesión, y, si tiene éxito, darla por mantenida continuamente no obstante la perturbación debelada por ese procedimiento especial. Así provee el legislador (artículo 2523 del C. C.) a quien pretenda la declaración de pertenencia pueda presentarse a pedirla ostentando, en primer lugar, la relación de espacio ininterrumpida que haya podido configurar, ante la conciencia pública, la manifestación de un verdadero dominio.

En el caso de autos la Sociedad Minera de Toldafría afirma en la demanda inicial del litigio que "a fines del año de mil novecientos treinta y seis Benjamín y Rafael Valencia por sí, oculta y clandestinamente, penetraron a los terrenos de la Sociedad", y con fundamento en ese hecho, y en los constitutivos de su posesión anterior pide, al propio tiempo que la declaración de pertenencia, la condena de Benjamín Castaño a restituír el fundo.

Es claramente contradictoria la posición de la entidad demandante por cuanto ella misma afirma no estar en relación de lugar con la cosa a cuya propiedad aspira mediante declaración jurisdiccional con base en la prescripción "ordinaria y extraordinaria"; y es fundado el cargo que parte de la imposibilidad de ejercer conjuntamente las dos acciones acumuladas por cuanto la reivindicatoria excluye la de pertenencia, por privarla de uno de sus presupuestos esenciales.

Cuando el Tribunal dio cabida a esta última confirmando la declaración de propiedad hecha por el Juez inferior, violó directamente los artículos 2518, 2523 y 2531 del Código Civil por cuanto, en contradicción con ellos, decidió que por posesión interrumpida, perdida ya y no recuperada, se gana el dominio de los bienes.

Segundo aspecto.—El recurrente estima infringido por los mismos conceptos de violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea el artículo 951 del Código Civil, por cuanto soluciona favorablemente al actor la acción reivindicatoria a pesar de que el Tribunal reconoce en aquél una posesión irregular.

Es fundado también este aspecto del cargo por que la sentencia acusada parte, como ya se vio, de dos bases: a) que el reivindicante no tiene título de propiedad sobre el inmueble materia de la acción petitoria; y b) que carece de posesión regular; sobre estas dos consideraciones emprende el examen necesario para concluír que la sociedad demandante ha ganado el dominio por prescripción extraordinaria, y como consecuencia de ella decreta la restitución de una parte de lo así adquirido.

El artículo 951 del Código Civil introduce una excepción a la norma general contenida en el artículo 2523 de la misma obra, según el cual sólo por medio de las acciones posesorias se puede recobrar la posesión perdida; al conferir al poseedor regular la acción reivindicatoria introduce también un estatuto excepcional en frente del principio que sólo otorga dicho poder jurídico al propietario.

Son, pues, dos las excepciones que nuestra acción publiciana presenta dentro del sistema general del dominio y de la posesión, en obsequio a la regular, las cuales indican la necesidad de establecer en la práctica, cuando quien la tiene puede servirse de ese tratamiento excepcional.

Para ser poseedor regular se necesitan justo título y buena fe, requisitos cuya concurrencia ha de ser simultánea con la aprehensión material de la cosa, de manera que no lo es quien no ha adquirido la posesión a virtud de un título que le permitió iniciarla con buena fe.

Los títulos llamados por el artículo 765 del Código Civil "constitutivos de dominio" no son por su naturaleza eficaces para configurar una pose-

sión que permita ejercer la acción reivindicatoria conforme al artículo 951 ibídem, comoquiera que ellos no presuponen causa jurídica del hecho material con que se principia a poseer, y sobre la cual pueda reflejar "la conciencia de haberse adquirido el dominio".

Quien comienza a ejecutar actos de dueño en orden a llegar a serlo realmente mediante la prescripción adquisitiva, sin tener a su favor título alguno, no puede abrigar certeza sobre la bondad o justicia de una causa de su posesión que no existe. De esta suerte es menester concluír que sólo posee regularmente un inmueble quien lo ha recibido en tradición, sirviéndose de este modo para principiar a poseer.

Si la posesión regular de bienes raíces exigiera un título tradicional previo, al vencimiento del lapso de diez años no se podría determinar si el poseedor es regular o no, pues el solo transcurso del tiempo y el hecho material de haber ocupado la cosa serían comunes para ambas categorías de poseedores; y esta confusión frustraría los fines del artículo 2523 del Código Civil, no sólo porque el poseedor despojado podría preferir la acción reivindicatoria a la posesoria para recuperar la posesión, sino porque podría ejercerla cuando ya hubiera perdido, para los efectos de la prescripción, el tiempo anterior.

El tratamiento excepcional que consagra el artículo 951 del Código Civil, exige una rigurosa hermenéutica en orden a que su cumplimiento no contribuya a desconcertar aún más nuestra híbrida e indisciplinada institución posesoria formada con fragmentos de principios romanos, canónicos y germanos que no han alcanzado a fundarse, y en relación con los cuales no ha logrado establecerse unidad conceptual.

La acción reivindicatoria ejercida por la sociedad demandante no podía prosperar, por carencia de títulos en cuya virtud haya comenzado a poseer el fundo materia de la litis que es el individualizado en el hecho cuarto de la demanda.

Se aplicó, pues, indebidamente el artículo 951 del Código Civil, pues se pretendió tutelar por esa norma una situación no regida por ella haciendo extensiva la acción que la ley reserva al poseedor regular, al caso de quien, en concepto del mismo Tribunal, no podía obtener la propiedad por prescripción ordinaria, sino por la extraordinaria.

El recurso, en consecuencia, debe prosperar.

La sentencia de instancia

Como ha de casarse el fallo materia de la acusación, procede la Corte a proferir el de instancia correspondiente:

La primera súplica sobre declaración de pertenencia está fundada en tres soportes: los títulos tradicionales, la prescripción ordinaria y la extraordinaria; sobre estos dos últimos nada debe agregarse a lo expuesto en el examen precedente, ya que en él se expresan las razones de orden legal con las cuales tropieza la Sociedad demandante para el éxito de su gestión, y las cuales se resumen en la pérdida, por su parte, de la posesión.

En cuanto a los títulos presentados se observa que, como lo advirtió el Tribunal, ellos son del todo ineficaces para demostrar el dominio; en efecto:

La escritura pública número 561 de 17 de noviembre de 1872 pasada ante la Notaría de Manizales apenas da fe de unas declaraciones consignadas por Eusebio María Gómez sobre un convenio privado relativo a distribución de acciones en las minas denunciadas por el otorgante en el Distrito de María, Estado Soberano del Cauca a la sazón; en el instrumento público número 156 de 27 de abril de 1874, pasado ante la misma Notaría, Manuel María Grisales, Fermín Londoño, Félix María Valencia y Román María Hoyos, cesionarios de Eusebio María Gómez según la escritura anterior, se distribuyen las acciones, y se adoptan normas sobre el funcionamiento de la Sociedad minera, a la cual se declara dueña "de todos los terrenos comprados anteriormente" por ella sin hacer determinación alguna que permita saber cuáles son; en la escritura número 29 otorgada el 9 de marzo de 1874 ante el Secretario del Cabildo de María en ejercicio de funciones notariales, se recogió el contrato en virtud del cual Valentín Mejía e Isabel Salazar vendieron a Fermín Londoño los derechos que corresponden a los vendedores en un globo de terreno ubicado en el paraje de Toldafría, y alinderado como en la misma escritura se relata; la escritura 33 pasada ante el mismo Secretario del Concejo el día 31 de mayo de 1874, da fe de que Pedro Aguilar y José María Mejía vendieron a Gabriel Arango Palacio cincuenta hectáreas de tierra deslindadas como en el mismo instrumento se describe, y adquiridas por los vendedores según adjudicación que consta en el acta cuya copia se trajo a los autos.

Estos títulos en forma alguna demuestran que la Sociedad demandante haya adquirido la propiedad sobre cosa determinada, y en tal virtud con apoyo en ellos no puede aspirar a que se le declare dueña del inmueble a que se refiere la petición de la demanda.

La súplica segunda, por medio de la cual se ejerce la acción reivindicatoria contra Benjamín Castaño respecto de una parte del bien a cuyo respecto se pretendió la declaración de pertenencia, no puede prosperar sobre la base de un dominio preexistente por cuanto no está demostrado por medio de la titulación presentada para comprobarlo, ni sobre la posesión regular porque tal deficiencia en los títulos basta para concluír que la Sociedad no lo tiene justo.

Tampoco es viable la tercera petición de la demanda por ser consecuencial del éxito de la segunda.

La sentencia proferida por el Juez debe ser revocada en cuanto despachó favorablemente las dos primeras súplicas, y en cuanto, al resolver la tercera, condenó al demandado como poseedor vencido y reconoció a su favor el crédito constituído por el valor de mejoras plantadas por él; el mismo fallo debe mantenerse en cuanto absuelve al demandado de los demás cargos de la demanda, o sea de la acción indemnizatoria, porque la Sociedad no ha demostrado que los actos de Castaño le hayan inferido agravio por quebranto de un derecho suyo.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha 12 de mayo de 1945;

REVOCA lo resuelto en el numeral A), de la dictada por el Juez Primero Civil del Circuito de Manizales el día 21 de abril de 1941, y en su lugar declara que no es el caso de resolver sobre las excepciones propuestas por el demandado;

REVOCA también lo decidido en los numerales B), C), D), E) y F) de la misma sentencia, y en su lugar absuelve al demandado de los cargos que se le formulan en las dos primeras súplicas de la demanda, y

CONFIRMA lo resuelto en los numerales G) y H), de la misma sentencia de primer grado.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — Hernán Salamanca — José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

rales y vagas para condensar en ella su examen de las pruebas, frustrando así el recurso de casación, ya que es indispensable para quien conoce de él la posibilidad de rectificar el proceso lógico jurídico que permitió al Tribunal apreciar en determinada forma cada probanza. Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—El recurrente se expresa así: "Y hubo asimismo error de hecho en la apreciación de las pruebas aportadas en la primera como en la segunda instancia, por cuanto el Tribunal al desestimar la copia del acuerdo número 29 de 16 de junio de 1922 sobre organización de la Lotería de Manizales, la partida de bautismo que se presentó; el certificado del Contralor General del Departamento referente al fenecimiento de las cuentas de la empresa en los meses de agosto, septiembre y octubre de 1929; el testimonio del señor Aníbal Nicholls y el dictamen pericial rendido por los doctores Hernán Jaramillo Ocampo y Gustavo Vélez Arango en relación con el valor de los perjuicios morales sufridos por la demandante dejó de tomar en cuenta pruebas que aparecen en los autos y cuyo valor no podía desconocerse sin menoscabo de la justicia"; en pasaje posterior se concluye: "Es pues manifiesta la violación del artículo 2341 del Código Civil".

Entiende la Sala que el cargo propuesto es, en consecuencia, la violación del artículo 2341 del Código Civil como efecto del error de hecho consistente en desestimar las pruebas a que el recurrente se refiere.

Nótase, en primer lugar, que no se indica si el quebranto del aludido precepto lo encuentra el demandante en la aplicación indebida o en la interpretación errónea, circunstancia que resta vigor al cargo.

Por otra parte, en la demanda de casación se olvida también la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre la necesidad de indicar, cuando de error de hecho se trata, el concepto en que las pruebas han sido mal estimadas, y precisar como han debido reconocerse y apreciarse. Nada dice el recurrente en el caso de autos sobre los hechos demostrados por cada una de las pruebas mencionadas por él, para permitir el examen de los diversos eslabones que llevan de la errada apreciación de hecho a la violación de la ley, y de allí a la casación del fallo acusado. De esta suerte se ignora cuáles son las situaciones jurídicas concretas respecto de las cuales se interpretó erradamente, o se aplicó indebidamente la ley.

En el recurso de casación no se ventila directamente la relación jurídica singular que ocasiona el litigio respecto de la cual obra sólo consecuencialmente una vez que, con el fin de uniformar la jurisprudencia, se hace necesario enmendar los errores **in iudicando** e **in procedendo** en que haya podido incurrir el Tribunal de segunda instancia. Por esto algunos dicen que la Corte de Casación no es una jerarquía jurisdiccional ya que no resuelve cuestiones entre partes: el radio normal de su actividad es procurar la uniformidad de la hermenéutica legal para evitar que la ley se aplique con criterio inestable y variado.

Dicen los procesalistas que el esquema de la sentencia de instancia es un silogismo en el cual la premisa mayor la forman los preceptos legales; la menor, llamada histórica, los hechos que constituyen la **causa petendi** de la acción, y el fallo que es la conclusión. La causal primera de casación se refiere especialmente a enmendar los yerros en que se haya podido incurrir al plantear la premisa mayor de la sentencia de segundo grado, es decir, respecto de los preceptos legales cuyo quebranto produce a ciencia cierta una conclusión falsa; por ello, respecto de la premisa menor, el recurso no opera sino en cuanto la apreciación de los hechos haya conducido a violar la ley, en otras palabras, en cuanto la mayor quede afectada por noción defectuosa de la segunda, llevando también a conclusión injurídica.

En el caso de autos el recurrente olvidó la índole extraordinaria del recurso; preocupado por hacer palpable ante la Corte la justicia de su causa desatendió bases inmodificables de técnica sobre las cuales en forma exclusiva puede edificarse con éxito la acusación de un fallo por este medio, y, en tales condiciones, su gestión no puede prosperar.

FALLO:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha 20 de agosto de 1945.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA.—RESGUARDO DE INDIGENAS

La ley 89 de 1890, de sentido y propósito, por decirlo así, patriarcal, se refiere a "los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada" y también a "las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil", y comienza por disponer que para los primeros no regirá la legislación general, sino que el gobierno determinará de acuerdo con la autoridad eclesiástica la manera como esas incipientes sociedades deberán ser gobernadas (artículo 1º), y que para los ya reducidos a la vida civil tampoco regirán las leyes generales de la República en asuntos de resguardos sino las disposiciones de esa misma ley (artículo 2º). Para los fines o casos de su artículo 4º da por asimilados a los indígenas "a la condición de los menores de edad". En el capítulo que llama "Protectores de Indígenas" reglamenta sus Cabildos; en la organización de éstos vela por la defensa e integridad de los resguardos, y el artículo 12 se refiere a la comprobación del derecho sobre el resguardo en el caso de pérdida de sus títulos por las causas indicadas en la citada disposición legal.

La interpretación que, en el caso del proceso, da el Tribunal al artículo 12 de esa ley no se compadece con el propósito qué guió al legislador al dictarla, el que es de protección, defensa y amparo de incapaces. Si no cupiera la mencionada prueba testimonial sino en los casos únicos de título perdido por las precisas causas expresadas en el encabezamiento del artículo 12, quedaría suprimido o al menos gravemente mermado el recurso creado allí. De ahí, sin duda, que si esa disposición comienza refiriéndose a título perdido por esas causales, adelante, expresándose genéricamente, diga "en caso de que no se cuente con esa solemnidad", de donde puede derivarse el concepto de que el temor literal viene a concordar con el espíritu e intención antedichos. No se comprendería que, empeñada la ley en proteger a los indígenas y asegurarles y conservarles sus resguardos, al concederles aquel medio probatorio de la posesión de largo tiempo, lo hiciera de modo tan limitado que cupiera exclusivamente sólo cuando hubiera pérdida de título por esas contadas causales y quedara cerrado ese camino cuandoquiera que, aun comprobada plenamente esa posesión, los testigos no mencionen un título original o no digan que lo vieron o que oyeron a sus antepasados hablar de él. Es claro que cuanto más remota haya sido la concesión de un título, tanto más difícil e improbable es que todavía haya personas que lo vieran o recuerden. Desde estos puntos de vista mucho es que a lo largo del litigio y para 1892 haya testigos presenciales de actos posesorios tan remotos como los afirmados así, no sólo al tenor de dicha escritura, sino en ambas instancias.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En libelo de 20 de noviembre de 1935, repartido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán, la Parcialidad de Indígenas de Puracé demandó a la señora Ernestina Escobar de Prado y a sus hijos Marco Fidel y Blanca Obdulia Prado Escobar, menores representados por su padre legítimo Angel María Prado, para que se declare que el terreno de Pisiyó es parte del Resguardo de Indígenas de Puracé y esa Parcialidad es su dueña, y se condene a los demandados a restituírselo y pagarle las prestaciones consecuenciales como poseedores de mala fe.

Estos se opusieron y contrademandaron para que en su favor se haga la declaración de pertenencia de Pisiyó, a lo que la parte demandante se opuso.

Diversas incidencias que no vienen al caso detallar estorbaron la tramitación y procastinaron el fallo. Pronunciado definitivamente el 2 de septiembre de 1944 en términos favorables al demandante, no sin reconocer buena fe en los poseedo-

res; por apelación de éstos subió el asunto al Tribunal donde, sustanciada la segunda instancia, se cerró el 27 de noviembre de 1945 revocando aquella sentencia en cuanto a declaración de dominio en favor de la Parcialidad y prestaciones consecuenciales y manteniendo la negativa de lo contrademandado.

Tramitado debidamente, hoy se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

El Tribunal estudia lo relativo a tierras de resguardos de indígenas, tanto durante la dominación española como ya en la República desde el decreto del Libertador de 20 de mayo de 1820 y la Ley 4ª de 1821, pasando por el decreto de 15 de octubre de 1828 y las Leyes 6ª de 1832, a la de 2 de junio de 1834 y la 11 de 1874, para llegar a la 60 de 1916, y de ahí deduce que en todas ellas se habla de título y que, precisamente debe haberlo, ya por Cédula Real en la Colonia, ya por acto de las autoridades de la Nación como vino a autorizarlo la Ley 60. Observa que, siendo anterior a ésta (1916) lo que como título aduce el demandante, lo de exigirse es un acto o cédula de la Corona Española.

En seguida observa que la Ley 89 de 1890 parte del supuesto de haberse expedido título para proveer, si se ha perdido, a suplirlo con las declaraciones de testigos sobre posesión de largo tiempo, tal como reza su artículo 12.

Viendo que lo presentado por la Parcialidad son sólo unos testimonios, sin que se hable de título conferido inicialmente ni, por tanto, de que se perdiera ni, como sobra decirlo, de cuál fuera la causa de su pérdida o extravío, esa prueba no es admisible.

De ahí su decisión negativa. Pero es de advertirse que no se limitó a negar la acción porque, entrando en su estudio, no hallara comprobado el dominio invocado por el demandante, sino que de sus reparos sobre el título aquí resumidos dedujo que la Parcialidad misma no existe; de manera que declaró probada, por esta inexistencia, la excepción perentoria de la personería sustantiva de la parte demandante y fue por esta razón por la que declaró no ser el caso de considerar la contrademanda. De ahí la absolución de ambas partes respecto de los cargos correspondientes.

Varias acusaciones se formulan por el abogado de la Parcialidad y por el señor Procurador Delegado en lo Civil. De conformidad con el artículo 538 del C. J., prosperando las que en seguida se estudian, se prescinde de las restantes.

Los cargos cuya acogida se anuncia, son los de quebranto del artículo 343 del C. J. al declarar el Tribunal, aplicándolo indebidamente, una excepción que no existe; el artículo 12 de la Ley 89 de 1890 por erróneamente interpretado, a más de violarlo junto con el 343 del C. J. por error en la apreciación del aludido título presentado con la demanda y de las diversas pruebas que demuestran la existencia de la Parcialidad demandante, y los artículos 946, 947 y 950 del C. C. por no haberlos aplicado dejando de decretar la reivindicación pedida.

Se considera:

La ley 89 de 1890, de sentido y propósito, por decirlo así, patriarcales, se refiere a "los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada" y también a "las comunidades de indígenas reducidas ya a la vida civil", y comienza por disponer que para los primeros no regirá la legislación general, sino que el gobierno determinará de acuerdo con la autoridad eclesiástica la manera como esas incipientes sociedades deberán ser gobernadas (artículo 1º), y que para los ya reducidos a la vida civil tampoco regirán las leyes generales de la República en asuntos de resguardos, sino las disposiciones de esa misma ley (artículo 2º). Para los fines o casos de su artículo 40, da por asimilados a los indígenas "a la condición de menores de edad". En el capítulo que llama "Protectores de Indígenas" reglamenta sus Cabildos; en la organización de éstos vela por la defensa e integridad de los resguardos; y en lo que mira singularmente al presente pleito, dice su artículo 12:

"En caso de haber perdido una Parcialidad sus títulos por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas, comprobará sus derechos sobre el resguardo por el hecho de la posesión judicial o no disputada por el término de treinta años, en caso de que no se cuente con esa solemnidad, y de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Este último requisito de la posesión pacífica se acredita por el testimonio jurado de cinco testigos de notorio abono, examinados con citación del Fiscal del Circuito, los que expresarán lo que les conste o hayan oído decir a sus predecesores, sobre la posesión y linderos del resguardo".

Aquí el gobernador de la Parcialidad obtuvo con citación del Fiscal las declaraciones ante juez

de que habla la disposición transcrita, en actuación que se protocolizó por escritura número 492 en la Notaría 2ª de Popayán el 16 de julio de 1892, registrada el 6 del siguiente agosto. Este instrumento es lo que como título presentó la Parcialidad acompañándolo en legal forma a su demanda.

Como ya se dijo, el Tribunal lo rechazó porque con esas declaraciones de testigos se pretende crear un título, siendo así que la ley lo que autoriza es suplir por medio de ellas un título preexistente que se haya perdido por caso fortuito o por las dichas maquinaciones, y ese título, que precisamente debía ser otorgado por la Corona Española, no aparece ni mencionado siquiera por los testigos.

Según se dijo también, el Tribunal, en vez de deducir de su concepto que el autor no había probado su dominio, llegó a deducir que la Parcialidad no existe. De ahí que la parte recurrente ataque en primer lugar por lo relativo a esta existencia y en segundo, por lo atañedero a las deficiencias del título presentado.

El señor Procurador anota la analogía entre la Parcialidad con su resguardo y la comunidad y respalda su opinión citando varios pasajes legales que, hablando de la Parcialidad, la califican de comunidad o al menos como tal la mencionan, y observa que, tratándose solamente de su existencia, para una y otra basta el hecho mismo, y añade que, además, la mera circunstancia de haber actuado el gobernador de la Parcialidad como lo hizo al solicitar, obtener y protocolizar las declaraciones de 1892, es prueba fehaciente de que la Parcialidad existía, a que se agrega el acta de posesión de los miembros de su Cabildo y el certificado sobre quiénes lo forman, expedido por el Alcalde del Distrito de Puracé y su Secretario, así como la certificación del Jefe de la Sección de Gobierno de la Gobernación del Cauca sobre que los indígenas de la Parcialidad de Puracé aparecen empadronados. Todos estos actos y documentos comprueban la existencia de la Parcialidad. Además, en ambas instancias se acreditaron, tanto por medio de inspección ocular en una y otra, cuanto con múltiples declaraciones de testigos, hechos y actos y gestiones de la Parcialidad que no habrían podido suceder o ejecutarse sin que ella existiera.

Rectamente se desprende de ahí el error del Tribunal al declarar la excepción que fue clave de su fallo, consistente en que la Parcialidad demandante no existe.

Cuanto al citado instrumento número 492 de 1892, se observa:

La interpretación que el Tribunal da al transcrito artículo 12 de la Ley 89 de 1890 no se compadece con el propósito que guió al legislador al dictarla, el que es de protección, defensa y amparo de incapaces. Si no cupiera la mencionada prueba testimonial sino en los casos únicos de título perdido por las precisas causas expresadas en el encabezamiento del artículo 12, quedaría suprimido o al menos gravemente mermado el recurso creado allí. De ahí, sin duda, que si esa disposición comience refiriéndose a título perdido por esas causales, adelante, expresándose genéricamente, diga "en caso que no se cuente con esa solemnidad", de donde puede derivarse el concepto de que el tenor literal viene a concordar con el espíritu e intención antedichos. No se comprendería que, empeñada la ley en proteger a los indígenas, y asegurarles y conservarles sus resguardos, al concederles aquel medio probatorio de la posesión de largo tiempo, lo hiciera de modo tan limitado que cupiera exclusivamente sólo cuando hubiera pérdida de título por esas contadas causales y quedara cerrado ese camino cuando quiera que, aun comprobada plenamente esa posesión, los testigos no mencionen un título original o no digan que lo vieron o que oyeron a sus antepasados hablar de él. Es claro que, cuanto más remota haya sido la concesión de un título, tanto más difícil e improbable es que todavía haya personas que lo vieran o recuerden. Desde estos puntos de vista mucho es que a lo largo del litigio y para 1892 haya testigos presenciales de actos posesorios tan remotos como los afirmados así, no sólo al tenor de dicha escritura, sino en ambas instancias.

Nótese que se ha razonado dentro de la exigencia de título expedido por la Corona Española de que habla el Tribunal, sin aludirse siquiera a la posibilidad de que, en general, un grupo dado de aborígenes tuviera y conservara tierras que quedaran indemnes ante la codicia e invasión del conquistador; de suerte que ostentaran un título verdadero y recto, en vez del que enrevesadamente se ha tenido que calificar de legítimo porque lo expidiera con tales o cual formalidades el usurpador.

Como se verá adelante, al estudiar las pretensiones de los demandados, ellos invocan un derecho que arranca de actos y concesiones de la misma Parcialidad. En el conflicto entre las dos

partes litigantes, la Sala encuentra que jurídicamente se configura en forma más sólida y respetable la pretensión de la Parcialidad.

La señora Escobar y sus hijos invocan la compra que hicieron a Rosendo Escobar en escritura número 413, otorgada el 10 de junio de 1935 en dicha Notaría, así como la posesión del vendedor que agrega a la suya y que dicen que para entonces llevaba más de treinta años. Así se resumen las razones de su oposición a la demanda y los fundamentos de su contrademanda, en la que piden declaración de pertenencia de la misma finca que la parte demandante les reclama.

Como atrás se vio, es del mismo año de 1935 la demanda inicial de este pleito. Cuanto a la posesión de Rosendo Escobar, se tiene que él y sus compradores aluden a una escritura otorgada en 1896, instrumento que no trajeron al expediente. Por el contrario, en éste obran pruebas suficientes de que los actos de Escobar de donde pretende derivar posesión, son de mera tenencia, pues en el tiempo que él ocupó el terreno hoy discutido reconoció a la Parcialidad como dueño y fue de ella de quien lo recibió.

El señor Procurador dice que fue doloso el proceder de Escobar al vender o decir que vendía a su hija lo que él bien sabía que pertenecía a la Parcialidad, y formula este sucinto relato de las pruebas a que acaba de aludirse: "Jesús Escobar U. dice que Rosendo Escobar no tuvo otro título para poseer y usufructuar por largos años el terreno de Pisiyó, que el que le otorgó el Cabildo de la Parcialidad de Puracé como indígena y por sus largos servicios prestados a la misma Parcialidad (folio 5, cuaderno 8º); Jesús Fernández declara que Rosendo poseía ese lote como usufructuario y por lo tanto como indígena tenedor de ese lote destinado para sus hijos naturales habidos en la indígena Tomasa Calón (folio 20, cuaderno 5); Asisclo Concha dice que el terreno de Pisiyó ha sido ocupado por indígenas de la Parcialidad, entre ellos Manuel Pizo y Rosendo Escobar como miembros de la misma y a nombre de ella (folio 21, cuaderno 5; Roberto Rojas (folio 13 ib.), Demetrio Certuce, Víctor Guauña (folio 24 ib.), Antonio Mazamuel (folio 24 ib.); Manuel Cerón (folio 25 ib.) y muchos otros testigos que han rendido declaración jurada en este litigio. Es especialmente importante la de Teófilo Castillo, quien dice constarle que Hermenegildo Manquillo como Gobernador del Resguardo le dio posesión de dicho lote a Rosendo Escobar, y es claro que Escobar se tenía únicamente como indígena y como usufructuario (folio 14 v., cuaderno 3º)".

Esto concurre al concepto ya expresado de que es más sólida y respetable jurídicamente la pretensión de la Parcialidad. A que se agrega que, según lo establecido por el citado artículo 2º de la ley 89 de 1890, estos casos no se rigen por las leyes generales de la República sino por las disposiciones de esa ley. Así se comprende que, estando los demandantes en posesión y aduciendo escritura pública inscrita en el competente libro de registro, prevalezca la causa de la Parcialidad, sin aducir instrumento de transferencia de esta clase.

Y se dice que prevalece la causa de la Parcialidad, porque, por lo demás, concurren los restantes elementos que configuran la acción reivindicatoria, como son la singularidad e identidad de la cosa reivindicada.

En efecto: es una verdad procesal que la Parcialidad tiene resguardo, delimitado como desde el libelo de demanda lo indica; lo es también que dentro de esa alindación se encuentra el terreno materia del pleito, cuya alindación consigna debidamente la demanda y quedó reafirmada en el término probatorio de ambas instancias; y lo es también el completo acuerdo de las partes sobre esos linderos, así como sobre que los demandados son poseedores de eso mismo que el demandante les pide.

En las inspecciones oculares de Juzgado y Tribunal, practicadas respectivamente el 31 de enero de 1941 y el 12 de agosto de 1942, se anotó que en uno de los costados de Pisiyó hay parcelas ocupadas por personas distintas de los demandados, lo que, si aquéllas se descuentan, determinarían discrepancia de linderos con los que reza la citada escritura de 1935 a que dicen ceñirse los demandados, linderos que son los mismos de la demanda y de la contrademanda. Pero la presencia allí de esas personas distintas no puede alterar la alindación e identidad de Pisiyó. De ahí que se haya afirmado que esa identidad es una verdad procesal.

Otro tanto respecto de la posesión de Pisiyó por los demandados, puesto que la presencia de esotras personas, las que no son parte en este juicio, y la sentencia no ha de alcanzarlas, no pueden por el solo hecho de estar ahí, que es lo único que consta, reputarse poseedores al punto de no serlo de esas parcelas los demandados. Y esto,

aun sin hablar del alcance que para un demandado tiene el afrontar como poseedor, sin serlo, un juicio reivindicatorio. Repítese, por otra parte, que los demandados, a más de no discutir esa calidad suya como tales demandados, la afirman y reiteran al extremo de suplicar lo que demandan en su reconvención o con este nombre.

Se habla de la contrademanda en singular, por la identidad de súplica, fundamentos y aun redacción entre las dos demandas de reconvención que se formularon, una por la señora Escobar relativa a su tercera parte, y otra por el representante de sus dos hijos, por una tercera parte cada uno. En la escritura en que Rosendo Escobar dice vender (1935) la señora comparece a aceptar para ella y sus dos prenombrados hijos.

Como el Tribunal respalda su declaración de inexistencia de la Parcialidad en la Resolución número 2 del 31 de enero de 1944, del Ministerio de la Economía Nacional que niega el pedimento de la partición material del Resguardo de la Parcialidad de Indígenas de Turminá por no estar demostrada su existencia, Resolución que cita y parcialmente transcribe como precedente, la Sala debe referirse a ello y observar que la diferencia de casos impide dar a cada pieza el carácter de precedente que justifique la decisión pronunciada por el Tribunal en este pleito.

En primer lugar, aquí no se ha contendido sobre la existencia de ninguna de las partes litigantes, y la de la Parcialidad está acreditada, además, como ya se vio, plenamente. En segundo lugar, el presente es un juicio ordinario de reivindicación en que la Parcialidad pide se le restituya una porción de terreno de la cual demuestra que es parte integrante de su resguardo; y en el Ministerio de lo que se trataba era de la división material de Turminá, como resguardo, y es obvio que para decretarse una división hay que comenzar por indagar cuál es la cosa por partir, si efectivamente existe comunidad y entre quiénes. El Ministerio ejercitó la facultad que al respecto le otorgó el Decreto-ley número 1421 de 1940 en su artículo 14. Las leyes 104 de 1919 y 32 de 1920 proveen a la división del resguardo de indígenas, la 111 de 1931 dice aclarar ésta última, y el Decreto 1421 dicta disposiciones encaminadas, según su propio epígrafe, a facilitar la división.

Así las cosas, no se ve procedente aquella cita y transcripción del Tribunal.

Volviendo a la decisión de este pleito, se ve que lo antedicho, no sólo indica que la sentencia recurrida debe invalidarse, sino cómo ha de pronunciarse la que en su reemplazo corresponde. Esta ha de ser la misma solución a que llegó la de primera instancia que, acogiendo las súplicas del libelo inicial, declaró que el terreno de Pisiyó, cuyos linderos indica, hace parte del Resguardo de Indígenas de Puracé y que consecuencialmente la Parcialidad demandante es su dueño, y que condena a los demandados a restituírselo con sus frutos desde la contestación de la demanda. Ese fallo negó lo solicitado respecto de mala fe de los demandados y les negó lo pedido en la contrademanda.

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 Popayán el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juzgado 2º Civil de ese Circuito con fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — APRECIACION DE PRUEBAS

Ya dijo la Corte que "la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino y es inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error en derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar como disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio, VIOLACION MEDIO, por que ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de las que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (G. J. Tomo LIII, página 640).

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Para decidir acerca del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que la condenó a pagar una suma de dinero, la Corte, agotados como se hallan los trámites del recurso, procede a decidir, previo el recuento de los antecedentes que originaron el litigio, las razones en que el Tribunal fundó su sentencia, y los argumentos que ante esta Sala se han propuesto en la demanda de casación.

Antecedentes

Carlos Arturo Jaramillo y Miguel Isaza se declararon, por documento firmado en Manizales con fecha 23 de octubre de 1927, deudores solidarios de Alberto Hoyos A. por la cantidad de un mil novecientos noventa y nueve pesos con noventa y dos centavos ($ 1.999.92) procedente de la compra que por mayor suma hicieron de un autobús marca **Studebaker**, cantidad que se obligaron a pagar al vendedor en doce contados mensuales de ciento sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 166.66).

El mismo Carlos Arturo Jaramillo y Abel Isaza, por documento también firmado en Manizales cuatro días después, el 27 de octubre de 1927, se constituyeron deudores solidarios de Alberto Hoyos A. por la cantidad de tres mil ciento noventa y cinco pesos ($ 3.195.00), proveniente de la compra que le hicieron de un camión marca G. M. C. modelo T-40, y se comprometieron a pagar esta cantidad en un contado de ciento noventa

y cinco pesos ($ 195.00) y doce contados mensuales de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) cada uno.

Se estipuló en dichos pagarés que las obligaciones causarían intereses al uno por ciento (1%) mensual sobre los saldos pendientes; que en caso de mora en el pago de una o varias cuotas se consideraría vencido el plazo de las restantes del respectivo documento; y en cuanto al segundo, la mora de los deudores autorizaría además al acreedor para cobrar trescientos pesos ($ 300.00) "valor fijado para los costos y costas de la cobranza".

Los saldos pendientes en 17 de diciembre de 1928, de dichos pagarés, fueron cedidos por el acreedor Alberto Hoyos A. a The Royal Bank of Canada, "por cuenta de los señores Arboleda & Cía., S. A., de Cali"; y éste, a su vez, los cedió a Néstor Echeverri, con fecha 31 de mayo de 1939.

Con fecha 10 de junio de 1939 Néstor Echeverri, cesionario de los créditos (saldos) que constan en estos documentos, solicitó embargo preventivo del establecimiento de Rayos X del deudor Carlos Arturo Jaramillo. El Juez lo decretó ese mismo día; pero al intentar la diligencia de secuestro el 28 del mismo mes, resultó que Jaramillo había enajenado la instalación o aparatos, por dación en pago a Guillermo Arango Palacio, según documento que figura en autos, que lleva fecha diecinueve de octubre de mil novecientos treinta y dos, pero que no aparece estampillado sino el 19 de junio de 1939, es decir, después del auto que decretó el embargo preventivo y antes del día en que debía llevarse a cabo el depósito de los bienes.

Por esos mismos días, Néstor Echeverri, cesionario de los créditos, demandó en juicio ordinario al deudor Carlos Arturo Jaramillo, para que se le condene a pagar los saldos pendientes de aquellas obligaciones, saldos cuya cuantía señala el libelo en un mil doscientos sesenta y nueve pesos con quince centavos (1.269.15) respecto del documento de un mil novecientos noventa y nueve pesos con noventa y dos centavos ($ 1.999.92), y en dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) por lo que hace al pagaré por tres mil ciento noventa y cinco pesos ($ 3.195.00). Al enunciar los hechos de la demanda reconoce expresamente el actor que las sumas por las cuales aparecen otorgados los documentos habían quedado reducidas a las cantidades demandadas, en virtud de abonos hechos por el deudor.

No contestó Carlos Arturo Jaramillo la demanda y se limitó a proponer excepciones dilatorias que no prosperaron. Surtidos los trámites de la primera instancia el Juez del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Manizales, condenó al demandado tal como pedía el actor, o sea, al pago de los saldos de capital correspondientes a cada una de las obligaciones, los intereses pactados, y la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00) por gastos de cobranza de la segunda de ellas.

La sentencia recurrida

Por apelación que interpuso el demandado contra la sentencia del Juez hubo de conocer del negocio el Tribunal Superior de Manizales, quien reformó el fallo de primera instancia en el sentido de que "a la suma total de la demanda se abonará la cantidad de mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos con noventa y siete centavos ($ 1.444.97); y absolvió al demandado respecto del pago de trescientos pesos ($ 300.00), valor estipulado como "costos y costas de la cobranza" de la segunda obligación, por cuanto el presente juicio no tiene todavía por objeto hacer efectiva la obligación: "apenas sí, dice la sentencia recurrida, se trata de deducir la condenación" y "no es, por lo tanto, procedente por ahora, hacer la declaratoria sobre el particular".

Emprende el Tribunal un minucioso análisis de las pruebas y un estudio detallado de los abonos efectuados por el deudor, que lo llevan a rectificar los saldos reclamados por el actor y reconocidos por el Juez de primera instancia; advierte que en la primera instancia sólo presentó pruebas el demandante; que en la segunda las adujo también el demandado para demostrar que ha hecho varios abonos a las obligaciones contraídas por él; que el demandante ha aceptado, a su vez, la existencia de abonos a las deudas, "agregando que la realidad de tales abonos viene reconocida desde la demanda"; que dichos abonos se hicieron pagando el deudor unas letras de cambio que el primitivo acreedor había girado contra aquél, de manera que "la existencia del documento contentivo de la obligación, y la de las letras a la vez, dice el Tribunal, no implican dos acreencias, ya que está comprobado cómo el objeto de las últimas únicamente tiende a facilitar la cancelación documentada, en forma sucesiva y parcial del primero".

Observa la sentencia recurrida que la demanda no se intentó por el valor nominal de las obliga-

ciones tal como aparece en los pagarés, "sino por los saldos que constan en las notas de cesión que aparecen en cada uno de ellos"; pero que habiendo hecho abonos el demandado con posterioridad a dicha cesión, el propio demandante, en su alegato de segunda instancia, ha solicitado subsidiariamente a la confirmación del fallo del Juez, "que se declare probada la excepción de **pago parcial** hasta la suma de mil trescientos cinco pesos ($ 1.305.00), pago verificado con fechas posteriores al 17 de diciembre de 1928, cuando Hoyos cedió a The Royal Bank of Canada los créditos que constan en los documentos de 23 y 27 de octubre de 1927".

Partiendo el Tribunal del hecho de aceptar el demandante el pago parcial de las obligaciones hasta la suma de un mil trescientos cinco pesos ($ 1.305.00), hace presente que deben estimarse probados también otros dos pagos parciales que suman ciento treinta y nueve pesos con noventa y cuatro centavos ($ 139.94), valor éste que agregado a los demás abonos reconocidos por la parte actora, da un total que asciende a un mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos con noventa y siete centavos ($ 1.444.97).

Por último: dice el Tribunal que no acepta como pruebas otros recibos que presenta la parte demandada, porque se refieren a pagos hechos con anterioridad a la cesión de los documentos, y éstos no fueron cedidos por su valor nominal sino por los saldos pendientes, de manera que el acreedor hizo al tiempo de la cesión los abonos correspondientes a aquellos pagos parciales. Y tampoco aceptó como prueba de pago otros recibos de fechas posteriores a la cesión de los documentos, porque no se comprobó la posible relación entre aquellos recibos y los créditos a que se refieren estos documentos.

El recurso

Solamente el demandado acude en casación contra la sentencia del Tribunal. Invoca la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial, y la funda en que el sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciar las pruebas, con lo cual quebrantó directamente varias disposiciones legales del Código Judicial y del Código Civil sobre apreciación de la prueba pericial y sobre valor probatorio de los documentos privados.

También señala como disposición violada, por indebida aplicación al caso del pleito, el artículo 53 de la Ley 57 de 1931. Pide que se invalide el fallo recurrido y, subsidiariamente, que "se reforme en el sentido de abonar las cantidades correspondientes a las letras de cambio número 552 y número 553 "giradas por el antiguo acreedor Hoyos a su favor y canceladas por el mismo el 30 de noviembre de 1927 y el 12 de marzo de 1928, es decir, con anterioridad a las fechas de las cesiones de los créditos, o sea, el 17 de diciembre de 1928".

Examen de los cargos

Como fundamentos de la causal invocada, el recurrente formula y desarrolla tres acusaciones o cargos que la Corte procede a examinar en el mismo orden en que han sido propuestos.

a) El primer cargo puede concretarse así: habiendo girado el primitivo acreedor unas letras de cambio contra el deudor, que éste aceptó, "la existencia de la obligación demandada está sujeta a la presentación no sólo de los documentos presentados con la demanda, sino también a la presentación de las letras que a dicha obligación se refieren". Y "como el actor no ha presentado sino una parte del título, hay que concluír que no ha probado la existencia de la obligación, y, por tanto, el demandado debe ser absuelto". Señala como disposiciones legales violadas por este aspecto de la sentencia, los artículos 1757, 1761 y 1765 del Código Civil, y los artículos 637, 645 y 722 del Código Judicial.

Se contesta:

La sentencia recurrida dice enfáticamente:

"..... la existencia del documento contentivo de la obligación y de las letras a la vez, no implica dos acreencias, ya que está comprobado cómo el objeto de las últimas únicamente tiende a facilitar la cancelación documentada (sic), en forma sucesiva y parcial del primero".

Los documentos o pagarés acompañados a la demanda, son, en su fondo y en su forma, prueba o título suficiente de las obligaciones a cargo del demandado. No se ve la razón del empeño puesto por éste en que aquella prueba sea reforzada. El único motivo plausible de tal exigencia sería el de evitar que los créditos pudiesen hacerse efectivos dos veces: por medio de los pagarés y cobrando, además, las letras de cambio giradas para pagar por cuotas los créditos que constan en los documentos, "tal como parece ha acontecido", según sugiere dubitativamente la demanda de ca-

sación. Pero ese "peligro", palabra que emplea para el caso el recurrente, no es real, tanto porque la enfática aclaración que al respecto hace la sentencia elimina tal peligro, como porque el mismo recurrente propone acerca de aquellas letras de cambio un dilema: o las letras estaban canceladas, o "existiendo en poder del acreedor no las quiso presentar porque estaban prescritas, y en estas circunstancias su acción era imposible que prosperara". Este dilema hace ver que si las letras han sido canceladas es obvio que deben estar en poder del deudor que las pagó y a él correspondía presentarlas, no sólo por ser quien las tiene, sino porque constituyendo ellas la prueba de la excepción de pago, incumbía al excepcionante aducirla; y si ya ha prescrito la acción judicial para el cobro de las letras, está eliminado el riesgo de que el deudor pueda ser compelido a pagarlas después de haber pagado los documentos.

Es posible que al deudor le hubiese convenido más que su acreedor presentara las letras como fundamento de la acción en vez de los pagarés; pero si el actor tiene perfecto derecho de hacer efectivos estos documentos y ellos son título suficiente para su acción, no es óbice para la prosperidad de ésta el que no se haya traído también al proceso lo que pudiera llamarse un duplicado del título de las obligaciones.

Ahora: si el cargo pudiera interpretarse más bien como un reclamo en el sentido de que las obligaciones constantes en los pagarés están canceladas en todo o en parte por medio de las precitadas letras de cambio, debería haberse formulado francamente. Y no parece que el recurrente haya querido plantear esta cuestión, pues en el segundo cargo contra el fallo recurrido limita su exigencia de que se estimen como pruebas de pago, a sólo dos letras de cambio entre las doce que han figurado en autos, punto éste que la Corte pasa a examinar.

Se rechaza, pues, el primer cargo.

b) El segundo cargo contra la sentencia se hace consistir en que el Tribunal no consideró probado el abono de "las cantidades a que se refieren las letras número 552 y número 553 giradas por el antiguo acreedor Hoyos a su favor y canceladas por el mismo el 30 de noviembre de 1927 y el 12 de mayo de 1928, es decir, con anterioridad a las fechas de las cesiones de los créditos, o sea, el 17 de diciembre de 1928", "error de hecho, dice el recurrente, que trajo como consecuencia violación de las disposiciones de los artículos 1761 y 1765 del C. C. y 637 y 645 del C. J.".

Sobre este punto dijo el Tribunal:

".....como se demandó por saldos, o sea, por lo no pagado en las fechas antes dichas, es claro que él valor de las dos últimas letras no puede imputarse a los abonos verificados con posterioridad a las cesiones, porque los valores de tales instrumentos corresponden a sumas pagadas por las cuales no se demanda".

Contra esta apreciación del sentenciador de segunda instancia se pronuncia el recurrente diciendo que el Tribunal erró al estimar que el actor demandó por saldos, pues reclama cantidades fijas y los intereses de ellas y "en estas peticiones no se habla de saldos".

La Corte encuentra infundado el reparo, pues si en la parte petitoria de su libelo no empleó el actor la palabra **saldos,** es evidente que no demandó por el valor nominal de los pagarés sino por otro menor. Así: del documento de un mil novecientos noventa y nueve pesos con noventa y dos centavos ($ 1.999.92) no cobra esta cantidad sino la de un mil doscientos sesenta y nueve pesos con quince centavos ($ 1.269.15); y del pagaré por tres mil ciento noventa y cinco pesos tampoco pretende hacer efectiva esta cantidad sino la de dos mil doscientos pesos con setenta y nueve centavos ($ 2.200.79); y en el hecho 7º de la demanda advierte expresamente que a los primitivos créditos había hecho abonos el vendedor, quedando cada uno de ellos "reducido a un saldo".

La sentencia del Tribunal es minuciosa hasta el extremo en los cómputos de las cantidades que el deudor fue abonando a los créditos que contra él pesaban; y no se le pasó inadvertido lo referente a las dos letras de cambio número 552 y 553. Es infundada la inculpación de error acerca de la apreciación de la prueba constituída por estos dos giros, ya que el propio recurrente admite que fueron pagados con anterioridad a la cesión que el primitivo acreedor hizo en favor del demandante, de los saldos pendientes a cargo del deudor hoy demandado.

Para ver que ello es así bastaría considerar que si los abonos hechos a tales cesiones pudieran afectar los saldos cedidos, ello equivaldría a computar dos veces una misma cantidad o, lo que es

igual, a tener en cuenta dos veces un mismo abono o instrumento de pago.

Y por último: si hubiere error en la apreciación de las dos prenombradas letras como pruebas, no sería un error **evidente**, condición indispensable para la casación de la sentencia acusada. Las razones que acaban de darse, y la porfiada discusión de las partes sobre ese punto llevan lógicamente a concluír que el error, de haberlo, no sería evidente.

Se rechaza, por consiguiente, el segundo cargo.

El tercero y último cargo contra la sentencia aparece formulado en la demanda de casación así:

"c) En los autos figuran como pruebas mandadas tener como tales, cuatro recibos por valor de cuarenta y cinco pesos ($ 45.00) expedidos por la Sociedad Importadora de Automóviles de Cali al demandado doctor Jaramillo; siete (7) recibos provenientes de Gerhard Sager & Cía., de Manizales, por un valor de $ 90.00, recibidos también de Jaramillo por cuenta de Arboleda y Cía., de Cali; quince recibos expedidos en el talonario de Alberto Hoyos A., con el sello de éste, por valor de setecientos cincuenta y dos pesos, con noventa y un centavos ($ 752.91), y un recibo suscrito por Manuel Valencia Arias, por la cantidad de cien pesos ($ 100.00).

"El Tribunal para desconocer la eficacia de estos recibos se apoyó en el artículo 53 de la ley 57 de 1931, alegando que los antedichos recibos "ni aparecen reconocidos por quienes los firmaron, ni hay constancia alguna de que hagan relación a las obligaciones contenidas en los documentos materia de la litis, de donde se concluye que ellos carecen de toda eficacia probatoria en autos".

"El Tribunal erró de hecho al omitir el valor probatorio de estos recibos, error que trajo como consecuencia el de derecho, al abstenerse de aplicar la disposición del artículo 645 del C. J., que empezó a regir el 1º de enero de 1933 y que como posterior que es a la ley de 1931 es de preferente aplicación; disposición que a la letra dice: "Un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado, o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad". Y como en el presente caso los recibos de que ha hecho mención han obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada sin que hayan sido objetados o redargüídos de falsos, deben tenerse como pruebas y, por consiguiente, las cantidades a que dichos recibos se refieren deben abonarse a la deuda que se cobra; y en ese sentido, de modo subsidiario, pido se reforme la sentencia para el caso que no sea aceptado el primer motivo de casación alegado; evitándose así la violación de los artículos 2º y 3º de la ley 153 de 1887, en que el Tribunal incurrió al dar aplicación a una ley reformada por una disposición posterior".

Este argumento del recurrente envuelve una confusión de dos aspectos que es preciso distinguir o separar: primero si hubo error del Tribunal por no haber tenido como probados los abonos a que podrían corresponder los recibos de que habla el recurrente; y segundo, si el error consiste en haber aplicado, para no apreciar aquellos papeles como pruebas, el artículo 53 de la ley 57 de 1931 en vez del artículo 645 del Código Judicial.

Se alega, pues, un doble error en el menosprecio de las pruebas: error de derecho por haber expresado juicio acerca de ellas no a la luz del artículo 645 del Código Judicial sino al tenor del artículo 53, Ley 57 de 1931; y error de hecho, por haber estimado que no hacen "relación a las obligaciones contenidas en los documentos materia de la litis".

Se considera:

No hay error **evidente** de hecho en la desestimación de estas pruebas, porque los recibos expedidos en favor del deudor Jaramillo por personas diferentes del acreedor, sin que en forma alguna se demostrara en el proceso que dichas personas recibían por cuenta de éste, son recibos que no hacen fe contra él.

Ahora: los recibos suscritos por el primitivo acreedor Alberto Hoyos A. o por poder de éste, aparecen expedidos en el transcurso del año de 1928, hasta el mes de octubre; y como los saldos de los créditos fueron cedidos el 17 de diciembre de ese mismo año, resulta que las cantidades a que se refieren dichos recibos habían sido oportunamente abonadas por el acreedor y no prueban nuevos pagos, como se vio a propósito del segundo cargo, formulado en el aparte b) de la demanda de casación.

De todas maneras, en caso de haber errado el sentenciador de instancia al no aceptar que los recibos mencionados prueben pagos parciales de las deudas, no sería un error **evidente**, calidad ésta que es indispensable para que el cargo de casación prospere.

Y si el Tribunal estimó que los recibos carecen de valor demostrativo a la luz de la lógica probatoria, apreciación que no es errónea o no es, al menos, evidentemente errónea, resulta inoficioso examinar si los recibos han de considerarse como reconocidos o no por la parte demandante, pues si carecen de fuerza intrínseca, ésta no podría suplirse por la circunstancia de que puedan tener las condiciones de forma requeridas para obrar válidamente en el juicio.

Desechado también este último cargo, el recurso no prospera.

Conviene advertir que el recurrente sólo cita como violadas algunas disposiciones del Código Judicial y del Código Civil relativas al valor de ciertas pruebas; de manera que aun aceptando que el Tribunal hubiere quebrantado aquellas disposiciones legales sobre apreciación del mérito de las pruebas, no podría la Corte, como Tribunal de casación, invalidar la sentencia recurrida, por no serle dable señalar oficiosamente el precepto o los preceptos de la ley sustantiva relativos al derecho mismo cuya existencia se ha controvertido en este proceso, preceptos que el recurrente no enuncia o señala en su demanda de casación.

En sentencia fechada el 16 de junio de 1942 dijo esta Sala de Casación:

"Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, no basta para tener por satisfecha la existencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio, **violación medio**, porque ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de las que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (GACETA JUDICIAL, Tomo LIII, página 640).

En mérito de las razones que se han 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 INVALIDA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el día tres de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco y que fue motivo del recurso de casación hoy resuelto.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PRINCIPAL DE REIVINDICACION—CONTRADEMANDA PETITORIA DE DECLARACION DE OTORGAR UNA ESCRITURA.—VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS

Acerca de la naturaleza y efectos de la venta de derechos hereditarios ha dicho la Sala, con cita de Baudry Lacantinerie, que la venta de herencia "es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan para él de la apertura de la sucesión. No es la calidad de heredero la que el vendedor transmite por este contrato; esta calidad es personal e intransmisible porque no puede depender del que es heredero dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. Lo que constituye el objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, UNIVERSUM JUS DEFUNCTI. El heredero que ha vendido la herencia, sigue, pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza; pero el emolumento que de este título dependía, pasa al comprador....

La definición que hemos dado antes de la herencia, indica su naturaleza. El heredero cede todo el emolumento anexo a su calidad de heredero, es decir, todos los bienes que corresponden a la sucesión, con cargo para el cesionario de tomar para sí todo el pasivo del difunto. Esta transmisión hecha en bloque imprime al contrato un carácter aleatorio. El cesionario debe, por lo demás, pagar todas las deudas de la sucesión, cumplir todas las obligaciones contraídas por el difunto con cargo a su patrimonio. Debe tomar el lugar pecuniario del cedente, y soportar, como éste lo hubiera hecho, si no hubiera cedido sus derechos, todas las cargas que pesan sobre la herencia. Por consiguiente, no puede alegar el cesionario de una herencia que él sólo compró los derechos y que no es responsable del pasivo, ya que la herencia es el conjunto de todos los derechos y obligaciones que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento...".

La cesión del derecho de herencia a que se refiere el capítulo 2º del libro 4º del C. C., lo mismo que la de los derechos personales o créditos, no es propiamente un contrato sino la transferencia o tradición de esa especie de derecho que le sirve de título oneroso. Siempre la transferencia se hace por efecto de un título de los que por su naturaleza sirven para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, con resultados diferentes según sea gratuito u oneroso el título a que se ceda la herencia. El caso de cesión que se trata es el especialmente reglamentado en el código civil como hecha a título oneroso, por efecto de la compraventa solemne de una sucesión hereditaria. (Artículos 1857, 1866, 1967 C. C.). Esta venta no tiene por objeto el cambio de la persona del heredero; la calidad jurídica de asignatario la conserva el cedente; sólo los derechos y obligaciones transmisibles, correspondientes a esa calidad, pasan al cesionario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

En la escritura pública número 1138, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Cali el 26 de noviembre de 1925, hizo Anacleto Rengifo, con la expresa aceptación de Rubén Bryón, las siguientes declaraciones:

Durante el matrimonio con mi mujer, la señora Elena Reyes, adquirí en propiedad, por compra, una casita en esta ciudad, en la calle catorce (14), entre carreras séptima (7ª) y octava (8ª), alinderada así: al Norte, pared y cerco de por medio, con casa de Sergio Villa; al oriente, con la calle

catorce (14); al medio, con casa de la señora Elodia v. de Posso; al sur, pared y cerco en medio, con casa de Hormaza Hermanos; y al occidente, con propiedad de Adolfo Hormaza. Mi dicha casa se destruyó en parte por un incendio, y como yo estaba imposibilitado para repararla, la ofrecí en venta al señor Rubén Bryón, quien hizo en ella las siguientes mejoras: Construyó dos cuartos, una cocina, una tapia, le puso agua y luz y arregló los pisos de ladrillo. La dotó de baño de regadera, lavadero y de inodoro. Estas mejoras hechas por el señor Bryón con mi consentimiento, no se las he pagado, y sin computar el valor de ellas, sólo por razón de varias sumas de dinero que el mismo señor Bryón me ha suministrado en diversas fechas y en diversas partidas, le soy deudor de la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000) oro legal, por la que hasta hoy no me ha cobrado interés alguno. Por esta escritura adquiero el siguiente compromiso: si la casa, alinderada como queda, y libre de todo gravamen, como censo o hipoteca, se me adjudica a mí en la liquidación de la sociedad conyugal que hubo con mi mujer, ya nombrada, o se me adjudica a cualquier otro título, me obligo a traspasar esa casa en dominio y propiedad al citado señor Rubén Bryón por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) que, como he dicho le adeudo. Entonces la correspondiente escritura pública, de traspaso o de venta de la referida casa, se otorgará en la Notaría primera de este Circuito, el tercer día hábil siguiente al en que quede ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición y liquidación de gananciales en la mortuoria de la señora Elena Reyes. Y si no me fuera adjudicada a mí, entonces pagaré al señor Rubén Bryón los expresados cuatro mil pesos ($ 4.000.00), los que le entregaré dentro de los diez días siguientes al en que quede ejecutoriada la sentencia a que se ha aludido. Para asegurar y garantizar mejor al señor Bryón el pago de la referida suma, le hipoteco especial y señaladamente todos mis derechos por gananciales o los gananciales mismos que me correspondan en la liquidación de la sociedad conyugal habida entre la señora Elena Reyes y yo, y todo lo que en la misma liquidación de tal sociedad me corresponda o pueda corresponderme a cualquier título que sea".

En la sucesión intestada de Elena Reyes de Rengifo, cónyuge premuerta de Anacleto Rengifo, protocolizada en la Notaría 1ª de Cali bajo la escritura número 190 de 4 de febrero de 1927, le fue adjudicada al marido, entre otros bienes, la referida casa en Cali. Muerto Anacleto Rengifo en julio de 1936, sus nietos María Nieves y Jorge Enrique Rodríguez Rengifo, únicos herederos en representación de su madre, por medio de la escritura número 227 de 20 de marzo de 1939, otorgada en la Notaría 3ª de Cali, vendieron a Joel Carrillo, por el precio de mil pesos sus derechos herenciales en la sucesión de su abuelo, Anacleto Rengifo, en cuyo juicio sucesorio, seguido en el Juzgado 2º del Circuito de Cali, se le adjudicó al cesionario Carrillo la casa de Cali, único inmueble inventariado.

Desde 1925, por efecto de la convención recogida en la escritura 1138, Anacleto Rengifo entregó a Rubén Bryón la citada casa para que la usufructuara por las mejoras a que alude el instrumento.

Son estos los antecedentes de este litigio iniciado el 2 de mayo de 1939 ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali por demanda ordinaria de reivindicación que Joel Carrillo dirige contra Rubén Bryón para que se le declare dueño de la casa número 7-60 de la calle 14, barrio de San Nicolás de la ciudad de Cali, adquirida por adjudicación como cesionario de los herederos de Anacleto Rengifo, y se le condene en consecuencia, a restituírsela con sus frutos desde 1925.

Se opuso el demandado Bryón a las pretensiones de su demandante, y en el término legal correspondiente contrademandó a Joel Carrillo para que se hicieran las declaraciones que en seguida se compendian:

Que de conformidad con la escritura 1138 de 26 de noviembre de 1925, está gravada con hipoteca en garantía de los $ 4.000 y sus intereses, la casa que singulariza la demanda de reivindicación;

Que el contrademandado Carrillo, como adjudicatario de la casa, está obligado a otorgarle la escritura de transferencia del dominio, como dación en pago de los $ 4.000 que en ese instrumento confesó Rengifo que le debía; y a pagarle los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de Rengifo y sus sucesores de las precitadas obligaciones.

O subsidiariamente:

Que Carrillo está obligado a pagarle tan pronto como quede ejecutoriada la sentencia, los $ 4.000 aludidos con sus intereses al 6% anual desde el 27 de diciembre de 1926, hasta el día del pago; el valor de las mejoras enumeradas en el instrumento público y el de las que posteriormente

hizo en la casa, pudiendo retenerla hasta que se le paguen o se asegure su pago satisfactoriamente; el valor de cuatro vacas paridas y sus frutos, que dio a Anacleto Rengifo para que se aprovechara de la leche, y la suma de $ 3.810 moneda legal que le suministró en diferentes partidas desde el 25 de noviembre de 1925 hasta el 25 de marzo de 1933, con sus intereses correspondientes. Más las costas del juicio.

El contrademandado Carrillo aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones de su demandante en reconvención, alegando las excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte reconvenida, carencia de acción y petición de un modo indebido. En curso la litis trabada sobre las expresadas bases, durante el término probatorio, Joel Carrillo desistió pura y simplemente de su demanda reivindicatoria, de modo que el juicio, en conformidad con lo decidido por el Tribunal, continuó solamente sobre la demanda de reconvención.

El 4 de septiembre de 1942 profirió el Juzgado sentencia de primer grado absolviendo al contrademandado Carrillo por encontrar probadas las excepciones de improcedencia de la acción y petición de modo indebido.

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes llevó el negocio al Tribunal Superior de Cali, que al término de la segunda instancia y en sentencia de 22 de septiembre de 1945, revocó la recurrida y en su lugar falló:

"Está probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte reconvenida en lo referente a las obligaciones personales del señor Anacleto Rengifo con el señor Rubén Bryón. No produce efectos legales el gravamen hipotecario que en su favor demandó el contrademandante. Reconócese en pro del señor Rubén Bryón el derecho de retención hasta la cancelación del valor de las mejoras reconocidas por el señor Anacleto Rengifo en la escritura 1138 de 26 de noviembre de 1925 de la Notaría 2ª de Cali".

Los fundamentos de este fallo de segundo grado, en la parte que se relaciona con el recurso y en lo que respecta a la ilegitimidad de la personería sustantiva del contrademandado, consistente en que Carrillo no está obligado a responder de las obligaciones personales adquiridas por Anacleto Rengifo en la escritura 1138 ni de las demás que le demanda Bryón, están consignadas en los siguientes apartes:

"Como se ha visto el doctor Joel Carrillo no es un asignatario a título universal o heredero, sino un adquirente por tradición de los derechos herenciales que pudieran corresponder a los señores María de las Nieves y Jorge Enrique Rodríguez Rengifo en la sucesión del señor Anacleto Rengifo. Los asignatarios a título universal, o lo que es lo mismo, los herederos del causante, son quienes representan al difunto para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, según las voces de los artículos 1010 y 1155 del C. C.; pero en ningún caso el adquiriente por tradición. De un lado el doctor Carrillo sólo adquirió derechos que pudieran corresponder a los vendedores María de las Nieves y Jorge Enrique Rodríguez Rengifo en la sucesión del señor Anacleto Rengifo y, de otro lado, el doctor Carrillo no es un heredero o asignatario a título universal del causante Rengifo".

La denegación del pedimento sobre gravamen hipotecario la funda así el Tribunal:

"Los derechos hipotecados por el señor Renfijo al señor Bryón no se encontraban radicados directamente en el bien inmueble específico motivo del pleito; de tal manera que la hipoteca no recayó sobre un bien raíz determinado, ni en un derecho concreto sobre un inmueble tal. De aquí que esa hipoteca no tenga valor legal en cuanto al inmueble materia del litigio".

El recurso

Admitido y legalmente tramitado el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Rubén Bryón, se procede a decidirlo:

Se apoya el recurso en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del C. J. y se circunscribe la acusación de la sentencia al punto de la "ilegitimidad sustantiva de la parte reconvenida en lo referente a las obligaciones personales de Anacleto Rengifo" y al referente a la inefectividad de la hipoteca.

Primer cargo. — Respecto de la primera cuestión afirma el recurrente que "incidió el Tribunal en error de derecho al apreciar la escritura número 227 de 20 de marzo de 1939, corrida en la Notaría 3ª del Circuito de Cali", porque tal instrumento no contiene la tradición de derechos radicados en bien determinado de la sucesión de Anacleto Rengifo, como lo entiende el sentencia-

dor, sino la cesión a título oneroso del derecho de herencia, sin especificar los efectos de que se compone, esto es, la universalidad hereditaria, con su activo y pasivo, haciéndose, en consecuencia, responsable el adquiriente o cesionario de las obligaciones hereditarias, aunque éstas fuesen, como fueron, superiores al activo, o por lo menos hasta concurrencia del valor total de los bienes, si la herencia se aceptó con beneficio de inventario. El cesionario de un derecho de herencia no sabe si conseguirá el beneficio que se propone alcanzar al celebrar el contrato, puesto que al tomar el lugar del heredero contrae respecto del cedente la obligación de pagar a los acreedores del causante, quienes por lo mismo pueden ejercer sus acciones ya directamente contra el heredero, o ya contra el adquirente de la herencia, por la razón jurídica de que aquéllos han sido ajenos a la convención celebrada entre los dos últimos, cedente y cesionario, y porque los bienes del deudor son la garantía de sus acreedores".

Afirma el recurrente que como consecuencia del error de derecho que deja puntualizado, y directamente, el Tribunal violó, por omisión, los artículos 1008, 1435, 1967 y 1968, y por errónea interpretación, los artículos 1010 y 1155, todos del C. C.

Considera la Sala:

Acerca de la naturaleza y efectos de la venta de derechos hereditarios, ha dicho esta Sala, con cita de Baudry Lacantinerie, en sentencia transcrita por el recurrente (G. J. Tomo XL, página 196), que la venta de herencia "es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan para él de la apertura de la sucesión. No es la calidad de heredero la que el vendedor transmite por este contrato; esta calidad es personal e intransmisible porque no puede depender del que es heredero, dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. Lo que constituye el objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, **universum jus defuncti.** El heredero que ha vendido la herencia, sigue, pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza; pero el emolumento que de este título dependía, pasa al comprador... La definición que hemos dado antes de la cesión de herencia, indica su naturaleza. El heredero cede todo el emolumento anexo a su calidad de heredero, es decir, todos los bienes que corresponden a la sucesión, con cargo para el cesionario de tomar para sí todo el pasivo del difunto. Esta transmisión hecha en bloque imprime al contrato un carácter aleatorio... El cesionario debe, por lo demás, pagar todas las deudas de la sucesión, cumplir todas las obligaciones contraídas por el difunto con cargo a su patrimonio. Debe tomar el lugar pecuniario del cedente, y soportar, como éste lo hubiera hecho, si no hubiera cedido sus derechos, todas las cargas que pesan sobre la herencia. Por consiguiente no puede alegar el cesionario de una herencia que él sólo compró los derechos y que no es responsable del pasivo, ya que la herencia es el conjunto de todos los derechos y obligaciones que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento...".

Nada hay qué agregar ni qué rectificar a estos principios inconcusos de doctrina jurídica, acogidos y reiteradamente expuestos por la jurisprudencia nacional, conforme a los cuales el cesionario ocupa el lugar del heredero cedente para todos los efectos de la liquidación herencial, relativamente a los bienes y cargas de la sucesión. La cesión del derecho de herencia a que se refiere el capítulo 2º del título 25 del libro 4º del C. C., lo mismo que la de los derechos personales o créditos, no es propiamente un contrato sino la transferencia o tradición de esa especie de derecho en virtud de un contrato preexistente de venta o de permuta que le sirve de título oneroso. Siempre la transferencia se hace por efecto de un título de los que por su naturaleza sirven para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, con resultados diferentes según sea gratuito u oneroso el título a que se ceda la herencia. El caso de cesión que se trata es especialmente reglamentado en el código civil como hecha a título oneroso o, por efecto de la compraventa solemne de una sucesión hereditaria (artículos 1857, 1866, 1967 C. C.). Esta venta no tiene por objeto el cambio de la persona del heredero; la calidad jurídica de asignatario la conserva el cedente; sólo los derechos y obligaciones transmisibles, correspondientes a esa calidad, pasan al cesionario.

Al lado del recuerdo de estas nociones fundamentales de derecho sucesoral, se ve que no incurre en ninguna falla de doctrina el Tribunal cuando afirma que Joel Carrillo no es asignatario a título universal o heredero de Anacleto Rengifo, sino adquirente por tradición de los derechos hereditarios correspondientes a los herede-

ros que se los vendieron. La falla empieza cuando asienta que el mentado Carrillo, como cesionario de los aludidos derechos, no es responsable de las deudas del causante de la sucesión, porque de ellas no responden sino los heredéros que son quienes legalmente representan al difunto para sucederlo en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. La equivocación de la sentencia acusada se refiere, pues, de manera concreta, a la apreciación jurídica de los efectos de la cesión hecha como consecuencia de la venta de la sucesión hereditaria, contrato éste que por virtud de la universalidad que le sirve de objeto, es la fuente de donde nace la responsabilidad del cesionario respecto de los acreedores de la herencia, para el pago de las obligaciones transmisibles del causante.

Bien sabido es que en este recurso extraordinario de casación solamente se pueden examinar las cuestiones que traiga y proponga la demanda fundamental aunque se refieran a uno solo de los muchos aspectos de discusión posibles en el pleito, porque el poder de corrección que corresponde a la Corte como Tribunal de casación no puede ejercitarse sino dentro de los límites de la acusación concreta que se formule en el recurso, que a la vez que lo enmarca y circunscribe jurisdiccionalmente determina la pertinencia de los temas. Procediendo dentro de la necesidad ineludible de circunscribirse a los cargos que se formulan contra la sentencia y a las disposiciones legales que se citan como infringidas, la Sala halla un vacío en los medios que le ofrece la demanda de casación para poder rectificar la equivocada doctrina jurídica en que se asienta el fallo acusado, porque a ella no llegó el Tribunal por la violación de los preceptos de la ley sustantiva que señala el recurrente, los cuales, por tanto, no resultan vías conducentes en casación para llegar a la corrección de la doctrina y a la enmienda de la ilegalidad.

Examinando, en efecto, el cargo de violación de la ley sustantiva en relación con los artículos del código civil que el recurrente estima infringidos, se observa, en primer término, que el mecanismo de la pretendida violación no puede ser el error de derecho en la apreciación de la escritura pública número 227 de 20 de marzo de 1939, de la Notaría 3ª de Cali, porque el Tribunal no erró por exceso ni por defecto en el justiprecio del mérito demostrativo que legalmente corresponde a esa prueba instrumental, que sería lo constitutivo, en lenguaje y técnica de casación, del error de derecho que se le imputa al Tribunal. La sentencia no trae ningún problema probatorio acerca de la existencia de la cesión. Los reparos jurídicos que se le hacen versan sobre su alcance en relación con las cargas de la herencia cedida, y respecto de este punto, desacertadamente resuelto en la sentencia de segunda instancia, los textos legales citados no lo enfocan adecuadamente.

El artículo 1008, que establece, definiéndolos, los dos títulos a que se puede suceder a una persona difunta, no fue violado porque en ninguna parte del fallo puede hallarse concepto o conclusión que contraríe o no se avenga con estos principios y definiciones de derecho sucesorio.

Tampoco fue quebrantado el artículo 1435 que establece que los acreedores hereditarios y testamentarios pueden pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero, porque el Tribunal no tuvo ni tenía por qué tener a su consideración nada relacionado con el beneficio de separación que consagra el aludido texto.

El artículo 1967 se refiere concreta y exclusivamente a la responsabilidad que compete al cedente a título oneroso de un derecho de herencia, restringiendo la obligación de saneamiento a responder de su calidad de asignatario. Esta disposición contempla y gobierna, como se ve, uno de los efectos de la cesión entre los contratantes, vendedor y comprador, del derecho sucesorio, distinto del que ha sido materia de la controversia, de modo que la sentencia tampoco lo desconoce ni desvirtúa.

Igual cosa acontece con el precepto contenido en el artículo 1968, que también tiene por objeto reglamentar las consecuencias de la cesión entre las partes contratantes, determinando las prestaciones a que quedan obligados cedente y cesionario por virtud de la transferencia de la universalidad herencial. El Tribunal al resolver sobre una demanda de un tercero, acreedor hereditario contra un cesionario de derechos sucesorales no estatuyó nada en desacato de las reglas que contiene la disposición en cita, inaplicables al caso, sobre la obligación del heredero de reembolsar al cesionario el valor de frutos y créditos percibidos o efectos vendidos, y la que compete al cesionario de indemnizar al cedente de los costos necesarios y prudenciales que haya hecho en razón de la herencia, ni sobre la cesión implícita del derecho de acrecimiento a que se refiere en su parte final.

Lo que trae la sentencia acusada respecto de los artículos 1010 y 1155, que el recurrente cita como mal interpretados, se ajusta perfectamente a lo que tales textos estatuyen. El Tribunal se limita a reproducir la doctrina de estas disposiciones sobre asignaciones por causa de muerte y sobre supervivencia jurídica del difunto en la persona de sus herederos como representantes de su patrimonio transmisible. La sentencia no yerra al hacer la calificación y señalamiento personal, del asignatario a título universal o heredero del causante Anacleto Rengifo. Estuvo dentro de la ley y cuando dijo "los asignatarios a título universal, o lo que es lo mismo, los herederos del causante, son quienes representan al difunto para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, según las voces de los artículos 1010 y 1155 del C. C.", y erró al concluír, enfocando el caso del pleito, "pero en ningún caso el adquirente por tradición", porque el demandado Carrillo sólo adquirió los derechos que pudieran corresponderles a los herederos a quienes compró la sucesión. De esta suerte, pues, sería en el tratado de la compraventa de las cosas incorporales, del derecho real de herencia como universalidad jurídica comprensiva de activo y de pasivo, donde podría buscarse el precepto sustantivo cuyo desconocimiento permitió al sentenciador concluír en la forma equivocada que ya se conoce.

Por lo expuesto, no es posible dar acogida al primer cargo.

Segundo cargo. — Esta segunda acusación, que el recurrente presenta bajo el epígrafe "Inefectividad de la hipoteca", queda en realidad sin importancia dada la forma de resolución recaída al primer cargo, que se enderezó contra la cuestión principal de la acción —responsabilidad del cesionario por las cargas de la herencia—, y que afecta necesariamente la cuestión accesoria de la garantía hipotecaria de la obligación principal que ha sido negada.

Sin embargo, brevemente se considera el cargo que, en síntesis, se hace consistir en que el Tribunal violó los artículos 1401, 2438, 2441 y 2442 del C. C. como consecuencia de los errores de derecho en que incurrió al apreciar las escrituras números 1138 de 26 de noviembre de 1925, 190 de 4 de febrero de 1927 y 482 de 28 de junio de 1917 (de compra de la casa por Anacleto Rengifo), porque de los términos de la primera, bien interpretados, se desprende que la hipoteca se constituyó sobre casa, bajo la condición suspensiva de que le fuese adjudicada a Anacleto Rengifo en la liquidación de su sociedad conyugal, como aconteció, y porque no puede remitirse a duda la intención de Rengifo de constituír en favor de su acreedor la garantía real hipotecaria sobre la citada casa.

En primer lugar, no existe el error de derecho que afirma el recurrente, porque es evidente que el Tribunal, al concluír que la hipoteca no recayó sobre el inmueble que determina la demanda, no sobreestimó ni subestimó el mérito legal de las escrituras citadas, no se equivocó en evaluación de la prueba. Que de los términos de la escritura 1138 se desprende que la hipoteca se constituyó sobre la casa, dice el recurrente; pero esta afirmación, que al coincidir con la realidad procesal constituiría error de hecho puesto que sería un caso de manifiesta contraevidencia, resulta desvirtuada por el texto mismo de la escritura, reproducida al comienzo de esta decisión. Y por lo que hace a la segunda razón fundamental del cargo, de que es indudable según resulta de todo el proceso, que Rengifo tuvo la intención de hipotecar la casa, basta recordar que el régimen hipotecario es derecho estricto y que la existencia de este contrato accesorio y solemne no puede acreditarse deduciéndolo de la intención, por más que ésta resulte evidente.

Aunque la violación de la ley que se imputa al Tribunal en el cargo que se está considerando se hace provenir de error de derecho en la apreciación de una prueba, error que no se ha demostrado, no sobra advertir que la sentencia no infringe las disposiciones citadas porque no se trata en este litigio de un caso de hipoteca condicional, ni de hipoteca de cuota de comunero, ni de hipoteca de cosa sobre la cual no se tiene sino un derecho eventual, limitado o rescindible.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, materia de este recurso de casación.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE DOMINIO—NATURALEZA JURIDICA DEL MANDATO

Es una afirmación clásica en la doctrina que el mandato tiene por objeto, a exclusión de otros actos materiales, el cumplimiento de actos jurídicos bajo la una o la otra forma que puede revestir: con o sin representación. El artículo 2142 del Código Civil, que define el mandato, no lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos, habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último.

Del contenido del artículo 2177 del C. C. podemos deducir las siguientes conclusiones: a) Que el mandatario puede contratar en su propio nombre en el ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocimiento del tercero que se entiende con su mandatario. El mandante adquiere los derechos que surgen de sus actos, pero no contrae obligaciones para el tercero.

Es evidente que, en principio, el mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición, adquiere aparentemente para sí, pero tan sólo mientras no se establezca que obró en ejercicio de un mandato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el representante de la señora Esther Herrera v. de Ezpeleta y otros, en el ordinario de reivindicación propuesto contra la señora Leonor Isabel Trucco de Martínez.

Antecedentes

Por los años de 1925 y 1926 el doctor Justino Ezpeleta figuraba como apoderado judicial de Domingo Trucco, en la causa mortuoria de la señora Isabel Bossio de Mainero, a virtud de poder general que le había conferido Trucco, interesado en tal juicio.

El señor Domingo Trucco falleció en la ciudad de Bogotá el 13 de febrero de 1926. Abierto su testamento se halló que había designado como curador general de su menor hija Leonor Isabel a su hermano Pedro Trucco, quien llenó las formalidades consiguientes hasta lograr el discernimiento del cargo. Se procedió luego a liquidar la causa mortuoria de Domingo Trucco, cuya única heredera es la mencionada hija Leonor Isabel, a quien su curador designó un apoderado en la persona del doctor Justino Ezpeleta.

No obstante el fallecimiento de Domingo Trucco, el doctor Ezpeleta continuó actuando como apoderado de éste en la mortuoria de la señora Isabel Bossio de Mainero y se siguió por separado la sucesión de don Domingo.

El día 16 de septiembre de 1926, tuvo lugar en la ciudad de Cartagena, en casa de la señora Ana M. de Pupo, una reunión de todos los interesados en la sucesión de la señora de Mainero, a la cual asistieron los siguientes señores: Juan Trucco, Pedro Bossio, Manuel Mainero, Justino Ezpeleta y Pedro Trucco P. Ezpeleta concurrió en representación de la sucesión de Domingo Trucco, como consta en el acta respectiva. De mutuo acuerdo se convino en lo siguiente, como medio para liquidar la mortuoria en que estaban interesados:

Se acordó formar con los bienes de la sucesión de la señora Leonor Trucco de Mainero, cinco grupos, que debían ser rematados por los cinco interesados en dicha mortuoria. Se convino en sortear entre las partes los lotes que éstas mismas formaron de los aludidos bienes. En el sorteo correspondió a la sucesión de Domingo Trucco, que en la junta representó el doctor Ezpeleta, adquirir en la subasta pública el lote de bienes marcado con el número 3, o sea: a) El usufructo de dos tiendas; b) La casa de la calle de la Media Luna; y c) Casa en El Espinal.

El día 14 de octubre del mismo año tuvo lugar otra junta a la cual asistieron Pedro Trucco, Pedro Bossio, Manuel Mainero y Justino Ezpeleta, representando el último a Juan Trucco y también

a la sucesión de Domingo Trucco. De esta nueva reunión se dispuso el remate privado de algunas otras fincas que nada tienen que ver con el presente litigio.

En cumplimiento de lo resuelto en la primera junta del 16 de septiembre, el doctor Ezpeleta remató los bienes materia de la presente demanda, que fueron detallados en los puntos primero, segundo y tercero de ésta. El doctor Ezpeleta efectuó el remate en su propio nombre, sin expresar que obraba por cuenta o en representación de otra persona.

Muerto el doctor Justino Ezpeleta, el doctor Ascanio Mulford, con poder especial de Esther Herrera v. de Ezpeleta, Lucía Ezpeleta de Collins y Nicasio Ezpeleta, cónyuge sobreviviente, la primera e hijos legítimos los restantes del finado señor, instauró demanda ordinaria contra la señora Leonor Isabel Trucco de Martínez, para que se le condenara a restituír "a la sociedad conyugal ilíquida que formaron los señores Justino Espeleta y Esther Herrera v. de Espeleta y a la herencia ilíquida del mencionado doctor, o a una de estas entidades, representada por sus poderdantes", los bienes raíces y el derecho de usufructo que se determinaron en el libelo; el producto de ese usufructo en la forma como allí se indica; la diferencia entre los frutos percibidos por la demandada y los que hubieran podido percibir los demandantes; ciertos perjuicios y las costas del proceso.

En suma, se propuso una acción reivindicatoria con las correspondientes prestaciones accesorias.

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de los actores y a la vez contrademandó a los mismos y a Guillermo y Josefa Ezpeleta en su condición de herederos de Luis Ezpeleta J., quien a su vez lo fue de don Justino, para que se hicieran las declaraciones especificadas en el respectivo libelo, entre las cuales la principal se refiere a la declaratoria de propiedad de los bienes por parte de la señora Leonor Isabel.

Puso fin a la primera instancia la sentencia del Juez Segundo del Circuito Civil de Cartagena, de fecha 28 de julio de 1941, que falló desfavorablemente las pretensiones de los demandantes y en cuanto a la contrademanda, declaró que cuando el doctor Ezpeleta, dentro del juicio mortuorio de la señora Isabel Bossio de Mainero remató los bienes que se especifican en la demanda, actuó como mandatario de la sucesión de Domingo Trucco, representada por su hija, entonces menor de edad, la señora Leonor Isabel Trucco de Martínez. Como consecuencia de lo anterior, declaró que el verdadero propietario de los bienes en disputa es la señora o sea la heredera universal Leonor Isabel.

La sentencia recurrida

De esta providencia apelaron ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena desató la controversia en providencia del 31 de enero de 1945, confirmando el fallo de primera instancia, lo cual hizo en los siguientes términos:

1). — "No procede la excepción perentoria propuesta; 2). — El doctor Justino Ezpeleta J. obró en representación de la sucesión de Domingo Trucco P., padre legítimo de Leonor Trucco de Martínez, o sea, en representación de esta última, en los remates que verificó en el juzgado segundo civil de este circuito, de los bienes raíces relacionados y alinderados en las respectivas diligencias de remate que obran en autos, dentro del juicio de la sucesión testamentaria de la señora Leonor Bossio de Mainero; 3). — En consecuencia, por haber obrado el doctor Justino Ezpeleta J., como mandatario de la sucesión de Domingo Trucco P., padre legítimo de la contrademandante, Leonor Trucco de Martínez, es ésta la dueña de los inmuebles descritos en este fallo, por su situación y linderos, en su condición de única heredera de la sucesión de su padre; 4). — Queda, por tanto, absuelta la señora Leonor Trucco de Martínez de los cargos que se le formularon en la demanda principal; 5). — Ordénase la inscripción de esta sentencia en la oficina de registro de esta ciudad, para los efectos del numeral 2º del artículo 2652 del C. C."

El fallador de segunda instancia tuvo como razones fundamentales para su decisión las siguientes:

"Aparentemente, dice, todos los elementos que integran esta sección de dominio han sido suficientemente demostrados: la calidad de dueño de la sucesión ilíquida de Justino Ezpeleta, representada por todos los litigantes que forman la parte actora de la demanda principal, conforme títulos legalmente inscritos; la singularización e identificación de los bienes que se intenta reivindicar; y la posesión material que sobre esos bienes ejerce la demandada, desde fecha posterior a la inscripción de aquellos títulos".

"Sin embargo, punto sustancial de la demanda de reconvención, en la que se ejercitó la acción declarativa de dominio y otras, es el que se refiere precisamente a la controversia de aquella calidad de dueño, en consideración a que el doctor Ezpeleta se afirma, obró en representación de la sucesión de Domingo Trucco, padre de Leonor Isabel, en las diligencias de remate que se verificaron dentro del juicio sucesorio de Leonor Bossio de Mainero y que por esa virtud, ejerciendo ese mandato, el doctor Ezpeleta remató los inmuebles por cuenta y para Leonor Isabel.

"Al respecto debe considerarse que 'el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primerra". (Artículo 2149 del C. C."). Que el mandato puede conferirse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. Según el artículo 2177, ibidem, el mandatario puede, en ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o en el del mandante. Si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante".

De otro lado el curador de bienes representa o autoriza al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernen y de las atribuciones conferidas al curador general, se desprende indubitablemente la facultad que la ley le concede a su turno para hacerse representar por una tercera persona cuando así lo exijan los intereses de su pupilo.

El recurso de casación

Contra la providencia del Tribunal interpuso en tiempo recurso de casación el representante de los actores en la acción principal, el cual fue fundado en la oportunidad procesal debida. Habiéndose cumplido los trámites de rigor ha llegado el momento de fallar, lo que la Sala procede a verificar, mediante las siguientes consideraciones:

Se acusa la sentencia por las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 520 del C. J. Por vía de método se procede a estudiar la segunda, que el recurrente sustenta así:

Causal segunda. — Dice el recurrente: "La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Argumenta que el juez de segundo grado al declarar a la demandada dueña de los bienes en litigio, incurrió en una "tremenda injusticia", al condenar a los actores en el pleito a más de lo pedido en la demanda de reconvención. Basta, dice, la sola lectura del libelo para llegar a la conclusión de que la contrademandante no impetró la declaratoria de dominio reconocida por el Tribunal.

Señala como violados por tal motivo los artículos 471 y 472 del C. J.

Se considera

Haciendo un estudio comparativo entre la demanda de reconvención y la providencia del Tribunal, la Sala encuentra que no es necesario un examen detenido de la cuestión, para darse cuenta de que la sentencia recurrida se atuvo en sus términos a las súplicas de la contrademanda y no pudo incurrir, por consiguiente, en el error de condenar a algo distinto de lo pedido. La sentencia se ajustó a las peticiones de las partes, como puede advertirse si se compara la parte petitoria de la demanda de reconvención y la resolutoria del fallo.

Dice aquella: "Que el doctor Justino Ezpeleta J. obró en representación de la sucesión de mi padre Domingo Trucco P., o sea, en mi representación, en los remates que hizo, dentro del juicio de la sucesión testamentaria de la señora Leonor Bossio de Mainero, y que en esa virtud por haber obrado el doctor Justino Ezpeleta J. como mandatario o representante de la sucesión de mi padre, rematando dichos inmuebles por cuenta de ella, se me tenga como dueña de los mismos inmuebles arriba descritos". Agrega: "Estas declaraciones las pido para que la sentencia que se dicte por el juzgado venga a servirme de título completo de propiedad y pueda así hacerse en mi favor la inscripción competente".

Al examinar lo que fue materia de la demanda y lo resuelto por el Tribunal, que se transcribió en los antecedentes del negocio, se ve que carece de toda seriedad el cargo propuesto.

Causal segunda. — Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente hace a la decisión del Tribunal dos cargos que se estudian en su orden:

Cargo A

Afirma que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por errores de hecho que constan evi-

dentemente en los autos, y algunos de los cuales provienen de falta de apreciación o apreciación errónea de pruebas y por errores de derecho también evidentes".

Como fundamento de su tesis sostiene que el Tribunal al considerar que el doctor Ezpeleta obró "como apoderado de la sucesión de Domingo Trucco, padre legítimo de la menor Leonor Isabel, y en representación de ésta", incurrió en error.

El doctor Ezpeleta—dice—, no era entonces ni lo fue nunca, representante de la sucesión de Domingo Trucco, en la cual aparece como única heredera la menor Leonor Isabel, cuyo curador era para entonces Pedro Trucco. El poder general que Domingo Trucco le había conferido a Ezpeleta, había terminado con la muerte de aquel y en él no se confirió facultad de rematar bienes para su hija, y menos para representar a ésta en la causa mortuoria del poderdante. Confiesa que es verdad que Pedro Trucco le dio poder general, pero tal mandato nada tenía que ver con la representación de la menor, ni con la sucesión de Domingo Trucco.

En cuanto al mandato consensual que pueda desprenderse de las actas de las reuniones de varios copartícipes en la sucesión de Isabel Bossio de Mainero — a que hace referencia el acta de 16 de septiembre atrás mencionada—, dice el recurrente: "Ahora bien: aún teniendo en cuenta la vaguedad con que ese mandato aparece conferido, a pesar de que en tales reuniones se hallaba presente el curador de la menor Leonor Isabel, el señor Pedro Trucco P., en las actas respectivas que se suscribieron y que obran en los autos, ni en la reunión misma, aparece demostrado que Pedro Trucco P., le hubiera conferido expresamente poder al doctor Justino Ezpeleta J., para representarlo o para representar a la sucesión de Domingo Trucco P., ni mucho menos para representar a la menor Leonor Isabel, a quien ni siquiera se la mencionó ni directa ni indirectamente, en el remate de los bienes de que se trata en el grupo segundo que se afirma por la contraparte que fue acordado para la citada sucesión en las reuniones en referencia".

A su entender no existe mandato tácito, pues de acuerdo con la ley el mandato ha de ser expreso, para que el mandatario, según lo ordenado en el artículo 2557 del C. C. pueda ceñirse a sus términos.

Dice que del acta del 16 de septiembre de 1926 el Tribunal deduce tal mandato y la facultad de rematar para la sucesión de Domingo Trucco, "pero que a nadie se le ha ocurrido hasta ahora sostener la peregrina teoría de que una sucesión pueda adquirir bienes a título de compraventa y sabido es que el remate no es otra cosa que una compraventa que se hace por intermedio del Juez".

Que la sucesión enajena, pero no adquiere. Es titular de todos los derechos y está obligada a pagar todas las obligaciones trasmisibles del causante, pero una sucesión, ni siquiera puede ser asignataria, porque no es persona natural ni jurídica.

A pesar de esto—dice—, la sentencia habla de que Ezpeleta obró en los referidos remates como apoderado de la sucesión de Domingo Trucco y en consecuencia en representación de su hija Leonor Isabel.

Que a esta menor no se le menciona en las actas de las juntas de las cuales se intenta deducia la procuración del doctor Ezpeleta. Que aún aceptando que tal mandato se hubiera conferido, no aparece que el mandante hubiera cumplido "con la obligación de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato". Que el remate de bienes entraña el pago del precio, y que no hay constancia de que se hubieran suministrado fondos al doctor Ezpeleta para el pago de los bienes rematados.

Aún aceptando que existió el mandato y que se le entregaron $ 20.000.00, al doctor Ezpeleta, tales fondos fueron invertidos por éste en la compra de una casa a la señora Carmela Amaya de Watte por $ 28.000.00, según escritura número 2991 de 2 de septiembre de 1926. Que tal instrumento o prueba del hecho en cuestión no fue tenido en cuenta por el Tribunal, a pesar de que el inmueble se adquirió con destino a la menor Leonor Isabel.

Haciendo una síntesis de sus razonamientos, el mismo recurrente expresa que el Tribunal en su fallo cometió estos errores:

1).—Dio por existente un mandato con la sola vista de las actas de las reuniones de interesados en la mortuoria de la señora Isabel Bossio de Mainero.

2).—Consideró demostrado el recibo de ciertas sumas de dinero valor de los remates por parte del doctor Ezpeleta.

3).—No tuvo en cuenta la escritura pública número 2921 citada.

4).—Aceptó y dio por demostrado que el doctor Ezpeleta obró en nombre de la sucesión de Domingo Trucco en los remates y las sucesiones no tienen personería para contratar.

Por estas consideraciones y cargos acusa la sentencia por violación de los artículos 2142, 2157, 2177, 2184, inciso 1º, 2185, 2188 y concordantes del C. C.

Se considera

Es una afirmación clásica en la doctrina, que el mandato tiene por objeto, a exclusión de otros actos materiales, el cumplimiento de actos jurídicos, bajo la una o la otra forma que puede revestir: con o sin representación.

El artículo 2142 del C. C. define el mandato diciendo que es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos, habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último.

Esta Sala en sentencia de 10 de agosto de 1945, expresó lo siguiente en relación con las facultades del mandatario y la posibilidad de obrar por otra persona sin su representación, que es el caso en estudio. Dijo entonces la Corte: "El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio. El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en desempeño de su encargo, contratar en su propio nombre, como si el negocio le interesase personalmente. El comitente en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que lo ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos. En derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como personal interesado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación".

El artículo 2177 del C. C., dice: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del demandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante".

Del contenido de este artículo podemos deducir las siguientes conclusiones: a). Que el mandatario puede contratar en su nombre propio, en el ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocimiento del tercero que se entiende con su mandatario. El mandante adquiere los derechos que surgen de sus actos, pero no contrae obligaciones para con el tercero.

A la luz de estos principios y de las pruebas aducidas al juicio, entre las cuales deben destacarse la referida acta del 16 de septiembre; los recibos firmados por el doctor Ezpeleta, en que expresa haber recibido los arrendamientos de las casas rematadas para la menor Leonor Isabel; y la constancia del mismo de haber incluído en su cuenta de honorarios el pago del pregón que intervino en la diligencia de subasta, se llega al convencimiento de que el doctor Ezpeleta obró para la menor al rematar los bienes mencionados.

Es evidente que en principio el mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición adquiere aparentemente para sí, pero tan sólo mientras no se establezca que obró en ejercicio de un mandato.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo B

Sostiene también el recurrente que se cometió error de hecho al dar por demostrado que el doctor Ezpeleta recibió la suma de $ 20.000.00, para efectuar el remate o al menos al dar por establecido que se le entregaron los $ 6.600.00, para el mismo objeto. Señala como violados los artículos 2142, 2157, 2177, 2184, inc. 1º, 2185 y 2188 del C. C.

Se considera

El punto planteado no es materia del debate. No se discute cómo cumplió el comitente su obligación de proveer de fondos al mandatario. Se trata de saber si al efectuar el remate de varios inmuebles el doctor Ezpeleta obró para sí o en desempeño de un mandato sin representación, y ya vimos que tal hecho se estableció suficientemente.

Pero además está claramente probado por el acta de 16 de septiembre que el propósito de las partes fue repartirse en esa forma equitativa y de mutuo acuerdo, los bienes de la mortuoria en la cual estaban interesados y que los respectivos copartícipes sólo debían abonar cada uno la suma de $ 6.600.00 al albacea con destino al pago del pasivo sucesoral. Tal cosa tuvo cumplido efecto y se demostró con el recibo expedido por el albacea, hermano del doctor Ezpeleta. La falta de provisión de fondos no daría derecho al mandatario para desconocer los actos ejecutados en beneficio de su comitente.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo C

Considera el recurrente que el Tribunal no apreció la escritura número 1241 de 12 de septiembre de 1928, de la Notaría Primera del Circuito de Cartagena, por la cual Carmela Amaya de Watte transfiere a Pedro Trucco para la menor, un inmueble situado allí mismo de valor de $ 28.000.00, que el doctor Ezpeleta pagó de contado. Expresa el recurrente que el valor de esa compra representa la suma de $ 20.000.00 a que ascienden los remates, más los intereses, gastos, etc. Que la no estimación de tal prueba llevó a dar por demostrado un mandato que no existió.

Se considera

Esta alegación hecha por primera vez en éste juicio al sustentar el recurso ante la Corte, entraña un asunto completamente ajeno a los puntos materia del debate.

No se discute si la menor Leonor Isabel o su curador, como ya se dijo, entregaron al apoderado los dineros necesarios para pagar el precio de la cosa adquirida en subasta pública, ni mucho menos se ha planteado nada relacionado con la adquisición que posteriormente hiciera el doctor Ezpeleta obrando con poder suficiente de la menor, al comprar con dinero de contado, que dice recibió de su mandante, una casa a la señora Amaya de Watte, aspecto a que se contrae el instrumento citado. Allí dice el doctor Ezpeleta que paga con fondos de su mandante.

Por último agrega el recurrente que en la apreciación de las actas de las juntas de herederos se cometió también error al considerar que los bienes materia del litigio fueron rematados por el doctor Ezpeleta para la menor, siendo así que dicho apoderado remató otros inmuebles.

Con la presente alegación se busca establecer confusión en lo acordado en las reuniones de los copartícipes en la mortuoria de la señora Bossio de Mainero. En la junta del 16 de septiembre fue cuando se dispuso hacer cinco lotes, uno de los cuales correspondió rematar al doctor Ezpeleta para la menor Leonor Isabel.

Los inmuebles objeto del acuerdo del 14 de octubre no son los rematados para ella; para entonces la subasta de aquellas fincas ya se había efectuado.

Como consecuencia de los reparos hechos a la estimación de pruebas sostiene el recurrente que se violaron los artículos 2142 del C. C. que entraña la definición del mandato y el 2177 de la misma obra, de los cuales se hizo atrás un detenido estudio y se dedujeron conclusiones sobre la ineficacia del cargo. La Sala se atiene a lo ya expresado.

El artículo 2184 del C. C. también citado, impone al mandante la obligación de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato. Si bien es cierto que en este litigio nada se ha discutido sobre provisión de fondos, los bienes que Ezpeleta remató para la menor formaban parte de su haber en la mortuoria de la señora Bossio de Mainero, como representante de su padre Domingo Trucco. Según el acta de 15 de septiembre, se comprende que la forma de remate acordada, no fue otra cosa que un medio para distribuírse la herencia, debiendo los copartícipes entregar cada uno la suma de $ 6.600.00, al albacea, para pagar, como ya se dijo, las deudas.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo D

Afirma el recurrente que los demandantes acreditaron todos los elementos requeridos para que

la acción de reivindicación instaurada pudiera ser viable: personería de los demandantes, derecho de dominio sobre los inmuebles, calidad de poseedora de la demandada, identidad de la cosa materia de la reivindicación.

Que no obstante lo anterior, el fallador de segundo grado al confirmar la sentencia del Juez de primera instancia, aceptó que el mandato que se dice se otorgó al doctor Ezpeleta, era suficiente para negar las pretensiones de los actores.

Aparece, dice, acreditado que el doctor Ezpeleta remató para sí, que los antecesores en el dominio de los inmuebles eran sus propietarios, habiéndose verificado una tradición ininterrumpida de aquellos bienes desde 1905 hasta la adquisición por el doctor Ezpeleta para la sociedad conyugal, que a la muerte de aquel se halla debidamente representada por su esposa e hijos legítimos, los demandantes.

Sostiene que por este aspecto se han violado los artículos 946, 947, 948, 952 y 961 del C. C.

Se considera

De nuevo el recurrente plantea los puntos que fueron tratados a espacio al examinar los cargos propuestos en los numerales anteriores.

Es verdad que el doctor Ezpeleta remató los bienes y que el acta de remate se inscribió a su favor en la correspondiente oficina de registro; pero no lo es menos que en el proceso se demostró que en tal acto el doctor Ezpeleta obró como mandatario y para la menor Leonor Isabel Trucco de Martínez.

En el caso en estudio, como ya se dijo, se estableció de una manera evidente que al obrar el doctor Ezpeleta adquiriendo en remate público unos bienes raíces y un usufructo en la sucesión de la señora Isabel Bossio de Mainero lo hizo para la menor Leonor Isabel.

Tal hecho se desprende de las actas o acuerdos de los herederos, tantas veces mencionados, y de una serie de indicios o pruebas circunstanciales, entre las cuales merece destacarse el pago de honorarios, por dichas gestiones, efectuado al doctor Ezpeleta, más de diez y ocho recibos en que el mismo abogado declara haber percibido el pago de arrendamientos de los bienes que su cónyuge y herederos intentan reivindicar, haciendo constar que recibía tal renta en nombre y representación de la menor Leonor Isabel o en nombre de su curador Pedro Trucco.

Pruebas éstas que no fueron, por otra parte, acusadas por la apreciación en el recurso.

Todo lo anterior llevó al Tribunal al pleno convencimiento de que en el remate aludido el doctor Ezpeleta no remató para sí; que no era, pues, dueño de los bienes que su esposa y herederos pretenden reivindicar; que el remate se hizo obrando Ezpeleta para la menor Leonor Isabel, como se declaró en la sentencia, al fallar la petición de mutua roconvención.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 31 de enero de 1945, dictada por el Tribunal de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Esther Herrera v. de Ezpeleta y otros contra Leonor Isabel Trucco de Martínez.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PRINCIPAL DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y REIVINDICACION.—RECONVENCION PETITORIA DE SANEAMIENTO DE UNA COMPRAVENTA, ETC. DOCTRINA JURIDICA SOBRE CONFESION—LA RECONVENCION EN DERECHO

1.—La confesión, según lo determina el artículo 604 del Código Judicial, debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho; la prueba siempre concierne al hecho que es la materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al Juez a quien corresponde esclarecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas. La simple opinión sobre un fenómeno jurídico en manera alguna configura el de la confesión, pues las expresiones en juicio de las ideas que a cada litigante se le susciten en el complicado y abstracto mundo de las realizaciones jurídicas no son manifestaciones sobre hechos, sino respecto de conceptos personales que sólo tienen realidad legal en boca del juzgador. No confiesan las partes al alegar lo que creen su derecho, como tampoco quienes emiten cualesquiera opiniones en juicio o fuera de él; no confiesan extrajudicialmente los tratadistas ni los doctrinantes, ni siquiera quienes en instrumento destinado a servir de prueba emplean denominaciones jurídicas, o señalan acertada o erróneamente el sentido en que obrará la voluntad de la ley ante tales o cuales estipulaciones. Si ello no fuera así quedaría la organización del derecho privado al arbitrio de las partes que contratan o que litigan: bastaría que señalaran el radio de actividad y los efectos de sus declaraciones para que crearan un estatuto EXTRA LEGEM de aplicación exclusiva en su caso concreto.

2.—La acción de reconvención, según Escriche, es aquella "con la cual se pide contra la misma persona que pedía"; Chiovenda en los "Principios de Derecho Procesal Civil", dice que es "la desarrollada contra quien conviene a otro en juicio"; la misma noción traen de la actividad reconventora todos los tratadistas de derecho procesal. La reconvención se presenta, pues, como una acción contra el actor, y esa calidad se destaca en el proceso histórico del instituto; en el derecho germánico antiguo se le admitía con amplitud tal que el sólo hecho de que alguien asumiera el papel de demandante era bastante a que cualquiera lo contrademandara; el derecho canónico le restringió el ámbito de ejercicio, situando la reconvención precisamente en manos del demandado; las legislaciones modernas han exigido, además, limitando aún el uso de esta acción, ciertos vínculos de conexión entre las materias que se proponen en la demanda principal y en la de reconvención.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Los antecedentes de este pleito, como se relatan en la demanda, son a saber: Gumersindo Villa y Aurora Giraldo contrajeron matrimonio el día 27 de enero de 1913; varios años más tarde, en 1919, el cónyuge Villa adquirió de Fernando Gallo, a título de compra-venta, un inmueble cuya determinación se contiene en el segundo de los hechos que se narran en el libelo; durante el año de 1937 el marido vendió el mismo bien raíz a Ramón Castaño por la cantidad de cuatro mil pesos recibiendo parte del precio, y dejando el resto en manos del comprador para que éste extinguiera un gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble; el comprador Castaño sabía al tiempo de celebrar el contrato, que su causante estaba unido en matrimonio y que el bien

raíz de que se trata no le pertenecía, sino que formaba parte de los haberes de la sociedad conyugal; Castaño, en consecuencia, poseedor material del inmueble, comenzó a poseerlo de mala fe.

Sobre estos fundamentos de hecho la cónyuge Aurora Giraldo demandó el 1º de octubre de 1940 ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia a su marido Gumersindo Villa y al causahabiente de éste Ramón Castaño, para obtener, previo el trámite de un juicio ordinario, las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que carece de valor legal el contrato de compra-venta celebrado entre los señores Gumersindo Villa y Ramón Castaño, de que ha estado haciendo fe la escritura número 79, del 26 de enero de 1937 otorgada en la Notaría primera de esta ciudad.

"En subsidio, que la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de los señores Gumersindo Villa y Aurora Giraldo, es dueña del inmueble de la situación y linderos transcritos en el numeral (2º) segundo del presente escrito de demanda.

"b) Que se mande cancelar el registro de la escritura antes citada, verificado en Armenia, el día cinco de febrero de 1937, en el libro número 1º, del Tomo 1º, al folio 63 y bajo la partida número 226.

"c) Que se condene al señor Ramón Castaño a restituír a la señora Aurora Giraldo, para la sociedad conyugal ilíquida de la misma con el señor Gumersindo Villa, o a dicha sociedad, el inmueble de la situación y linderos transcritos en el numeral (2º) del presente escrito de demanda, y que debe hacer dicha restitución libre de todo gravamen distinto del que se dice constar en la escritura número 64 del 19 de enero de 1937, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad de Armenia.

"d) Que se condene al señor Ramón Castaño a pagar a la señora Aurora Giraldo, para la sociedad conyugal antes mencionada, o a ésta, frutos naturales y civiles producidos o podidos producir, por el inmueble de cuya restitución se trata, desde que ha tenido dicho inmueble en su poder hasta que verifique la entrega, según avalúo pericial.

"e) Que se condene a los señores Ramón Castaño y Gumersindo Villa a pagar a la señora Aurora Giraldo, para la sociedad conyugal ilíquida premencionada, o a ésta, perjuicios, por razón del contrato de venta de cosa ajena de que se trata, cuya cuantía se determinará por peritos.

"f) Que se condene a los señores Ramón Castaño y Gumersindo Villa a pagar a la señora Aurora Giraldo las costas judiciales que se causen si se oponen a la demanda".

Notificado el libelo a Ramón Castaño éste propuso excepciones dilatorias que no prosperaron, contestó la demanda aceptando algunos hechos y negando otros, y proponiendo las excepciones de petición antes de tiempo y de modo indebido; también hizo uso el demandado del derecho de reconvenir en el sentido que se expondrá en seguida:

Los hechos fundamentales de la demanda son, en síntesis: que Ramón Castaño compró a los cónyuges Villa-Giraldo el inmueble materia de la controversia principal, aunque sólo el marido otorgó la escritura correspondiente, pero con la venia y con instrucciones de su mujer; que el precio pagado por el reconventor fue empleado por los cónyuges en adquirir otro inmueble; que es costumbre de la pareja Villa-Giraldo que sólo uno de ellos otorgue los instrumentos de disposición de bienes de la sociedad conyugal para luego demandar al adquiriente, afirmación que el contrademandante ilustra con un antecedente.

Sobre estos hechos Benjamín Castaño demanda en reconvención a Aurora Giraldo de Villa y a Saturnino Villa, a fin de que en la misma sentencia que puso fin al juicio principal se hagan las siguientes declaraciones:

"a) **Que la sociedad conyugal** formada por los esposos Aurora Giraldo y Gumersindo Villa **está obligada a sanear** el contrato de compra-venta legalizado por medio de la escritura número 79 de 26 de enero de 1937 de la Notaría primera de esta ciudad, inmueble determinado en el numeral 2º de los hechos de la demanda principal incoada por la demandante señora Aurora Giraldo, situado en esta ciudad y alinderado: "Por el frente, con la calle pública; por el costado de abajo, con propiedad de Sebastián Arias; por el otro costado, con solar de la mortuoria de Lisandro Grisales; y por el centro, con propiedad de Deogracias Vásquez".

"b) Subsidiariamente, **que Gumersindo Villa y Aurora Giraldo,** solidariamente, están obligados al saneamiento del contrato de compra-venta en referencia.

"c) Si la anterior petición no fuere proceden-

te, subsidiariamente pido se declare, **que Gumersindo Villa** debe sanear en (sic) mencionado contrato de compra-venta".

"En consecuencia, que se hagan estas declaratorias:

"d) Que la sociedad conyugal nombrada y formada por los expresados señores Villa y Giraldo, está en la obligación de devolver a mi mandante Ramón Castaño en el término que fije la sentencia, los cuatro mil pesos ($ 4.000) que recibieron por el inmueble los demandados, juntamente con los intereses legales desde la fecha del contrato hasta el día en que sea devuelto el capital.

"e) Subsidiariamente, que los esposos Villa y Giraldo solidariamente, están en el deber de pagarle a mi poderdante los cuatro mil pesos valor del mencionado contrato y los intereses legales desde la fecha de la escritura de compra-venta, o más propiamente, devolverle los cuatro mil pesos y pagarle los intereses, en el término que fijó el fallo;

"f) En forma subsidiaria, pido que el demandado Gumersindo Villa sea condenado a devolver a mi mandante los cuatro mil pesos valor del contrato de compra-venta en mención, más los intereses a la rata legal desde la fecha de la escritura hasta que le sea entregado el capital;

"g) Que los demandados sean condenados al pago de los perjuicios ocasionados si llegase a prosperar la demanda principal, valor que se determinará en el curso del juicio".

Agotado el trámite de la primera instancia el Juzgado le puso fin mediante sentencia fechada el 25 de febrero de 1943, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"1º—Declárase no probadas las excepciones propuestas por el señor Ramón Castaño, para este juicio ordinario seguido contra él y el señor Gumersindo Villa por la señora Aurora Giraldo en nombre y representación de la sociedad conyugal ilíquida formada por ella y el citado Villa.

"2º—Declárase que el inmueble especificado en el hecho segundo de la demanda instaurada en la forma de que se ha dado razón en el numeral que antecede, inmueble que por medio de la escritura pública número 79 de enero 26 de 1937, de la Notaría primera del Circuito de Armenia, registrada en febrero 5 del mismo año, fuera vendido por el señor Gumersindo Villa al señor Ramón Castaño, pertenece a la sociedad conyugal ilíquida formada por el mencionado Villa y la señora Aurora Giraldo desde el 27 de enero de 1913, pertenencia que se funda en la escritura pública número 1856 de diciembre 18 de 1919, de la Notaría Pública de este Circuito.

"3º—Condénase al señor Ramón Castaño a restituír a la sociedad conyugal ilíquida supracitada, la que en este pleito se halla representada por la señora Aurora Giraldo o Aurora de Villa, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble singularizado en el hecho segundo de la demanda principal.

'Parágrafo.—Esta restitución se hará libre de gravámenes distintos al determinado en la escritura pública número 64 de enero 19 de 1937, de la Notaría primera de esta ciudad.

"4º—Ordénase la cancelación del registro de la escritura pública número 79 de enero 26 de 1937, de la Notaría primera de este Circuito, otorgada por los señores Gumersindo Villa y Ramón Castaño. Líbrese el oficio respectivo.

"5º—El señor Ramón Castaño pagará a la sociedad conyugal ilíquida Villa-Giraldo, representada en este juicio en la forma dicha, los frutos naturales y civiles del inmueble a que se refieren los numerales 2º y 3º de esta resolutiva a partir del 1ß de marzo de 1941. El valor de estos frutos se determinará mediante el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial y para el caso se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 964, incisos 3º y 4º, del C. Civil.

"6º—La sociedad conyugal Villa-Giraldo, representada por la señora Aurora Giraldo o Aurora de Villa, pagará al señor Ramón Castaño la suma de cuatro mil quinientos pesos m. c. ($ 4.500) por razón de mejoras útiles hechas por éste en el inmueble a que se refiere la acción de dominio instaurada.

"Parágrafo.—La restitución ordenada en el numeral 3º quedará condicionada al pago de la preindicada suma y para seguridad del mejorista se le concede la retención de aquel inmueble hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción.

"7º—En relación con la demanda de reconvención declárase probada la excepción de 'petición de modo indebido'.

"8º—No se accede a la declaratoria de las otras súplicas de la demanda principal.

"9º—Previa ejecutoria de esta providencia compúlsese copia de las principales piezas del juicio

y remítase al señor Juez Penal de este Circuito, para que por su autoridad se investigue la responsabilidad delictual del señor Gumersindo Villa por razón de lo dispuesto en el artículo 409 del C. Penal.

"10º—Sin costas".

El fallo acusado

De la sentencia de primer grado apelaron ambas partes; surtida la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira desató la controversia en fallo del 26 de marzo de 1945, por medio del cual se confirmó en todas sus partes el proferido por el Juzgado, solución recurrida en casación por demandantes y demandados.

El Tribunal para proveer como lo hizo se fundó en las doctrinas expuestas por la Corte en relación con la Ley 28 de 1932 de cuya aplicación concluyó la prosperidad de la acción, y para el efecto de las prestaciones mutuas, que Castaño no es poseedor de mala fe, y, en segundo término, en que a su juicio el dicho demandado logró demostrar haber efectuado mejoras en el inmueble materia del litigio, cuyo valor debe serle restituído, para garantía de lo cual se le otorgó derecho de retención. En cuanto a la contra-demanda declaró probada la excepción de petición de modo indebido. Las decisiones relativas a la demanda principal las adoptó en conformidad con lo expuesto por el Juez en el proveído final de la primera instancia, y calló sobre las razones que lo movieron a confirmar la resolución impartida a la gestión reconventora.

El recurso de la parte demandante

Aurora Giraldo de Villa invoca ante la Corte, para que ésta case la sentencia del Tribunal, las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial por ser "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, proveniente de omisión de apreciación y de falta de apreciación de pruebas, habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho en la interpretación de la demanda y de las pruebas que se mencionarán; error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, como fundamento del error de derecho que se alega. Y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

El recurso milita contra la decisión judicial que estimó a Ramón Castaño como poseedor de buena fe, y le reconoció el valor de las mejoras efectuadas en el inmueble; con esta finalidad concreta el desarollo de los cargos es el siguiente:

Primero.—El Tribunal, según el recurrente, al considerar a Castaño poseedor de buena fe olvidó las respuestas dadas por su apoderado a los hechos segundo y sexto de la demanda, incurriendo así en error de hecho que lo condujo a transgredir los artículos 606 y 607 del Código Judicial relativos a la confesión por medio de apoderado, y los artículos 964, 965, 966 y 790 del Código Civil.

Los fundamentos de este cargo, expuestos en varios apartes de la demanda de casación son, a saber:

En el hecho segundo del libelo inicial del juicio se afirma que Gumersindo Villa no adquirió para sí sino para la sociedad conyugal formada por su matrimonio con la demandante, sociedad que aún permanece ilíquida; tal hecho fue respondido afirmativamente por el demandado con la sola salvedad de su ignorancia sobre si la sociedad está o no liquidada.

En el hecho sexto del mismo libelo original del juicio se afirman la posesión inscrita del demandado sobre el bien raíz materia de la controversia por razón de la compra que hizo sin el concurso de la demandante "sabiendo o debiendo saber que sin ese concurso de la cónyuge, señora Giraldo, el señor Villa haría venta de cosa ajena".

A este hecho se respondió así:

"Ya se dijo que mi mandante (habla el apoderado) ignoraba el requisito del concurso de la mujer en la escritura, y se negó, como se niega, que el señor Villa fuera el negociador del inmueble, pues su intervención se limitó al otorgamiento de la escritura por mandato de su esposa".

De estas dos respuestas concluye el recurrente que el demandado confesó haber tenido conocimiento de que el bien que compraba no era del vendedor, sino de la sociedad conyugal; que, por tanto, no pudo adquirir con la persuasión de obtener la tradición de la cosa por parte de quien tenía la facultad de enajenarla, lo cual impide que se le repute como poseedor regular conforme a los artículos 764 y 766 del Código Civil; que por razón del error en que incurrió el Tribunal al no tener en cuenta las respuestas dichas condenó al demandado como poseedor de buena fe, lo cual lo condujo a violar los preceptos sobre prestacio-

nes mutuas contenidos en los artículos 964 y 966 del Código Civil, y el artículo 790 ibídem.

Se considera:

Yerra el recurrente al considerar las respuestas que el demandado dio a los hechos segundo y sexto de la demanda como confesiones judiciales, en tanto ellas encierran conceptos sobre adquisición del inmueble por la sociedad conyugal, respecto de necesaria comparecencia de la cónyuge en el acto dispositivo del mismo bien, y la posible venta de cosa ajena en que incurriera Castaño al enajenar sin el concurso de su mujer lo adquirido durante el matrimonio; en efecto:

La confesión, según lo determina el artículo 604 del Código Judicial, debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho; la prueba siempre concierne al hecho que es la materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la Ley que el hecho pueda determinar. Es al Juez a quien corresponde esclarecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas.

Cuando Castaño contestaba, por boca de su apoderado, que tenía conocimiento de que su causante Villa había adquirido el inmueble para la sociedad conyugal, apenas expresaba un concepto personal suyo sobre la repercusión patrimonial que el acto de Gumersindo Villa había podido proyectar sobre los haberes de la dicha sociedad; esta simple opinión sobre un fenómeno jurídico en caso alguno configura el de la confesión, pues las expresiones en juicio de las ideas que a cada litigante se le susciten en el complicado y abstracto mundo de las realizaciones jurídicas, no son manifestaciones sobre hechos sino respecto de conceptos personales que sólo tienen realidad legal en boca del juzgador. No confiesan las partes al alegar lo que creen su derecho como tampoco quienes emiten cualesquiera opiniones en juicio o fuera de él; no confiesan extrajudicialmente los tratadistas ni los doctrinantes, ni siquiera quienes en instrumento destinado a servir de prueba emplean denominaciones jurídicas, o señalan acertada o erróneamente el sentido en que obrará la voluntad de la ley ante tales o cuales estipulaciones. Si ello no fuera así quedaría la organización del derecho privado al arbitrio de las partes que contratan o que litigan: bastaría que señalaran el radio de actividad y los efectos de sus declaraciones para que crearan un estatuto **extra legem** de aplicación exclusiva en su caso concreto.

De esta suerte está fuera de toda oportunidad hablar de confesión ante expresiones tales como las comentadas, y, con mayor razón, tachar lo decidido por el Tribunal de evidentemente errado en tanto no reconoció a aquéllas el valor legal de que carecían; la presunción de buena fe no quedó destruída, y no se violó en forma alguna la ley al aplicarla al caso del demandado.

Estas observaciones son bastantes a rechazar el cargo.

Segundo.—Acusa el recurrente la sentencia por error de hecho en la apreciación de las respuestas que dio el demandado a la pregunta cuarta del interrogatorio en posiciones que absolvió durante el trámite del juicio, error que, en su sentir, lo condujo a vulnerar los preceptos sobre confesión contenidos en los artículos 604 y 605 del Código Judicial, y, consecuencialmente, el quebranto "de las disposiciones sustantivas ya citadas", o sean los artículos 964, 965, 966 y 790 del Código Civil.

La pregunta formulada por la parte actora al demandado es del tenor siguiente: "¿Es cierto que usted ha sabido que el inmueble o casa comprada por Gumersindo Villa, lo había adquirido la sociedad conyugal mencionada en cabeza de dicho Villa por compra a Fernando Calle hecha según escritura número 1858 de la Notaría 1ª de Armenia, de fecha 18 de diciembre de 1919?"; a este interrogante contestó el absolvente: "Es cierto".

Lo afirmado así no puede reputarse como confesión de los fenómenos jurídicos operados dentro del régimen patrimonial interno de la sociedad conyugal Villa-Giraldo, por las razones que ya se expusieron a propósito de expresiones relativas a circunstancias semejantes consignadas en la respuesta de la demanda. Villa reconoce haber tenido conocimiento de una noción jurídica, pero esa manifestación no hace fe contra él porque el debate probatorio no tiene como tema principios, reglas o concepciones de derecho sino hechos cuya proyección sobre la ley, corresponde fijar a los funcionarios de la rama jurisdiccional.

No hubo, pues, error de hecho por no tratarse de la prueba de confesión sobre la cual se pre-

tende el yerro, y, por ello, se desecha también este cargo.

Tercero.—El recurrente estima que el Tribunal erró de hecho y de derecho al tener como probadas las mejoras que el demandado afirma haber practicado, con los testimonios de Tobías Gaviria y de José Mora, y cuyo valor consideró demostrado con el dictamen de los peritos que concurrieron a la diligencia de inspección ocular llevada a término el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno; considera también el recurrente que de esos errores surgió la violación de los artículos 697, 716, 721 y 730 del Código Judicial, lo cual condujo al quebranto de "las disposiciones sustantivas arriba citadas, o sean los artículos 964, 965, 966 y 790 del Código Civil, a los cuales se alude en los cargos que se dejan examinados.

Se considera:

Contra la apreciación judicial de los relatos testimoniales rendidos por Tobías Gaviria y José Mora no se ensaya argumentación alguna; quien se queja del error en su apreciación recuerda algunos preceptos normativos de la eficacia de la prueba testifical sin mostrar cómo se quebraron ellos en manos del Tribunal al conceder poder de convicción a las declaraciones de los nombrados testigos; por tanto, se carece de base para estudiar el desarrollo del cargo en cuanto a la violación de la ley desde el punto de vista de esas declaraciones, o sea, en cuanto ellas demuestran, en sentir del juzgador de segundo grado, la ejecución de ciertas y determinadas mejoras por parte del demandado, lo cual se sucedió, según los testigos, en 1937, es decir, antes de ser notificada la demanda con que se inició este litigio.

No ocurre lo mismo con lo apreciado por el Tribunal en relación con la prueba del valor de tales mejoras, ya que compartió los conceptos del Juez según el cual el dictamen de los peritos avaluadores hace plena prueba. El recurrente con razón advierte que dicho trabajo carece de todo fundamento, lo cual es visible a su simple lectura; los expertos se limitaron a dar cifras de avaluación sin explicarlas, sin intentar siquiera algún razonamiento que comunicara a sus conclusiones la apariencia de ser la culminación de un juicio lógico basado en el conocimiento de alguna ciencia o arte.

Erró evidentemente el Tribunal al tener como plena prueba un dictamen de expertos que de tal apenas tiene el nombre, con quebranto de los artículos 716 y 721 del Código Judicial; el primero detalla la manera como debe expresarse la opinión del perito, y el segundo confiere el pleno valor probatorio al dictamen uniforme, explicado y debidamente fundado de dos de ellos.

Este error de derecho condujo a la aplicación indebida del artículo 966 del Código Civil según el cual deben abonársele al poseedor de buena fe vencido las mejoras útiles, pero es claro que tal abono para que realmente lo sea debe equivaler al valor de aquéllas, de tal suerte que, cuando se decreta judicialmente en cifra numérica, si ésta no es el producto de una demostración adecuada, no puede hablarse precisamente de abono y se aplica en forma indebida al artículo 966 del Código Civil.

Todo el texto de este precepto está indicando cómo la exactitud del justiprecio es elemento sustancial del derecho del poseedor vencido, y de la obligación correlativa, ora cuando se refiere al reembolso del valor de las mejoras, ora al determinar el concepto de la mejora útil que tiene como punto de partida la cifra expresiva del valor venal de la cosa, ya cuando otorga una facultad de elección entre el pago "de lo que valgan" las mejoras, a la solución del aumento de precio de la cosa en virtud de aquéllas.

En el caso de autos el Tribunal obró conforme a derecho al tener por demostradas las mejoras, y al ordenar su abono al demandado, pero erró en la determinación de su cuantía, como se deja visto, por lo cual el cargo que se examina debe prosperar en esa misma medida.

Cuarto.—Por último el recurrente acusa la sentencia en cuanto previene la remisión de copias de lo conducente al Juez en lo penal para que éste investigue la posible responsabilidad en que incurrió Gumersindo Villa al celebrar el contrato de compra-venta con el demandado, en presencia de lo dispuesto por el artículo 409 del Código Penal; el cargo se funda en violación directa y en aplicación indebida, causada por error de derecho al apreciar pruebas que no se mencionan, de los artículos 63, 1515 y 1516 del Código Civil.

No es menester verificar los fundamentos que se asignan al cargo pues éste no es de recibo porque la materia sobre la cual versa no es objeto de la controversia entre las partes. Desde otro punto de vista, si el Juez considera que es su deber individual llevar al conocimiento del brazo penal

de la jurisdicción determinado hecho, su decisión no puede estar sometida a recurso alguno por ser hija de un movimiento de la conciencia personal; nadie podría revisar en otro grado del procedimiento esa actuación porque si para ello se pretendiera obrar sobre las normas legales que determinen las características de un hecho delictuoso en orden a saber si se ha incurrido o no en las previsiones de la ley represiva, se anticiparía el examen jurídico que coresponde al Juez del crimen, y que no es dable al Juez civil por no estar incluído dentro de sus atribuciones; y si para la revisión se hace caso omiso de la ley, procurando evitar la falla que se deja expuesta, y se obra sólo a base de persuasión personal, ya se sabe que la jurisdicción sólo versa sobre fenómenos objetivos, y no puede extenderse a consideraciones que impulsen a obrar en conciencia en determinado sentido.

Por ello, talvez, en el caso concreto el Tribunal se abstuvo de considerar en la sentencia recurrida esa decisión del Juez inferior, no siendo viable cargo alguno contra lo que no se contiene ni podría contenerse en los aspectos expositivos de aquélla.

No procede, en consecuencia, el cargo.

Quinto.—Sobre el cargo anunciado por el recurrente con base en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, se observa que en la demanda de casación no se pretendió siquiera asignarle algún fundamento; por lo cual escapa al estudio de la Corte.

La sentencia de instancia

Debiendo casarse parcialmente el fallo proferido por el Tribunal en cuanto confirmó la condena al pago de cantidad líquida como abono de las mejoras efectuadas por el demandado, para reemplazar esa decisión, y con base en las razones que se dejaron vistas al examinar el cargo respectivo, la Corte debe reformar lo decidido por el Juez al respecto, y, en su lugar, manteniendo el reconocimiento del abono decretado **in genere** para que se liquide conforme al procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

El recurso del demandado

Ramón Castaño acusa el fallo proferido por el Tribunal en esta controversia por tres motivos, de los cuales los dos primeros se estudiarán conjuntamente por serles común el razonamiento de la Sala para no admitirlos.

Es el primero la transgresión de los artículos 1894, 1895 y 1904 del Código Civil, y de los artículos 742 y 209 del Código Judicial por haberlos dejado de aplicar como consecuencia de error de hecho en la apreciación de la contrademanda; el segundo descansa en el quebranto de los artículos 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 como consecuencia de haber pretermitido la valoración legal asignada a varias declaraciones de testigos por los artículos 604, 605, 608, 696, 697, 662 y 665 del Código Judicial.

Se considera:

La sentencia de primer grado declaró probado, respecto de la demanda de reconvención, el medio exceptivo que en ella se denominó "petición de modo indebido", y expresó como fundamento de ese dictado la circunstancia de no ser amisible tal libelo por no ir propuesto sólo contra la demandante Aurora Giraldo de Villa sino también contra Gumersindo Villa, litis consorte del reconventor Ramón Castaño.

El Tribunal en la parte expositiva del fallo recurrido apenas menciona la contrademanda, al historiar el proceso, sin expresar al menos su conformidad con las razones del inferior, cuyo fallo confirmó en todas sus partes. Sin duda es irregular la actuación del Tribunal pues al mantener en silencio los motivos que lo llevaron a confirmar lo decidido en la primera instancia sobre la demanda de reconvención vulneró el sabio precepto constitucional que imperativamente dispone "toda sentencia debe ser motivada".

Ante esta deplorable omisión del sentenciador en el segundo grado, debe reputarse que su fallo confirmatorio se origina en la identidad de sus puntos de vista con los del Juez, de tal suerte que es a éstos últimos a los que se referirá la Corte.

La acción de reconvención, según Escriche es aquella "con la cual se pide contra la misma persona que pedía"; Chiovenda en los "Principios de Derecho Procesal Civil" dice que es "la desarrollada contra quien reconviene a otro en juicio"; la misma noción traen de la actividad reconventora todos los tratadistas de derecho procesal. La reconvención se presenta, pues, como una acción contra el actor, y esa calidad se destaca en el proceso histórico del instituto: en el derecho germánico antiguo se le admitía con amplitud tal que el solo hecho de que alguien asumiera el pa-

pel de demandante era bastante a que cualquiera lo contrademandara; el derecho canónico le restringió el ámbito de ejercicio, situando la reconvención precisamente en manos del demandado; las legislaciones modernas han exigido además, limitando aún el uso de esta acción, ciertos vínculos de conexión entre las materias que se proponen en la demanda principal y en la de reconvención.

De estas breves observaciones se deduce que para el estudio de la demanda propuesta por Ramón Castaño debe, en primer término, tenerse en cuenta que va dirigida no sólo contra el actor, sino también contra Gumersindo Villa, y que no es posible estudiarla apenas en relación con el primero porque se dividiría la continencia de la causa.

El litis consorcio constituído por la demanda de Aurora Giraldo entre los demandados por ésta, Gumersindo Villa su cónyuge, y Ramón Castaño, creó entre los últimos un vínculo que sin arrebatarles la autonomía personal en el juicio, les ata hasta el punto de formar ambos una sola parte. Si bien la noción que de parte da el artículo 202 del Código Judicial, se resiente de falta de técnica, es lo cierto que ella encierra las características fundamentales de lo que procesalmente se denomina parte: quienes reclaman una actuación de la ley, o aquellos contra los cuales se demanda. La parte demandada sostiene en el juicio una pretensión común a los dos litisconsortes que es la oposición a la prosperidad de las súplicas del actor; no importa que el interés jurídico individual de quienes forman esa parte sea diferente y aun contrario, lo que interesa es su posición objetiva de opositores al actor para poderlos llamar "parte demandada" y como a tales darles los tratamientos procesales correspondientes.

La reconvención es admisible, como queda visto, contra el demandante sin que sea posible desintegrar un litisconsorcio formado entre los sujetos pasivos de la relación procesal para reintegrarlo alterando sus términos personales en la parte actora que trabó el juicio formada por un solo sujeto; el lazo jurídico procesal establecido por la comunicación de la demanda principal se mantiene íntegro y autónomo a pesar de la reconvención, porque ésta da lugar a un pleito conjunto pero independiente, sin que sea lícito a las partes utilizarla para cambiar su posición transformándose a voluntad suya, o transformando a sus litisconsortes, en demandantes o demandados sino mediante el establecimiento de otra relación procesal paralela en que los litigantes demandados reaccionan conservando sus calidades iniciales y en virtud precisamente de ellas; si así no fuera y si a más de las relaciones procesales surgidas por la demanda principal y por la contrademanda pudieran establecerse otras entre cada uno de los litisconsortes activos o pasivos, tal proceso civil de progresivo y ordenado desarrollo de una controversia degeneraría en una desconcertante acumulación de acciones unidas por medios imprevistos en la ley, y cuya solución se haría casi imposible en la sentencia.

El demandante reconventor en el caso de autos pretendió volver plural la parte que lo había demandado y que estaba constituída sólo por Aurora Giraldo; quiso que su litisconsorte en lugar de poder participar, como era obvio, en las pretensiones y desarrollo de la contrademanda tuviera que ser opositor a ella, y consecuencialmente contraparte de quien con él formó una misma parte, a término del artículo 202 del Código Judicial, circunstancias éstas que hacen inepta su gestión, y jurídico el rechazo que recibió del Juez, y luego del Tribunal.

No existe, pues, error alguno en la estimación de la demanda ni, por tanto, posible transgresión legal en él causada, como tampoco quebranto del artículo 209 del Código Judicial que no es aplicable sino a la acumulación de acciones practicadas en la demanda por una misma parte actora contra la misma demandada.

Los dos cargos enunciados al principio de este examen no son visibles porque ambos reposan en la posibilidad de que la demanda de reconvención fuera aceptable, el primero en orden a destruír la decisión jurisdiccional que declaró probada respecto de ella una excepción, y el segundo para que una vez roto este obstáculo se procediera a resolver el fondo del negocio propuesto por el reconventor.

El tercer cargo que éste último dirige contra el fallo recurrido no milita ya en relación con las súplicas del libelo de reconvención sino con lo decidido en la sentencia a propósito de la condena al pago de frutos naturales y civiles de la cosa reivindicada; se sostiene en la aplicación indebida dada al artículo 964 del Código Civil por errónea apreciación en las pruebas demostrativas de que Ramón Castaño reconstruyó a sus expensas gran parte del inmueble; el error reside, según el recurrente, en no haberse tenido en cuenta esa cir-

cunstancia, de lo cual deduce que podrá obligársele a pagar frutos de lo que él mismo construyó.

El cargo carece de todo fundamento, es apenas una presentación artificial del problema atinente a la liquidación de frutos: el fallo recurrido ordena que el valor de aquéllos se determinará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, precepto que abre paso a un litigio incidental, con término probatorio, dentro de cuyos límites cabe la controversia relativa al monto de los frutos civiles, y a si deben o no computarse en ellos los producidos por la parte nueva del inmueble refaccionado por Castaño. La sentencia no decide cosa alguna al respecto, y no podría la Corte fijar las bases del litigio incidental futuro en cuyo trámite hayan de resolverse estas cuestiones, asumiendo el papel de un juzgador de segunda instancia que excede los límites de la materia sujeta a su decisión.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha veintiseis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, en cuanto por ella se confirmó el numeral sexto de la dictada en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia con fecha veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, y REFORMA el mencionado numeral, el cual quedará así:

La sociedad conyugal Villa-Giraldo representada por la señora Aurora Giraldo de Villa pagará al señor Ramón Castaño por razón de las mejoras útiles hechas por éste en el inmueble a que se refiere la acción reivindicadora, la suma en que ellas se aprecien mediante el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial.

La sentencia recurrida queda vigente en todo lo demás que en ella se decide.

Sin costas por ser recurrentes ambas partes.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

1. — Según la doctrina que consagran el artículo 2341 y demás disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales de derecho procesal, es al demandante en la acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho delictuoso o culposo lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo.

2.—No basta la simple condición abstracta de acreedor alimentario en el demandante para que la muerte por accidente de su padre legítimo le cause un perjuicio actual y cierto, sino que se requiere además la demostración plena de que aquél recibía la asistencia a que por ese concepto le da derecho la ley, o que cuando menos se encontraba en situación tal que lo capacitara para demandarla y obtenerla. (Artículos 419, 420, 422 C. C.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veinte y seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo de demanda que fue repartido al Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, los señores Luis Vargas Castillo, María del Carmen Vargas de D'Alemán, Lucrecia Vargas de Ospina, todos mayores de edad, demandaron al Municipio de Bogotá para que por los trámites del juicio ordinario y en sentencia definitiva se declarase que el demandado, como dueño del Tranvía Municipal, es civilmente responsable de la muerte del señor Crisóstomo Vargas y para que se le condenase a pagar a los demandantes, como herederos legítimos del mismo señor Crisóstomo Vargas, las sumas de $ 6.000.00 y $ 9.000.00, por conceptos de perjuicios materiales y morales, respectivamente, causados por la muerte de aquél, o las sumas que por tales conceptos se pruebe durante el curso del juicio.

Como hechos fundamentales de esa demanda se señalaron los siguientes:

1º El señor Crisóstomo Vargas, fue atropellado por el tranvía eléctrico número noventa y uno (91), que prestaba servicio en el recorrido del Barrio de San Fernando al Barrio Ricaurte de esta ciudad, manejado por el motorista señor José María Leuro Méndez, más o menos a las seis y media de la tarde del día veintiseis de octubre de mil novecientos treinta y ocho, en la carrera veinticuatro (24), en la intersección de la calle sesenta y siete (67) de esta ciudad;

2º A consecuencia del atropello del carro del Tranvía descrito en el hecho anterior, que le produjo una fractura del cráneo, el señor Crisóstomo Vargas falleció, en el Hospital de San Juan de Dios de esta ciudad, el día 27 de octubre de 1938;

3º El atropello tuvo lugar en un sitio en que por la anchura de la vía y por lo recta de la misma, hay un gran campo de visibilidad, lo cual hace previsible cualquier accidente;

4º El accidente se produjo por negligencia, imprevisión, descuido, culpa, de un agente, empleado o dependiente del Tranvía Municipal y por tanto del Municipio de Bogotá;

5º En la fecha del accidente el señor José María Leuro Méndez, conductor del Tranvía, era empleado, agente o dependiente del Tranvía Municipal y por tanto del Municipio de Bogotá;

6º En el momento del accidente, el señor José María Leuro Méndez, empleado, agente o dependiente del Tranvía Municipal y por lo tanto del Municipio de Bogotá, conducía el carro número noventa y uno (91) de propiedad del Tranvía Mu-

nicipal, en el recorrido del Barrio de San Fernando al Barrio Ricaurte de esta ciudad;

7º El carro del Tranvía eléctrico, marcado con el número noventa y uno (91) atropelló y como consecuencia del atropello causó la muerte del señor Crisóstomo Vargas;

8º El Municipio de Bogotá es y era dueño a la fecha del accidente del servicio denominado Tranvía Municipal.

Surtido el trámite correspondiente a la primera instancia del juicio, el Juéz del conocimiento lo decidió en sentencia de 8 de mayo de 1944, por medio del cual absolvió al demandado de los cargos que se le habían formulado, sin costas.

Por recurso de apelación concedido a los demandantes subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que decidió la alzada mediante la sentencia de 28 de enero de 1946, que revocó la apelada y en su lugar resolvió lo siguiente:

"**Primero.**—Se declara que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable, como dueño de la Empresa del Tranvía Municipal, del accidente de circulación en que perdió la vida Crisóstomo Vargas, hecho que tuvo lugar el veintiseis (26) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938) en el sitio y circunstancias que se expresan en la parte motiva.

"**Segundo.**—Se CONDENA al Municipio de Bogotá, a indemnizar a los demandantes señores Luis Vargas Castillo, María del Carmen Vargas de D'Alemán y Lucrecia Vargas de Ospina, los perjuicios materiales y morales subjetivos, consecuenciales al fallecimiento de su padre Crisóstomo Vargas, así:

a) El monto líquido de los perjuicios materiales se fijará en la ejecución del presente fallo, con arreglo al artículo 553 del Código Judicial;

b) Se fija en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, el importe líquido de los perjuicios morales subjetivos a que tiene derecho cada uno de los tres demandantes.

"**Tercero.** — Sin costas en ninguna de las dos instancias".

Los capítulos 1º y 2º de la sentencia los dedicó el Tribunal a estudiar las pruebas del proceso relacionadas con el accidente, las circunstancias que lo rodearon y las consecuencias que de él se desprenden, llegando a las siguientes conclusiones que se compendian: que el carro del tranvía número 91, de propiedad del Municipio de Bogotá, conducido por el motorista Rafael Leuro Méndez, dependiente de la Empresa del Tranvía, atropelló e hirió al anciano Crisóstomo Vargas, a eso de las seis y media de la tarde del día 26 de octubre de 1938, en el sitio de intersección de la calle 67 con la carrera 24, al resbalar y caer Vargas "al lado de la carrilera en el instante mismo que el tranvía número 91 se acercaba ya a unos treinta metros del sitio donde se hallaba caído Vargas"; que según afirmaciones de los testigos presenciales del suceso "la velocidad del vehículo era excesiva, y el motorista Leuro Méndez conducía culpablemente el carro, pues en lugar de concentrar su atención a observar adelante de la vía, llevando una mano sobre la manivela del regulador y la otra sobre el freno, listo para cualquier parada repentina (arts. 114 y 115 del Reglamento), el aludido conductor accionaba distraídamente mirando hacia atrás a unas muchachas de apellido Rojas a las que saludaba con la mano"; que al llegar a la boca calle "tampoco dio el conductor la señal de alarma reglamentaria (artículo 109), ni moderó la velocidad del vehículo (artículo 154); que Vargas murió al día siguiente del suceso, siendo la causa única y determinante de su muerte las lesiones que le produjo el atropello; que en el punto en que afirman la demanda y los testigos presenciales se verificó el accidente; que el dictamen pericial practicado en el juicio determinó "de manera indubitable, la posibilidad en que estuvo el motorista del carro número 91 de ver el paso de Crisóstomo Vargas por la carrilera, adelante del tranvía, si hubiera observado a tiempo la vía"; que atendiendo a los fundamentos experimentales del dictamen pericial y a los datos de la inspección ocular se podía concluír "que, como el carro del Tranvía número 91 se acercaba a una distancia de unos 30 metros del lugar en donde cayó Vargas, en el momento de la caída, y el conductor gozaba de visibilidad completa sobre ese lugar, dicho conductor tuvo tiempo y espacio suficientes no solamente para detener el vehículo con una maniobra de emergencia sino también con una parada normal, si, como era su deber, hubiera conducido el vehículo observando atentamente la carrilera". De todo ello concluyó que debía imputársele al mencionado motorista "una culpa por omisión de evidente gravedad que determinó seguramente el accidente", lo cual, mediando esa culpa probada, no hacía "necesario fundar la culpabilidad directa del aludido motorista en la muerte por accidente de Crisóstomo Vargas en presunciones de ningún género".

El Capítulo 3º de la sentencia lo dedicó el Tribunal a estudiar la responsabilidad civil del Municipio de Bogotá por razón de los hechos a que se refieren los apartes antes sintetizados, y encontrando demostrado que la Empresa del Tranvía Municipal pertenece a la entidad demandada y que el inculpado Leuro Méndez ejercía el cargo de motorista del Tranvía en el día y la hora en que ocurrió el accidente, llegó a concluír, después de hacer un largo examen doctrinal y jurisprudencial del punto, que "la responsabilidad civil que se controvierte en el presente juicio es indirecta o mediata, en cuanto que los actos y omisiones culpables del conductor del tranvía número 91 que causaron el daño que se pretende indemnizar ahora no son directamente imputables a la persona moral demandada, aunque sí le son imputables en forma **indirecta**, o sea, a través del empleado o agente municipal que los ejecutó". De otro lado también encontró que mediaba una culpa inmediata y directa a cargo del demandado, "por mala elección y por falta de remoción oportuna del conductor Leuro Méndez", porque conociendo o debiendo haber conocido la deficiente hoja de servicios de dicho conductor, según lo exhiben los autos, no ha debido mantenerlo, como lo mantuvo, en tan delicado empleo.

En el Capítulo 4º de la sentencia se ocupó el Tribunal en el examen de las excepciones perentorias aducidas por el demandado, las cuales declaró infundadas.

Finalmente, en el Capítulo 5º del fallo examinó el sentenciador lo atinente a la existencia, naturaleza y magnitud del daño causado, y después de observar que la demanda "no indica bases de hecho tendientes a establecer el menoscabo patrimonial" que los herederos legítimos del accidentado hayan sufrido a consecuencia del accidente, dijo que no era posible poner en duda que la muerte de Vargas constituyó para él el mayor de los males, como es la privación definitiva de la vida temporal, y para los demandantes, sus hijos legítimos, determinó, por lo menos, la pérdida de su calidad legal de acreedores alimentarios, sufriendo con ello "un perjuicio material cierto cuya existencia escapa a toda discusión", aunque en el caso de autos "la avanzada edad de la víctima hace presumir una corta supervivencia y un escaso rendimiento económico". Para fijar el monto de la indemnización correspondiente, dispuso que se acudiera al procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J., ya que el proceso no suministra datos para fijar su importe ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Pasando luego a lo relacionado con el daño moral, observó que el expediente no suministra prueba alguna de que pueda inferirse siquiera la probabilidad de algún daño moral objetivado, por lo cual estimó del caso no imponer condena al Municipio por ese aspecto, y en lo relativo al daño moral subjetivo, consideró que su existencia es evidente, dado que la aflicción o sufrimiento de los hijos por la muerte trágica del padre es un hecho cierto y normal que dimana de la propia naturaleza humana, lo cual lo llevó, siguiendo la jurisprudencia de la Corte que sobre el particular transcribe, a asignar a cada uno de los demandantes, por razón de perjuicios morales subjetivos, la cantidad de dos mil pesos moneda corriente.

Contra esa sentencia se le concedió a la parte demandada recurso de casación, el que por estar debidamente tramitado se procede a decidir.

El recurrente formula a la sentencia tres cargos, los cuales se estudian en seguida invirtiendo el orden en que han sido propuestos, por imponerlo así elementales razones de método que se irán descubriendo a medida que se avance en el examen de ellos.

Apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., sostiene el recurrente en el tercero de sus cargos, que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar las pruebas que allí cita al dar por demostrada la culpa de los agentes del Municipio de Bogotá en la consumación del accidente, violando con ello los artículos 593, 697, 701, 702, 722, 723 y 730 del C. J., y los artículos 2341, 2342 y 2356 del C. C., por indebida aplicación al caso del pleito.

En la parte expositiva del cargo, el recurrente hace consistir, en resumen, el error de hecho de que se queja en que el Tribunal al apreciar las declaraciones de los testigos Siervo Guzmán, Campo Elías Briceño, Julio Pocateque y Mario Alberto Rincón Ruiz dice que los cuatro afirman que el vehículo viajaba a velocidad excesiva, cuando sólo los testigos Briceño y Rincón formulan el cargo de velocidad; en que cuando el Tribunal dedujo que el tranvía era conducido culpablemente por el motorista, por estar mirando hacia otro lado de la carrilera, pasó por alto la prueba de la inspección ocular que obra al folio 50 v. del cuaderno número 4, de la cual se deduce que es

inexacta la afirmación hecha por los testigos sobre que habían observado la actitud y movimientos del motorista, ya que el Juez hizo constar que estando la cortina corrida, no era posible definir los movimientos de aquél; en que el Tribunal afirmó que cuando Vargas cayó sobre la carrilera el tranvía venía a treinta metros de distancia, de donde dedujo que el motorista tuvo tiempo y espacio suficientes para detener el vehículo, cuando ninguno de los testigos ni tampoco los peritos afirman ese hecho. El error de derecho lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal aceptó o estimó pruebas sobre hechos no puntualizados en la demanda como generadores o determinantes de la culpa que el sentenciador dedujo con base en ellos.

La Sala considera:

El cargo es a todas luces ineficaz.

La sentencia recurrida hace derivar la responsabilidad civil que deduce al Municipio no sólo por imputarle culpa indirecta o mediata por razón de los actos y omisiones culpables del señor Leuro Méndez, conductor del tranvía número 91 y empleado como tal del Municipio, cumplidos con ocasión del accidente en que perdió la vida Crisóstomo Vargas, sino también por atribuírle a la entidad demandada culpa inmediata y directa, al mantener a aquél en tan delicado empleo, no debiendo mantenerlo, dada la deficiente hoja de servicios de dicho conductor, que conocía o debió haber conocido el Municipio. La acusación del recurrente trata de desvirtuar las bases de hecho que sustentan la primera conclusión del Tribunal, sin atacar en forma alguna la segunda, que también es soporte de la responsabilidad civil que ha sido imputada al Municipio, por lo cual aun cuando estuviera fundado el cargo, la sentencia no podía caer, porque la sustenta una consideración que no ha sido atacada en casación.

Además, el error de hecho de que se acusa al sentenciador ni tiene existencia ni tampoco es manifiesto. En efecto, si los cuatro testigos a que el cargo hace referencia no afirman todos que el vehículo viajaba a velocidad excesiva cuando se produjo el accidente, no es menos cierto que dos de ellos, los declarantes Briceño y Rincón sí deponen —como lo acepta el recurrente— sobre ese particular, y esas dos declaraciones son suficientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 697 del C. J., para probar eficazmente la aludida circunstancia. Y la inspección ocular que se cita, fuera de ser una prueba trasladada a este proceso civil, como que a él vino en copia de la practicada en la investigación penal que se adelantó con motivo de los mismos hechos que originan este pleito, aunque pudiera otorgársele ahora plena fe, a pesar de esa circunstancia, no infirma la exposición de los testigos, que hablan de que el conductor no viajaba atento a la vía sino mirando hacia otro lado, porque no está demostrado en autos en qué situación y lugar precisos se encontraban esos testigos presenciales del suceso ni si en realidad la cortina del tranvía estaba corrida en esos momentos, para que así pudiera saberse que no les fue posible a aquéllos presenciar los movimientos del tranviario. Cuanto a la deducción del Tribunal de que el tranvía número 91 se acercaba "a unos treinta metros del sitio en donde se hallaba caído Vargas", también encuentra respaldo probatorio en el testimonio de Julio Pacateque (fl. 78, cuaderno número 4), quien depone sobre el particular, y en los de Guzmán (fl. 37) y Briceño (fls. 34 v. y 44), de los cuales el primero habla sobre que el "motorista ha podido notar la presencia del accidentado a una distancia considerable", y el segundo dice que no se explica "cómo no lo vio a una distancia bastante para que hubiera parado el carro".

Si, pues, las pruebas del proceso no contrarían en manera alguna sino que, por el contrario, prestan suficiente respaldo a las conclusiones del sentenciador, bien se ve el error de hecho de que se queja el recurrente, que en todo caso debe aparecer de modo manifiesto en los autos, no ha podido darse.

El error de derecho que se alega se hace consistir en que el Tribunal aceptó pruebas, a las que otorgó pleno valor, relacionadas con hechos constitutivos de culpa, que como tales no fueron establecidos en la propia demanda, con lo cual sugiere o da a entender que dichas pruebas eran legalmente inadmisibles por no ceñirse al asunto materia de la controversia.

A este respecto es oportuno observar que si bien en la demanda no se concretó un hecho generador de una culpa específica, sí resulta evidente que en el cuarto de los hechos fundamentales el actor expresó que "el accidente se produjo por negligencia, imprevisión, descuido, culpa, de un agente, empleado o dependiente del Tranvía Municipal y por tanto del Municipio de Bogotá", por lo cual constituyendo —como constituyó— la culpa que allí se imputó al Municipio o a su empleado uno de los temas sobre que giró

la controversia, todas las pruebas encaminadas a justificar hechos de donde pudiera desprenderse alguna de esas circunstancias eran conducentes y por tanto admisibles. Y como las particularizadas por el recurrente fueron pedidas y practicadas dentro de los términos al efecto señalados, resulta claro que el sentenciador debía estimar, como estimó, el mérito de ellas, por fuerza de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial.

Se rechaza, por tanto, el cargo que se examina.

Invocando la causal 2ª del artículo 520 del C. J., sostiene el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y concreta en tres puntos las razones de su aserto, así:

a) En que las peticiones de la demanda fueron suplicadas en "favor de los demandantes" como herederos legítimos de Crisóstomo Vargas, es decir, como sucesores del causante, sin embargo de lo cual la sentencia ordena pagar las indemnizaciones a los demandantes, pero no en representación del causante, sino en el propio nombre de ellos, sobre lo cual dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"De manera que habiéndose demandado a favor de los actores como herederos, el Tribunal no podía interpretar la demanda en el sentido de que ella suplicaba a favor de los demandantes, personalmente. En esta parte el Tribunal cometió un error de hecho en la interpretación de la demanda que lo condujo a un error de derecho que lleva a la violación de los artículos 205, 471 y 593 del C. J. y 2341 del C. C. Consecuencialmente, la sentencia resultó sin consonancia con la demanda, incidiendo el Tribunal en la causal segunda del artículo 520 del C. J.".

b) En que la sentencia se apoya en pruebas que se refieren a hechos que no están incluídos en la demanda, como son los relativos a la culpa imputada al motorista, por lo cual dichas pruebas ni pueden aceptarse ni tienen valor, porque con ellas se colocaría al demandado en incapacidad de contraprobar sobre hechos desconocidos para él.

c) En que en la demanda no se incluyó ningún hecho referente a determinar la existencia y extensión de los perjuicios materiales demandados, ni se trajo prueba alguna demostrativa de ellos, sin embargo de lo cual la sentencia condena al pago de daños materiales y morales. De allí deduce que ésta está en desacuerdo con la demanda.

Se contesta:

a) Los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y las súplicas o peticiones de la misma no suministran en verdad un claro derrotero para poder concluír con seguridad si la acción se propuso para que se indemnice o pague a los demandantes los perjuicios causados al propio Crisóstomo Vargas, por razón de los hechos de que da cuenta la litis y de ser aquéllos sucesores de éste, o para que se repare a los actores los daños que personalmente les ocasionó la muerte de Vargas en las circunstancias trágicas de que dan cuenta los autos. Dentro de los términos latos en que están formuladas las súplicas y los hechos fundamentales caben ambas situaciones. Y en presencia de esta circunstancia y teniendo en cuenta que donde hay duda no cabe el error manifiesto, la Corte encuentra que no pudo ser de esa naturaleza el que se dice en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda en el último de los sentidos indicados, profiriendo como consecuencia una condena en favor de los actores en razón de perjuicios materiales y morales subjetivos que personalmente se les causaron.

b) y c) Dentro de la causal 2ª del artículo 520 del C. J. no son pertinentes alegaciones de la naturaleza de las que se consideran ahora, pues el motivo de incongruencia en dicho texto legal previsto es meramente formal, y la falta que lo determina sólo puede hallarse en la parte resolutiva y no en los fundamentos de la sentencia, cuyo examen legal es materia exclusiva del primero de los motivos de casación del artículo 520 citado. Y una simple comparación entre las declaraciones de la sentencia y los pedimentos de la demanda, todos los cuales arriba se copiaron, demuestra sin duda alguna que no existe incongruencia sino conformidad entre unas y otros.

No prospera el cargo.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., dice el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente las pruebas relativas al perjuicio material sufrido por los actores, pues sin aparecer en los autos ninguna que tienda a demostrar la existencia de aquél, lo dio por acreditado, incurriendo, con ello, en error de hecho manifiesto y quebrantando indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 2341 del C. C. Advierte luego que el sentenciador pronunció condena por perjuicios materiales ocasionados personal y directamente a los demandantes, y no por perjuicios de la misma índole causados al señor Crisóstomo

Vargas, y luego se refiere a todas las pruebas traídas al proceso para demostrar que ninguna tiene relación con el perjuicio material que personalmente se dice sufrido por los demandantes. Se contrae después a criticar los considerandos del fallo acusado sobre el punto en cuestión, deteniéndose especialmente sobre aquel en que el Tribunal sostiene que para los actores en este juicio, hijos legítimos de Crisóstomo Vargas, la muerte de éste constituyó "un perjuicio material cierto cuya existencia escapa a toda discusión", porque por lo menos les hizo perder su calidad legal de acreedores alimentarios, y al respecto dice:

"Para que un hijo sufra perjuicio material por la muerte del padre, en razón de su calidad legal de acreedor alimentario, es necesario demostrar que el padre tenía la posibilidad o capacidad económica de atender a la alimentación del hijo. El hijo es ciertamente acreedor alimentario del padre; pero si, de hecho, el padre no tiene bienes de ninguna naturaleza, ni trabaja ni tiene renta alguna ni puede, por consiguiente, atender en forma alguna a esa obligación alimentaria, el hijo no sufre menoscabo material alguno al perder —con la muerte del padre— su calidad de alimentario legal".

Añade, finalmente, que en este proceso lo que se echa de menos es la prueba de la existencia misma del perjuicio material, sin la cual la conclusión legal no era la de condenar en abstracto sino la de absolver al Municipio de Bogotá, en razón de los daños materiales cuya indemnización se ha demandado.

Se considera:

Según la doctrina que consagran el artículo 2341 y demás disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehacientemente establecido no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales de derecho procesal, es al demandante en la acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho delictuoso o culposo lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo.

Sentados esos principios que la jurisprudencia y la doctrina aceptan como inconcusos, es de advertir que la sentencia recurrida ha condenado al Municipio de Bogotá a indemnizarle a los demandantes los perjuicios materiales que personalmente les ha ocasionado el hecho culposo en que se fundamenta la controversia, y que como base para proferir esa condena el sentenciador ha considerado que los actores han sufrido "un perjuicio material cierto cuya existencia escapa a toda discusión", por el hecho de haber perdido, con ocasión de la muerte de su padre legítimo, su calidad legal de acreedores alimentarios; pero la Corte estima que para que se admita que los demandantes, que son todos mayores de edad, han sufrido una lesión patrimonial actual y cierta por el hecho de la muerte de su padre legítimo, no es suficiente alegar y establecer solamente que les pudiera asistir la calidad abstracta de acreedores alimenticios, pues para ello se necesitaba además la demostración plena de que el difunto subvenía a sus necesidades o que cuando menos ellos requerían su asistencia y que aquél se encontraba en capacidad de satisfacerla. Sólo así el daño tendría la certidumbre que la ley exige como condición indispensable para que sea posible ordenar su reparación. De lo contrario no. Porque bien puede ocurrir que el hijo legítimo, aunque acreedor alimentario conforme a la ley, siendo mayor de edad no esté en necesidad de la asistencia paterna (artículos 420 y 422 del C. C.), o que el padre no estuviera en capacidad de prestarla (artículo 418 ibídem), y en cualquiera de esas dos situaciones es evidente que la muerte del padre no le ocasiona al hijo lesión patrimonial alguna, por tal concepto, porque su patrimonio se encontraría en el mismo estado en que estaba antes de haber ocurrido el fallecimiento. Por eso, se repite, no basta la simple condición abstracta de acreedor alimentario en el demandante para que la muerte por accidente de su padre legítimo le cause un perjuicio actual y cierto, sino que se requiere además la demostración plena de que aquél recibía la asistencia a que por ese concepto le da derecho la ley, o que cuando menos se encontraba en situación tal que lo capacitara para demandarla y obtenerla.

Y como en este proceso resulta que los demandantes no han traído la prueba demostrativa de esas circunstancias, es evidente que la existencia del daño material no está establecida, y que siendo ello así, la obligación indemnizatoria impuesta al Municipio de Bogotá carece de base legal, por las razones que aquí se han dejado expuestas.

En presencia de esa situación, resulta también claro que el Tribunal sentenciador quebrantó, por aplicación indebida al caso del pleito, el artículo 2341 del C. C., por lo cual el cargo en estudio debe prosperar.

Lo dicho impone la casación parcial del fallo recurrido, y como por otra parte la Corte encuentra, actuando ya en instancia, que al proceso no se ha aportado elemento alguno de convicción que tienda a constatar la existencia y extensión del daño material que pudieren haber sufrido por otro concepto los demandantes, esa sola consideración es bastante para que, sin entrar a examinar aspectos distintos de la cuestión, se suprima de la sentencia de segunda instancia la condenación que se profirió en razón de perjuicios materiales y para que se absuelva a la entidad demandada del cargo que con respecto a ellos se le hizo en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia de fecha veinte y ocho (28) de enero de mil novecientos cuarenta y seis (1946), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio, la cual quedará así:

Primero. — Revócase la sentencia de primera instancia fechada el ocho (8) de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945);

Segundo.—Declárase que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable, como dueño de la Empresa del Tranvía Municipal, del accidente de circulación en que perdió la vida Crisóstomo Vargas, hecho que tuvo lugar el veinte y seis (26) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938);

Tercero.—Se condena al Municipio de Bogotá a indemnizar a los demandantes señores Luis Vargas Castillo, María del Carmen Vargas de D'Alemán y Lucrecia Vargas de Ospina, los perjuicios morales subjetivos consecuenciales al fallecimiento de su padre Crisóstomo Vargas, los cuales se fijan en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, para cada uno de los tres demandantes;

Cuarto.—Se absuelve al Municipio demandado de los demás cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen, en su oportunidad correspondiente.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. Manuel José Vargas — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

PENA DE RELEGACION A UNA COLONIA AGRICOLA

El Código Penal en su artículo 60, no establece normas para sustitur la pena de relegación a una colonia agrícola penal, por otra equivalente, para efectos del cómputo de la pena total; en tal virtud, cuando se trata de aplicar lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el beneficio de libertad provisional, el tiempo que el reo debe permanecer en relegación debe computarse como continuación de la pena principal, y como este tiempo — detención preventiva — no es igual ni excede al de la pena impuesta, no hay lugar a decretar la libertad provisional solicitada con fundamento en la disposición invocada".

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

V i s t o s :

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por sentencia de marzo 30 de 1946, condenó a Roberto Arturo Grisales, a la pena de veinte meses de prisión y dos años de relegación a una colonia agrícola penal, por la comisión de los **"delitos de bigamia y estupro"**.

En memorial de agosto 24 de 1946, Grisales solicita lo siguiente:

a. — Que se le conceda el beneficio de libertad condicional, de conformidad con los artículos 85 y 89 del Código Penal, y,

b. — Que por haber cumplido la pena, impuesta en sentencia de primera y segunda instancia, se halla amparado por lo dispuesto en la disposición del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, para solicitar el beneficio de libertad provisional.

Se considera:

En cuanto a la solicitud de libertad condicional, la Corte no tiene jurisdicción para resolver, porque ese derecho sólo puede invocarse ante el Juez que pronunció la sentencia de primera instancia, funcionario a quien la ley le ha conferido dicha facultad. (Artículo 671 del Código de Procedimiento Penal).

El beneficio de libertad provisional solicitado con fundamento en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, no puede decretarse, porque la pena impuesta por los falladores de instancia no está cumplida:

En efecto, el Director de la Cárcel del Distrito Judicial certifica que Roberto Arturo Grisales "ha permanecido sin ninguna interrupción hasta la fecha del presente certificado quinientos veintinueve días (529)", es decir, un tiempo menor al de la pena impuesta. Pero aún aceptando la afirmación del sindicado, de que se halla detenido por el término de treinta (30) meses, la pena no está cumplida.

El Código Penal, en su **artículo 60**, no establece normas para sustituír la pena de relegación a una colonia agrícola penal, por otra equivalente, para efectos del cómputo de la pena total; en tal virtud, cuando se trata de aplicar lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el beneficio de libertad provisional, el tiempo que el reo debe permanecer en relegación debe computarse como continuación de la pena principal, y como este tiempo — detención preventiva — no es igual ni excede al de la pena impuesta, no hay lugar a decretar la libertad provisional solicitada con fundamento en la disposición invocada.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, —Sala Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador, de acuerdo en parte con él, niega el beneficio de libertad provisional solicitado por el reo Roberto Arturo Grisales.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

VEREDICTO CONTRARIO A LA EVIDENCIA DE LOS HECHOS PROCESALES

Los juzgadores de instancia, en virtud de lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, tienen plena facultad para declarar un veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, cuando a esa conclusión se llega mediante la confrontación del veredicto con las pruebas recogidas en el proceso.

Si de las pruebas allegadas al proceso se demuestra, por una parte, la realización material del hecho, y por otra, si los elementos de incriminación en que se funda la imputabilidad cobran mayor valor durante el juicio, hasta el punto de ser ellos suficientes para deducir responsabilidad al procesado, el jurado no puede desconocer esa situación por la sola razón de que la ley no les hubiera señalado una tarifa probatoria para fundar su veredicto. Cuando los jueces de conciencia niegan esas circunstancias y su veredicto se pone en pugna con la evidencia de los hechos procesales, los falladores de instancia pueden hacer uso de la facultad conferida por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Por sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales impuso a Carlos Enrique Acebedo Puerta, la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio intencional ejecutado en la persona de Francisco Alegrías.

Contra esa providencia, el defensor del reo interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidas las formalidades legales, la Sala procede al estudio.

Hechos:

El 20 de diciembre del año de mil novecientos cuarenta y uno, en el paraje "Arauca", jurisdicción del municipio de Palestina (Caldas), en la cantina de Jesús Londoño, estaban reunidas varias personas, entre las cuales se hallaban Acebedo Puerta y Alegrías. Según se desprende del relato que hacen algunos testigos, parece que entre el procesado y el ofendido surgió una disputa por motivos baladíes, circunstancia que dio margen para que Acebedo provocara riña o pelea a su contendor, quien rehusaba dicha invitación, pretextando hallarse desarmado y agregando que dejaran eso para otro día en que estuvieran sin tragos.

Cuando Alegrías quiso abandonar el establecimiento, Puerta lo retó nuevamente a pelear o reñir; entonces aquél se acercó a su contendor, como para insinuarle que no pelearan; pero éste le dio un golpe en la cara y luégo le asestó tres puñaladas, que días después le ocasionaron la muerte.

Actuación

Con fecha junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos, el Juzgado calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio criminal a Acebedo Puerta, por un delito de homicidio intencional, con la circunstancia de haberse cometido en estado de riña imprevista.

Después de varios incidentes surgidos en la tramitación del juicio — de los cuales más adelante se hablará, — el siete de junio de mil novecientos cuarenta y cinco se llevó a cabo la diligencia de audiencia. En este acto se sometió a la consideración de los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"El acusado Carlos Enrique Acebedo Puerta, mayor, soltero, obrero, caporal en el Ferrocarril Troncal de Occidente, natural de Amagá (Antioquia), y vecino de Palestina (Caldas) es responsable de los siguientes hechos: haberle dado muerte por medio de lesiones que le causó con arma

punzo-cortante a Francisco Alegrías con propósito de causarla, en riña que se suscitó de modo imprevisto con el ofendido, lo cual tuvo lugar entre las once y las doce de la noche correspondiente al veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el paraje de "Arauca" del municipio últimamente citado, habiendo fallecido Alegrías el veintidós siguiente, en la ciudad de Cartago (Valle) a consecuencia de tales lesiones"?

La mayoría de los miembros del jurado respondieron afirmativamente a la pregunta, con un "SI", sin explicación, ni adición alguna.

Con fundamento en el veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, se dictó la sentencia, la que apelada fue confirmada por el Tribunal.

Demanda

El defensor del procesado, al formular la demanda, invoca como causales de casación las de los numerales 1º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Las razones aducidas para sostener las causales primera y tercera son idénticas, por tal motivo el estudio de la demanda, en relación con las causales alegadas, no puede hacerse en forma independiente, sino conjuntamente, contemplando una sola de las causales.

Causal tercera

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o estar en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Hechos y fundamentos

Las razones expuestas por el demandante pueden resumirse así:

Primer argumento

En este proceso se han celebrado tres audiencias: en la primera, celebrada el 15 de abril de 1943, se sometió a la consideración del jurado un cuestionario compuesto de tres preguntas: una, referente a la realización material del hecho; la segunda, al propósito, y la tercera, sobre la modalidad de haberse realizado el hecho en estado de riña imprevista. El jurado contestó afirmativamente la primera y tercera preguntas del cuestionario, y negó la segunda, referente al propósito.

El Juzgado, ante la imposibilidad de dictar sentencia, optó por declarar la nulidad de lo actuado en el proceso, a partir del auto por medio del cual se formularon los cuestionarios, y dispuso dar aplicación preferente a las disposiciones de la ley 4ª de 1943, en relación a la redacción de éstos.

Sostiene el recurrente que no podía anularse la actuación del proceso, con base en la nulidad deducida del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues esa nulidad no se halla consagrada entre las previstas por los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal; y agrega:

"..... Luego al haber declarado nulo lo actuado el Honorable Tribunal de Manizales, y haber dictado sentencia en desacuerdo con este primer veredicto del jurado, que era el verdadero veredicto, violó la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma. (Artículo 567, numerales 1º y 3º del C. de P. P."..... "..... no habiendo lugar, a declarar nulidad en el proceso, la sentencia del Tribunal de Manizales está en desacuerdo con el veredicto del jurado y por eso se debe casar la sentencia".

En apoyo de este argumento, cita la sentencia de la Corte, dictada en el proceso de Julia García, de fecha dos de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

Segundo argumento

La segunda audiencia tuvo lugar el 8 de agosto de 1944. En esta diligencia al jurado se le interrogó de conformidad con lo dispuesto por la Ley 4ª de 1943, y su respuesta fue la de que el procesado no era responsable de los hechos por los cuales se le llamó a responder en juicio.

Pero el Juzgado y el Tribunal, en autos de agosto 17 de 1944 y octubre 13 del mismo año, respectivamente, declararon el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, declaratoria de contraevidencia que, en sentir del demandante, no podía hacerse sino "pasando por alto las doctrinas de la Honorable Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República"; y agrega:

"..... Y si no se podía declarar la contraevidencia, debemos concluír, que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma, pues-

to que, no está en consonancia o acuerdo con el veredicto, del jurado, ya que el tercer veredicto no puede llamarse tal".

Se considera:

A Carlos Enrique Acebedo Puerta se le llamó a responder en juicio, por un delito de homicidio intencional, con la circunstancia modificadora de la responsabilidad, de haberse realizado el hecho en estado de riña imprevista, modalidad que previamente fue sometida a la consideración de los jueces de conciencia.

La sentencia no podía dictarse con base en el veredicto emitido en la audiencia de 15 de abril de 1943, porque tanto el Juzgado como el Tribunal declararon la nulidad de lo actuado en el proceso, a partir del auto por el cual se formularon los cuestionarios, hasta la diligencia de audiencia, inclusive. De manera que, por este aspecto, había imposibilidad legal para dictar sentencia con base en un veredicto inexistente y que no tenía realidad jurídica alguna. La nulidad destruye o invalida los actos procesales, los da por no realizados, y en cuanto a sus efectos jurídicos, los considera como no producidos; es decir, tiene la virtualidad de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de producirse la nulidad.

La jurisprudencia invocada por el recurrente, en apoyo de su demanda, sería exacta, siempre y cuando el jurado hubiera contestado afirmativamente la primera pregunta, y negativamente las restantes; en este caso, la sentencia, irremediablemente, sería absolutoria. Pero el cuestionario fue resuelto afirmativamente en sus preguntas primera y tercera, y negativamente en la segunda, es decir, el jurado afirmó la realización material del hecho y la circunstancia de que éste fue cometido en riña, pero negó el propósito. Para estos casos, la sentencia que cita el demandante dijo:

"Suele ocurrir que además de los dos cuestionarios se proponga al jurado otros, por ejemplo sobre riña, estado de ira e intenso dolor, etc.; en ese caso la respuesta negativa del segundo cuestionario no implica absolución si el primero y los demás se han contestado afirmativamente, porque el conjunto de esas afirmaciones está indicando que el jurado no niega por completo el nexo de causalidad moral entre la acción y el resultado: y entonces el Juez de derecho tiene una clave de interpretación del veredicto y puede emitir sentencia condenatoria aplicando la correspondiente disposición penal, verbigracia la que contempla el homicidio cometido en estado de ira o de intenso dolor". (G. J., números 1998 y 1999, página 643).

Si el Juzgado y el Tribunal hubieran dado aplicación a la jurisprudencia invocada por el recurrente, la conclusión habría sido la misma a la cual se llegó en la sentencia acusada; es decir, se hubiera sancionado el acto cometido por el reo, como un homicidio intencional, atenuando la responsabilidad por la circunstancia de haberse realizado en estado de riña imprevista, pero, en ningún caso, la sentencia podía ser absolutoria.

El hecho de que el Juzgado hubiera declarado la nulidad de lo actuado en el proceso, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta, no tiene ninguna repercusión en el recurso de casación, porque un debate sobre esa cuestión es propio de las instancias del juicio, en donde deben resolverse incidentes de tal naturaleza. Entonces, no cabe alegar como causal la propuesta por el recurrente, sino cualquiera otra de las señaladas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Declarada la nulidad de lo actuado, comprendiendo ésta la diligencia de audiencia y el primer veredicto del jurado, la sentencia dictada por el Tribunal no está en desacuerdo con el veredicto, porque el primero no tiene ningún valor, por haber quedado comprendido dentro de la declaratoria de nulidad.

Por tanto, el cargo no prospera.

El otro argumento, o sea, que el Juzgado y el Tribunal no podían declarar el segundo veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, no tiene consistencia alguna.

Los juzgadores de instancia, en virtud de lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, tienen plena facultad para declarar un veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, cuando a esa conclusión se llega mediante la confrontación del veredicto con las pruebas recogidas en el proceso.

Si de las pruebas allegadas al proceso se demuestra, por una parte la realización material del hecho, y por otra, si los elementos de incriminación en que se funda la imputabilidad cobran mayor valor durante el juicio, hasta el punto de ser ellos suficientes para deducir responsabilidad al procesado, el jurado no puede descono-

cer esa situación por la sola razón de que la ley no les hubiera señalado una tarifa probatoria para fundar su veredicto. Cuando los jueces de conciencia niegan esas circunstancias y su veredicto se pone en pugna con la evidencia de los hechos procesales, los falladores de instancia pueden hacer uso de la facultad conferida por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal.

Como en el caso de estudio, los jueces de derecho encontraron que el veredicto pronunciado por el jurado en la diligencia de audiencia celebrada el 8 de agosto de 1944, era contrario a la evidencia de los hechos procesales, así lo declararon, y su resolución no pugna con ningún mandato de la ley; por consiguiente, la sentencia acusada no es violatoria de la ley penal, ni por errónea interpretación, ni por indebida aplicación de la misma, ni menos puede sostenerse que ella está en contradicción con el veredicto pronunciado por el tercer jurado.

El fallo, en este caso, no podía dictarse de acuerdo con el segundo veredicto, pues las providencias de fechas 17 de agosto y 13 de octubre de 1944, dictadas por el Juzgado y el Tribunal, respectivamente, le quitaron toda existencia y validez legal, de manera que la sentencia sólo podía tener como fundamento el veredicto del tercer jurado, que es el único que en este proceso y ante la ley tiene realidad jurídica.

Al estudiar los argumentos aducidos por el recurrente como fundamento de la demanda, dice la Procuraduría:

"Como se ve, lo que el demandante pretende es promover ante la Honorable Corte una nueva discusión sobre la declaratoria de nulidad del juicio y sobre la injusticia del veredicto proferido por el segundo jurado, temas completamente impertinentes, puesto que lo recurrido hoy en casación es el último fallo del Tribunal — que tiene el sello de sentencia definitiva — y no aquellas providencias anteriores ya aludidas — que sólo son autos interlocutorios.

"Si el Tribunal decretó la nulidad del juicio; si con esa declaratoria quedó sin valor el primer veredicto, como si éste no hubiese existido jurídicamente; y si el segundo veredicto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos, esto es, sin eficacia legal alguna para sustentar un fallo, síguese lógicamente que el Tribunal no ha desconocido esas dos primeras resoluciones del jurado, sino que las invalidó totalmente por un medio que la ley le daba.

"Por tanto, el veredicto apto y vigente para dictar sentencia era el tercero, y de acuerdo con él está el fallo recurrido.

"No se descubre, pues, ninguna violación de la ley penal, ni ninguna disconformidad entre el veredicto y la sentencia.

"Y si lo que el demandante pretende es sostener una posible nulidad del proceso, por haber obrado el Tribunal equivocadamente al invalidar lo actuado en la primera ocasión en que se pronunció sobre las decisiones del jurado, el camino para hacerlo era el de haber invocado la causal cuarta de casación, cosa que no hizo".

Por estos motivos, los cargos hechos a la sentencia no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha septiembre 24 de 1945, por el cual se condenó a Enrique Acebedo Puerta a la pena principal de cuatro años de presidio, por el delito de homicidio cometido en la persona de Francisco Alegrías.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTO DE AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO POR PARENTESCO CON MIEMBROS DEL JURADO

I. — El vínculo de consanguinidad o afinidad entre la persona que ejerce las funciones de miembro de un jurado y la que ejerce las de Agente del Ministerio Público en etapas distintas a la de la audiencia, no es el vínculo cuya existencia — conforme a los artículos 73 y 79 del Código de Procedimiento Penal — impide la intervención de aquel Agente en su proceso.

II. — El impedimento del Procurador Delegado por parentesco (cuarto grado de consanguinidad) con un miembro del jurado, prosperaría si éste tuviera en el proceso el interés a que se refiere el numeral 1º del artículo 73 del Código ya citado.

III. — El veredicto del jurado no puede equipararse a la providencia referida en la última parte del numeral 7º del artículo 73, para que, en dicha hipótesis, se justificara el impedimento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno).

El doctor Luis Zafra, Procurador Delegado en lo Penal, ha sometido a la consideración de la Sala el impedimento legal que cree tener para intervenir en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por la cual impuso a Fernando Valencia Escobar, acusado de homicidio en Manuel D. Isanoa, la pena de cuatro años de presidio.

Sin que haya precisado la norma en que pueda estar comprendida, como motivo de impedimento, su posición de primo hermano del señor Eduardo Zafra Sánchez, quien actuó como Juez de hecho y suscribió, en tal calidad, el veredicto que fundó el fallo recurrido, la Corte procede a examinar y resolver la cuestión planteada por el Procurador Delegado.

Previamente, y como premisas de la decisión que haya de adoptarse, es indispensable hacer referencia a las normas que regulan el parentesco, en relación con los impedimentos de los funcionarios de la rama jurisdiccional, con los miembros de los jurados y con los Agentes del Ministerio Público.

A) En cuanto a los funcionarios de la rama jurisdiccional, el vínculo familiar, de consanguinidad o afinidad en los grados que la ley determina, que el estatuto procesal penal considera como obstáculo para que ejerzan o continúen ejerciendo su función en un determinado proceso se concreta — por mandato del artículo 73 de aquel estatuto—a los casos que a continuación se enuncian:

a) Cuando el pariente del funcionario tiene algún interés en el proceso;

b) Cuando el funcionario sea pariente del apoderado o del defensor de alguna de las partes, y

c) Cuando lo sea del que dictó la providencia sometida a revisión.

B) En cuanto a los miembros del jurado, según la clasificación enunciada en el artículo 493 del mismo estatuto, el único caso en que el parentesco, aunque en grado más lejano — sexto de consanguinidad y tercero de afinidad — los incapacita para ejercer su función de jueces del hecho, es cuando los liga con alguna de las personas que intervienen en la audiencia, en virtud — precisamente — de la transitoriedad de esa función.

C) En cuanto a los Agentes del Ministerio Público, entre ellos el Procurador, equiparados a los funcionarios judiciales por mandato del artículo 79 en relación con los motivos o causales de impedimento, el parentesco los inhabilitaría para ejercer su función en los casos que a continuación se enumeran:

a) Cuando el familiar del Agente de dicho Ministerio está interesado en el proceso;

b) Cuando tal Agente sea pariente del apoderado o defensor de alguna de las partes, y

c) Cuando lo sea del que dictó la providencia recurrida.

Situada la cuestión en el plano de las relaciones aquí resumidas, habría de concluírse que el impedimento del Procurador Delegado doctor Zafra sería jurídico, si su primo señor Eduardo Zafra tuviera — por haber sido miembro del jurado — interés en el proceso, o si el veredicto pudiera procesalmente equipararse a la sentencia y el Juez de hecho que suscribió el primero al Juez de derecho que suscribió la otra, ya que el vínculo con el representante de alguna de las partes — por inexistente — queda descartado.

El interés, en cuanto atribuible al miembro de un jurado, apenas si es una sugerencia hipotética que, para ser verídico, requiere una comprobación plena, pues si a los jurados se les pudiera imputar algún interés, no sería distinto al que pueda deducirse de las causales que — según los artículos 492 y 493 — fundan su impedimento para ejercer su cargo, y si el señor Zafra no está comprendido en ninguna de las categorías de aquellas disposiciones, la hipótesis del interés es inverídica e incierta.

La hipótesis restante, es decir, la identidad entre el veredicto y la sentencia que, al ser jurídica, podría justificar el impedimento, no es menos vulnerable que la anterior: el hecho de que entre el uno y la otra exista una obligada relación, es decir, la que conforme al artículo 480 del estatuto procesal existe entre el veredicto, que no otra cosa es sino la calificación que a los hechos da el jurado, y la sentencia, que es el acto mediante el cual el Juez decide sobre la relación procesal entre el responsable y el Estado, no significa que el miembro del jurado que intervino en la calificación de los hechos sea el Juez que dictó la sentencia ni que tal calificación equivalga, sustancialmente, a la definición o concreción de la mencionada relación jurídica o remate del juicio criminal.

De los anteriores razonamientos se concluye que el vínculo de consanguinidad o afinidad entre la persona que ejerce las funciones de miembro del jurado y la que ejerce las de Agente del Ministerio Público, en etapas distintas a la de la audiencia pública, y con mayor razón la de Procurador Delegado, no es el vínculo cuya existencia — conforme a los artículos 73 y 79 del estatuto procesal penal — impide la intervención en un proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

a) Declarar que no es legal el impedimento manifestado por el Procurador Delegado en lo Penal, y que, por lo tanto, debe seguir interviniendo en el recurso, y

b) Devolver el expediente al Procurador Delegado para que, si lo cree conveniente, coadyuve, reforme o se oponga a la demanda o formule una nueva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán J. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CRITICA DEL TESTIMONIO

1. — En el nuevo estatuto penal la apreciación del testimonio es función más autónoma del Juez; y así, uno solo de los testigos puede darle la convicción que dos o tres, o más, uniformes sobre un determinado hecho, no lograrían darle. Y entre dos testitigos — que según la frase de Bentham "son los ojos y los oídos de la justicia", — uno categórico y enfático, y otro que vacile, puede resultar más digno de fe y de confianza el último, porque se ha dicho con bastante razón y atendiendo a las enseñanzas de la experiencia, que el mejor testigo es el que duda.

2. — Cuando se refuta en un proceso por lesiones personales — la presanidad del ofendido, debe destruírse la prueba en que ella se apoya. Y la mejor manera de lograrlo es demostrar lo contrario. Porque si se quiere que sobre ese aspecto del proceso penal prospere un recurso de casación, es ya al demandante a quien incumbe la obligación de probar lo que asegura. Al Juez puede el procesado o su defensor decirle: esto es deficiente; y el Juez se encargará de allegar otros datos más efectivos, porque a él y al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal. A la Corte — en función de casación — hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, y no esperar de ella que proceda como Tribunal de instancia, es decir, oficiosamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El señor defensor de Telésforo Castro, en el escrito de demanda que ha presentado a la Sala para sustentar el recurso de casación que le fue concedido y admitido contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En la sentencia acusada se le impuso a Telésforo Castro, de acuerdo con los artículos 374 — inciso 1º — y 384 del Código Penal, la sanción principal de un año de presidio, como responsable de una lesión causada con arma cortante en la mejilla izquierda de José David Penagos, quien sufrió una perturbación funcional transitoria y quedó con desfiguración facial permanente, hecho ocurrido a las ocho y media de la noche del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en la calle 12 con las carreras 28 y 29 de esta ciudad.

El recurrente, a continuación de citar el texto de la causal 1ª, que se refiere a la violación de la ley penal por errónea interpretación y aplicación de la misma, funda, respecto de ella, los reparos al fallo en lo siguiente: deficiencia de la prueba que se tuvo en cuenta para condenar. Y como para que no quedara duda de que es la base probatoria de la sentencia lo que critica en desarrollo de esta primera causal, alude al artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

Así presentada la causal es inoperante. Porque el demandante no combate la pena ni su medida, sino la certidumbre legal del Juez para imponerla. Y esto quiere decir que la Sala debe declarar infundada, o más propiamente, mal fundada esta causal.

Al proponer la causal 2ª vuelve el demandante a acogerse a la prueba — precaria en su opinión — que sirvió para que el proceso tuviera un desenlace condenatorio para el acusado. Y concretamente se refiere a las declaraciones de los dos únicos testigos presenciales: Clara Castro y Luis Angel Penagos. A la de éste, para afirmar que es testigo parcial, por ser hermano del ofendido; y a la de aquélla, para negarle valor a su dicho respecto de la presanidad del lesionado.

En el sistema tarifario del anterior Código de Procedimiento Penal, un solo testimonio no podía por sí formar plena prueba (artículo 1674 de la Ley 147 de 1888); y se presumía — presunción legal — que tenía interés en faltar a la verdad el que declaraba en favor de su consorte, de sus ascendientes, descendientes, de sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, de su amigo íntimo, o contra su enemigo capital (artículo 1672, ibidem). Tampoco se admitía la declaración del menor de diez y ocho años (artículo 1671 de la citada ley).

En el nuevo estatuto procesal penal, la apreciación de la credibilidad del testimonio es función más autónoma del Juez; y así, uno solo de ellos puede darle la convicción que dos o tres, o más, uniformes sobre un determinado hecho, no lograrían darle. Y entre dos testigos — que según la frase de Bentham "son los ojos y los oídos de la justicia", — uno categórico y enfático, y otro que vacile, puede resultar más digno de fe y de confianza el último, porque se ha dicho con bastante razón y atendiendo a las enseñanzas de la experiencia, que el mejor testigo es el que duda.

Si se acepta que el hombre es capaz de faltar a la verdad por favorecer a los suyos, en cambio no puede ni debe aceptarse como axioma que sea capaz de contrariarla por hacerle un mal a su prójimo, cuando de ello no se desprende ningún beneficio ni para sí ni para las personas que tienen su afecto o su misma sangre.

Los Penagos no eran amigos ni enemigos de Telésforo Castro. Nada los podía mover a hacerle una falsa imputación. Salvo el odio, como consecuencia del acto de Castro, es decir, del delito del que ha sido declarado responsable. Pero entonces la imputación no sería falsa.

Cuando se refuta — en un proceso por lesiones personales — la presanidad del ofendido, debe destruírse la prueba en que ella se apoya. Y la mejor manera de lograrlo es demostrando lo contrario. Porque si se quiere que sobre ese aspecto del proceso penal prospere un recurso de casación, es ya al demandante a quien incumbe la obligación de probar lo que asegura. Al Juez puede el procesado o su defensor decirle: esto es deficiente; y el Juez se encargará de allegar otros datos más efectivos, porque a él y al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal. A la Corte — en función de casación — hay que demostrarle lo que se le sostiene o afirma, y no esperar de ella que proceda como Tribunal de instancia, es decir, oficiosamente.

Además, y ya en términos generales, en tratándose de la "presanidad" del lesionado, rara vez podría ella acreditarse, si siempre se le exigiera al ofendido cargar con la obligación de probar que antes de ser herido por X no había sido por otro; o si para convencer al funcionario de su previo buen estado de salud tuviera que presentar una serie de testigos que confirmaran su dicho.

Estas breves consideraciones son suficientes para declarar que tampoco se ha fundado la causal 2ª

En consecuencia, no procede la invalidación del fallo del Tribunal Superior de Bogotá. Así pide que se resuelva el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien dice que las "simples afirmaciones del recurrente servirían para un alegato de instancia, pero no para obligar oficiosamente a la Honorable Corte a penetrar a fondo en la cuestión", porque — agrega el Jefe del Ministerio Público — "este recurso extraordinario no es una tercera instancia".

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 de catorce de noviembre del año próximo pasado, del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se condenó a Telésforo Castro, como responsable del delito de lesiones personales, a la sanción principal de un año de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — **Francisco Bruno.** — **Jorge E. Gutiérrez Anzola.** — **Ricardo Jordán Jiménez.** — **Domingo Sarasty M.**—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

INCAPACIDAD PARA TRABAJAR

La incapacidad para trabajar de que habla el Código Penal, es aquella que hace referencia al tiempo o duración que necesita determinado individuo para dedicarse a cualquier trabajo, bien sea físico o intelectual, y ésta es la interpretación que bajo el imperio de las leyes vigentes le han dado la jurisprudencia y la Medicina Legal. En cambio, la perturbación funcional transitoria producida como consecuencia natural de la lesión (que afecta a determinado órgano o miembro), es la falta de aquellas cualidades propias o inherentes a la parte afectada, que produce la limitación o supresión de las funciones normales de dicho órgano o miembro.

Indudablemente como lo anota la Procuraduría y lo confirma la Medicina Legal, pueden presentarse casos en que una misma lesión produzca varios efectos, como serían: incapacidad para trabajar, deformidad física y perturbación funcional; pero estas modalidades que se operan como resultado del acto lesivo, no se confunden unas con otras, para el efecto de computarlas como una sola consecuencia. Lo que ocurre es que la ley, a fin de evitar un exceso en la imposición de la pena, establece en el artículo 377 la norma según la cual debe reprimirse el hecho, cuando concurren varios de los efectos anotados.

Si las lesiones producen una pertùrbación funcional transitoria, el hecho se reprime por la disposición del artículo 374 del Código Penal, inciso 1º, no por la circunstancia de que la perturbación funcional transitoria desaparezca en virtud de una intervención médica, o porque ella se extinga por "uso y hábito de la función del órgano", sino por la sola modalidad de haber producido la lesión una perturbación funcional de carácter transitorio, porque es propio de lo transitorio terminar por cualquier causa.

Tampoco es exacta la afirmación de que el artículo 374 sólo es aplicable para el caso de que la lesión produzca la perturbación funcional transitoria del órgano completo y no la de una parte del mismo. Porque tales expresiones, en el campo del Derecho Penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña, y no al sentido anatómico que le asigna la medicina en general.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Por sentencia de diecinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Abel Zambrano Páez, a las penas principales de tres años de presidio y multa de seiscientos pesos a favor del Tesoro Nacional, por un delito de **lesiones,** ejecutado en la persona de Jorge Mercado, quien desempeñaba las funciones de Inspector Primero del Departamento de Circulación y Tránsito.

Contra esa providencia, tanto el procesado como su defensor interpusieron recurso de casación. Agotada la tramitación del recurso y recibida la vista del Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

Antecedentes

El cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta, Abel Zambrano Páez fue detenido por imputársele el ocultamiento o supresión de una resolución dictada por el Juez 1º de Circulación y Tránsito de Bogotá, por la cual se imponía al procesado una multa de quince pesos a favor del Tesoro municipal, por infracciones a los reglamentos de Tránsito.

Al día siguiente, en las horas de la mañana, se le hizo comparecer para hacerle algunas preguntas verbales referentes a la pérdida de las hojas

correspondientes a la Resolución. Al ser interrogado por el Inspector —dice Arcadio Olmos— que Zambrano le contestó en términos groseros y altaneros; que al darse cuenta de esa actitud, Mercado quiso comunicarse con la Personería Municipal para poner en conocimiento de esa oficina lo ocurrido el día anterior y solicitar instrucciones sobre el particular. Cuando trataba de realizarlo —afirma el testigo presencial— Zambrano golpeó al Juez 1º de Circulación doctor Mercado, dándole un puñetazo en la nariz, que le causó una lesión, de la cual dan cuenta los certificados médicos. En cambio, Zambrano afirma que asumió esa actitud en vista de las agresiones tanto de palabra como de hecho, ejecutadas por los funcionarios ante los cuales se hallaba presente en esos momentos.

Actuación

La imputación que se hizo al procesado, por un delito de falsedad en documentos públicos, fué calificada por el Juzgado Primero Superior, en auto de marzo tres de mil novecientos cuarenta y tres, por el cual se sobreseyó definitivamente en favor del acusado, providencia que, al ser consultada, se confirmó por el Superior.

En referencia al delito de lesiones, cometido en la persona de un funcionario público, el Juzgado Segundo Penal del Circuito, con fecha mayo veintitrés de mil novecientos cuarenta y cuatro, llamó a responder en Juicio a Abel Zambrano, por los cargos ya mencionados. Y con fecha febrero doce de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal confirmó el enjuiciamiento.

Agotada la tramitación del juicio, el Juzgado, en sentencia de junio veintiocho de mil novecientos cuarenta y cinco, condenó a Abel Zambrano Páez a las penas de veintiocho meses de presidio y multa de doscientos pesos a favor del Tesoro Nacional; pero el Tribunal, en providencia de 19 del mismo año, modificó la cuantía de la pena principal e impuso las de tres años de presidio y multa de seiscientos pesos, confirmándola en lo demás. Contra este fallo se interpuso recurso de casación.

Demanda

El demandante invoca como causales de casación las de los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera.—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Dice el recurrente que el Tribunal, al aplicar en la sentencia la disposición del artículo 374 del Código Penal, violó la ley, pues la disposición aplicable no era ésta, sino el precepto del artículo 372 de la citada obra.

En orden a demostrar esta causal argumenta así:

".....la perturbación funcional de este caso iba unida a la incapacidad, y el hecho de disminución de la entrada de aire, modificable que dicen los médicos, modificable con el tiempo significa modificabilidad de uso, en cuya evolución no cabe la aplicación del término incapacidad funcional.... la aplicación del artículo 374 es para los casos de incapacidad funcional transitoria, modificable por circunstancia de intervención médica especial, pero cuando la perturbación funcional es de muy corta duración y ha de desaparecer con el uso, ésta no es la que contempla el artículo 374".

También afirma que la aplicación del citado artículo sólo puede hacerse efectiva cuando la perturbación afecta al órgano completo, y que como la perturbación causada al ofendido apenas afecta a parte limitada del órgano, no es aplicable la mencionada disposición para efecto de la sanción.

Se considera:

El artículo 374 del Código Penal, al hablar de perturbación funcional transitoria, producida en un órgano o miembro, no establece distinción alguna, en el sentido de que esa perturbación funcional transitoria "significa modificabilidad de uso", o que su precepto sólo sea aplicable cuando la perturbación funcional transitoria sea "modificable por circunstancia de intervención médica especial".

En otros términos, el artículo comentado no da margen para considerar —como lo pretende el recurrente— la perturbación funcional transitoria como una especie de prolongación de la incapacidad para trabajar de que trata el artículo 372 de la obra citada.

La incapacidad para trabajar de que habla el Código Penal, es aquella que hace referencia al tiempo o duración que necesita determinado individuo para dedicarse a cualquier trabajo, bien sea físico o intelectual, y ésta es la interpretación que bajo el imperio de las leyes vigentes le han

dado la jurisprudencia y la Medicina Legal. En cambio, la perturbación funcional transitoria producida como consecuencia natural de la lesión (que afecta a determinado órgano o miembro), es la falta de aquellas cualidades propias o inherentes a la parte afectada, que produce la limitación o supresión de las funciones normales de dicho órgano o miembro.

Indudablemente —como lo anota la Procuraduría y lo confirma la Medicina Legal— pueden presentarse casos en que una misma lesión produzca varios efectos, como serían: incapacidad para trabajar, deformidad física y perturbación funcional; pero estas modalidades que se operan como resultado del acto lesivo, no se confunden unas con otras, para el efecto de computarlas como una sola consecuencia. Lo que ocurre es que la ley, a fin de evitar un exceso en la imposición de la pena, establece en el artículo 377 la norma según la cual debe reprimirse el hecho, cuando concurren varios de los efectos anotados.

Si las lesiones producen una perturbación funcional transitoria, el hecho se reprime por la disposición del artículo 374 del Código Penal, inciso 1º, no por la circunstancia de que la perturbación funcional transitoria desaparezca en virtud de una intervención médica, o porque ella se extinga por "uso y hábito de la función del órgano", sino por la sola modalidad de haber producido la lesión una perturbación funcional de carácter transitorio, porque es propio de lo transitorio terminar por cualquier causa.

Tampoco es exacta la afirmación de que el artículo 374 sólo es aplicable para el caso de que la lesión produzca la perturbación funcional transitoria del órgano completo y no la de una parte del mismo, porque tales expresiones, en el campo del Derecho Penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña, y no al sentido anatómico que le asigna la Medicina en general.

'En consecuencia —dice la Procuraduría— si la lesión afecta alguno o algunos de los elementos anatómicos que integran el órgano o miembro, sin alterar en nada la respectiva función fisiológica, no ha existido trastorno de ésta y, por lo mismo, resulta improcedente la aplicación del artículo 374. Tal sucedería, por ejemplo, con la simple pérdida de la yema de un dedo, con un ligero desgarramiento del pabellón de la oreja, con la pérdida de un diente, etc., lesiones que no alcanzan a debilitar o restringir las funciones de la aprehensión, la audición y la masticación.

"En cambio, si la lesión ataca, limitándolo, el ejercicio propio de la actividad fisiológica del órgano o miembro vulnerados, el hecho cae bajo las previsiones del artículo 374, aunque el conjunto de tejidos de que aquéllos se componen no estén interesados en su totalidad, sino parcialmente".

El Tribunal, para efectos de imponer la pena, tuvo en cuenta los diversos conceptos emanados de la Oficina Médico-Legal, que señalaron al ofendido, por motivo del puñetazo dado en la nariz, una incapacidad de dieciseis días, y, como como consecuencia de la lesión una perturbación funcional de carácter transitorio. Como la lesión no sólo produjo una incapacidad para trabajar, sino una perturbación funcional, la disposición aplicable era la del artículo 374, inciso 1º, en relación con el 377 del Código Penal, que fue precisamente la norma seguida por el fallador, y no la disposición del artículo 372 invocada por el demandante.

"No vale argüir —dice la Procuraduría— que la alteración funcional, por ser aquí de corta duración, se confundió con la incapacidad, porque precisamente el inciso antes mencionado habla de perturbación "transitoria" para diferenciarla de la permanente a que se refiere el inciso segundo de ese precepto. Y es posible que siendo la perturbación transitoria, ella puede subsistir paralelamente con la incapacidad, pero sin llegar a identificarse. Por consiguiente, el tiempo en que las lesiones se reparen y se restablezca la normalidad de la respectiva función —que ha de sobrevenir tarde o temprano— no es factor que desnaturalice el hecho punible, ni que impida la aplicación del artículo 374 del Código Penal".

Las sanciones establecidas por los artículos 372, 373, 374 y 375 del Código Penal se aplican —en cada caso concreto—independientes unas de otras. Si fuera de la incapacidad para trabajar, las lesiones producen una o alguna de las consecuencias señaladas en las otras disposiciones, el hecho se reprime por la disposición que comporta mayor gravedad, con prescindencia de aquellas que implican menor gravedad. Cuando fuera de la incapacidad, las lesiones causan una perturbación funcional transitoria, es la disposición del artículo 374, inciso 1º, la que debe aplicarse al sancionar el hecho.

Por estos motivos, la causal invocada no prospera.

Causal segunda.—"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 haga 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...".

Afirma el recurrente que el Tribunal le atribuyó a la prueba un valor que no tiene, porque Zambrano ejecutó el hecho en el momento de ser injuriado y ultrajado por el Inspector de Circulación y Tránsito, Jorge Mercado. Esta circunstancia y el hecho de imputarle la consumación de una infracción penal que formalmente no fue probada, produjeron en el ánimo del acusado el estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

La sentencia no tuvo en cuenta estas modalidades, y el Tribunal no aplicó el precepto del artículo 28 del Código Penal, porque a las pruebas se les dieron un valor que no tenían y se les negó el que resulta probado de autos; o sea, el que configura la modalidad apuntada.

Luego, al referirse a la apreciación de circunstancias de mayor y menor peligrosidad, afirma:

"...Siendo pues de aplicación la pena mínima ya que, no están contrapesadas ni dan resultantes de equilibrio todas las circunstancias de menor peligrosidad con la única que se estima de mayor peligrosidad y por tanto, también se hace una aplicación no justa en el considerando B) de la sentencia de segunda instancia que ha venido a casación en relación con los artículos 37 sexto, 38, primera, 39 y 40 del C. Penal vigente".

Estudio de la causal

El estudio de esta causal en los juicios de derecho, incide en el análisis de los hechos y en el de las pruebas que se tuvieron en cuenta para demostrarlos, para saber si en la sentencia se les atribuyó un valor que no tenían, o si por el contrario se les negó el que tenían, o si enfrentados unos con otros, llevan a la conclusión de ser contradictorios, o por lo menos ellos envuelven circunstancias modificadoras o eximentes de la responsabilidad.

La Corte no puede estudiar esta causal, con fundamento en el simple enunciado que de ella se haga en la demanda. Si el recurrente pretende, por este medio, que se invalide la sentencia, debió plantear el problema, expresando los hechos y las pruebas que los respaldan, para luego sacar la conclusión de que el delito no fue el resultado de un acto intencional, sino la consecuencia de un hecho realizado en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injuriosa provocación.

Es natural que el estudio de los hechos y de los diversos elementos probatorios del proceso —en cada caso concreto— da margen para hacer la afirmación de que el hecho se produjo en las condiciones determinadas por el artículo 28 del Código Penal, pero la demostración o negación de las modalidades previstas por la disposición citada, debe discutirse en el juicio, y si los juzgadores de instancia las niegan, entonces sí, es pertinente su alegación como causal de casación. Pero cuando esa circunstancia modificadora de la responsabilidad no es considerada, ni en el auto de proceder, ni en las sentencias de primera y segunda instancia, la Sala, en casación, no puede estudiar oficiosamente esta causal, porque su misión no es la de juzgador de instancia.

Pero aun en el supuesto de que el problema hubiera sido objeto de estudio en las diversas etapas del proceso, si la demanda no trae ningún examen de los hechos, para demostrar que ellos se realizaron en las condiciones contempladas en la hipótesis allí enunciada, el estudio de la causal no sería procedente, porque el recurso de casación no se funda en afirmaciones genéricas, sino en las razones que asisten al recurrente para demostrarlas.

El ataque que por este motivo se hace a la sentencia no prospera.

En cuanto a la circunstancia de mayor peligrosidad, derivada de la forma como se realizó el hecho, si bien es cierto que el Tribunal tiene amplia libertad para apreciar la prueba sobre las causas que lo produjeron, también es evidente que en casación pueden examinarse esos elementos probatorios, para deducir si ellos fueron debidamente apreciados y, si valorados de acuerdo con la ley, servían para determinar un agravante de pena, o si hubo error al estimarlos, el cual debe corregirse con la disminución de la sanción impuesta.

Como la circunstancia de mayor peligrosidad la deduce el Tribunal de los testimonios de Arcadio Olmos y Lisandro Márquez, que dan cuenta de la forma como se produjo el incidente, es necesario analizarlos, para darles el valor que tengan como elementos generadores de la circuns-

tancia de mayor peligrosidad; y a ello se procede así:

El único testigo presencial de los hechos fue el Secretario de la Inspección, Arcadio Olmos. A excepción del doctor Chaves Botero, quien se encontraba en la Secretaría del despacho, los testigos que declaran en este proceso no estuvieron presentes en el momento de realizarse los acontecimientos; ellos acudieron al recinto de la Inspección después del incidente. En tales condiciones, sus testimonios tienen valor como pruebas en cuanto al resultado de la lesión, pero no en relación a la forma como se produjeron los hechos en el despacho privado del Inspector.

En efecto: En el memorial denuncio se cita como testigos presenciales a los señores Arcadio Olmos, Alberto Villamil, Pablo Abondano Herrera, Vicente Trujillo Largacha, Albertò Forero Rubio, Miguel Chaves Botero y otros.

Arcadio Olmos (fjs. 6) manifiesta que a las nueve de la mañana del día 5 de octubre de 1940, Jorge Mercado, Inspector de Circulación, **"entró a su despacho privado en donde yo estaba con Zambrano"**. (Subraya la Corte); que ante las preguntas que le hiciera Mercado a Zambrano sobre la pérdida de algunas hojas de la resolución, éste reaccionó en una forma grosera, y que cuando el Inspector trataba de comunicarse con la Personería fue atacado; que el declarante sujetó a Zambrano y que "en esos momentos entró al despacho Alberto Forero Rubio, otros señores y unos agentes de policía".

En certificado de fecha 5 de octubre de 1940, el Secretario afirma:

"Que estuvieron presentes en el momento del incidente los señores Alberto Villamil, Escribiente de esta oficina, el doctor Miguel Chaves Botero, un detective, cuyo nombre y apellido conoce el señor Pablo Abondano, Hernando Angel Montoya, Carlos Fernández (policía de Circulación), José Miguel Rubio (policía de Circulación), y el agente de apellido Quimbaya (también de Circulación)".

En la diligencia de indagatoria afirma lo siguiente: "...Yo mientras tanto, me salí del escritorio y fui a coger a Zambrano de por detrás, sujetándole los brazos; y los tuvimos contra el piso, **mientras la policía llegó y lo cogió"**. (Fs. 45 v.). Y en la diligencia de careo practicada con Zambrano, corrobora esta afirmación al expresar: "....me paré de mi puesto y ayudé a coger a Zambrano para sujetarlo **mientras llegaba la policía"**. (Fs. 48 v.). Subraya la Corte).

Jorge Mercado, al ser indagatoriado, sostiene: "En ese momento mi Secretario pegó un brinco y le cogió las manos al señor Zambrano; yo solté el teléfono, me puse las manos en la cara, y pude observar que tenía una inmensa hemorragia nasal. **En ese momento entró la policía y sujetaron al señor Zambrano"**. (Subraya la Corte).

El testigo Lisandro Márquez dice:

"...El día sábado cinco del presente mes, a eso de las nueve y media de la mañana, me encontraba yo embolando al señor Arcadio Olmos, secretario de la Inspección Primera de Circulación, en el despacho privado de la Inspección, cuando entró al mismo despacho un individuo, cuyo nombre ignoro. El señor Olmos le preguntó al individuo que dónde tenía la hoja del expediente; el individuo le contestó que no la tenía; que a ellos nada les importaba; que no lo "jodiera", y otras palabras ultrajantes. En ese momento entró al despacho Jorge Mercado, Inspector Primero, y dirigiéndose al individuo le hizo la misma pregunta que le había hecho el señor Olmos. El individuo también le contestó groseramente al Inspector, diciéndole que no lo "jodiera", que él no tenía ninguna sentencia. El doctor Mercado le manifestó que por haber perdido la sentencia, le iba a sacar una multa de diez pesos; el individuo le contestó que no tenía con qué pagar la multa; el doctor Mercado le dijo que si no tenía para pagar diez pesos, pagara cinco pesós. Y el individuo contestó que no pagaba porque no se le antojaba y que no lo "jodiera". En vista de la grosería del individuo el doctor Mercado llamó a un policía; y luégo cogió el teléfono para llamar no sé dónde. En esos momentos, y cuando el doctor Mercado hablaba por teléfono, el individuo se le acercó al doctor Mercado y colocándosele del lado derecho, sin que el doctor Mercado lo viera, le tiró un puñetazo pegándole en la nariz. Luégo quiso volver a pegarle al doctor Mercado, pero éste se defendió y a su vez le dio un puñetazo al individuo. En esos momentos entró a la pieza un policía, y yo me salí, y no sé qué más pasó....."

De la simple lectura y comparación de los informes y declaraciones rendidos por Mercado y Olmos se llega a la conclusión de que el único testigo presencial fue el Secretario de la Inspección y que el declarante Lisandro Márquez no estuvo presente al momento en que se realizaron los hechos.

¿Es posible pensar que un detalle de trascendencia, de significación fundamental, de observación física, de realidad tangible, como es la presencia del limpiabotas Márquez, pudiera pasar inadvertida para el Inspector y su Secretario? ¿Cuál es la razón para que dichos funcionarios omitieran en sus declaraciones, informes, careos e indagatorias, referirse a la presencia de este testigo? ¿Por qué el declarante Olmos, al día siguiente de los sucesos, afirmó que en el despacho de la Inspección sólo estaban él y Zambrano? Si efectivamente Márquez, en el momento de los sucesos, estaba "embolando al señor Arcadio Olmos", ¿por qué éste omitió mencionarlo en su declaración?

Si Mercado sabía que Márquez estuvo presente, ¿por qué no lo citó en su denuncia? ¿Por qué no hizo referencia a este testigo, en las diligencias de careo e indagatoria? O este hecho sólo pudo recordarlo el 21 de octubre de 1940, al ampliar su denuncia, no para aclarar hechos o hacer imputaciones más graves al sindicado, sino única y exclusivamente, para informar a la justicia que existía un testigo presencial, de última hora, llamado Lisandro Márquez?

Mercado y Olmos no hacen alusión al testigo, porque no estuvo presente al momento de producirse el incidente. Si la presencia de Márquez se justificara, todas las personas que llegaron a prestar auxilio, en sus exposiciones harían referencia por lo menos indirecta a ese declarante. No hay que perder de vista que este hecho no se refiere a detalles u observaciones que por insignificantes pudieran pasar inadvertidos a los testigos; por el contrario, esa circunstancia constituye un dato de observación importante, que cualquier persona podría recordarlo. Pero no podían afirmar la presencia de un sujeto que no vieron, porque no estuvo presente.

Del testimonio de Márquez se deducen estas afirmaciones:

El Secretario Olmos no intervino en la defensa de Mercado; éste se defendió personalmente; no hubo sujeción por parte de Olmos, sino simplemente cruce de puños; en el momento del incidente, el testigo embetunaba los zapatos del señor Arcadio Olmos. Tales aseveraciones están en pugna con lo sostenido con el ofendido y su Secretario. Efectivamente, Olmos manifiesta que no sólo hubo cambio de puños, sino lucha, porque "ambos cayeron al suelo"; él defendió a Mercado, sujetando a Zambrano hasta que entraron varias personas; en el momento del incidente estaba "en su escritorio compulsando unas copias" (certificado de fs. 7) y no haciéndose embetunar, como dice el testigo. Otro tanto afirma el Inspector Mercado.

Estas versiones contradictorias dan margen para afirmar que Márquez no fue testigo presencial, y por consiguiente, para deshechar su testimonio en orden a fundar la responsabilidad y determinar las causas que dieron lugar a los hechos.

Zambrano manifiesta que el día 4 de octubre de 1940 fue detenido, porque el Inspector y su Secretario le imputaron el hecho de haber suprimido algunas hojas de la Resolución por la cual se le imponía una multa, por violación de las disposiciones de Circulación y Tránsito; que al día siguiente lo llevaron al despacho para indagarlo, y entonces dijo no ser el autor, pues nada conseguía con sustraer unos papeles, si por otra parte, en la oficina se mantenía copia de la Resolución. Tal afirmación cobra valor al considerar que en el instante en que Zambrano puso este hecho en conocimiento de los funcionarios de la Inspección, ellos inmediatamente lo hicieron requisar y no le encontraron documento alguno. La ausencia de prueba para demostrar la imputación, tuvo como resultado de la investigación, el pronunciamiento de un sobreseimiento definitivo.

La negativa de Zambrano, parece causó malestar al Inspector y a su Secretario, dando lugar — como dice el procesado — a que lo injuriaran con palabras ofensivas, hecho que lo llenó de indignación y lo llevó a actuar en la forma antes expresada. Y esta afirmación tiene respaldo en el testimonio del doctor Chaves Botero, quien después de hacer un relato de los acontecimientos, dice:

"..... oí que una voz muy parecida a la del doctor Mercado, recriminaba a un chofer a quien yo no conocía, pero que después supe que era Zambrano, sobre el hecho de haberse retenido alguna hoja de una resolución por la cual se condenaba a dicho chofer. El chofer Zambrano protestó manifestando que él había dejado el día anterior todo el negocio, entonces oí que una voz muy semejante a la del doctor Mercado decía desde su despacho: "Es que usted es un ratero y usted se robó la resolución; de repente se suscitó dentro de la oficina del doctor Mercado agravios de hecho, y el chofer Zambrano gritaba: "Choferes: que se asesinan los de la circulación....."

Desde este punto de vista, ¿puede darse pleno valor probatorio al dicho del ofendido y a la de-

claración de Olmos, en relación con las causas que dieron lugar al incidente? Naturalmente que nó. El valor de la prueba testimonial no depende del mayor o menor número de declarantes, sino de las condiciones personales y morales de los mismos, cualidades que son las únicas normas a las cuales debe sujetarse el Juez para apreciar la credibilidad de ellos, en referencia al hecho o hechos sobre los cuales declaran. Estas condiciones, valoradas através de la crítica del testimonio, producen en el ánimo del juzgador la convicción de que el testigo, en determinado momento, dice la verdad, para que su testimonio se tenga o no como prueba de la imputación o como índice de inocencia.

La relación de dependencia existente entre el Inspector y su Secretario, la condición de ofendidos con respecto al procesado, y los cargos que éste les hizo como autores de las lesiones que él también recibió, colocan esos testimonios en el plano de la duda, y así no pueden tenerse como plena prueba sobre la manera como se desarrollaron los hechos.

Dentro de las relaciones humanas, es natural suponer que el testimonio de Olmos está animado de cierto interés moral en orden a favorecer, atenuar o justificar la actuación de su superior, y este interés afectivo le resta al testimonio toda la imparcialidad de la cual debe estar caracterizado; por estos motivos, desplazando dicha prueba, es necesario dar cabida al testimonio del doctor Chaves Botero, en orden a la realización de los hechos investigados.

No existiendo prueba suficiente para demostrar que los hechos se realizaron en la forma como lo expresa el denunciante, y siendo dudoso el testimonio de Olmos en lo que hace relación al origen de los acontecimientos, dentro de una lógica jurídica, no se puede valorar como circunstancia de mayor peligrosidad, la de haber atacado a la víctima cuando se hallaba completamente desprevenida, o sea, la del numeral 6º del artículo 37 del Código Penal, citado en la sentencia, por no estar plenamente demostrada.

Descartada la circunstancia de mayor peligrosidad, y existiendo únicamente circunstancias de menor peligrosidad, como la "buena conducta anterior del acusado, su exaltación del momento, su pobreza y su condición social", la pena imponible será el mínimo de las disposiciones violadas; o sea, la que contempla la sentencia de primera instancia.

Por este motivo la causal alegada prospera y la sentencia debe casarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, en parte de acuerdo con él, INVALIDA LA SENTENCIA de fecha diciembre 19 de 1945, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condena a Abel Zambrano Páez a la pena de tres años de presidio y multa de seiscientos pesos a favor del Tesoro Nacional, y demás penas accesorias, y en su lugar condena a Abel Zambrano Páez a la pena de veintiocho meses de presidio y demás sanciones que le fueron impuestas en la sentencia de junio (28 de 1945) veintiocho de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Juzgado 2º Penal del Circuito.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. AGUSTIN GOMEZ PRADA

Con el mayor respeto por la opinión de mis compañeros de Sala expreso la mía propia en relación con la pena que ha de imponerse al autor de unas lesiones, cuando queda como consecuencia de ellas **una perturbación funcional transitoria.**

Yo creo que si la perturbación funcional transitoria no es grave, no ha de imponerse la pena señalada en el artículo 374 del código penal, de dos a cinco años de presidio, sino la del artículo 372, en el inciso que corresponda a la duración de la perturbación después de la incapacidad para trabajar. Más claro, que si la perturbación funcional no es grave, ha de considerarse como una prolongación de la incapacidad.

Para pensar así me fundo en la naturaleza misma de las cosas, que exige la sanción para algo de entidad, para lo que causa perjuicios dignos de tenerse en cuenta, como se exige en todas las infracciones dañosas, y no para consecuencias poco apreciables o un poco perjudiciales. No es lo mismo, claro está, la incapacidad para trabajar que la perturbación funcional, y la medicina legal las especifica y define; pero, dígase lo que se quiera, la diferencia entre incapacidad para trabajar y perturbación o defecto funcional es más lógica que real. Mejor hubiera sido consagrar el término enfermedad u otro cualquiera que se hubiera prestado a menos confusiones.

El profesor Uribe Cualla, al hablar de las consecuencias de las heridas, dice que de acuerdo con el nuevo código penal, al perito médico tan sólo le corresponde dictaminar si a un herido le queda o no una deformidad física, o una perturbación funcional o una desfiguración facial o una perturbación psíquica, permanente o de carácter transitorio, o si hubo una pérdida de un miembro u órgano; pero sin entrar en ninguna clasificación de benignidad o gravedad, porque esa apreciación ya es cuestión dejada al criterio del juez.

Que quede al concepto del juez la apreciación de un concepto pericial, es evidente, y así lo establece la ley (artículo 268 del c. de p. p.); pero que el perito no tenga qué decir qué clase o de qué calidad es una perturbación, o una desfiguración facial, en una palabra, las consecuencias de unas lesiones, no resulta admisible en manera alguna, porque la prueba pericial se busca precisamente "cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes" (Artículo 256 del C. de P. P.) y el juez o las partes pueden pedir que el dictamen se explique, se amplíe o se rinda con mayor claridad, como lo expresa el artículo 266 del citado código de procedimiento.

Volviendo a la tesis que defiendo, el mismo código la indica claramente, al señalar mínimos de pena de **dos meses de arresto** o de **seis meses de prisión** para las lesiones que apenas producen enfermedad o incapacidad para trabajar, aunque éstas pasen de treinta días, **o de seis meses o un año de prisión** cuando causan desfiguración facial, o deformidad física transitoria o permanente, o perturbación psíquica transitoria, mientras que cuando existe perturbación funcional transitoria de órgano o miembro el mínimo es de **dos años de presidio** y puede llegarse hasta cinco años de la misma pena.

Algunos ejemplos pueden aclarar la cuestión:

Un sujeto es herido de un balazo en una pierna y dura incapacitado para trabajar quince días, pero queda con una dificultad para caminar durante ocho días más. Total: 23 días. Y otro sujeto, herido en la misma forma, dura incapacitado para trabajar durante noventa días, pero transcurridos ellos puede consagrarse a sus ocupaciones sin aquella perturbación funcional transitoria ¿Se le impondrá al heridor del primero la pena de dos años de presidio, siendo así que las lesiones produjeron en el segundo caso consecuencias más graves?

Una mujer joven y de buen parecer es herida por una enemiga en la cara, a navajazos o con algún ácido y queda desfigurada, o deforme, después de estar incapacitada para trabajar durante dos meses. Otra mujer, herida en la nariz, dura incapacitada para trabajar por ocho días, pero le queda una leve dificultad para respirar, que le dura veinte. ¿Se le impondrá al heridor de la última un mínimo de dos años de presidio,

y a la primera, que pudo convertir en monstruo un ser humano, un mínimo de un año de prisión, siendo tan notable la diferencia entre los dos casos?

La ley no distingue, es cierto, entre las clases de perturbación funcional, pero no prohibe distinguir, antes exige distinguir y el sentido común a ello conduce.

La práctica judicial me dice que la letra del artículo 374 no se puede tomar irrestrictamente, porque se presentan casos muy difíciles, que hay que dejar al buen criterio de los jueces. Y no me parece conveniente que la Corte, con el peso de su atoridad, defina el caso en estudio en la forma ceñida en que lo ha hecho. O mejor, que no lo defina, sino que por decir "perturbación funcional" los dictámenes periciales, se encaje al procesado dentro del artículo 374 sin más ni más.

Considero — repito y resumo — que para los efectos del artículo 374 del código penal, no puede tenerse en cuenta sino la perturbación funcional transitoria grave, desde luego que el legislador impone para ésta una sanción mayor que la señalada para la desfiguración facial o para la deformación física, o para la perturbación psíquica transitoria, que son en veces consecuencias gravísimas, más temibles que la misma muerte.

Bogotá, 12 de noviembre de 1946.

Agustín Gómez Prada.

EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

I. — La legítima defensa, como forma de justificación del hecho, está condicionada — por mandato del artículo 25 del estatuto penal — a estos requisitos o elementos:

a) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo;

b) Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca;

c) Antijuridicidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto CONTRA JUS, contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquél contra el cual se dirige y ejecuta:

d) Defensa o acto de defensa, o sea aquella que es indispensable para repeler, anular o rehuír la agresión contra jus, acto que puede concretarse en la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contraataque según el caso;

e) Necesidad de la defensa, o imposibilidad actual de repeler, rehuír, o anular la violencia o agresión por los medios legales, y

f) Proporcionalidad entre la violencia o la agresión y la defensa, contraataque o reacción.

III. — El exceso en la legítima defensa, como figura jurídica, opera cuando existiendo todos estos requisitos, hay desproporción entre la ofensa y la defensa.

IIII. — Los sistemas de formulación de cuestionarios — el del Código y el de la Ley 4ª — se diferencian por cinco aspectos: la forma o contendio, la intervención de las partes, la forma o contenido de las respuestas y la forma de actuación o decisión de los jurados: estos caracteres diferenciales impiden la aplicación conjunta y simultánea de los dos sistemas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior de Pasto doctor Augusto Esparza y el doctor Arcesio E. Guerrero, defensor de Marco Aurelio Muñoz, interpusieron recurso de casación contra la sentencia de aquel Tribunal, del veinte de abril del año pasado, por la cual — con aplicación de los artículos 25, 27 y 362 del estatuto penal — Muñoz fue condenado condicionalmente a la pena de diez y seis meses de presidio por el delito de homicidio en Dagoberto Roa cometido, en acto de exceso de legítima defensa personal, la noche del seis de julio de mil novecientos cuarenta y uno en el poblado del corregimiento de Briceño, municipio de La Cruz, Departamento de Nariño.

Cumplidas las normas procesales propias del recurso, y resueltos el impedimento del Magistrado doctor Sarasty, miembro de la Sala que dictó la sentencia, y los repetidos cambios de apoderados hechos por Muñoz, la Corte — con vista en la demanda presentada por el doctor J. Estrada Monsalve, y el concepto del Procurador Delegado en lo Penal — decide el recurso en el presente fallo.

En atención a que el tema central que aquí se controvierte, se relaciona jurídicamente con el principio de justificación del delito, que los falladores creyeron desentrañar al interpretar el veredicto, es preciso seguir —partiendo del hecho y sus modalidades y motivos — el desarrollo judicial del proceso hasta su remate, que es la sen-

tencia, y así, como lo quiere el recurrente, declarar que el veredicto y la sentencia se oponen y se excluyen, o, como el Procurador lo pide, inhibirse de casarla por cuanto la contradicción no está entre aquellos dos actos sino entre las respuestas del propio veredicto.

I.—Resumen de los hechos

Los hechos, conforme el Tribunal los resumió en el auto por el cual revocó el del Juez que declaró el veredicto contrario a la evidencia de los datos del proceso, se sucedieron en la forma siguiente:

"El 6 de julio de 1941, se celebraba en casa de José Muñoz, un baile, al que habían sido invitadas varias personas de la población, a las nueve de la noche, entraron a la mencionada habitación Dagoberto Roa y Rafael Eraso; el primero de los nombrados dirigiéndose a la señora de Marco Aurelio Muñoz, le dijo: "..... hola, señorita vamos a tomarnos un trago". Muñoz contestó: "..... aquí no hay señoras ni señoritas no sea imbécil". Seguidamente Muñoz invitó a Roa a que salieran hacia el corredor a conversar. Estando en actitud pacífica Roa y Muñoz, se acercó a los dos Rafael Eraso y sin haber el motivo, entre éste y Muñoz se suscitó un altercado de palabras. En virtud de lo que inesperadamente había sucedido, Dagoberto Roa y Rafael Eraso, resolvieron abandonar el sitio en donde se encontraban. Ya en la calle Eraso trataba de convencer a Roa de que había que retirarse a la habitación a descansar. Roa estaba un tanto alegre y no hizo caso de la insinuación que le hiciera el amigo. De pronto hace su aparición Marco Aurelio Muñoz y dirigiéndose a los señores mencionados, les dice: "qué es la vainita"; Eraso contestó: "no es vainita, se trata de que Roa se retire a descansar". Eraso reclamó a Muñoz, por qué le había dicho a Roa que no le gustaba; Muñoz respondió en tono al parecer cordial: "No pajudiés (sic) más, camina vamos para acá arriba". Eran las once de la noche, los protagonistas habían caminado unos cuatro metros del lugar donde se encontraron; se situaron en la esquina de la plaza, Eraso frente a Muñoz. Eraso le dijo a Muñoz: "Bueno, dígame qué es lo que quiere decir, o qué es lo que quiere conmigo". En este momento interviene Roa, interponiéndose entre Muñoz y Eraso, y dirigiéndose al primero le dijo: "quiere pelear, quiere pelear, quiere pelear". Muñoz sin dar respuesta, retrocede unos pocos pasos, desfunda su revólver y dispara contra Dagoberto Roa, el que después de pocos segundos se desploma, para no levantarse más. El cuerpo del herido presentaba una perforación en el lado izquierdo del pecho, herida que le causó la muerte instantes después de recibida".

II. — Actuaciones procesales

Las actuaciones procesales a que habrá de hacerse obligada referencia — por causa de las tesis expuestas son las siguientes:

a) El auto de proceder, del Juzgado Segundo Superior de Pasto, del 13 de mayo de 1942, en cuya parte motiva se afirma — después de desechar la posibilidad de que se le imputara a Muñoz el propósito de ultimar o herir a Eraso "con quien mediaban antecedentes de enemistad" — que "el disparo hecho sobre una parte noble del cuerpo de Roa y cuando éste se interponía entre Eraso y Muñoz, demuestra que la intención del procesado fue la de terminar con la vida de Dagoberto y **en el momento en que éste lo desafiaba a pelear"** — subraya la Corte;

b) El auto de proceder del Tribunal, del 4 de agosto de 1942, en el cual, opuestamente a la tesis del defensor de que "se trata de un homicidio perpetrado en el momento de rechazar ofensas graves en contra del honor y también una agresión injusta", califica el delito como "homicidio voluntario";

c) El cuestionario propuesto al jurado, sobre el hecho material, el propósito de matar, la circunstancia de la riña imprevista provocada por el occiso, y finalmente, la ejecución del delito en el momento de rechazar una agresión de palabra y de obra;

d) Las primeras respuestas, afirmativas en cuanto al hecho y al propósito y negativa en cuanto a la riña imprevista;

e) La última respuesta, según la cual Marco Aurelio Muñoz dio muerte a Dagoberto Roa "por agresión grave y defensa personal";

f) El auto del Juez, del 29 de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio del cual declaró el veredicto — por causa del reconocimiento de la agresión grave — contrario a la evidencia de los hechos;

g) El auto del Tribunal, del 5 de septiembre del mismo año, por medio del cual, interpretando la última parte del veredicto como exceso en la

legítima defensa, revocó el auto del Juez y le ordenó dictara fallo;

h) La sentencia del Juez Superior, del 25 de septiembre de 1944, por la cual — previa aceptación del exceso sugerido por el Tribunal — condenó a Muñoz a la pena de cuatro años de presidio, e

i) La sentencia del Tribunal, del 20 de abril del año pasado, por la cual — en oposición al Fiscal — reformó la del Juez Superior, en el sentido de fijar la pena en diez y seis meses de presidio (sexta parte de ocho años) y de suspender su cumplimiento durante un tiempo de prueba de año y medio.

III. — La demanda y su contestación

Las dos causales — primera y tercera — que ha invocado el recurrente parten de una misma hipótesis y persiguen la misma finalidad, la absolución del procesado; sobre la hipótesis, o sea sobre la interpretación del veredicto como reconocimiento de una concreta y real legítima defensa, construye el recurrente la base jurídica de la errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal primero, y del desacuerdo entre el veredicto y la sentencia después; si el jurado—razona el recurrente más o menos — mediante la fórmula de la agresión grave y de la defensa personal, quiso reconocer — como reconoció — la justificación de la legítima defensa, el Tribunal, al interpretar aquella fórmula como exceso y no como legítima defensa en sí, aplicó indebidamente o interpretó erradamente los artículos 25 y 27 del estatuto penal; y si el jurado, mediante la misma expresión de la agresión grave de la defensa personal, aceptó la justificación en todo su contenido y plenitud, y el Tribunal se apartó de la expresa voluntad del jurado así manifestada, entonces dictó sentencia opuesta al veredicto.

Recurrente y Procurador coinciden en que no es posible deducir del veredicto el exceso en la legítima defensa, aunque llegan a opuestas conclusiones; el primero, a que se aplique el artículo 25 con exclusión del artículo 27 del estatuto penal, y el segundo a que no se case la sentencia, no obstante el grave error en que incurrió el Tribunal al aceptar el exceso en la legítima defensa, porque el único y serio motivo de impugnación a la sentencia — el veredicto contradictorio— no fue propuesto en el recurso.

Las partes de la demanda y su respuesta, que en seguida se trascriben, aclaran mejor las tesis resumidas.

"El Tribunal Superior de Pasto — concluye el recurrente después de rechazar la del exceso en la defensa legítima — interpretó erróneamente la ley penal sustantiva en los artículos 25 y 27 referidos: en el primero, por cuanto en vez de absolver a Marco Aurelio Muñoz, le impuso una condena con fundamento en un veredicto justificativo del hecho; y en el segundo, por cuanto aceptó la modalidad del exceso de defensa sin haberse ella respondido por los jueces de derecho".

"En las dos primeras respuestas — dice el Procurador en su glosa al veredicto después de atacar cálidamente la vida legal del exceso en la defensa — configura el jurado un homicidio intencional, en el caso del artículo 362 del Código Penal, esto es, la muerte de un hombre por otro hombre realizada con el propósito (dolo) de matar, y la última respuesta dice que el acusado obró en el evento de una legítima defensa. Lo que significa que el jurado, en esas tres afirmaciones consagró dos hipótesis jurídicas que no pueden coexistir, que se destruyen mutuamente; la responsabilidad de Muñoz por un homicidio intencional o doloso y la irresponsabilidad e inocencia del mismo por haber obrado en el ejercicio de un derecho, el de su conservación personal. Responsabilidad de una parte, y causas que lo excluyen, de otra, eso es aquí el veredicto".

El Fiscal del Tribunal, que a su vez recurrió en casación con el apoderado de Muñoz, en el concepto sobre la apelación contra la sentencia de primer grado sostuvo la tesis de que no hay base alguna para interpretar el veredicto como exceso en la legítima defensa: se trata — conceptúa — de un homicidio intencional, en el que las circunstancias reconocidas por el jurado sólo tienen la categoría de circunstancias de menor peligrosidad.

IV. — Estudio del recurso

Siendo claro que el punto de referencia que tanto el señor Procurador como el abogado recurrente fijan en sus objeciones, es el reconocimiento de la legítima defensa que — según ellos — hizo el jurado, es obvio que el examen de las tesis por ellos expuestas exige previamente el de la mencionada institución, y — no obstante el resultado aparentemente teórico que pueda tener— el de su existencia legal en este proceso.

La legítima defensa, como forma de justificación del hecho, está condicionada — por mandato del artículo 25 del estatuto penal — a estos requisitos o elementos:

a) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo;

b) Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca;

c) Antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto **contra jus,** contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquel contra el cual se dirige y ejecuta;

d) Defensa o acto de defensa, o sea aquella que es indispensable para repeler, anular o rehuír la agresión contra jus, acto que puede concretarse en la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contrataque según el caso;

e) Necesidad de la defensa, o imposibilidad actual de repeler, rehuír, o anular la violencia o agresión por los medios legales, y

f) Proporcionalidad entre la violencia o la agresión y la defensa, contrataque o reacción.

La concurrencia de estas condiciones — en la medida o proporción que fija la necesidad — es lo que justifica la legítima defensa, lo que le quita el carácter punible que readquiere si falta absolutamente alguna de ellas; pero si aún concurriendo todas aquellas condiciones hay desproporción entre la ofensa y la defensa, surge entonces la figura del exceso, punible en sí.

Resumidas así las condiciones o elementos que integran las figuras jurídicas de la legítima defensa y del exceso en su ejercicio ,sin que sea aquí oportuno el examen analítico de las diversas teorías que fundan y explican tales figuras, a la Corte sólo compete en este recurso comprobar cuál de las tesis presentadas se conforma a las normas legales, si la del desacuerdo entre el veredicto y la sentencia que propuso al apoderado de Muñoz, o las del veredicto contradictorio y nulidad, que presentó el Procurador.

a) Desacuerdo entre el veredicto y la sentencia

Párte el recurrente de la tesis, para él inobjetable, de que el jurado reconoció explícitamente la figura de lá legítima defensa, que envuelve la irresponsabilidad y la absolución en consecuencia; así, pues — razona más o menos — si el Tribunal interpretó la respuesta a la última cuestión del veredicto como exceso, sin que siquiera lo hubiera sugerido, dictó sentencia en oposición al veredicto, y la Corte, por mandato del artículo 570 debe invalidar el fallo y absolver, por lo tanto, al procesado.

Este punto, además de la síntesis doctrinaria antes expuesta en relación con la legítima defensa y su exceso, presupone la referencia a los sistemas legales de formulación del cuestionario—el del Código y el de la Ley 4ª de 1943 — y a las consecuencias que el adoptado por el Juez en este proceso hubo de tener en los errores en que incurrieron jurado y Tribunal, el primero al calificar el hecho y el segundo al interpretar la calificación.

Cinco aspectos diferencian los mencionados sistemas: el tiempo, la forma o contenido del cuestionario, la intervención de las partes, la forma o contenido de las respuestas y la forma de actuación o decisión de los jurados.

En el sistema del Código los cuestionarios, que se formulaban veinticuatro horas después de aprobado el dictamen pericial sobre daños y perjuicios, debían contener, en preguntas separadas, los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, los elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad y las circunstancias influyentes en la determinación de la sanción; las partes tenían el derecho de pedir, dentro de los tres días posteriores a la notificación del auto de formulación de los cuestionarios la inclusión de los que hubieran juzgado necesarios; las respuestas debían limitarse al "sí" o al "nó" sin adición ni explicación alguna; y, finalmente, cada uno de los miembros del jurado, sin comunicarse con los restantes, debía escribir la respuesta en el cuestionario que separadamente a cada uno le era previamente consignado.

El sistema de la Ley 4ª es, como va a verse, diferente; el cuestionario, que se formula al comenzar la audiencia, sólo incluye la pregunta sobre la responsabilidad del hecho o hechos con determinación de las circunstancias que los constituyan, a menos que se trate de alguna de las enumeradas en el artículo 29 del estatuto penal; se priva a las partes del derecho a pedir se incluyan nuevas preguntas, se restablece la deliberación colectiva del jurado, y a los vocablos "sí" o "nó"

con que el jurado contesta el cuestionario, puede añadir brevemente circunstancias diversas a las mencionadas en aquél, en las cuales juzga se ejecutaron los hechos.

Las actuaciones relativas a los cuestionarios son las siguientes:

a) El auto del 31 de marzo de 1943, por el cual — con el criterio de que la Ley 4ª era más favorable al procesado — el Juez formuló el cuestionario, limitado a una sola pregunta o cuestión;

b) La solicitud del Fiscal del Juzgado, del 3 de febrero de 1944, para que se declarara nulo y se repusierą lo actuado, por cuanto el cuestionario se había formulado en una serie única, opuestamente a los artículos 497 y 498 del Código, error que no podía subsanar — según el Fiscal — el día de la audiencia;

c) La formulación de otro cuestionario, en las cuatro series siguientes, al principiar la audiencia; primera, si los jurados se hallaban convencidos de que Muñoz había dado muerte a Roa, con el arma, en el sitio y en la hora mencionada en el auto de proceder; — segunda, si Muñoz ejecutó tal hecho con el ánimo de matar; — tercera, si lo ejecutó en riña imprevista provocada por el occiso, y — cuarta, **si Muñoz ejecutó tal hecho** — subraya la Sala — **en el momento de rechazar una agresión de palabra y obra"**;

d) La respuesta afirmativa a las dos primeras cuestiones relativas al hecho material o cuerpo del delito y al propósito de matar, y la negativa a la tercera, o sea a la de la riña imprevista provocada por el occiso; y

e) La respuesta del jurado a la pregunta de si Muñoz había dado muerte a Roa **en el momento de rechazar una agresión de palabra y de obra, respuesta concretada en la frase "sí, por agresión grave y defensa personal".**

El Juez, como de la enumeración precedente se deduce, incurrió—al formular los cuestionarios— en graves equivocaciones que habrían de repercutir en el alcance del mismo veredicto, a saber: en serie única, con base en la Ley 4ª, el día 31 de marzo de 1943, once meses antes de la audiencia, formuló el primer cuestionario, y al comenzar la audiencia el 4 de febrero del año siguiente, lo sustituyó — haciendo constar la facultad de la Ley 4ª para formularlo el día de la audiencia — por el cuestionario múltiple que el Fiscal había solicitado con base en el artículo 498 del estatuto procesal, y en el que se incluyeron el cuerpo del delito, el propósito, la riña imprevista y, finalmente, la circunstancia de la agresión de palabra y obra con exclusión de la legítima defensa.

Formulado así según las normas del artículo 499, el jurado sólo podía absolver las diversas cuestiones "con un sí" o un "nó", **sin agregar explicación de ninguna naturaleza",** como categóricamente el artículo 500 lo ordena y lo prescribe; inquirido, pues, si Muñoz había matado a Roa en el momento de rechazar una agresión de palabra y de obra, únicamente le incumbía afirmarlo con un "sí" o negarlo con un "nó", conforme al sistema del Código; pero aún aceptando la legalidad de la adición, ni el jurado configuró la eximente de la defensa legítima, menos el exceso en su ejercicio, ni quiso configurarlos, como tan arbitrariamente lo creyeron Juzgado y Tribunal.

Hay, pues, un evidente desacuerdo — por razones diversas a las que señaló el recurrente — entre la sentencia, que sancionó el delito como ejecutado en acto de exceso defensivo, y el veredicto del jurado, que en modo alguno reconoció el exceso; mas como la invalidación del fallo, que es la consecuencia del dicho desacuerdo, conduciría a extructurar el delito de Muñoz en la especie del homicidio intencional o de propósito y a imponerle — por lo tanto — la sanción que fija el artículo 362 del estatuto penal, la Corte, — según doctrina uniforme — no puede agravar la posición del recurrente, y su actuación se limita a aceptar, aunque teóricamente, que la causal de casación, aunque fundada, no prospera.

b) La violación de la ley penal

La objeción del recurrente de que el Tribunal violó la ley penal por cuanto aplicó el art. 27 en vez del 25 del estauto penal, es una consecuencia de la hipótesis ya desechada, según la cual el jurado reconoció la legítima defensa; no prosperando, pues, la tercera causal, no prospera tampoco la primera.

c) El veredicto contradictorio

El Procurador Delegado quien, entre su calidad de recurrente porque el Fiscal del Tribunal interpone recurso y la de no recurrente porque el procesado también, lo interpuso, optó por la última, coincide con el recurrente en cuanto al fundamento de la causal tercera, aunque juzga que no puede prosperar porque el veredicto, al reconocer simultáneamente el homicidio intencional en la respuesta a las dos primeras cuestiones y la legítima

defensa en la última, es contradictorio, y ésta es —añade —anomalía insubsanable, ya que la causal séptima —que la previene— no fue invocada.

Esta razón, y la conclusión a que llegó la Corte en el exámen de la causal tercera, hacen inútil el estudio de la tesis que propuso el Procurador, lo que posiblemente no habría sucedido si éste o el Fiscal del Tribunal hubieran formulado la demanda ante la Corte.»

V. — Decisión del recurso

Considerando que la causal tercera invocada, al prosperar, acarrearía al procesado la agravación de la responsabilidad y, por consiguiente, de la pena, y que ello se opone a reiteradas y no revisadas doctrinas, la única decisión que puede tomarse es la de dejar la sentencia en toda su firmeza.

Así, pues, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, resuelve NO INVALIDAR la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 20 de abril del año pasado, por la cual condenó condicionalmente a Marco Aurelio Muñoz a la pena de diez y seis meses de presidio por el delito de homicidio en la persona de Dagoberto Roa, cometido la noche del seis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el poblado de Briceño, Municipio de La Cruz, Departamento de Nariño.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Jorge Gutiérrez Gómez, Conjuez—**Julio E. Argüello R.,** Secretario.

SE CONFIRMA EL AUTO QUE DECLARO TERMINADO EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

El artículo 127 de la Ley 105 de 1931, establecía como prohibición para desempeñar un cargo en la rama judicial, la de que los empleados y subalternos sean parientes entre sí dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; prohibición que comprendía tanto al Juez o Magistrado que hace el nombramiento como a los otros Magistrados que componen la Entidad judicial.

Pero la ley no hizo extensiva la prohibición a los parientes de los funcionarios que hacen la designación o elección del Juez. Si éste hubiera sido el pensamiento del legislador de 1931, así lo hubiera consignado expresamente en la disposición comentada. Tal la razón para que el Constituyente de 1945 y el legislador del mismo año ampliaran el alcance legal de la prohibición, haciéndola extensiva para aquellas personas que hacen el nombramiento o intervienen en la elección. (Artículos 174 de la C. N. y 1º de la Ley 12 de 1945).

—

Dentro de las actuales prohibiciones, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia no pueden elegir para desempeñar puesto alguno dentro de la rama jurisdiccional, a ninguna persona que tenga el parentesco de que hablan la Constitución y la ley, con los parlamentarios que tomaron parte en la elección; ni los Magistrados de los Tribunales Superiores, a los parientes de los Magistrados de la Corte; ni los Jueces Superiores del Circuito, Jueces de Menores o Jueces Municipales, a los parientes de los Magistrados de los Tribunales que intervinieron en la elección.

Pero la violación del artículo 174 de la Constitución Nacional como la del artículo 1º de la Ley 12 de 1945, que desarrolla el precepto de la Carta, no siempre tipifican la figura del delito de falsedad en documentos. Esa violación, por mandato expreso del legislador, solamente constituye CAUSAL DE MALA CONDUCTA, que se sanciona disciplinariamente por el respectivo superior, mediante la destitución del empleado que infringe aquellas normas, con tal que al dar cumplimiento a las disposiciones citadas, no se certifique una falsedad; y el nombramiento que se hace con olvido o preterm isión de dichas formalidades, es sancionado con la nulidad del mismo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de veinte de marzo del presente año, declaró cesado el procedimiento en las diligencias seguidas contra el doctor Régulo Nates Cortés, a quien se le imputa la comisión de un delito de FALSEDAD en documentos públicos.

Cumplidos los trámites propios de la instancia y recibida la vista del colaborador, se procede al estudio de la providencia consultada.

Hechos

En memorial presentado al Tribunal, con fecha nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, el señor Roberto Wiesner Urdaneta denunció criminalmente al doctor Nates Cortés, Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, por la comisión de un delito de falsedad, cargo que lo deduce del siguiente hecho:

"El doctor Nates Cortés en su calidad de funcionario público, en ejercicio de sus funciones, ha certificado en las nóminas de empleados de su Juzgado: "Certifico que el Secretario y demás empleados de este Despacho no se encuentran, por razón de parentesco, dentro de la prohibición del **artículo 127 de la Ley 105 de 1931**", asevera-

ción completamente falsa, ya que el Oficial Mayor de dicho Juzgado, señor Víctor R. Vásquez, es hermano del actual Magistrado de ese Honorable Tribunal, doctor Luis Carlos Vásquez.

"Ha violado pues cada quince días desde que ocupa el cargo de Juez que le fue encomendado por ustedes el numeral 4º del artículo 231 del C. P....."

El señor Víctor R. Vásquez fue reemplazado en el puesto de Oficial Mayor del Juzgado 4º Civil del Circuito, cuando se hallaban vigentes el Acto Legislativo número 1º de 1945 y la Ley 12 del mismo año, dictada ésta última en desarrollo del artículo 174 de la Carta.

Elementos probatorios

La calidad de funcionario público que como Juez 4º Civil del Circutio tenía el doctor Régulo Nates Cortés, en la fecha en que ocurrieron los hechos, se acredita con el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión. La circunstancia de hallarse en ejercicio de sus funciones, se comprueba con la certificación expedida por el Secretario de Gobierno del Municipio de Bogotá y con la confesión-indagatoria que hace el sindicado en referencia al desempeño del cargo.

Por decreto número 2 de primero de julio de mil novecientos cuarenta y tres, el doctor Régulo Nates Cortés, Juez 4º Civil del Circuito, en ejercicio de facultades legales, nombró como Oficial Mayor del Juzgado al señor Víctor R. Vásquez, para el período que se iniciaba en esa fecha.

El agraciado se posesionó el mismo día en que se le hizo el nombramiento y desempeñó el cargo hasta el **día tres de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco,** fecha en la cual fue reemplazado por Félix Pérez Piedrahita. Durante este lapso, los sueldos devengados por Víctor R. Vásquez le fueron pagados puntualmente, previa presentación de las nóminas correspondientes.

El señor Víctor R. Vásquez, nombrado Oficial Mayor del Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, es hermano legítimo del doctor Luis Carlos Vásquez, actual Magistrado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial (Bogotá), afirmación que se comprueba con la partida de matrimonio de Isaac Vásquez y Vitalia Rojas, padres de los señores Vásquez, y con las partidas de nacimiento de Luis Carlos y Víctor R. Vásquez.

Para el pago de los sueldos devengados, mensualmente y al firmarse las correspondientes nóminas, el doctor Régulo Nates Cortés firmaba la certificación impresa que contienen esos documentos, y que dice:

"Certifico que el Secretario y demás empleados de este Despacho no se encuentran, por razón de parentesco, dentro de la prohibición del artículo 127 de la Ley 105 de 1931".

El sindicado afirma que en su calidad de Juez 4º Civil del Circuito, firmó y autorizó la certificación impresa en las nóminas, porque "la prohibición contenida en el artículo 127 de la ley 105 de 1931, comprende, respecto de los jueces, por razón de parentesco, al Secretario y demás subalternos de la Oficina entre sí, y respecto del Juez que hace los nombramientos" (fs. 39); que a pesar de haber sido nombrado el señor Víctor R. Vásquez Oficial Mayor del Juzgado con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo número 1º de 1945, este empleado fue reemplazado, para cumplir lo dispuesto por el artículo 63 del Acto mencionado, que hizo más general la prohibicion.

El Tribunal, dando aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con la vista favorable del Fiscal, expresó, en la providencia que se revisa, que el cargo formulado al doctor Nates Cortés, por falsedad, no tenía respaldo probatorio; en consecuencia, afirmó que el delito no tuvo existencia y ordenó cesar el procedimiento.

Se considera:

El doctor Régulo Nates Cortés, al firmar la certificación impresa que llevan las nóminas, no cometió el delito de falsedad que se le imputa, porque en dicha certificación no se realizó mutación alguna de la verdad, no se alteró, suprimió, adicionó o sustituyó el contenido de ella por otra, sino simplemente se hizo la afirmación de una situación existente.

El artículo 127 de la Ley 105 de 1931, establecía como prohibición para desempeñar un cargo en la rama judicial, la de que los empleados y subalternos sean parientes entre sí dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; prohibición que comprendía tanto al Juez o Magistrado que hace el nombramiento, como a los otros Magistrados que componen la entidad judicial.

Pero la ley no hizo extensiva la prohibición a los parientes de los funcionarios que hacen la designación o elección del Juez. Si éste hubiera sido el pensamiento del legislador de 1931, así lo hubiera consignado expresamente en la disposición

comentada. Tal la razón para que el Constituyente de 1945 y el legislador del mismo año ampliaran el alcance legal de la prohibición, haciéndola extensiva para aquellas personas que hacen el nombramiento o intervienen en la elección .(Artículos 174 de la C. N. y 1º de la Ley 12 de 1945).

El artículo 63 del Acto Legislativo número 1º de 1945 erigió en precepto constitucional la prohibición contemplada por la Ley 105 de 1931, y la amplió así:

"**Artículo 174.**—En ninguna elección o nombramiento hecho por funcionarios judiciales o del Ministerio Público podrán designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los Magistrados o Jueces que intervienen en la elección o nombramiento, o con los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación".

Posteriormente, la Ley 12 de 1945 expedida en desarrollo del texto constitucional, en su artículo 1º, establece que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el del Consejo de Estado, los Presidentes de los Tribunales Superiores como los de los Tribunales Seccionales Administrativos, los Jueces Superiores, de Circuito, Municipales, y de Instrucción Criminal, como los Magistrados y Jueces del Trabajo, los Agentes del Ministerio Público, y demás funcionarios de la rama jurisdiccional, **certificarán** en la nómina mensual "que ninguno de sus empleados subalternos es pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, de los Magistrados, Jueces, o funcionarios que intervienen en su elección, o de los que hubieren participado en la elección o nombramiento de quien haya hecho la correspondiente designación inferior".

Tanto el texto constitucional como la ley ampliaron la prohibición, no sólo para los parientes de los Magistrados o Jueces que hacen el nombramiento, sino para los parientes de todas aquellas personas que hubieren participado en forma directa en la elección o nombramiento de quienes hayan hecho o tengan que hacer la correspondiente designación inferior.

Dentro de las actuales prohibiciones, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia no pueden elegir para desempeñar puesto alguno dentro de la rama jurisdiccional, a ninguna persona que tenga el parentesco de que hablan la Constitución y la ley, con los parlamentarios que tomaron parte en la elección; ni los Magistrados de los Tribunales Superiores, a los parientes de los Magistrados de la Corte; ni los Jueces Superiores, de Circuito, Jueces de Menores o Jueces Municipales, a los parientes de los Magistrados de los Tribunales que intervinieron en la elección.

Pero la violación del artículo 174 de la Constitución Nacional como la del artículo 1º de la Ley 12 de 1945, que desarrolla el precepto de la Carta, no siempre tipifican la figura del delito de falsedad en documentos. Esa violación, por mandato expreso del legislador, solamente constituye **causal de mala conducta,** que se sanciona disciplinariamente por el respectivo superior, mediante la destitución del empleado que infringe aquellas normas, con tal de que al dar cumplimiento a las disposiciones citadas, no se certifique una falsedad; y el nombramiento que se hace con olvido o pretermisión de dichas formalidades, es sancionado con la nulidad del mismo.

Como la firma de la certificación impresa no se hizo al tenor del artículo 174 de la Carta, ni de conformidad con el artículo 1º de la Ley 12 de 1945, sino con base en lo dispuesto por el artículo 127 de la Ley 105 de 1931, el hecho imputado no es constitutivo de falsedad en documentos. La no aplicación de los preceptos citados puede constituír cualquier otro hecho sancionable, pero en ningún caso delito de falsedad.

Y ésta la razón para que el Procurador Delegado en lo Penal, después de transcribir el texto constitucional afirme:

"Este canon constitucional entró a regir el día 16 de febrero de 1945.

"Resulta, pues, indudable que a partir de esta fecha, el señor Víctor R. Vásquez no podía seguir desempeñando el cargo de Oficial Mayor del Juzgado, por ser hermano de uno de los Magistrados que intervinieron en el nombramiento del Juez que tenía como subalterno al señor Vásquez, mayormente cuando éste era de libre remoción en su cargo.

"Sin embargo, el Juez doctor Nates Cortés se abstuvo de observar el mandato constitucional, manteniendo de Oficial Mayor al señor Vásquez, hasta que tuvo que intervenir la Procuraduría por medio de la nota número 6506 de fecha 14 de julio de 1945. Además la misma Procuraduría ya había dado a conocer su circular número 4 del mes de marzo del año citado, remitida a todos los Magistrados, Jueces y Fiscales de la República, llamándoles la atención sobre el cumplimiento

del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1945.

"Así consta en los archivos de esta oficina, y lo acepta el Juez en un indagatoria (sic).

"En tales circunstancias, la remoción del señor Vásquez no fue hecha, como lo dice el señor Fiscal del Tribunal y como lo afirma esa corporación en el fallo consultado, tan pronto como la norma constitucional entró en vigencia, sino varios meses después.

"Lo que quiere decir que sí hay base para adelantar la investigación y que el sumario debe perfeccionarse hasta ponerlo en estado de calificarlo con una de las providencias de fondo que prevé el artículo 428 del Código de Procedimiento Penal".

La Corte no se aparta de las razones que asisten al Procurador. Puede adelantarse la investigación para saber si se infringió la ley penal, pero no cabe revocar la providencia del Tribunal, porque ésta se dictó con fundamento en el hecho de que el delito de falsedad no tuvo existencia.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala Penal, — oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada.

El Tribunal tendrá en cuenta lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia, en relación con las anotaciones de la Procuraduría.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso—se ha dicho en repetidas ocasiones — se funda en una razón de orden público y social, como es el de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito. No se podría afirmar que los derechos del sindicado se hallan debidamente respaldados, cuando su presencia en el lugar donde debe juzgárselo se halla cohibida o intimidada por la presión o amenaza de las personas que por una u otra causa tienen graves divergencias con aquél.

La conveniencia para una recta administración de justicia estriba en la amplitud de sistemas que garanticen los derechos de la defensa social, y los del sindicado frente al Estido que le formula cargos a nombre de la sociedad. Si las partes en los procesos penales no disfrutan de esos derechos garantizados por la Constitución y la ley, bien porque existe una hipótesis fundada de que les van a ser negados por quienes deben fallar su negocio, o porque circunstancias especiales derivadas de pasiones que muchas veces se traducen en actos de venganza o represalias, impiden la defensa, o bien porque esos mismos actos pueden poner en peligro la vida del procesado, en tales casos, para que los fallos sean la expresión de la justicia, es necesario e indispensable el cambio de radicación del proceso.

La Sala no puede emitir concepto sobre el cambio de radicación de negocios que no son de competencia de los Juzgados Superiores, fundándose para ello en la conexidad de los delitos, porque el estudio de este problema es ajeno al cambio de radicación, y el concepto de los negocios de competencia de los juzgados del Circuito se guía por las normas del artículo 59 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Por medio de apoderado, Julio Franco Rubio pide al Ministerio de Gobierno le conceda el **cambio de radicación** del proceso que por el delito de **peculado** se adelanta en el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Quibdó (Chocó) y cuyo conocimiento corresponde a uno de los Jueces Superiores de Medellín.

A la petición se adjuntan los siguientes documentos:

a). Copia de la escritura número 494, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, en la cual consta el poder que Julio Franco Rubio confirió al doctor Carlos Arturo Díaz para solicitar, entre otras cosas, el cambio de radicación;

b). Declaraciones de los señores Roberto Valdés, Manuel Antonio Izquierdo, Roberto Valencia Arango y Víctor Abelardo Robledo;

c). Copias de los telegramas cruzados entre la Prefectura de Control de Cambios y el Juzgado 24 de Instrucción Criminal, sobre la existencia del proceso, y el telegrama dirigido por el funcionario de instrucción a la Corte, en el cual certifica que el sumario se adelanta por un delito de peculado y que la competencia es de los Juzgados Superiores de Medellín;

d). El oficio número 188 de agosto del presente año, por el cual el Juez 24 de Instrucción Criminal informa al Director de Justicia del Ministerio de Gobierno sobre el estado de los negocios que se instruyen en contra de Julio Franco Rubio; y

e). Ampliaciones de las declaraciones de los testigos Roberto Valencia Arango, Roberto Valdés y Manuel Antonio Izquierdo.

En concepto de cuatro de julio del presente año, recaído a la petición sobre cambio de radicación hecha por Franco Rubio, la Corte dijo:

"La Corte no puede conceptuar favorablemen-

te sobre el cambio de radicación de un proceso criminal, mientras no aparezca claramente demostrado cuál es el delito por el que se sindica al procesado. El telegrama dirigido por el Juez 24 de Instrucción Criminal a la Prefectura de Control de Cambios, en el que se afirma que el conocimiento del hecho investigado corresponde al Juez Superior de Medellín, no es la prueba que la ley exige para demostrar que la competencia es de dicho funcionario, si por otra parte, no se sabe cuál es la denominación que el Código Penal le asigna a la infracción....."

Con posterioridad a este concepto, el apoderado allegó las pruebas a que hacen referencia los anteriores apartes del primer concepto, e hizo ampliar las declaraciones de los testigos, testimonios en los cuales funda la petición sobre cambio de radicación.

El señor Julio Franco Rubio fue designado por el Gobierno Nacional, Inspector del Comercio de Oro y platino, y en ejercicio del cargo y por las atribuciones a él conferidas, efectuaba rondas, revisión en los equipajes de los pasajeros, decretaba capturas o detenciones de personas contra las cuales existían fundadas sospechas de comerciar ilícitamente con esos metales.

"..... gracias a sus esfuerzos — dice el apoderado — se decomisó en el aeródromo de Cali, el mayor contrabando cogido en Colombia a agentes nazis y en cumplimiento de su deber tuvo que desarrollar una estricta vigilancia sobre todas aquellas personas, de quienes se tenían datos, sospechas, informes, noticias, etc., de que estaban dedicadas a ese comercio ilegal".

Se dice que el desempeño de sus funciones le acarreó a Franco Rubio muchas enemistades personales y odios, por parte de aquellos que se veían comprometidos en esos negocios, enemistades y odios que se tradujeron en un estado de animosidad o en cierta especie de venganza contra él; y para probar estas afirmaciones se aducen los siguientes testimonios:

El de Roberto Valdés, Secretario de la Prefectura de Control de Cambios, quien dice:

"..... Puedo afirmar igualmente que tanto en Medellín como en Quibdó las personas que aparecen sindicadas en las investigaciones y en los sumarios levantados por el señor Franco Rubio, entre quienes se encuentran el señor Raúl Cañadas, uno de los denunciantes de Franco Rubio, y quien figura como sindicado en tales investigaciones, son influyentes tanto en el campo político como social y económico y profesan una seria enemistad al señor Franco, en términos que si éste fuera conducido preso a una de dichas ciudades su vida estaría seriamente amenazada, pues Cañadas u otros enemigos han formulado amenazas que entrañarían dicho peligro, según he sabido por razón de mi cargo".

Roberto Valencia Arango, Jefe de la Comisión de Vigilancia y Represión del Contrabando de Platino, refiriéndose a una visita que practicó a la ciuda de Quibdó, dice (fs. 9):

"..... Pude darme cuenta exacta de la mala voluntad que en dicha ciudad se había formado hacia la persona del señor Inspector Franco Rubio, mala voluntad que se traducía en amenazas de toda índole, ya que los ánimos allí estaban bastante exacerbados no sólo por el hecho de haberse reglamentado en una forma drástica el comercio del platino, sino por la actuación que dicho funcionario había tenido, tal vez un poco exagerada, pero que en todo caso obraba de buena fe....."

Y en posterior declaración afirma (f. 29 v.):

"Además todos los sindicados por Franco Rubio le profesan a él una seria enemistad. En términos de que si fuera conducido preso, sobre todo a Quibdó, su vida podría estar amenazada, no por parte del señor Cañadas pero sí de otras personas a quienes se sindicó como contrabandistas de platino, pues a varias de ellas oí personalmente que formulaban serias amenazas de atentar contra el señor Franco Rubio".

Manuel Antonio Izquierdo, Revisor de cuentas de comerciantes en oro y platino, dice (fs. 7):

"Me consta que actualmente existe en la población de Quibdó una situación muy grave y delicada con respecto a la persona del señor Julio Franco Rubio, debido a las actuaciones que éste tuvo como Inspector del Comercio de Oro y a las medidas que en cumplimiento de su deber se vio obligado a tomar con respecto a determinadas personas de la Intendencia del Chocó (Quibdó), situación que ha llegado a traducirse en amenazas contra la vida y la integridad personal del mentado señor Franco Rubio, por parte de ciertas personas influyentes de Quibdó y a quienes se sindicó como contrabandistas de oro y de platino en juicios que adelantó el nombrado señor Franco Rubio".

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso — se ha dicho en repetidas ocasiones — se funda en una razón de orden público y social, como es el de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garantice plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito. No se podría afirmar que los derechos del sindicado se hallan debidamente respaldados, cuando su presencia en el lugar donde debe juzgársele se halla cohibida o intimidada por la presión o amenaza de las personas que por una u otra causa tienen graves divergencias con aquél.

La conveniencia para una recta administración de justicia estriba en la amplitud de sistemas que garanticen los derechos de la defensa social, y los del sindicado frente al Estado que le formula cargos a nombre de la sociedad. Si las partes en los procesos penales no disfrutan de esos derechos garantizados por la Constitución y la ley, bien porque existe una hipótesis fundada de que les van a ser negados por quienes deben fallar su negocio, o porque circunstancias especiales derivadas de pasiones que muchas veces se traducen en actos de venganza o represalias, impiden la defensa, o bien porque esos mismos actos pueden poner en peligro la vida del procesado, en tales casos, para que los fallos sean la expresión de la justicia, es necesario e indispensable el cambio de radicación del proceso.

La prueba aducida da la impresión de que el medio donde se realizaron los hechos, el ambiente creado por ellos, no ofrecen seguridad completa para una recta administración de justicia, Además, esa animosidad, esa zozobra y esa amenaza permanente contra la persona de Franco Rubio y de la cual hablan los testigos, son síntomas reveladores de que el procesado, en cualquier momento, puede ser objeto de un atentado personal; y como la justicia no sólo debe velar por los intereses sociales, sino por los particulares del sindicado frente a probables ataques de terceros, para evitar esos posibles perjuicios y garantizar la integridad personal de Franco Rubio, es necesario y procedente el cambio de radicación.

La Sala no puede emitir concepto sobre el cambio de radicación de negocios que no son de competencia de los Juzgados Superiores, fundándose para ello en la conexidad de los delitos, porque el estudio de este problema es ajeno al cambio de radicación, y el concepto de los negocios de competencia de los Juzgados de Circuito se guía por las normas del artículo 59 del Código de Procedimiento Penal.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala Penal — emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso seguido contra Julio Franco Rubio y cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Gobierno.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

ACUSACION POR DELITOS DE PREVARICATO, VIOLACION DE DOMICILIO, ABUSO DE AUTORIDAD, Etc.

En el curso del juicio ejecutivo se pueden presentar cuestiones accidentales que la ley permite discutir y su resolución da margen para pronunciar un fallo especial que, en muchos casos, puede poner fin al juicio principal. Estos incidentes, por su naturaleza, son viables desde que se notifica a las partes el auto que admite la demanda hasta la providencia de citación para sentencia, o hasta el momento de entrar el negocio para fallo en los casos en que no es procedente el auto de citación para sentencia.

Cuando estos incidentes ya fueron debatidos en el juicio, el fallo que se profiere pone fin a la cuestión controvertida o reclamada. Para evitar que los juicios se prolonguen indefinidamente por el planteamiento de incidentes, el Código Judicial, en su artículo 394, autoriza al Juez para despachar de plano los que no son procedentes, o aquellos que se promueven por la misma causa después de haber sido ya planteados y resueltos con anterioridad.

Al verificarse el cambio de un depositario o secuestre y al efectuarse la entrega de bienes, las partes o los interesados en el juicio no pueden formular nuevas oposiciones sobre los mismos bienes y por las mismas causas.

Una es la diligencia de avalúo y secuestro de bienes embargados, en donde sí prosperan las oposiciones, y otra muy distinta la entrega de bienes que se hace por el cambio o remoción del primitivo secuestre, acto en el cual no son pertinentes las oposiciones, bien porque la ley las prohibe por haber sido ya discutido el punto, o ya también porque no hay disposición legal que consagre tal derecho.

No se ha demostrado que el Juez hubiera dictado a sabiendas dictamen, resolución o sentencia contrarios a la ley, movido por sentimientos de simpatía, hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Si no se admitieron las oposiciones fue porque ellas ya habían sido resueltas con anterioridad al último acto en que se formularon, pero este hecho no entraña la comisión de un delito de prevaricato, ni abuso de autoridad, porque el Juez no se excedió en el ejercicio de sus funciones, ni cometió ni hizo cometer acto arbitrario contra la persona de los interesados en las oposiciones, ni contra los bienes de éstos.

El allanamiento no constituye violación de domicilio cuando se practica en obedecimiento a un mandato o resolución de autoridad competente, y consiste en el ejercicio de la facultad o atribución que la ley concede al respectivo funcionario para penetrar a un edificio, casa o propiedades ajenos, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades legales.

Cuando en un juicio ejecutivo se ordena hacer entrega de algunos bienes y los poseedores o los interesados se oponen a que se practique esa diligencia, el Juez, en el auto que tal cosa dispone, puede consignar expresamente que se allanen los inmuebles, para que se cumplan los mandatos de la ley, pero cuando esa orden no es expresa, se presume legalmente que la providencia contiene implícitamente la facultad de allanar. (Artículo 429 del C. J.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El seis de junio del presente año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, finalizó las diligencias a que hace referencia este negocio, y en la parte resolutiva de dicha providencia dijo:

"Déclarase que los hechos imputados en esta investigación al doctor Saulo Mario Patiño no constituyen infracción penal, y ordénase cesar en consecuencia todo procedimiento en su contra".

Como las providencias que se dictan con aplicación del precepto legal citado se hallan sometidas al grado de consulta, por este motivo la Corte procede a su estudio.

Hechos

En escrito de junio 30 de 1943, Rafael Mejía, ante el Alcalde Municipal de Cartago, denunció criminalmente al doctor Saulo Mario Patiño, Juez Civil del Circuito de dicha ciudad, por la comisión de varios delitos, que los especifica así:

Prevaricato

En el juicio ejecutivo iniciado por Bernardo Correa E. contra Januario Buitrago, Rafael y María Mejía, cuando se iba a hacer la entrega de bienes al secuestre Eliecer Arce, "alterando a sabiendas"" la diligencia que debía practicarse, ordenó la desocupación de los bienes embargados, no atendió los reclamos u oposiciones que en dicho acto se le formularon por los interesados y manifestó que debía cambiarse el abogado que llevaba la representación de los demandados; "la negativa para un acto propio de sus funciones como Juez, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, es lo que constituye **directamente el delito de prevaricato".**

Violación de domicilio

En la diligencia de entrega de los bienes embargados en la ejecución, se ordenó la desocupación de unos inmuebles pertenecientes a la señora Rosa Agudelo de Aristizábal, persona extraña o tercero que nada tenía que ver con las consecuencias del juicio.

Los derechos de propiedad de la señora Agudelo de Aristizábal fueron atropellados, el Juez ordenó la desocupación de sus bienes y en forma violenta invadió su domicilio. La violación del domicilio, sin el cumplimiento previo de las formalidades legales, lo hace responsable de este delito.

Abuso de autoridad

El Juez al ejecutar los hechos anteriores, en ejercicio de sus funciones, cometió un acto arbitrario e injusto contra los intereses de los demandados, contra los reclamantes y contra terceros que alegaban derechos sobre los bienes que fueron materia de la diligencia de secuestre.

Denegación de justicia

Con fecha 23 de junio de 1943, el apoderado de los demandantes dirigió una solicitud al Juez Civil del Circuito, en la cual le ponía de presente la inmoralidad y el perjuicio que entrañaba el nombramiento y el correspondiente ejercicio del cargo de secuestre hecho en la persona de Eliecer Arce, pero el Juzgado, sobre esa solicitud fundada y justa, no dictó ninguna providencia, antes bien, precipitó el desarrollo de los acontecimientos cumplidos con motivo de la diligencia de entrega.

Al sumario se allegaron las copias pertinentes de la situación llevada a efecto en el juicio ejecutivo seguido por Bernardo Correa E. contra Januario Buitrago, Rafael y María Mejía, en las cuales constan todas las providencias que motivaron el correspondiente denuncio, para saber si los hechos imputados al doctor Saulo Mario Patiño eran constitutivos de alguna infracción penal, o si por el contrario, ellos se ajustaban en un todo a la ley de procedimiento civil.

También se halla plenamente acreditado el carácter de funcionario público que, como Juez del Circuito de Cartago, tenía el sindicado, hecho que se comprueba con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión.

El 14 de agosto de 1942 se llevó a cabo la primera diligencia de avalúo y secuestro de los bienes embargados en el juicio ejecutivo de Bernardo Correa E. contra Januario Buitrago, Rafael Mejía y María Mejía de Mejía. En este acto, todas las personas interesadas en esos bienes y que se creían perjudicadas con la resolución del Juzgado, formularon sus oposiciones, aseverando bajo juramento decir la verdad en sus reclamos.

Como consecuencia de esa diligencia, el funcionario comisionado para practicarla hizo entrega real y material de los bienes avaluados y secuestrados al señor Antonio J. Espinosa. Por falta de

algunas formalidades, esa diligencia se declaró nula y hubo necesidad de repetirla, llevándose a efecto el 12 de septiembre de 1942.

En esa nueva diligencia se formularon también oposiciones, pero éstas fueron desechadas por el Juzgado, y la providencia que tal cosa disponía, fue confirmada por el Honorable Tribunal. Así finaliza esta etapa.

Posteriormente, el depositario Antonio Espinosa renunció al cargo de secuestre, y el Juzgado, a petición de la parte demandante, hizo nuevo nombramiento en la persona de Eliecer Arce. Los demandados pidieron reposición de dicho auto y en subsidio interpusieron recurso de apelación, pero ambas peticiones fueron negadas por el Juzgado.

Por auto de 11 de junio de 1943, el Juzgado señaló el día 28 del mes y año citados, hora de las nueve de la mañana, para que tuviera lugar la diligencia de entrega de bienes al nuevo secuestre señor Eliecer Arce. Este acto se llevó a cabo por el Juzgado Civil del Circuito de Cartago desempeñado en ese entonces por el doctor Saulo Mario Patiño.

En esa diligencia, que no era propiamente la de hacer un avalúo y secuestro de los bienes embargados en el juicio ejecutivo, los demandados pretendieron formalizar nuevas oposiciones. Mas como no eran pertinentes esos reclamos, porque ellos en su debida oportunidad fueron rechazados, el Juzgado no aceptó ninguna oposición e hizo la entrega de los bienes al secuestre, quien manifestó recibirlos a su entera satisfacción.

En cuanto a la negativa para considerar la oposición presentada por Rosa Amalia de Aristizábal el Juzgado expresó:

"De acuerdo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cartago, esa casa pertenece a las señoras María Mejía de Mejía y Soledad Montes de Buitrago, de por mitad y en proindivjso; la señora Mejía de Mejía, es uno de los ejecutados, mas, como no se encontró a la señora Soledad Montes de Buitrago, quien según informe vive en Ansermanuevo, se dispuso aplazar para esta señora la notificación....."

El día 2 de julio de 1943, el doctor Aníbal Cadavid O., apoderado de los demandados, solicitó al Juzgado Civil del Circuito de Cartago que declarara la nulidad de la diligencia practicada con fecha 28 de junio pasado. A esta petición recayó la providencia del Juzgado que lleva fecha julio 27 del mismo año, en cuya parte resolutiva se dispone:

"Por lo anteriormente expuesto, este despacho, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **declara nula la diligencia de protección al secuestre,** practicada con fecha 28 de junio último, y **dispone,** además, que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el auto de 19 de mayo, para lo cual se señalará fecha oportunamente".

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, y el Tribunal, en providencia de marzo veinte de mil novecientos cuaren ta y cuatro, resolvió dejar en firme la diligencia de entrega de bienes al nuevo secuestre Eliecer Arce, practicada con fecha 23 de junio de mil novecientos cuarenta y tres, cuando dijo:

"**Revoca** el auto apelado proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, el 27 de julio de 1943".

El Tribunal, teniendo en cuenta los hechos que se dejan puntualizados, estimó que era el caso de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y ordenó pasar el negocio al Fiscal de dicha entidad, funcionario que emitió concepto favorable a lo solicitado en auto de noviembre trece de mil novecientos cuarenta y cuatro, y con base en la vista del colaborador se dictó la providencia que es materia de la presente consulta.

Se considera:

En el curso del juicio ejecutivo se pueden presentar cuestiones accidentales que la ley permite discutir y su resolución da margen para pronunciar un fallo especial que, en muchos casos, puede poner fin al juicio principal. Estos incidentes, por su naturaleza, son viables desde que se notifica a las partes el auto que admite la demanda hasta la providencia de citación para sentencia, o hasta el momento de entrar el negocio para fallo en los casos en que no es procedente el auto de citación para sentencia.

Cuando estos incidentes ya fueron debatidos en el juicio, el fallo que se profiere pone fin a la cuestión controvertida o reclamada. Para evitar que los juicios se prolonguen indefinidamente por el planteamiento de incidentes, el Código Judicial, en su artículo 394, autoriza al Juez para desechar de plano los que no sean procedentes, o aquellos que se promueven por la misma causa después

de haber sido ya planteados y resueltos con anterioridad.

Indudablemente que el Juzgado al practicar la diligencia de 28 de junio de 1943 sobre entrega de bienes al nuevo secuestre, no podía aceptar nuevas oposiciones, porque ellas fueron formuladas en la diligencia de avalúo y secuestro de los bienes embargados; y ésta la razón para que tanto el Juzgado como el Tribunal hicieran estudio especial de ellas, y en las providencias que dictaron se negó el derecho de los opositores.

Al verificarse el cambio de un depositario o secuestre y al efectuarse la entrega de bienes, las partes o los interesados en el juicio no pueden formular nuevas oposiciones sobre los mismos bienes y por las mismas causas.

Una es la diligencia de avalúo y secuestro de bienes embargados, en donde sí prosperan las oposiciones, y otra muy distinta la entrega de bienes que se hace por el cambio o remoción del primitivo secuestre, acto en el cual no son pertinentes las oposiciones, bien porque la ley las prohibe por haber sido ya discutido el punto, o ya también porque no hay disposición legal que consagre tal derecho.

Si los actos llevados a cabo por el Juzgado en la diligencia de entrega de bienes a Eliecer Arce, por renuncia del primer secuestre, se hallan ajustados a la ley, no puede imputársele la comisión de los delitos de prevaricato, abuso de autoridad, violación de domicilio y denegación de justicia.

No se ha demostrado que el Juez hubiera dictado a sabiendas dictamen, resolución o sentencia contrarios a la ley, movido por sentimientos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Si no se admitieron las oposiciones fue porque ellas ya habían sido resueltas con anterioridad al último acto en que se formularon, pero este hecho no entraña la comisión de un delito de prevaricato, ni abuso de autoridad, porque el Juez no se excedió en el ejercicio de sus funciones, ni cometió ni hizo cometer acto arbitrario contra la persona de los interesados en las oposiciones, ni contra los bienes de éstos.

El allanamiento no constituye violación de domicilio cuando se practica en obedecimiento a un mandato o resolución de autoridad competente, y consiste en el ejercicio de la facultad o atribución que la ley concede al respectivo funcionario para penetrar a un edificio, casa, o propiedades ajenos, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades legales.

Cuando en un juicio ejecutivo se ordena hacer entrega de algunos bienes y los poseedores o los interesados se oponen a que se practique esa diligencia, el Juez, en el auto que tal cosa dispone, puede consignar expresamente que se allanen los inmuebles, para que se cumplan los mandatos de la ley, pero cuando esa orden no es expresa, se presume legalmente que la providencia contiene implícitamente la facultad de allanar (artículo 429 del C. J.)

Si el Juzgado hizo uso de las atribuciones conferidas por la ley, no se puede afirmar que violó el domicilio, porque a esa propiedad no se introdujo en forma arbitraria o de manera engañosa o clandestina, sino en cumplimiento de sus deberes y por virtud de un mandato legal.

"Finalmente — dice el Tribunal — el hecho de no haber atendido las observaciones o reclamos del abogado doctor Cadavid está explicado con la circunstancia de no haber éste revalidado el papel común a su cargo, no obstante el requerimiento en providencia de 23 de junio. Que el señor Juez haya adoptado en tal diligencia una actitud tal vez brusca, o tal vez decidida y enérgica como correspondía a su temperamento y a las circunstancias mismas del ambiente y lugar en que actuaba, y que llegara tal vez a lanzar frases inconvenientes respecto al apoderado de los ejecutados y terceros opositores, son circunstancias que podrán ser censurables dentro del criterio de serenidad y ponderación que debe guiar al funcionario en todos sus actos, pero que no llegan tampoco a constituír infracción especial prevista en el Código".

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal, — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia consultada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha junio seis del presente año, por la cual se declara que los hechos imputados al doctor Saulo Mario Patiño no son constitutivos de infracción penal, y ordena cesar todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

RECURSO DE REPOSICION. — PREVARICATO

La ley, en ninguna de sus disposiciones confiere facultad expresa al Juez o funcionario público para declarar de hecho la nulidad de los contratos, por falta de pago de los impuestos; al contrario, establece un procedimiento especial para recabarlos, al determinar que toda persona o funcionario a quien lleguen documentos públicos o privados en que se haya omitido el pago de los impuestos legales, debe avisarlo al Recaudador para que cobre el gravamen correspondiente, "revalidando así, con efecto retroactivo, el documento respectivo". (Artículo 68, inciso 2º)

De manera que sí hubo violación "manifiesta y deliberada" de los artículos comentados, en relación con el pago del impuesto de Lazareto; si esa violación generara la nulidad prevista por el artículo 1741 del Código Civil, es natural que por constituír ese hecho una nulidad sustancial, un vicio que afecta la validez de los contratos, no podía declararse sino en juicio ordinario, donde los derechos de las partes tengan amplitud de medios para establecerlos, defenderlos o imputarlos, y consecuencialmente probarlos.

En las apelaciones de autos interlocutorios — como es el de proceder, — cumplida la tramitación establecida por el artículo 192 de la ley procedimental, el superior resuelve en vista de lo actuado; y en estos recursos no es pertinente la apertura y práctica de pruebas, por falta de disposición que así lo ordene. La legalidad o ilegalidad del auto protestado se la deduce de los elementos probatorios que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia, y no de las pruebas aducidas ante el superior, con posterioridad a la fecha del pronunciamiento del inferior, pues ello equivaldría a dictar una providencia sobre pruebas que no fueron consideradas por éste.

Esas pruebas de practicar y demostrarse su validez, tendrían operancia durante el juicio y pueden servir para cancelar los cargos formulados en el auto de proceder, en orden a obtener por este medio una sentencia absolutoria; pero en tratándose de pruebas no producidas hasta ahora — cuando se trata de examinar cargos concretos de un auto de llamamiento a juicio, no hay lugar a considerarlas, no sólo por su inexistencia, sino por su falta de oportunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Contra el auto de seis de septiembre del presente año, el doctor Pedro Luiz Gómez y su apoderado el doctor Alejandro Hernández Rodríguez interpusieron recurso de reposición.

Agotado el trámite legal, se procede al estudio de las razones expuestas por el sindicado y su apoderado en los respectivos memoriales que, para conseguir la finalidad propuesta, se han presentado a la Corte.

El alegato presentado por el doctor Gómez se encamina a combatir el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mas no la providencia de seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Las razones expuestas por el memorialista pueden resumirse así:

Parte primera

a). Al ex-juez Gómez se le llamó a responder en juicio por dictar una providencia ceñida a las disposiciones del Código Civil, y por haber declarado la nulidad de las escrituras números 99 de 15 de diciembre de 1941 y 19 de 28 de abril de 1942, otorgadas en el Consulado General de Colombia en Nueva York, contratos celebrados "con **voilación manifiesta y deliberada de los artículos**

64 y 48 de la Ley 63 de 1936 y pertinentes, que obligaba a los otorgantes de dichas escrituras, so pena de nulidad (artículo 1741 del C. C.) por ser un requisito de dicha ley, de pagar previamente el impuesto de lazaretos y que hasta la fecha tampoco se ha hecho";

b). Si el Tribunal afirma que no se había fallado en definitiva el juicio civil que dio origen al denuncio, no podía dictar auto de proceder, pues al hacerlo violó los artículos 21 y 22 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que le quitan jurisdicción, mientras no se haya dictado sentencia definitiva e irrevocable.

Al dictar el auto de proceder, las pruebas debieron valorarse de acuerdo con la legislación civil, y el fallador debió ceñirse a lo dispuesto por los artículos 1740, 1741, 1326, 2512, 2535, 2513, 2532, 2530 y 2533 del Código Civil, y

c). "..... que la nulidad en cuestión, o sea: la que decretó el ex-Juez Gómez, no podría desvirtuarse en forma alguna por un auto de proceder; porque entonces resultaría un Tribunal en lo Penal fallando indirectamente nulidades en lo civil por autos de proceder y sin sujetarse a las disposiciones de los artículos 21 y 22 del Código de Procedimiento Penal a que se hace referencia anteriormente. Este mismo absurdo demuestra que el auto de proceder debe ser legalmente revocado".

Los otros argumentos se encaminan a demostrar que él (doctor Gómez) dictó sentencia de acuerdo con la ley.

Se considera:

Al ex-Juez Pedro Luis Gómez no se le llamó a responder en juicio por haber dictado la sentencia que declara la nulidad de los contratos contenidos en las escrituras números 99 de 15 de diciembre de 1941 y 19 de 28 de abril de 1942 sino porque al dictarla cometió un delito de prevaricato, cargo formulado en el auto de proceder.

"..... Puede suceder — dijo la Corte — que sean nulos los contratos contenidos en las escrituras celebradas en Nueva York, por ausencia de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez, pero esa clase de nulidad — en caso de que existiera — no podía ni puede declararse dentro de un incidente del juicio principal, sino mediante los trámites de un juicio controvertido".

Las disposiciones de los artículos 48 y 64 de la Ley 63 de 1936, invocadas por el procesado, no dan jurisdicción al Juez para declarar de facto la nulidad de los contratos.

El artículo 48 hace referencia a la liquidación de los impuestos causados dentro de un juicio de sucesión, y especialmente, a la tramitación que debe observarse al resolver las objeciones hechas a la liquidación, y es lo cierto que en el juicio iniciado por la Compañía de Minas Chilona, S. O., contra la Davidoy, no se trataba, propiamente, de un juicio de sucesión, sino de la prescripción de unos derechos y de la nulidad de unos contratos.

El artículo 64 hace referencia a la certificación de paz y salvo por impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, estableciendo que los recibos o comprobantes no tienen carácter remisorio de sumas insolutas o no pagadas efectivamente.

En los artículos 65 y 68 se contienen las prohibiciones a los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, para extender y autorizar o registrar alguno de las documentos de que tratan los numerales 1º a 8º, sin que previamente se les presenten los comprobantes legales de haber pagado los respectivos impuestos.

Pero la ley, en ninguna de sus disposiciones confiere facultad expresa al Juez o funcionario público para declarar de hecho la nulidad de los contratos, por falta de pago de los impuestos; al contrario, establece un procedimiento especial para recabarlos, al determinar que toda persona o funcionario a quien lleguen documentos públicos o privados en que se haya omitido el pago de los impuestos legales, debe avisarlo al Recaudador para que cobre el gravamen correspondiente, "revalidando así, con efecto retroactivo, el documento respectivo". (Artículo 68, inciso 2º)

De manera que sí hubo violación "manifiesta y deliberada" de los artículos comentados, en relación con el pago del impuesto de Lazareto; si esa violación generara la nulidad prevista por el artículo 1741 del Código Civil, es natural que por constituír ese hecho una nulidad sustancial, un vicio que afecta la validez de los contratos, no podía declararse sino en juicio ordinario, donde los derechos de las partes tengan amplitud de medios para establecerlos, defenderlos o impugnarlos, y consecuencialmente probarlos.

Pero a esa conclusión no puede ni debe llegarse con el procedimiento adoptado por el doctor Gómez, quien sin juicio previo, sin intervención de parte demandada, sin controversia o debate judicial, el mismo día en que se pedía la nulidad de los contratos, la declaraba, en providencia de

23 de enero de 1943, afirmando la **nulidad absoluta** de los contratos celebrados en la ciudad de Nueva York y ante el Consulado General de Colombia. Basta la comisión de ese solo hecho para deducirle imputabilidad al ex-juez Gómez, como infractor del artículo 168 del Código Penal.

La competencia de las autoridades de la rama jurisdiccional en el ramo penal, sólo se extiende al conocimiento y represión de los delitos, y al de las acciones civiles por perjuicios provenientes de la infracción; pero el Tribunal, al dictar el auto de proceder, no violó la disposición del artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, porque los elementos constitutivos del delito de prevaricato imputado al ex-juez Gómez, no estaban en tela de juicio por motivo de una controversia civil, ni existía juicio pendiente sobre el particular. Al contrario, el delito se consumó por la actuación realizada en el juicio ordinario cuyo conocimiento y fallo correspondió al sindicado, y otras muy distintas son las consecuencias del juicio civil, las cuales no influyen para nada en la realización del delito.

La alegación de que las pruebas recogidas en el proceso penal debieron apreciarse de acuerdo con el valor que les atribuye la legislación civil, no es pertinente, porque la norma del artículo 22 del Código de Procedimiento Penal sólo es aplicable a los casos en que el Juez o Tribunal—en lo penal — tenga que fallar sobre cuestiones civiles, como sería en relación con la propiedad de las cosas u objetos materia de delitos contra ese derecho (estafa, robo, hurto, etc.), o cuando se trata de hacer la condena en perjuicios, casos en los cuales el juzgador no puede apartarse de las normas que sobre pruebas rigen en materia civil; pero como en el problema sub judice no se trata de ninguna de estas hipótesis, el Tribunal hizo bien al apreciar las pruebas referentes a la imputabilidad sobre delito de prevaricato, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal.

El auto de proceder, en ningún caso — como lo afirma el sindicado, — tiene el poder o la virtud suficiente para desvirtuar la sentencia dictada sobre nulidad de unos contratos por el ex-juez Gómez. El Tribunal, en el auto de proceder, no ha resuelto sobre cuestiones civiles, sino penales; ni siquiera hace alusión a la acción de perjuicios proveniente del delito.

Que el fallo dictado por el sindicado pueda ser revocado por el superior, es una cuestión civil, pero no penal. Si esa sentencia es revocada, también se podría aducir el argumento del procesado en sentido contrario, así: como los hechos realizados por el Juez y las providencias civiles que dieron margen a la investigación del ilícito fueron revocadas por el superior, el delito ha desaparecido y no tiene razón de ser; lo cual es un absurdo jurídico, y entonces, el cargo hecho al auto del Tribunal no tiene fundamento alguno.

Parte segunda

a). Esta parte, en sus numerales 1º a 5º, contiene un denuncio contra los doctores Gerardo Arias Mejía, Raúl H. Sánchez, Eduardo Arias Robledo, Conrado Giraldo y el doctor Aramburo (los dos últimos actualmente Magistrados del Tribunal, — a quienes se les imputa la comisión de varios hechos, entre otros, el haber formulado "una diligencia o acta falsa en la cual se sometió en forma manifiesta el delito de falsedad de que trata el artículo 231 del C. Penal y especialmente lo dispuesto en el numeral 4º del referido artículo; **porque faltaron a la verdad en la narración de hechos,** suprimiendo en el acta todos los documentos inclusive los de procedencia de autoridades públicas y los certificados del Registrador y del Juzgado y otros que se acompañaron a la demanda";

b). La rapidez en el juicio no implica convenio doloso entre el ex-juez y las partes. En autos no se ha demostrado la prueba de ese convenio, y suponerlo es un error contra la ley, "no conduce a nada que haga honor a la justicia". Tanto el antiguo como el nuevo Código de Procedimiento Civil en sus artículos 307, 321, 375 y 364, autorizan a los juzgadores para dictar sentencia dentro de los términos de estas disposiciones. Si la contraparte aceptó los hechos, renunció los términos y se conformó con las decisiones del Juzgado, el fallo debía dictarse;

c): "El numeral 9º combate la apreciación errónea del Tribunal sobre conocimiento que tuvo el ex-juez Gómez respecto del paradero o domicilio de la demandada, y afirma que los jueces no están obligados ni hay disposición que los autorice a tener como ciertos, hechos que no constan en el expediente sobre el cual se actúa. Como en el juicio de nulidad propuesto por el representante de la Compañía de Minas Chilona, S. O., contra la Davidov, se estableció la prueba de ausencia u ocultación de la demandada, el juez

nombró curador de conformidad con disposiciones legales;

d). En el numeral 6º se critica la declaración del ex-Secretario del Juzgado, Joaquín G. Gutiérrez, en relación con el hecho de haber recibido del Juez la orden de no suministrar informes sobre el estado del negocio, y concluye afirmando que este cargo no está probado.

Los numerales 7º, 10 y 12 hacen referencia a los delitos de cohecho y falsedad, sobre los cuales se sobreseyó temporalmente; y los razonamientos aducidos, en ningún caso son suficientes para revocar esa decisión.

Se replica:

En relación con el denuncio que formula en los primeros numerales de esta Segunda Parte, se ordenará la correspondiente investigación al final de esta providencia, o sea, al resolverse sobre la reposición pedida.

La rapidez en la tramitación y fallo de un negocio no implica convenio doloso si las partes y el juez observan las leyes y normas que regulan el curso del juicio; pero si el Juez y una de las partes omiten su cumplimiento, con menoscabo de los derechos del demandado, la violación de esos preceptos constituye una infracción penal.

Respecto a la actuación del curador ad litem, sobre aceptación de los hechos, renuncia de términos, traslados, y conformidad con las decisiones del Juzgado, oportunamente se dijo que esa actuación implica el renunciamiento total de los derechos de la parte demandada que representaba en el juicio, y esos derechos, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil, sólo se renuncia cuando miran al interés individual del renunciante; pero esa renuncia sólo puede hacerla el titular del derecho, o el apoderado debidamente autorizado para ello. Y en este caso, el curador no tenía facultad para renunciar los derechos del demandado.

Si la designación de curador ad litem se hubiera hecho de conformidad con las disposiciones que rigen la materia, ningún reparo se haría en relación con dicho nombramiento. Si el Juez sabía que la demandada residía en el exterior, como se afirma en la demanda, el procedimiento era el señalado en el artículo 316 del Código Judicial; pero si el demandante afirma que la demandada se oculta, el procedimiento a seguir era el indicado por el artículo 317 de la misma obra, comprobando la ocultación con la prueba sumaria emanada del informe rendido por el empleado notificador, autorizado por el Secretario del Juzgado.

La crítica que se hace al testimonio del ex-Secretario del Juzgado, Joaquín G. Gutiérrez, no desvirtúa las afirmaciones de éste, que se hallan respaldadas por otras pruebas, cuando dice que por orden del Juez se abstuvo de suministrar informes a los abogados interesados en el juicio ordinario seguido contra la Davidov.

Argumentación del apoderado

El apoderado del procesado pide que se reponga el auto de seis (6) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), por estas razones:

a). Porque en la investigación se omitió practicar toda prueba favorable al sindicado y sólo se tuvieron en cuenta las acusaciones hechas en su contra, violando en esta forma el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"El funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen"..

El incumplimiento de esta disposición es la razón para que el sindicado no hubiera presentado sus pruebas de descargo, y, consecuencialmente, se le hubiera reducido a la impotencia;

b). La apelación de un auto de proceder no le quita a la Corte jurisdicción para allegar al sumario las pruebas que omitió practicar en la investigación. Esa jurisdicción se la confieren los artículos 356 y 359 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el 295 de la misma obra.

"..... El primer artículo ordena imperativamente que no podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente; y el segundo agrega que el procesado podrá declarar cuantas veces quiera, y se le recibirá inmediatamente su declaración relacionada con el hecho investigado. Tratando de llamar a juicio a un sindicado, es cuando se deben observar los vacíos, las deficiencias de la sumaria, y al amparo del criterio del superior obtener la práctica de diligencias que conduzcan a la imparcialidad y al acierto de la administración de la justicia".

Se contesta:

Las alegaciones del apoderado, fundadas en lo

dispuesto por el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, en relación a la práctica de pruebas, serían pertinentes antes de dictarse el auto que ordena cerrar la investigación, o cuando éste se revoca; pero dictado el auto de proceder, las pruebas solicitadas no pueden practicarse, porque entonces la calificación del sumario no dependería de la ley, sino del arbitrio del sindicado o de su apoderado, pues bastaría que cualquiera de los interesados pidiera la práctica de nuevas pruebas, para que los juzgadores revocaran el auto y ordenaran practicarlas, haciendo por este aspecto, imposible la calificación del sumario por medio del auto de proceder, e indefinidos los trámites para la administración de justicia; y éste precisamente no es el espíritu de la ley, sino todo lo contrario.

Al procesado no se le ha privado de los derechos consagrados por los artículos 356 y 359 del Código de Procedimiento Penal, porque en el sumario se recogieron todos los hechos de descargo que aquél presentó y alegó, y de ello hay constancia expresa en autos; pero las pruebas pedidas a la Corte no pueden practicarse sino previa revocatoria del auto de proceder.

En las apelaciones de autos interlocutorios—como es el de proceder, — cumplida la tramitación establecida por el artículo 1192 de la ley procedimental, el superior resuelve en vista de lo actuado; y en estos recursos no es pertinente la apertura y práctica de pruebas, por falta de disposición que así lo ordene. La legalidad o ilegalidad del auto protestado se la deduce de los elementos probatorios que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia, y no de las pruebas aducidas ante el superior, con posterioridad a la fecha del pronunciamiento del inferior, pues ello equivaldría á dictar una providencia sobre pruebas que no fueron consideradas por éste.

Esas pruebas, de practicarse y demostrarse su validez, tendrían operancia durante el juicio y pueden servir para cancelar los cargos formulados en el auto de proceder, en orden a obtener por este medio una sentencia absolutoria; pero en tratándose de pruebas no producidas hasta ahora — cuando se trata de examinar cargos concretos de un auto de llamamiento a juicio, — no hay lugar a considerarlas, no sólo por su inexistencia, sino por su falta de oportunidad.

Naturalmente que el procesado puede declarar cuantas veces quiera, siempre y cuando los hechos sobre los cuales verse su exposición tengan relación con los que se investigan; pero esa facultad para declarar, de la cual habla el artículo 359, no es ilimitada, sino restringida por la conveniencia que ofrezca ese testimonio o la indagatoria, para los intereses de la justicia o del sindicado.

Como en memorial de octubre 21 del presente año, el doctor Gómez pide se practiquen algunas pruebas, así se resolverá, y en cuanto a los denuncios que formula tanto en los alegatos como en el memorial de pruebas, el Tribunal ordenará tomar copia de lo conducente para que se averigüen los cargos.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal, — administrando justicia en nomre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º **No accede a reponer** la providencia de seis de septiembre del presente año, por la cual se confirma el auto de proceder contra el ex-Juez Pedro Luis Gómez, dictado por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha octubre 3 de 1945;

2º El Tribunal practicará la prueba solicitada por el doctor Pedro Luis Gómez y recibirá las declaraciones o ampliará la indagatoria que el procesado quiera hacer; y

3º Ordenáse investigar los hechos denunciados por el doctor Pedro Luis Gómez, quien previamente prestará el juramento legal del caso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

LA CALIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS ES ATRIBUCION DE LOS JUECES DE HECHO

I. — No hay violación de la ley penal cuando el jurado, con vista en los datos del proceso, no reconoce circunstancias modificadoras como la riña imprevista, la ira o el dolor y la ultra-intención, o eximentes como la legítima defensa.

III. — La no posesión del defensor, que actuó activa y diligentemente en todos los actos del proceso, el reemplazo de un jurado en virtud de su ausencia certificada por el Secretario y el error en la fijación de día para la audiencia, no están determinados por la ley como causales de nulidad, y no inducen a ella, aunque lo estuvieran, cuando mediante intervención posterior de las partes, ha sido tácitamente subsanada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado doctor Manuel Serrano Blanco, en su carácter de defensor de Angel María García Acebedo, interpuso recurso de casación, que el doctor Carlos Arturo Díaz sostuvo ante la Corte, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga del 29 de agosto del año pasado, por la cual García fue condenado — con aplicación del artículo 362 del estatutc penal — a la pena de ocho años de presidio, como autor único del homicidio en la joven Marta González Restrepo, cometido mediante lesiones causadas con disparos de revólver en el "American Bar" de Barrancabermeja, en la noche del 16 de abril de 1944.

Oportunamente formulada y contestada la denuncia, sin que, por insistencia de las partes se hubiera celebrado la audiencia, la Corte decide el recurso en este fallo, y como las más graves objeciones del recurrente se dirigen a la inobservancia de normas procesales en el desarrollo y dirección del juicio, su estudio exige la referencia ordenada a los actos y actuaciones pertinentes que fundan el recurso, previo resumen del conflicto que terminó con la muerte de Marta González.

I. — Resumen de los hechos

Entre los grupos de amigos que la noche del 16 de abril de 1944 concurrieron, con el objeto de divertirse, al "American Bar", cabaret popular de Barrancabermeja, se mencionan sólo aquellos entre quienes estaban el obrero Angel María García, y la muchacha Marta González llamada "la Pekinesa": formado el uno por Héctor Patiño, Pablo E. Jurado, Pablo E. Pinilla, Gabriela Tamayo y Marta González, y por Luis Oróstegui, Pedro E. Ariza, Raquel Estevez y Angel María García el otro.

Cuando Héctor Patiño, como a las diez de la noche aproximadamente, invitó a bailar a su compañera Gabriela Tamayo, Marta González, en un impulso súbito, retiró a la Tamayo para seguir bailando con Patiño, en tanto que Jurado, visto aquello, invitó a la Tamayo a continuar el baile con él; García que, como se dijo, departía con sus compañeros en una mesa cercana a la en que estaban Patiño, Jurado y Pinilla, se dirigió hacia Patiño, en palabras descomedidas le pidió "paloma" con Marta, a lo cual accedió no sin que antes le censurara los términos y actitud usados, censura que García respondió con una bofetada a Patiño, a su vez devuelta por el agredido.

Empeñados así García y Patiño en esta mutua agresión, en que usaron de las sillas como armas, intervinieron los compañeros del último en su favor, y García, al verse en una situación de inferioridad, salió del cabaret quedando así y en apariencia terminada la contienda; pero momentos después regresó y disparó su revolver contra el grupo, hiriendo a Marta González, la que horas después y por causa de las lesiones que le produjo García, murió en el Hospital Municipal de la nombrada ciudad de Barrancabermeja.

III. — La investigación y el juicio

La investigación, que el Inspector de Policía Municipal de Barrancabermeja inició y que el Juez Primero Superior de Bucaramanga calificó, sin que el Juez de Circuito hubiera — como era su deber — intervenido en el sumario, terminó con el auto de proceder contra García, del 28 de agosto de 1944, que el Tribunal Superior confirmó el 13 de noviembre del mismo año.

En cuanto a las actuaciones verificadas en el juicio y que tienen relación con el recurso, se mencionan las siguientes:

a) La designación que en el doctor Enrique Orduz Ardila hizo ante el Tribunal el procesado García, en reemplazo del doctor Saúl Luna Gómez posesionado el 1º de septiembre, y el auto del Tribunal del 21 de octubre, en que se ordena tener al doctor Orduz como defensor de García y darle la debida posesión del cargo, hecho éste que no fue cumplido;

b) La diligencia del sorteo general de jurados verificada el 16 de febrero del año pasado, y en la cual resultaron sorteados los señores Raúl Martínez, Eduardo Pinilla, Gilberto Ortiz, Valentín González y Gilberto García Cadena;

c) El informe del Secretario del Juzgado, de fecha 2 de abril del mismo año, según el cual no se pudo notificar la designación al último de los jurados, por estar desempeñando la Gerencia de la Caja de Crédito Agrario en San Vicente de Chucurí;

d) El auto del mismo día por el cual se ordenó el sorteo parcial para designar el jurado que debía reemplazar a García Cadena y se fijó día para ello;

e) La diligencia, del 4 de los mismos mes y año, en la cual resultó sorteado el señor Felipe Barco, en sustitución del señor Gilberto García Cadena;

f) El auto del Juez 1º Superior, del día 9 de abril, en que señala la hora de las dos de la tarde del día 13 para la celebración de la audiencia, auto que fue notificado personalmente así: el día nueve, al Fiscal, al procesado, y a cuatro de los jurados; el 10 a las dos de la tarde, al defensor, y el 11, a las tres, al jurado restante;

g) La constancia del traslado del proceso al Fiscal y al defensor, dado los días 9 y 10, respectivamente, y devuelto los días 10 y 13 del mismo mes;

h) El acta de la audiencia pública celebrada el día fijado o sea el 13 de los mismos mes y año;

i) El cuestionario, afirmativamente contestado por el jurado, según el cual García dio muerte voluntariamente a Marta González "por medio de dos heridas causadas con proyectiles de armas de fuego de pequeño calibre — revólver — localizadas, una en la parte lateral izquierda del hipogastrio y la otra sobre la parte externa de la región ilíaca derecha", y que le perforaron los intestinos y le produjeron una fuerte hemorragia, causa de la muerte;

j) Las sentencias del Juez 1º Superior y Tribunal de Bucaramanga, del 19 de abril y 29 de agosto del año pasado, por las cuales Angel María García fue condenado, en virtud del artículo 362 del Código Penal, a la pena de ocho años de presidio, y

k) Los autos del Tribunal y de la Corte, del 1º de septiembre y del 16 de noviembre del año pasado, respectivamente, por los cuales el primero concedió el recurso y la segunda la admitió.

III. — La demanda de casación

Alegaron los representantes de García, el doctor Serrano Blanco ante el Tribunal, y el doctor Díaz ante la Corte, las causales primera y cuarta determinadas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la violación de la ley penal porque fue erróneamente interpretada e indebidamente aplicada, y la violación de la ley procedimental porque la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Las razones que los recurrentes invocaron para comprobar las causales alegadas son, en resumen, las siguientes:

a) **En cuanto a la primera,** Angel María García — razona el defensor doctor Serrano — fue acusado de dar muerte a Marta González, en Barrancabermeja, y en determinadas condiciones; las cuales no fueron tenidas en cuenta por el jurado, que dio su veredicto sin modificación o atenuación alguna, considerando el homicidio como simplemente intencional, y no — como lo fue — de los menos graves, como el ocurrido en riña, o en estado de ira, o el ultraintencional o el cometido en exceso de legítima defensa; se interpretó erróneamente la ley penal — añadió el defensor ante el Tribunal — porque ella "exige al jurado aceptar la evidencia del proceso y de la situación en que obró el acusado, interpretación que jamás

puede ser arbitraria y omnímoda, ni para el jurado, ni para el Juzgado, ni para el Tribunal", y

b) **En cuanto a la cuarta causal,** tanto el defensor de García al interponer el recurso ante el Tribunal como el abogado al formular su demanda ante la Corte, afirman que se incurrió en nulidad sustancial, por las siguientes razones: primera, porque García no tuvo defensor en el juicio, pues el doctor Orduz Ardila, que actuó desde que el Tribunal confirmó el auto de proceder, no fue posesionado de su cargo; segunda, porque la audiencia, en virtud de auto del Juzgado, se celebró antes de los cinco días que fija el artículo 458 del estatuto procesal, y el expediente no se fió en traslado al defensor según lo ordenado por el artículo siguiente, el 459 del mismo estatuto, y tercera, porque el reemplazo del jurado señor Gilberto García Cadena, fundado en el mero informe del Secretario, es ilegal.

IV. — Estudio del recurso

Siendo dos, la primera y la cuarta, las causales de casación invocadas en este recurso, y distintos los motivos jurídicos en que el recurrente las funda, su importancia requiere sean estudiadas separada e independientemente las unas de las otras, y así a continuación se procede.

A) Violación de la ley penal

No obstante que esta objeción a la sentencia fue presentada al Tribunal al interponer el recurso, y no ante la Corte al formular la demanda, debe aquí considerarse, pero sólo a título de rectificación doctrinaria al proponente, ya que el yerro que atribuye al jurado no es clasificable en esta causal, ni son los alegados los motivos que, cometido el yerro, hubieran de fundarla.

La calificación de intencional que el jurado dio al homicidio imputado a García y que su defensor supone equivocada porque no reconoció o no tuvo en cuenta determinadas circunstancias en que aquél dio muerte a la González y que — según él — bien pueden ser modificadoras como la ultraintención, la riña imprevista, y la ira o el dolor, o eximentes como la legítima defensa, no implica — dicha calificación — violación de la ley penal ni es, por lo tanto, el fundamento lógico de la primera causal invocada.

Si el jurado, como lo supone el defensor al interponer ante el Tribunal la casación, hubiera desechado aunque probadas algunas de las circunstancias modificadoras o eximentes, se habría incurrido, no ya en violación de la ley penal, sino en una flagrante y evidente contradicción del veredicto con los hechos probados, irregularidad que sólo es subsanable en las instancias mediante el ejercicio de la potestad que a los falladores dan los artículos 537 y 554 del estatuto procesal, pero no en este juicio sobre la sentencia que, doctrinariamente, es la casación.

Calificado, pues, el homicidio de García como intencional, sin que el jurado hubiera aceptado aquellas circunstancias, la potestad del Tribunal sólo podía concretarse a sancionar el delito de acuerdo con esa calificación y no con la sugerida por el defensor en la audiencia; contrariamente habría, entonces sí, incurrido el Tribunal en la violación del artículo 480 del estatuto procesal penal y, por lo mismo, en claro desacuerdo con el veredicto del jurado, dando así nacimiento, a una nueva causal de casación.

El Tribunal, en consecuencia, impuso a García la pena del artículo 362, de conformidad con la decisión del jurado, lo que — siendo, como es, jurídicamente inobjetable — no funda en modo alguno la causal invocada.

B) Violación de la ley procedimental

Tres son los motivos de nulidad de que, según el recurrente, adolece el procesado criminal contra García: primero, no haber sido defendido por su defensor doctor Luna Gómez; segundo, haber reemplazado ilegalmente al miembro del jurado señor Gilberto García, y tercero, haber señalado para la audiencia día distinto al ordenado por la ley.

A) La falta de defensa

Siendo la defensa una de las partes en el proceso penal, y garantizada en su actuación no sólo por las normas del procedimiento sino también por las de la Constitución, su falta u omisión en los procesos penales lleva obligada y necesariamente a crear motivos de nulidad insubsanables, doctrina ésta que, expuesta en formas diversas, ha sido, continuamente ratificada. La Corte, en esto, coincide con el recurrente sin reservas.

Pero aquí, como va a explicarse, la omisión en que el Tribunal incurrió al no posesionar al de-

fensor doctor Orduz Ardila, no constituye la violación de la protección legal y constitucional del procesado. García Acebedo, en efecto, cambió de defensor cuando el Tribunal conocía de la apelación contra el enjuiciamiento, y aceptado el nuevo, le notificó su decisión, continuó interviniendo en el proceso, en todos aquellos actos en que la defensa requería con mayor afán su intervención, como los sorteos y especialmente la audiencia y en la cual fue palpable su interés por modificar favorablemente la posición jurídica del procesado, hasta el extremo de invocar tesis no muy acordes con los hechos, que el jurado desechó.

La posesión es, ciertamente, con el nombramiento y la idoneidad, uno de los factores que formalizan la constitución de la defensa en los procesos penales; y si como lo afirmó la comisión que elaboró el estatuto, ella es una función pública que el defensor ejerce, éste, en virtud de la analogía, está subordinado a las normas y excepciones generales, entre ellas las de los artículos 7º del Código de Organización Judicial y 252 del Código Político y Municipal, oportunamente anotadas por el Procurador, según las cuales el nombramiento y posterior ejercicio del cargo hacen presumir la posesión, y la no posesión no anula los actos ejercidos ni libertan de la responsabilidad anexa al cargo.

La omisión del reclamo en las instancias, la aquiescencia tácita del doctor Luna G. después de sustituído y la exclusión de la informalidad en la enumeración del Código, consideradas frente a la actuación del defensor doctor Orduz Ardila, privan de fundamento la hipótesis del recurrente, de que García Acebedo no tuvo defensor y de que, en consecuencia, fue condenado con violación de los artículos 1º del estatuto procesal penal y 26 de la Constitución Nacional.

b) Reemplazo ilegal de un jurado

Esta objeción del defensor al interponer el recurso ante el Tribunal y no acogido por el abogado del procesado ante la Corte, no tiene—como va a explicarse — más sólido fundamento que la otra, ya estudiada.

El señor Gilberto García Cadena, designado para integrar el jurado, residía — según informes del Secretario — en San Vicente de Chucurí, población en que desempeñaba la Gerencia de la Caja Agraria, hecho que fundó el sorteo parcial en que el señor García Cadena fue reemplazado. "Esta sustitución se hizo — afirmó el defensor — sin cumplir los requisitos del artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, sino atendiendo simplemente al íntimo y personal informe del Secretario del Juzgado".

No obstante que el defensor — de acuerdo con el artículo 199 (numeral 3º) — no hizo el reclamo correspondiente en el acto del sorteo ni dentro de los cinco días siguientes, lo que significa que hubo una tácita confirmación del reemplazo, en seguida se examina el valor del certificado del Secretario, que es lo que aquí se objeta con mayor insistencia.

Cuando, como en el caso presente, practicadas las diligencias necesarias no se encontrare alguno de los jurados y no se pudiere, por lo tanto, notificarle la designación, se ordenará — según el artículo 517 — un sorteo parcial para reemplazarlo. No hay constancia aquí, es cierto, de esa especie de diligencias necesarias que el Secretario hubo de haber practicado para notificar la designación, a excepción del informe obtenido del señor Gonzalo García Cadena, hermano del jurado ausente, pero ello no quiere decir que no se hayan hechos las diligencias conducentes al cumplimiento de la norma.

Los Secretarios — de acuerdo con el artículo 121 del Código de Organización Judicial — están obligados a hacer las notificaciones y citaciones como lo previene la ley y a dar los testimonios y certificaciones que se soliciten cuando lo prescriba la ley o lo prevenga el respectivo Juez, y sus testimonios y certificaciones — según el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil aquí aplicable — "hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos".

La doctrina enunciada por el Procurador Delegado contra esta objeción, idéntica a la hecha en otro recurso, adquiere hoy todo su valor jurídico. "Si los informes de los Secretarios no merecieran fe, — dice — y si para cada informe esos empleados necesitaran aportar la prueba que los respalde, se consagraría el procedimiento del papeleo, se harían interminables los juicios, y la misma dignidad y el prestigio de los empleados públicos caerían sacrificados entre la maraña de las desconfianzas y suspicacias, haciendo imposible la administración de justicia".

Este motivo de casación, el de nulidad por reemplazo ilegal de un jurado, tampoco, por lo tanto, prospera.

b) Término ilegal para la audiencia

El recurrente deriva esta otra objeción a la sentencia del hecho — para él grave — de que en virtud de auto del Juez, la audiencia se haya celebrado antes del término que perentoriamente **fija la ley — artículos 178 y 458** — lo que dio origen a otros hechos derivados del primero y, como resultado, al juzgamiento de García con pretermisión de las normas propias del juicio. Tales hechos son:

a) El lunes 9 de abril de 1945 el Juez fijó la hora de las dos de la tarde del viernes 13 del mismo mes, para la celebración de la audiencia y ordenó el traslado del expediente al Fiscal y al defensor, a cada uno por el término de dos días;

b) El mismo día 9 de abril se notificó personalmente este auto al Fiscal, al procesado y a los miembros del jurado señores Gilberto Ortiz. González, Raúl Martínez Llach, Eduardo Pradilla y Felipe Barco; el 10 a las dos de la tarde, al defensor doctor Orduz Ardila, y el 11 a las tres de la tarde, al otro miembro del jurado señor Valentín González; y

c) El 9 de abril se dio el expediente en traslado por dos días al Fiscal, que lo devolvió al día siguiente 10 sin que hubiera renunciado el término y este mismo día al defensor, quien a su vez lo devolvió el 13, día en que se celebró la audiencia.

El recurrente afirma que se han violado las siguientes normas:

a) La del artículo 178, según el cual "todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez";

b) La del artículo 458, según el cual "inmediatamente después de recibir el informe sobre aprobación del dictamen pericial de daños y perjuicios, el Juez ordenará correr traslado a las partes para el estudio del expediente", providencia en la cual "señalará día y hora para la celebración de la audiencia pública, fijación que no podrá ser para antes de cinco días ni para después de veinte", y

c) La del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque García Acebedo — en virtud de la pretermisión de las normas referidas — no fue juzgado "observando la plenitud de las formas propias del juicio".

El Procurador Delegado, expone las siguientes razones, favorables a la petición del recurrente:

"En el presente caso — dice en una de las partes de su interesante estudio — la audiencia se hizo antes de los cinco días que señala el mencionado artículo 458 del Código de Procedimiento; lo cual significa que se quebrantó una disposición de orden público, protectora de las garantías que deben darse al Agente del Ministerio Público y al procesado, en el ejercicio de sus respectivas gestiones. En efecto, el artículo 26 de la Constitución Nacional, dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Lógico desarrollo de este canon es el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, que manda que "no se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por Juez competente".

No considera la Corte, como después de este estudio habrá de deducirse, que el error en el cómputo del término que fija el artículo 458, haya privado a las partes, al procesado especialmente — como recurrente y Procurador lo afirman — de las garantías constitucionales, o más claramente expuesto, que García Acebedo fuera juzgado y condenado con inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio criminal a que debió haberse sometido.

Los derechos de los procesados que el artículo 26 de la Constitución Nacional protege y garantiza, se reducen genéricamente a los siguientes:

a) A que se aplique la ley vigente en la época en que se cometió la infracción, "de modo que el acusado haya podido conocer la ley prohibitiva o penal antes de ejecutar aquel acto";

b) A que el Juez y Tribunal que los juzguen sean, conforme a la ley de organización jurisdiccional, los señalados para ello;

c) A que en su juzgamiento sean observados en toda su plenitud las normas propias del juicio, "ora sea éste criminal ordinario, o correccional o de policía — según el comentador Samper — ora fiscal, militar o de responsabilidad, dado que cada forma de juicio tiene su propio y especial procedimiento", y

d) A que se les aplique, en todo caso, la ley más favorable, háyase expedido antes o después de ejecutado el delito.

Siendo así que el juicio criminal, para el cumplimiento de su fin específico — la investigación de la verdad y la identificación del infractor — se subordina a un conjunto ordenado de normas que se concretan en una rama jurídica, que es la procesal, y explicadas en desarrollo de la norma general constitucional; que jurídicamente el proceso realiza sus fines sin menoscabo del derecho del infractor a la plenitud de su defensa, y que la ley ha erigido en motivos de impugnación y en motivos de nulidad el quebrantamiento de las normas reguladoras de esa defensa, el problema aquí planteado es si el mencionado yerro en el cómputo del término origina motivo de nulidad o de impugnación, y en cualquiera de los casos cuál es el sistema legal de repasar las consecuencias.

El auto procesal, y la providencia judicial que es también acto procesal, están subordinados, para su validez, a requisitos de tiempo y forma, cuya inobservancia puede dar nacimiento a nulidad, si la ley la ha prescrito de antemano, o a la impugnación o recurso, si no la prescribió, salvo que — como la Corte en casos excepcionales lo ha aceptado con la denominación convencional de nulidad constitucional — la inobservancia haya quebrantado sustancialmente la garantía de defensa del procesado.

La providencia judicial que ordena el artículo 458 del estatuto procesal penal, debe contener estos requisitos: formal, el del artículo 145, general para todos los actos procesales; de contenido, el del 438, o sea la orden del traslado del expediente a las partes y la fijación de día para la celebración de la audiencia pública dentro del término allí establecido — no antes de cinco días ni después de veinte contados desde el informe sobre avalúo de perjuicios y el del artículo 171 (ordinal d) sobre el sistema de notificación.

La reducción del término mínimo de cinco días, o mejor la violación del principio **"die a quo non computatur in termino**, — consistente en que el 9 de abril se fijó la audiencia para el 13 del mismo mes, computando así el día 9 como primero de los cinco días — es una violación de las normas protectoras del derecho a la defensa, equiparable a la falta absoluta de representación y vocería en la audiencia, o a la aplicación de ley posterior al delito o desfavorable al procesado? No obstante que la base de la teoría de la nulidad, como sanción por la inobservancia de las formas prescritas bajo tal amenaza, es que no hay nulidades que no hayan sido expresamente conminadas por la ley, y no obstante que la anotada por el recurrente no se halla incorporada en las clasificaciones de los artículos 198 y 199, el criterio del perjuicio acarreado por la inobservancia dilucida plenamente la cuestión.

García-Acebedo no sufrió perjuicio alguno en sus derechos; su defensor, durante los días del traslado, mantuvo en su poder el expediente, y en la audiencia planteó y sostuvo todas las hipótesis favorables, no obstante haber sido ya presentadas, debatidas e impugnadas en incidentes anteriores, como el de libertad provisional: el exceso en la legítima defensa, el estado de ira e intenso dolor causado por grave provocación, y la riña suscitada de modo imprevisto; hipótesis éstas que el jurado no aceptó y, cuya no aceptación, bien fundada por cierto, objetó el nuevo defensor al interponer ante el Tribunal la casación.

Pero no toda inobservancia de formas de los actos procesales puede ser erigida en nulidad, y por ello, precisamente, el Código — en desarrollo de la prohibición constitucional — enumeró las omisiones o violaciones de normas protectoras de los intereses del procesado, omisiones o violaciones reparables mediante la declaración de nulidad, creando así una excepción a la regla general de que todo acto que por inobservancia o violación de normas que no produzcan nulidad acarree perjuicios a las partes, puede ser objetado dentro del término legal mediante los sistemas de impugnación creados por la ley: reposición, apelación, casación y revisión; no toda inobservancia de formas procesales funda, pues, una nulidad, ni son idénticos los sistemas de saneamiento del acto imperfecto.

No obstante que la violación del principio **"dies a quo non computatur in termino"**, que es la en que incurrieron Juez y Tribunal en este proceso, no está enunciada entre los motivos de nulidad procesal y que menos puede estructurar una nulidad de las convencionalmente por la Corte tenidas como constitucionales y que aun aceptando en hipótesis que jurídicamente existen y lo son, la omisión del reclamo oportuno durante el tiempo de la ejecutoria del auto y la intervención del defensor en la audiencia, son en sí y constituyen la aceptación tácita del cómputo errado y el saneamiento también tácito de la posible nulidad.

Ello no significa, y es concepto que la Corte no puede dejar de omitir, que así como no es jurídico considerar actos procesales sin formas pre-

viamente señaladas, tampoco lo es concebirlos sin referencia a términos preestablecidos, requisitos que, al mismo tiempo que condicionan su validez y sus consecuencias jurídicas, también garantizan los intereses y derechos de las partes.

La nulidad constitucional alegada no existe, y por lo tanto, la causal cuarta tampoco prospera por este motivo.

V.—Decisión del recurso

Los argumentos expuestos llevan a las siguientes conclusiones, desfavorables a las tesis que expuso el recurrente:

a) No hay violación de la ley penal cuando el jurado, con vista en los datos del proceso, no reconoce circunstancias modificadoras como la riña imprevista, la ira o el dolor y la ultra-intención, o eximentes como la legítima defensa; y

b) La no posesión del defensor, que actuó activa y diligentemente en todos los actos del proceso, el reemplazo de un jurado en virtud de su ausencia certificada por el secretario y el error en la fijación de día para la audiencia, no están determinados por la ley como causales de nulidad, y no inducen a ella, aunque lo estuvieran, cuando mediante intervención posterior de las partes, ha sido tácitamente subsanada.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y con vista en el concepto del Procurador Delegado, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del 29 de agosto del año pasado, por la cual condenó a Angel María García Acevedo a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio intencional en la persona de la joven Marta González Restrepo, llamada "La Pekinesa", cometido la noche del 16 de abril de 1944, en el cabaret "American-Bar", establecido en Barrancabermeja.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez A.—**Domingo Sarasty M.** **Ricardo Jordán J.**—**Remigio González Gooding,** Conjuez—**Julio E. Argüello R.,** Secretario.

HOMICIDIO INTENCIONAL

Es sabido que el homicidio en riña es una modalidad atenuativa del homicidio que modifica favorablemente la sanción, pero esto no le quita su característica de homicidio. Por ser forma modificadora del delito en su género, según mandato de la ley, debe ser sometida a la consideración del Jurado, pero si éste la rechaza y para ello es soberano, esto apenas significa que queda subsistente el delito en su género intencional sin modificación alguna. Sostener lo contrario sería tanto como afirmar que el Jurado quedaría forzosamente sujeto a todas las proposiciones que hayan surgido en el auto de proceder, tanto favorables como desfavorables al reo, sin que tenga poder alguno para rechazarlas cuando para su conciencia surja la necesidad de hacerlo. Tan inaceptable es esta hipótesis que, propuesta a la inversa, si, por ejemplo, en el auto de proceder se ha llamado a juicio al reo por un delito de homicidio con alguna circunstancia de asesinato que desde luego agravaría la responsabilidad y la cuantía de la sanción, el Jurado rechazara la modalidad del asesinato convirtiendo el hecho en un homicidio simple, también resultaría la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder por cuanto el Jurado rechazó la hipótesis del asesinato, no obstante que esta situación hubiera de ser más favorable a los intereses del acusado. Todo esto haría entonces innecesaria la etapa del juicio penal, ya que en ésta el debate probatorio puede dar nuevas luces no solamente sobre los sucesos en sí sino sobre las modalidades de las mismas que no fueron oportunamente comprobadas o aducidas mientras se adelantaba la instrucción. Resultaría así que el ciclo procesal con respecto a un sindicado concluiría precisamente con el auto de proceder y sería innecesario adelantar el juicio con todas sus secuelas. La ley exige que en el auto de proceder se haga la calificación genérica del hecho que se imputa al acusado con las circunstancias CONOCIDAS que lo especifiquen, lo cual quiere decir que las circunstancias no conocidas que también puedan especificarlo y que aparezcan con posterioridad, en el período probatorio del juicio, deben ser propuestas al Jurado para su resolución aun cuando éstas no hayan figurado en el auto de proceder. Tratándose de circunstancias del hecho principal en nada afecta su aparición posterior, pues el género del delito por el cual se llamó a juicio se mantiene intangible y por ese hecho se condena.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Por sentencia del 14 de agosto de 1945 el Tribunal Superior de Pamplona condenó a Gregorio Merchán Balza (a. "Chapetón") a cumplir la pena principal de diez años de presidio y las accesorias correspondientes, entre otras, la de pagar la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda corriente por concepto de indemnización de perjuicios, todo por haber sido declarado responsable del homicidio de Alfonso Muñoz Rangel.

El procesado interpuso el recurso de casación y su apoderado lo sustentó ante la Corte en extensa demanda en la cual invoca como motivos las causales primera, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que serán estudiadas en el mismo orden en que fueron propuestas:

CAUSAL 4ª — **"Ser la sentencia violatoria de la Ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad".**

Afirma el recurrente que la sentencia condena a Gregorio Merchán Balza a pagar cinco mil pesos como perjuicios morales y materiales sin que

los peritos hubieran aprobado el dictamen y por lo tanto, en estas condiciones dicho concepto no podía tomarse como base para la condenación que hizo el Juez y que confirmó el Tribunal. Dice también el apoderado del recurrente que se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional porque se condenó a Merchán Balza a pagar una suma de dinero sin que se hayan cumplido las formalidades prescritas para condenarlo.

Se considera:

Es evidente que el dictamen pericial que avaluó en cinco mil pesos el valor de los perjuicios civiles materiales causados con la infracción, dejó por fuera la consideración de posibles perjuicios morales. Dicha omisión pudo haberse producido o por imposibilidad de determinar económicamente la cuantía de ellos o por ausencia de datos en el proceso que permitiera hacerlo. Del simple contexto de ese dictamen se deduce que los peritos tan sólo quisieron referirse a los perjuicios materiales. Del correspondiente concepto se corrió traslado a las partes sin que ninguna de ellas hubiera hecho advertencia alguna ni en pro ni en contra, lo cual implica su tácito acatamiento a esa evaluación. El concepto quedó aprobado por el Juez de la causa en forma muy expresa como consta a fl. 87 del cuaderno segundo; por eso no es exacta la afirmación de que el Juzgado no aprobó aquella determinación. Resulta lógico o por lo menos explicable, que ni el señor Merchán Balza ni su apoderado hubieran hecho objeción alguna al dictamen, pues de haberlo hecho aquello redundaría en perjuicio de Merchán puesto que sobre la suma de cinco mil pesos que se señaló como volumen de los perjuicios materiales, probablemente la justicia habría regulado oficiosamente (artículo 95 C. P.), los morales aumentando en esta forma la cuantía antes fijada; ésta puede ser la causa por la cual no se hubiera debatido este aspecto de la cuestión durante las instancias del proceso. Pero la omisión, por mucho que se advierta no puede constituír causal de nulidad, ni la cuestión planteada, precisamente por la razón que acaba de anotarse puede ocupar la atención de la Corte que en este caso está actuando como Tribunal de Casación. La Ley no ha erigido en causal de nulidad aquélla que el señor defensor alega como tal, ni menos podría pensarse en que se trata de una que dependiera de violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues, como antes se anotó, el déficit u omisión por parte de la justicia en cuanto al avalúo de los perjuicios morales, antes que perjudicar al reo lo favorece, pues debido a esa irregularidad producida durante las instancias, dejó de imponerse al reo la condenación relativa a los perjuicios morales, la cual, por razones obvias, no podría ahora imponer la Corte. Por lo demás, no habiéndose debatido la presunta irregularidad en las instancias sino que antes por el contrario fue consentida por las partes sin objeción alguna, resultaría que ahora habría de examinarse un detalle de la sentencia acusada no contemplado por ella y en estos términos la Corte rebasaría en la Casación su competencia para tratar de apreciar en cualquier sentido una cuestión perteneciente a las instancias. Sobre esta misma apreciación y con similares términos la Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones, de las cuales una de las más recientes se halla consignada en fallo de 23 de julio de 1946.

No puede, entonces, prosperar la causal cuarta alegada.

CAUSAL 3ª—"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

El argumento principal, sobre el cual reposan todas las alegaciones del señor apoderado del recurrente para sustentar el recurso de casación en relación con la causal tercera, consiste en afirmar que, habiéndose llamado a juicio al señor Gregorio Merchán Balza, por el delito de homicidio, "de la especie y modalidades a que se refiere el artículo 384 del C. P." y habiéndosele condenado por un homicidio de aquellos a que se refiere el artículo 362 del mismo Código, que comporta una pena doble de la del homicidio en riña, resulta que la sentencia del Tribunal Superior, no está en consonancia con los cargos que se le formularon en el auto de proceder.

Desarrollo procesal

El día quince de junio de mil novecientos cuarenta y uno, dentro del coreográfico denominado "Bar la India", ubicado en un caserío del Corregimiento de San Luis, jurisdicción del Municipio de San José de Cúcuta, se suscitó un altercado entre Alfonso Muñoz Rangel y Gregorio Merchán Balza que tuvo como motivo de iniciación el hecho de que en aquel sitio se encontraban los antes nombrados con algunas mujeres. Muñoz Rangel departía con una de éstas y en un momento dado la atacó a golpes. Merchán Balza asumió

la defensa de la atacada pero sufrió también la repulsa de Muñoz Rangel. Ante esta situación, Merchán Balza sacó un puñal que llevaba consigo y se abalanzó sobre Muñoz, visto lo cual, éste último emprendió la fuga con tan mala suerte que tropezó y cayó al suelo, circunstancia que aprovechó Merchán para agredirlo con su cuchillo, a consecuencia de lo cual falleció Muñoz.

Adelantado el proceso, el señor Juez Superior llamó a Merchán Balza a responder en juicio criminal por el delito de homicidio, refiriéndose a la circunstancia de la riña imprevista. En consecuencia, al Jurado le fue formulado el siguiente cuestionario:

"Primera cuestión: El acusado Gregorio Merchán Balza (a. "Chapetón") es responsable —sí o nó— conforme al auto de proceder, de haberle dado muerte a Alfonso Muñoz Rangel, mediante la herida descrita en la diligencia de autopsia, hecho ocurrido cuando eran aproximadamente las diez y ocho horas del día quince de junio de mil novecientos cuarenta y uno, dentro del coreográfico denominado "Bar la India", de propiedad de Isabel Mojica, ubicado en el Caserío del Corregimiento de San Luis, sobre la carretera de la frontera, en jurisdicción del Municipio de San José de Cúcuta, y, en la ejecución de tal hecho obró el acusado voluntariamente, esto es, con intención de matar?".

"Segunda cuestión: ¿Los hechos a que se refiere la anterior cuestión, ocurrieron en una riña suscitada de manera imprevista?".

Las respuestas dadas por el Jurado a las dos preguntas anteriores fueron, afirmativa la primera y rotundamente negativa la segunda. En consecuencia, el señor Juez Superior dictó su sentencia en la cual condena a Gregorio Merchán Balza como autor de un delito de homicidio intencional con alguna circunstancia de las previstas en el artículo 37 del C. P. a la pena de catorce años de presidio y a las accesorias correspondientes. El fallo en mención, para coordinar el veredicto de los jueces de conciencia, excluye, naturalmente, la modalidad de la riña imprevista. Contra esta providencia se concedió el recurso de apelación y el Tribunal Superior de Pamplona decidió reformarla disminuyendo a diez años de presidio la sanción principal por encontrar que existían en favor del reo algunas circunstancias de menor peligrosidad que no fueron tenidas en consideración por el señor Juez de la causa.

Como atrás se dejó dicho, el señor apoderado del recurrente considera que la sentencia debe casarse por cuanto el llamamiento a juicio se hizo por un homicidio o en riña imprevista y el procesado fue condenado por un homicidio intencional sin tener en consideración aquella modalidad. Pero, debe recordarse que el Jurado contestó negativamente la cuestión segunda relativa a la riña imprevista y esta circunstancia imponía forzosamente al fallador de derecho la sujeción al veredicto, pues, mal podría afirmar semejante situación cuando ella fue negada precisamente por la única entidad que tenía potestad para hacerlo.

Para que fuera procedente la causal de casación invocada, sería necesario que hubiera un desacuerdo absoluto entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder. Pero en este proceso no se patentiza semejante situación. En efecto, Gregorio Merchán Balza fue llamado a juicio por un delito de homicidio y fue condenado por un delito de homicidio. Desacuerdo existiría en caso de habérsele formulalo como cargo o imputación delictuosa la comisión de un robo, por ejemplo, y ser condenado por un homicidio. Es sabido que el homicidio en riña es una modalidad atenuativa del homicidio que modifica favorablemente la sanción, pero esto no le quita su característica de homicidio. Por ser forma modificadora del delito en su género, según mandato de la ley, debe ser sometida a la consideración del Jurado, pero si éste la rechaza y para ello es soberano, esto apenas significa que queda subsistente el delito en su género intencional sin modificación alguna. Sostener lo contrario sería tanto como afirmar que el jurado quedaría forzosamente sujeto a todas las proposiciones que hayan surgido en el auto de proceder tanto favorables como desfavorables al reo sin que tenga poder alguno para rechazarlas cuando para su conciencia surja la necesidad de hacerlo.

Tan inaceptable es esta hipótesis que, propuesta a la inversa, si, por ejemplo, en el auto de proceder se ha llamado a juicio al reo por un delito de homicidio con alguna circunstancia de asesinato que desde luego agravaría la responsabilidad y la cuantía de la sanción, el jurado rechazara la modalidad del asesinato convirtiendo el hecho en un homicidio simple, también resultaría la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder por cuanto el jurado rechazó la hipótesis del asesinato, no obstante que esta situación hubiera de ser más favorable a los intereses del acusado.

Todo esto, como lo advierte la Procuraduría y como lo ha dicho ya esta Sala Penal (Casación de José Gregorio Peña y Otoniel Santana Villamil), haría entonces innecesaria la etapa del juicio penal ya que en ésta, el debate probatorio puede dar nuevas luces no solamente sobre los sucesos en sí sino sobre las modalidades de los mismos que no fueron oportunamente comprobadas o aducidas mientras se adelantaba la instrucción. Resultaría así que el ciclo procesal con respecto a un sindicado concluiría precisamente con el auto de proceder y sería innecesario adelantar el juicio con todas sus secuelas. La ley exige que en el auto de proceder se haga la calificación genérica del hecho que se imputa al acusado con las circunstancias **conocidas** que lo especifiquen, lo cual quiere decir que las circunstancias no conocidas que también puedan especificarlo y que aparezcan con posterioridad, en el período probatorio del juicio, deben ser propuestas al jurado para su resolución, aun cuando éstas no hayan figurado en el auto de proceder. Tratándose de circunstancias del hecho principal en nada afecta su aparición posterior, pues, el género del delito por el cual se llamó a juicio se mantiene intangible y por ese hecho se condena. No existe, pues, razón alguna para casar la sentencia por la causal tercera alegada.

CAUSAL 1ª—**"Mala aplicación de la Ley penal"**

El demandante afirma que se aplicó indebidamente la ley penal pues en la sentencia se impuso a Merchán Balza la pena a que se refiere el artículo 362 del C. P. relativo al homicidio intencional, siendo así que ha debido aplicarse la pena del homicidio en riña imprevista (artículo 384 del mismo estatuto), pero ya vimos que siendo inaceptable la causal tercera de casación en este recurso por las razones antes expuestas, es inconducente afirmar que la ley se haya aplicado con error. Por último, se ha dicho también que no ha debido señalarse la pena de diez años de presidio sino una inferior, por cuanto el Tribunal en su sentencia al referirse a la circunstancia de mayor peligrosidad que se refiere "al modo de ejecución del delito", citó el artículo 38 del Código Penal y no el 37 en su circunstancia 6ª. Es verdad que la cita legal se hizo equivocadamente por cuanto ella aludía a la citada circunstancia 6ª del artículo 37, pero el hecho fundamental que iba a deducirse era precisamente la circunstancia de haber procedido contra la víctima aprovechando la caída de ésta en el suelo para acometerla. El error de cita es evidente y no se puede decir que éste hubiera producido consecuencias más desfavorables para el reo de las que forzosamente le correspondían; por tanto, tampoco puede admitirse la causal primera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

RESUELVE:

NO SE INVALIDA la sentencia de catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LA LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa, como forma de justificación del hecho, está condicionada—por mandato del artículo 25 del estatuto penal—a los siguientes requisitos o elementos:

a) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo;

b) Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve al acto se produzcan simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca;

c) Antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto CONTRA JUS, contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquél contra el cual se dirige y ejecuta;

d) Defensa o acto de defensa, o sea aquélla que es indispensable para repeler, anular o rehuír la agresión CONTRA JUS, acto que puede concretarse en la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contraataque según el caso;

e) Necesidad de la defensa, o imposibilidad de actuar, de repeler, rehuír o anular la violencia o agresión por los medios legales, y

f) Proporcionalidad entre la violencia o la agresión y la defensa, contraataque o reacción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre cuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Carlos Galvis Gómez, por medio de apoderado especial ante la Corte y en demanda oportunamente formulada, sustentó el recurso interpuesto por su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 25 de octubre del año pasado, por la cual — con aplicación de los artículos 287, 374 (1ª), 379 y 384 del estatuto penal— fue condenado a la pena de cinco meses de presidio por el delito de lesiones en la persona de su hermano Gabriel Galvis Gómez, cometido entre las doce de la noche del veintinueve y la una de la mañana del treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en la plaza de la población de Oiba, Departamento de Santander.

Cumplidas las prescripciones de los artículos 563 y 566 del Código de Procedimiento Penal y con base en las tesis del Tribunal, Procurador y recurrentes, la Corte decide el recurso en esta providencia, previo resumen de las causas, circunstancias y modalidades del delito y de los actos procesales que precedieron al fallo recurrido.

I. — Resumen de los hechos

Con la reserva de referir y analizar posteriormente incidentes y detalles de especial valor procesal en el estudio de este recurso, se hace en seguida un resumen del delito, de sus antecedentes y circunstancias:

El choque entre Carlos y Gabriel Galvis fue la culminación de varios conflictos entre Carlos y sus hermanos, causados por la conducta del primero hacia su madre Dolores Gómez de Galvis, entre ellos el suscitado por el proyecto de venta de Luis Francisco Galvis a su hermano Carlos de la casa en que vivía con ella, y que al perfeccionarse la dejaría sin hogar. Gabriel, ante esta posibilidad, realizó gestiones para que se vendiera la casa a Luis Alfredo, mas considerado con la madre y Carlos, en cambio, optó por indisponerlos mediante graves imputaciones delictuosas a Luis Alfredo.

Informado Gabriel de los chismes de Carlos, en las últimas horas de la noche del 29 de marzo de 1942 y cuando éste hablaba con Luis Antonio Galvis en la plaza del pueblo, expresó algo que Carlos tomó para sí, y que, pedida la expli-

cación en tono desafiante, Gabriel ratificó con una referencia injuriosa a los chismes y enredos y acompañó con un puñetazo que Carlos le devolvió y al que en el acto fue respondido con un garrotazo en el antebrazo izquierdo; aquél, al verse atacado, se retiró en carrera perseguido por Gabriel, y como éste no hiciera caso a la amenaza de Carlos de que lo acuchillaría si continuaba persiguiéndolo, le causó tres heridas en el brazo izquierdo con la consecuencia de una perturbación funcional transitoria de la flexión y extensión de los dedos de la mano izquierda.

III. — El juicio contra Carlos Galvis

Con fundamento en la investigación hecha por el Alcalde Municipal de Oiba bajo la dirección del Juez 1º del Circuito Penal del Socorro, fueron dictadas las siguientes providencias:

a) El auto del Juez, del 25 de agosto de 1943, por medio del cual llamó a Carlos Galvis a responder, en juicio criminal, por el delito de lesiones en su hermano Gabriel Galvis y que el Juez situó — se transcribe — "en el caso contemplado en el artículo 28 del C. P. por considerar que el hecho imputado al infractor tuvo por causa inmediata las agresiones de palabra irrogadas por Gabriel a su hermano Carlos en la noche del insuceso habido entre éstos, agresiones seguidas como fueron del golpe con la mano, que a no dudarlo constituye la provocación injusta en el momento de proceder";

b) El auto del Tribunal de San Gil, del 20 de junio de 1944, por medio del cual, al confirmar el del Juzgado, explicó que "de las pruebas que aparecen en el informativo no es dable tal conclusión — la de que Carlos actuó en estado de legítima defensa presentada por sus defensores — pues éstas (las pruebas) sólo demuestran que tuvo una riña imprevista o estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación de parte del herido", por cuya última situación jurídica — termina el Tribunal — se decidió el Juez **a quo**, que resulta favorable al procesado en relación con la riña;

c) La sentencia del Juez de Circuito Penal, del 2 de diciembre de 1944, por la cual — con aplicación de los artículos 28, 37 (numeral 4º), 374 (numeral 1º) — impuso a Carlos Galvis la pena de un año de presidio, considerado el delito como ejecutado en estado de ira o intenso dolor y agravada la responsabilidad con la circunstancia de mayor peligrosidad derivada del parentesco, y

d) La sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 25 de octubre del año pasado por la cual — con aplicación de los artículos 28, 363 (numeral 1º), 374 (numeral 1º), 379 y 384 — redujo la pena impuesta a cinco meses de presidio, considerado el delito como lesiones causadas en riña imprevista y estado de ira o intenso dolor, con la agravante del artículo 379 en vez de la del artículo 37 del Código Penal.

IIII. — Estudio del recurso

Son dos las objeciones — concretadas a las causales primera y segunda de casación — que el recurrente opone a la sentencia: aquélla, porque el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 28, 374, 379 y 384 del estatuto penal, en vez del artículo 25 del mismo; y la segunda, porque negó a los hechos el valor probatorio de eximentes que tienen y les dio, en cambio, el de modificadores, que no tienen, violando así la ley penal en el primer caso, e interpretando y apreciando erradamente los hechos en el segundo.

Como la única tesis presentada ante la Corte, sea para fundar la primera causal, sea para fundar la segunda, es la de que Carlos Galvis actuó en estado de legítima defensa, y que los defensores sostuvieron e invocaron en varias etapas del juicio — recurso contra el auto de proceder, audiencia — al examen y estudio de esa tesis se concreta el estudio y examen del recurso.

La legítima defensa, como forma de justificación del hecho, está condicionada — por mandato del artículo 25 del estatuto penal — a los siguientes requisitos o elementos:

a) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo;

b) Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca;

c) Antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto **contra jus**, contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquél contra el cual se dirige y ejecuta;

d) Defensa o acto de defensa, o sea aquélla que es indispensable para repeler, anular o rehuír la agresión **contra jus**, acto que puede concretarse en

la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contraataque según el caso;

e) Necesidad de la defensa, o imposibilidad de actuar, de repeler, rehuír o anular la violencia o agresión por los medios legales, y

f) Proporcionalidad entre la violencia o la agresión y la defensa, contraataque o reacción.

"La concurrencia de estas condiciones, en la medida o proporción que fija la necesidad — expuso la Corte en el estudio de un caso análogo — es lo que justifica la legítima defensa, lo que le quita el carácter punible que readquiere si falta absolutamente alguna de ellas; pero si aún concurriendo todas aquellas condiciones hay desproporción entre la ofensa y la defensa, surge entonces la figura del exceso punible en sí".

Enunciadas las condiciones que integran la figura jurídica de la legítima defensa que alegó el recurrente como fundamento de las causales invocadas, se procede a examinar los elementos del proceso, y así decidir cuál de las tesis si la de la riña imprevista y el estado de ira o dolor acogido en la sentencia, o la de la legítima defensa, expuesta ante la Corte, se conforman mejor a la verdad efectiva, material e histórica de los hechos.

a) El error en la apreciación de los hechos

Los hechos cuya apreciación o interpretación considera errada el recurrente, son los siguientes, declarados como ciertos por los testigos presenciales:

a) El propósito de Gabriel Galvis, manifestado la noche misma del delito, de atacar a su hermano Carlos Galvis;

b) El cumplimiento o realización del propósito de agresión, verbalmente primero y de hechos después (bofetón y garrote);

c) La fuga o evasión de Carlos una vez iniciada la agresión, previa manifestación de que no era persona peleadora y la persecución de Gabriel acompañada de ataque a palo; y

d) La caída de Carlos, al tropezar contra unas varas, y, entonces ya, la reacción de Carlos contra Gabriel, no sin antes anunciarle que echaría cuchillo si seguía persiguiéndolo y atacándolo.

"Estos hechos — razona el recurrente — que surgen de estas declaraciones no fueron apreciados debidamente por el Honorable Tribunal, sino en una forma errónea, porque les ha desconocido el valor probatorio que ellos tienen como demostrativos de una legítima defensa y en su lugar los ha aceptado únicamente como probatorios de un estado de ira o de intenso dolor por grave e injusta provocación y como constitutivos de una riña y les ha negado por consiguiente el valor probatorio que dichos testimonios tienen como demostrativos de una legítima defensa".

No es posible, frente a los datos del proceso, afirmar que estos hechos no se hayan realizado; pero el problema no reside en ello, sino en su apreciación e interpretación, esto es, en si los actos de Gabriel Galvis son aquellos que, según la ley, justifican los imputados a Carlos Galvis, para que el conjunto de unos y otros configure la eximente.

Punto de partida de este estudio es la posición moral y afectiva de Carlos Galvis, en relación con su madre Dolores Gómez, y la incidencia de esa posición en las relaciones con Gabriel y sus hermanos, y que parece hayan llevado al primero a la reacción de que Carlos — según el recurrente — debió de defenderse, y alguno o algunos de los segundos a sancionar varias veces su mal comportamiento hacia la madre. De este mal comportamiento se duele ella misma ante el Alcalde no obstante la excepción de que aquél la hace sabedora (fol. 14 v.), y lo confirman Félix Jesús López (13), Enrique Cortés (2º v.), y él mismo Alcalde, quien lleva al expediente la copia del auto por el cual, cinco años antes, a Roberto y Carlos Galvis se les impuso fianza de paz, debido a la agresión verbal del primero al segundo por causa del irrespeto y ofensas de Carlos a su madre. Así, pues, la venta proyectada — el mismo día del delito — de la casa de Luis Francisco Galvis, en que éste vivía con su madre, a Carlos Galvis, de cuyo precio había ya pagado casi el total de su valor, la intervención de Gabriel ante su hermano Luis Francisco para que el contrato se anulara por temor a que su madre se quedara sin techo en vista de su decisión de no habitar la misma casa con Carlos, y los chismes de Carlos a Luis Francisco de que Luis Alfredo había querido asesinarlo, dirigidos a indisponer a Luis Francisco y Luis Alfredo y así impedir que la venta de la casa se hiciera no a éste sino a Carlos, debieron de haber creado en Gabriel un nuevo resentimiento contra éste, esa misma noche manifestado en frases que el recurrente, con respaldo—además — en los testimonios de Antonio Galvis (10) y de Luis Antonio Galvis (2 v.), consideró como un claro designio de provocarlo y agredirlo.

Así explicados los motivos de los choques entre Carlos y Gabriel — pues otro lo hubo anteriormente también por causa de la conducta innoble del primero hacia su madre — lo que sigue se concreta al examen de los hechos frente a los elementos de la legítima defensa ya enunciados y cuya prueba los falladores de instancia no creyeron suficiente ni completa.

La agresión comprende dos períodos sucesivos: el del cambio de ofensas verbales y puñetazos, allí provocados por Gabriel, y el de la persecución a Carlos que culminó en el contraataque y lesiones de Gabriel. En el primero—y éste es dato procesal que no favorece la tesis de la legítima defensa como adelante se dirá—Carlos presume que las frases provocadoras que oyeron Antonio y Luis Antonio Galvis se dirigían contra él, y como estaba desarmado le pide al muchacho Pedro José Forero el cuchillo que antes le había pedido le guardara ("Carlos dijo pasito sin que él lo oyera — declara Forero — cómo le parece Luis Antonio, estas son sátiras para mí y en seguida me metió la mano al bolsillo y me sacó el cuchillo que me había dado cuando salí de función y dijo: yo no le busco pelea a nadie, yo espero que él me tire, me lleno de razón y ahí procedo"). Así preparado, cuando Gabriel se acerca al grupo de Luis Antonio y Carlos, éste le pregunta qué es la vaina o la tirria con él, y lo que su hermano le responde es esto: "la vaina es que usted es un grandísimo sirvergüenza, vive ocupándose de la profesión de las guarichas, enredando a los hombres". (Debió referirse a los enredos a sus hermanos para que Luis Francisco le vendiera a él y no a Luis Alfredo la casa).

"Siguieron ofendiéndose — declara Luis Antonio Galvis — y por último le dijo Carlos que entonces le pegara y entonces Gabriel le tiró un pescozón de para atrás y lo hizo retroceder y Carlos le devolvió el gaznatón por la cara". El declarante Luis Antonio Galvis, como se acredita en el proceso, es el único testigo que presenció los hechos, pues conversaba con Carlos cuando ellos se sucedieron; también Forero, pero éste calla sobre la reacción de Carlos, lo que es explicable por su calidad de sirviente o empleado suyo. Este primer incidente, aisladamente considerado, como se ve, apenas sí configura una clara circunstancia de riña (mutua agresión de puñetazos y de ofensas).

En el segundo período el incidente toma caracteres más definidos, como va a verse. "En seguida me atacó por la cara — afirmó Carlos en su indagatoria — pegándome una palmada de para atrás y con la otra mano sacó un palo de la pretina y me tiró un garrotazo el cual se lo atajé con la mano y con esto me causó la contusión que presento (en el antebrazo izquierdo, según el secretario, un amoratado producido al parecer con instrumento contundente) siguió echándome garrote y yo de para atrás huyéndole y en un momento volvió la mano al revólver y le dije "no me siga porque le echo cuchillo", y al ver que éste no atendía saqué el cuchillo y le tiré varios golpes, y el cuchillo se me cayó al suelo y entonces yo salí en carrera en dirección hacia mi casa y él me siguió con el revólver en la mano hasta la esquina y entonces yo le dije que me esperara, que ahorita volvía".

Ernesto Azuero, Rodrigo Sánchez, Rodrigo Galvis, Antonio Galvis y Jesús Garnica, en cuyos testimonios el recurrente respalda su tesis, se limitan a ratificar las aseveraciones de Carlos; Rodrigo Galvis, que estaba frente a la Casa Consistorial, sintió como un latigazo en la parte sur de la plaza, vio que Gabriel iba corriendo detrás de Carlos Galvis y que le dio dos golpes por la espalda con algo que no precisó por la distancia y por lo oscuro. Azuero y Garnica observaron lo mismo, y oyó que Carlos decía "no me pegue más, **hijuepuerca,** voy a traer mi cuchillo". Antonio Galvis oyó "unas voces debajo del árbol de la mitad de la plaza y unos golpes como de palo o rejo", vio "dos bultos que se movían como sacándose quites", conoció la voz de Carlos que decía "aguárdeme tantico, voy a traer un cuchillo" y vio "que uno de los dos bultos salió en carrera en dirección al sur y el otro bulto lo siguió algunos pasos". Las afirmaciones de estos testigos, por causa de la distancia y de la oscuridad—era media noche — ratifican el hecho de que, a raíz o como resultado del primer incidente, Carlos corrió hacia su casa perseguido y agredido a palo por Gabriel, pero no rectifican las de Carlos, cuya credibilidad no ha sido dicutida.

Carlos Galvis, en efecto, no presenta en su indagatoria el cuadro de la legítima defensa, muy por el contrario atacó a Gabriel a cuchillo previa amenaza condicionada al seguimiento ("siguió echándome garrote y yo de para atrás huyéndole y **en un momento volvió la mano al revólver** y le dije "no me siga más porque le echo cuchillo y al ver que éste no atendía saqué el cuchillo y le tiré varios golpes y el cuchillo se me

cayó al suelo y entonces yo salí en carrera en dirección hacia mi casa y él me siguió con el revólver en la mano hasta la esquina, y entonces yo le dije que me esperara, que ahorita volvería"). Tampoco Carlos hace referencia a otras lesiones que a la que Gabriel le causó al principio — un amoratado en el antebrazo izquierdo, certificado por el Secretario — es decir, a las que pudo haber recibido durante la persecución o agresión en la carrera hasta la casa.

En el supuesto de que hubo una agresión o acto violento de parte de Gabriel Galvis y de que esa agresión o acto fueron injustos, ello fue el resultado mediato — ciertamente — de un comportamiento de Carlos, el día del delito, que pudo haber creado un conflicto entre hermanos, y el resultado inmediato de la frase que dirigió a Gabriel ("qué es la vaina" o "qué es la tirria conmigo") contestada por éste con la referencia injuriosa a aquel comportamiento ("la vaina es que usted es un grandísimo sirvergüenza, que vive ocupándose en la profesión de las guarichas, enredando a los hombres"), también del reto ("entonces pégueme") seguido a la frase injuriosa, y finalmente del puñetazo de Gabriel a Carlos y del inmediato de éste a aquél a raíz del reto.

Aún concediendo que el acto o agresión de Gabriel tuvo el carácter de violencia que exige la doctrina, la falta del requisito de la actualidad o inminencia no es más clara ni precisa. El mismo procesado lo niega ("siguió echándome garrote y yo de para atrás huyéndole y en un momento volvió la mano al revólver y le dije "no me siga más porque le echo cuchillo"). Pero la agresión a garrote no fue tan violenta ni tan inminente que requiriera un acto de defensa como el contraataque a cuchillo, y ello lo prueba el hecho de que Carlos no denunció lesión alguna en las espaldas causada con garrote, como sí se apresuró, en la indagatoria, a mostrar la equímosis que le produjo el garrotazo con que respondió el puñetazo que le dio Carlos al principio del encuentro. Carlos Galvis, por otra parte, pudo haber rehuído el encuentro con Gabriel, cuando tuvo conciencia — como lo declaró — de que era a él a quien iba dirigida la provocación, y guardar silencio, en cambio de preguntarle, en tono desafiante, "qué era la vaina" o "qué era la tirria con él", aceptando así la provocación que creyó hallar en su agresor. Tampoco aparece aquí, en sus elementos esenciales, el requisito de la proporcionalidad entre agresión y reacción, y que es el que configura con más precisión la existencia de la legítima defensa; pudo haber, es cierto, un exceso, o sea desproporción, pero ella no era aquí invocable por la falta de otros requisitos, entre ellos, el de la necesidad de la defensa, o sea el de no poder repeler la agresión sino por el medio adoptado, por carencia de los medios legales.

Descartada la legítima defensa, por las razones expuestas, quedan en firme las circunstancias modificadoras — la riña imprevista y el estado de ira grave e injustamente provocado — que el Tribunal Superior, apoyado en los datos del proceso, reconoció, fundado — además — en doctrinas de la Corte aún no revisadas y relativas a la posibilidad de coexistencia de aquellas dos circunstancias, sólo que aquí fue el estado de ira provocado por la injuria de Gabriel lo que comprometió a los Galvis en riña, y no el estado de ira provocado dentro de la riña ya indicada.

La objeción referente a la prueba del parentesco entre Carlos y Gabriel ha sido ya resuelta en diversas sentencias; aquí, sin embargo, constan los certificados de nacimiento y la confesión de los hermanos, únicos a quienes podía perjudicar.

La causal segunda, por las razones que acaban de exponerse, no prospera.

B) La indebida aplicación de la ley penal

Aquí también supone el recurrente que el Tribunal incurrió en violación de la ley penal, por cuanto en vez de aplicar el artículo 25 del Código Penal, según el cual el hecho se justifica cuando se comete en estado de legítima defensa declaró a Carlos Galvis responsable del delito de lesiones en su hermano causadas en riña imprevista y en estado de ira grave e injustamente provocado y le impuso la pena señalada en el artículo 374 (1º) con las disminuciones que fijan los artículos 28 y 284, todos tres del mismo Código.

Resuelta ya la cuestión al estudiar la segunda causal de casación, en el sentido de que no se apreciaron ni interpretaron erradamente los hechos y de que, por lo tanto, de esa apreciación e interpretación no puede deducirse la eximente causal primera queda en la misma posición de la segunda: no prospera, pues, por no haber sido fundada.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 25 de octubre del año pasado, por la cual condena a Carlos Galvis a la pena de cinco meses de presidio por el delito de lesiones personales en su hermano Gabriel Galvis, cometido entre las doce de la noche del veintinueve y la una de la mañana del treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán J. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R. Srio.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL PREVARICATO

El solo hecho de haber dictado una providencia contraria a una de las partes y favorable a la otra, no implica que se haya inspirado en animadversión a la una y simpatía a la otra; se requiere la prueba de que, en verdad, el funcionario, bajo la acción de uno de esos sentimientos, actuó contrariamente a la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pereira, en auto del 23 de enero del presente año "dispuso consultar con la H. Corte Suprema el fallo que antecede, de fecha veintinueve de noviembre del año pasado", por el cual "declara —dice la parte resolutiva— que los hechos realizados por el doctor Alfonso Restrepo Botero, como Juez del Circuito Civil de Pereira, y que han sido materia de esta investigación, no constituyen infracción penal".

No sin reserva de anotar al final de esta providencia, la anomalía procesal en que el Tribunal ha incurrido en la primera de las mencionadas providencias, la Sala —previo resumen de los antecedentes y motivos del proceso— resuelve aquí la consulta formulada, cumplidos que fueron ya los requisitos del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal.

I. — Antecedentes y motivos

El Fiscal del Tribunal de Pereira, a solicitud del abogado doctor Gilberto Alzate Avendaño, pidió al Presidente de la Corporación se investigaran las irregularidades cometidas en algunos procesos civiles y durante el período en que el doctor Alfonso Restrepo Botero ejerció las funciones de Juez del Circuito Civil de Pereira, irregularidades que la Corte resume y ordena en seguida, con referencia a los procesos que el abogado denunciante señaló:

A) **Juicio de Marco A. Sierra contra la Sociedad "Sierra, Castaño & Co."**—Dictada la sentencia sobre disolución de la sociedad demandada, el expediente se entregó al abogado del demandante —doctor Valencia Arboleda— el 14 de octubre de 1941 con el fin de hacerla registrar, quien lo retuvo en su oficina hasta el 13 de junio de 1944 —dos años, ocho meses— con evidente perjuicio para una de las demandadas, señora Elvira Castaño de Ocampo, la cual —por aquella causa— no pudo ejercitar algunas acciones, como la nulidad del juicio de disolución de la sociedad ni la liquidación judicial de la misma; además, la petición de la señora Ocampo del 24 de abril de 1944 para que se requiriera al doctor Valencia, permaneció en la Secretaría, sin sustanciación alguna, cerca de dos meses, esto es, sin que se hubiera pasado al Juez para que se decidiera; y

B) **Juicio ejecutivo y especial de venta de bien hipotecado de Alberto Arango contra María Arias y Jorge, Inés, Ofelia y Leonor Serrano Arias.** Anulado el segundo de estos juicios, el de venta de bien hipotecado, porque no se notificó la obligación a los herederos del deudor, los demandados resolvieron pagar las deudas ($ 5.000.00 en cada juicio) y la liquidación de costas tuvo el siguiente resultado: diez pesos en el hipotecario, a cargo del Juez y del demandante, representado éste por el doctor Arboleda, y quinientos pesos en el ejecutivo a cargo de los deudores representados por el denunciante doctor Alzate Avendaño, sin consideración a que en el hipotecario hubo más incidentes y controversias que en el ejecutivo.

II. — La investigación

De la investigación, realizada por el Juez Penal del Circuito de Pereira en virtud de comisión que le confirió el Tribunal Superior, resultó aprobado lo siguiente:

a) Que el doctor Alfonso Restrepo Botero ejerció las funciones de Juez del Circuito Civil de Pereira durante el tiempo comprendido entre el 3 de julio de 1941 y el 26 de enero de 1942 (fols. 175 v. y 181 v.);

b) Que fue a él a quien, en dicho carácter, correspondió dictar el 8 de septiembre de 1941 la sentencia por la cual se declaró, a solicitud de Marco A. Sierra —representado por el doctor Arturo Valencia— disuelta la Sociedad "Sierra Castaño & Cía.", domiciliada en Caicedonia, y cuyo expediente fue entregado al nombrado abogado el 14 de octubre del mismo año para el registro de la sentencia y devuelto en virtud de requerimiento de la señora Elvira Castaño de Ocampo, de la sociedad "Sierra, Castaño & Cía.", el día 13 de junio de 1944, sin que el registro se hubiera realizado;

c) Que en el juicio de venta de bien hipotecado del doctor Valencia A., como cesionario de Alberto Arango, contra María Arias y los Serrano Arias, el Tribunal, en auto del 19 de febrero de 1941 (7) —al decidir el recurso de apelación contra el que negó la petición de desembargo hecha por el apoderado de los demandados doctor Alzate— decretó la nulidad del juicio por la falta de notificación de la escritura a los herederos del deudor (artículos 1434 C. C. y 451 C. P. P.) y condenó en costas por partes iguales, al Juez y al demandante;

d) Que el Juez, en el auto en que ordenó liquidar las costas causadas en la primera instancia (10) fijó las agencias y trabajos en derecho en la suma de diez pesos, fijación que sostuvo sin embargo de los recursos de reposición y apelación interpuesto por el señor Jorge Serrano (55), alegando éste la insignificancia de la suma en relación a los trabajos del abogado y aquél —el Juez— la facultad arbitral del artículo 579 del Código de Procedimiento Civil y el carácter de sustanciación del auto recurrido (9);

e) Que en firme la fijación de agencias y trabajos en derecho, el Juez aprobó la liquidación de costas ($ 33.20) hecha por el secretario (11 y 13) a cargo del Juez y de la parte demandante y ordenó archivar el expediente;

f) Que en el juicio ejecutivo de Alberto Arango S. contra María Arias y los Serrano Arias, se fijaron costas en la siguiente proporción: agencias y trabajos en derecho de la parte ejecutante, cuatrocientos pesos; costas en el incidente de desembargo propuesto por los ejecutados, sesenta y siete pesos veinte centavos; total, cuatrocientos sesenta y siete pesos veinte centavos (182), y

g) Que tales costas fueron aprobadas por el Juez sin que la parte demandada durante el tiempo del traslado las hubiera objetado.

III. — Decisión de la consulta

No puede deducirse de estos hechos que el Juez doctor Restrepo Botero —como lo sugiere el denunciante doctor Alzate— haya sido inspirado en sus actuaciones por opuestos sentimientos según se tratara de la parte demandante o de la parte demandada, como va a explicarse, circunscribiendo el examen al punto relativo a las costas por cuanto —como el mismo denunciante lo afirmó en su escrito al referirse al Juez— "este distinguido funcionario no es responsable inmediato de esas irregularidades (la entrega y demora en la devolución del expediente del juicio de disolución de la Sociedad "Sierra, Castaño & Cía. y la demora en la decisión de la solicitud de la señora Castaño de Ocampo), pues no desempeñaba el cargo cuando se entregara arbitrariamente el expediente y no había sido informado por la Secretaría del memorial en curso".

No obstante que la cuantía de las costas liquidadas en el juicio especial de venta de bien hipotecado a cargo del Juez y del demandante, representado por el doctor Valencia A. ($ 33.20), es bastante menor que las liquidadas en el juicio ejecutivo a cargo de la parte demandada representada por el denunciante doctor Alzate A., y que las obligaciones perseguidas en ambos juicios eran iguales ($ 5.000), no es evidente —como lo afirmó el denunciante— que "el juicio ejecutivo tuvo muy escasa actuación, pues sólo pudo embargar un automóvil la parte activa", y que "en el segundo (el de venta de bien hipotecado), más complicado en su procedimiento, se tramitó el embargo y secuestro del inmueble", y "el suscrito (el doctor Alzate) presentó numerosos memoriales, propuso diversos incidentes, e hizo uso de varios recursos".

En el juicio especial de venta de bien hipotecado, de procedimiento rápido y sumario, opuestamente a lo que asevera el denunciante, sólo se presentó el incidente del desembargo de la finca pedido por el doctor Alzate y que, negado por el Juez, dio origen a las solicitudes de reposición por parte de aquél y de oposición por parte del doctor Valencia, y luego al recurso ante el Tribunal, entidad que declaró nulo lo actuado y condenó en costas al Juez y al demandante, sin que éste hubiera presentado más de cuatro memoriales: el de traslado de la demanda, el de desembargo y el dirigido al Tribunal para fundar la apelación, de los cuales el Juez consideró que sólo

el de respuesta a la demanda podría —conforme al artículo 579 del estatuto procesal civil— ser tenido en cuenta en el acto de las costas.

En el juicio ejecutivo—cuyo expediente se compone de diez cuadernos—por el contrario, el ejecutante fue sometido a las contingencias de una defensa tenaz y sistemática en que los ejecutados recurrieron a todos los medios legales; fue así como durante el juicio el abogado de los ejecutados promovió tres articulaciones de desembargo (una de las cuales tuvo segunda instancia), cuatro incidentes de nulidad, tres diligencias de secuestro, un incidente de rendición de cuentas del secuestre, y muchas cuestiones planteadas sin éxito por los demandados y que obligaron al demandante doctor Valencia a una atención y vigilancia permanentes, también debido a la inusitada actividad del representante de la parte ejecutiva.

No hay pues, la desigualdad que el abogado denunciante creyó hallar en el sistema de liquidación de las costas ni tampoco en su cuantía, pues si ésta fue de treinta y tres pesos veinte centavos ($ 33.20) en el juicio hipotecario, anulado por culpa del Juez y del demandante cuando apenas se iba a decidir en segundo grado una petición de desembargo, la cuantía de las costas causadas en el ejecutivo —en que hubo tantos incidentes y tan variadas controversias— tenía que guardar una equitativa proporción con la del juicio hipotecario; y aunque en verdad la suma fijada en este último juicio pudiera objetarse de reducida o de mínima en relación con los obligados a su pago —entre ellos el propio Juez— y con la fijada en el juicio ejecutivo, las actuaciones del ex-Juez doctor Restrepo sobre fijación de trabajos y agencias de derecho y aprobación de costas, no se inspiraron en preferencia alguna para el abogado demandante en perjuicio del abogado de la parte demandada y, en consecuencia, no constituyen infracción penal alguna; la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal penal, es, pues, legal.

Pero el Tribunal, en la parte resolutiva de la providencia consultada, se limitó a hacer la declaración de que los hechos imputados al ex-Juez doctor Restrepo Botero no constituyen infracción penal y omitió expresar la conclusión derivada de la declaración, es decir, ordenar la cesación del procedimiento como claramente lo prescribe la norma procesal aplicada (artículo 153), omisión que debe ser aquí llenada.

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, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) Confirmar —como confirma— la providencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintinueve de noviembre del año pasado, por la cual declaró que los hechos realizados por el doctor Alfonso Restrepo Botero, en su carácter de Juez del Circuito Civil de Pereira, y que fueron materia de este proceso, no constituyen infracción penal, y

b) Ordenar—como ordena—la cesación de todo procedimiento por los mismos hechos, contra el mencionado ex-Juez doctor Restrepo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

EXTRADICION

La extradición es un acto de Derecho Internacional en virtud del cual un Estado hace entrega a otro de un sujeto que ha cometido un delito dentro del territorio y jurisdicción del Estado que formula la respectiva petición. Su fundamento descansa en un principio de solidaridad universal, por el cual los Estados deben procurarse mutua ayuda, para que tenga cumplido efecto el postulado social en relación con la represión de los delitos, mediante la imposición de la correspondiente sanción.

Pero como es natural, la extradición no puede llevarse a efecto sino mediante el cumplimiento de ciertas normas de orden sustantivo y procesal. En las primeras, que son aquellas que se consignan en los tratados internacionales —o en las leyes penales— se determina y especifica la clase de delitos por los cuales se puede conceder la extradición, como también las excepciones hechas a este principio, las condiciones que deben reunirse, lo relacionado con los elementos del delito, detención y entrega del sujeto reclamado; en las segundas, cada Estado señala el procedimiento que debe seguirse para que la persona cuya extradición se pide pueda hacer valer sus derechos en orden a su defensa, antes de que se dicte la resolución que ordena o niega el acto de la extradición.

Dicen los expositores de Derecho Internacional, que la nacionalidad consiste en el vínculo que une a una persona con un Estado determinado.

La calidad de ciudadano colombiano por nacimiento —alegada por el apoderado— le confiere al sujeto un derecho propio para elegir y ser elegido y desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, facultad que no la poseen las personas que tienen el título de nacionales por adopción.

Pero la comprobación de la nacionalidad no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de las normas consagradas en la legislación del país del cual se invoca ser nacional; y para demostrar que determinada persona es nacional colombiano por nacimiento, es preciso allegar la prueba de ese estado civil, para que la autoridad a quien corresponda conceptuar sobre la solicitud de extradición pueda fundar su concepto.

Si se alega la calidad de ser colombiano por nacimiento, debe acreditarse que el padre o la madre son naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijo de extranjeros nació en Colombia y se halla domiciliado en la República, o que siendo hijo de padre o madre colombianos nació en tierra extranjera y luego se domicilió en Colombia; condiciones éstas exigidas por la Constitución Nacional, en su artículo 8º, y que no se han comprobado, ni siquiera se intentaron demostrar por García Solano.

El nacimiento implica cierta vinculación al lugar o sitio donde el acto se realizó, y la nacionalidad hace relación al Estado o Nación a que se pertenece por virtud de ese nacimiento. De allí que la prueba pertinente para demostrar la nacionalidad de colombiano por nacimiento, no puede ser otra que la correspondiente Acta o Registro Civil de nacimiento, expedida por funcionario competente; y sólo a falta de dicha prueba principal es pertinente la aceptación de pruebas supletorias tendientes a demostrar esa calidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

La Embajada de la República del Ecuador, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, pide la **extradición** del señor Alipio García Solano, sindicado por la comisión de un delito de "Desfalco al Tesoro Nacional de la Provincia de Esmeraldas".

Solicitud y pruebas

Para dar cumplimiento al Acuerdo sobre Extradición, celebrado el 18 de julio de 1911 por los países Bolivarianos y aprobado por Colombia mediante la ley 26 de 1913, la Embajada del Ecuador en Bogotá acompaña los siguientes elementos probatorios:

1º Copia de los artículos pertinentes de la Ley Reformatoria de los Códigos Penal y de Procedimiento, de 8 de octubre de 1941, los cuales reprimen el delito cometido por Alipio García Solano y que son del tenor siguiente:

"El artículo 236 del Código Penal dirá: 'Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquiera otra forma semejante.....'

"Artículo 13.—'En los casos de las infracciones contempladas en este Decreto, el Juez ordenará la detención del indiciado, y la prohibición para que éste enajene o grave sus bienes, desde el momento en que aparezcan suficientes presunciones de responsabilidad y no se aceptará fianza carcelaria, ni se concederá libertad condicional".

Con esta formalidad se cumple lo dispuesto por el artículo II, numeral 16, del Acuerdo Bolivariano, en referencia a los delitos por los cuales se puede conceder la extradición;

2º Copia de la diligencia de inspección ocular practicada por las autoridades del crimen de la Provincia de Esmeraldas, con la cual se acredita que Alipio García Solano, en su calidad de funcionario público, al ser encargado de la Gerencia de Estancos de Esmeraldas, se apropió de la cantidad de veinticuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro sucres con setenta y cinco centavos ($ 24.474.65);

3º Copia del auto de detención dictado por el Juez del Crimen de la Provincia de Esmeraldas, que en su parte pertinente dice:

"Por las presunciones graves que se deducen de los documentos adjuntos en contra del sindicado, 'ordénase su detención' en la cárcel de esta ciudad, y prohíbese cualquier contrato de enajenación o gravamen relativo a los bienes de propiedad del sindicado, debiendo citarse para el efecto de esta prohibición, a los señores Registrador de la Propiedad y Notarios del Cantón".

Con este requisito se llena la formalidad establecida por el artículo VIII del Acuerdo Bolivariano, que determina que la solicitud de extradición debe estar acompañada del "auto de detención dictado por el Tribunal competente".

Nacionalidad ecuatoriana (pruebas)

4º Para comprobar la nacionalidad ecuatoriana del señor Alipio García Solano, la Embajada del Ecuador acompaña copia de la Tarjeta de Identificación Dactiloscópica del sindicado, en la cual consta: que García Solano nació el 19 de abril de 1904 en el pueblo "La Tola", Provincia de Esmeraldas (Ecuador); que la profesión era la de empleado público, y que cursó estudios de enseñanza primaria hasta 6º año. En esa misma tarjeta se encuentra reseñada la filiación personal del sindicado;

5º Certificado del Jefe del Registro Civil del Cantón de Esmeraldas, en el que manifiesta que no consta la inscripción de la partida de nacimiento de Alipio García Solano; omisión que la explica la Embajada del Ecuador así:

"...la falta de ese documento es perfectamente explicable, debido a que en épocas anteriores la organización de los servicios de Registro Civil no era muy eficiente...".

En ausencia de este documento, las autoridades de la República del Ecuador acuden a la prueba supletoria, consistente en declaraciones de las señoras Sara v. de Estrada y Victoriana Avila, quienes afirman ante el Juez del Crimen de la Provincia de Esmeraldas, lo siguiente:

Sara v. de Estrada. — "....preguntada si sabe dónde es nacido don Alipio García Solano, contestó: que sí sabe i le consta que nació en la parroquia de "La Tola", i la madre fue su amiga doña Georgina Solano, natural del mismo lugar, y es padre el caucano don Alipio García: se le preguntó si se acuerda la fecha del nacimiento, contestó: que la fecha precisa no se acuerda, pero que puede haber nacido en los años de 1902 y 1904; se le preguntó, si por lo expuesto tiene el convencimiento de que Alipio García Solano, es de nacionalidad ecuatoriana; contestó: que sí tiene la convicción de que García Solano es ecuatoriano de nacimiento".

Victoriana Avila. — "...se le preguntó si sabe dónde es nacido don Alipio García Solano, contestó: que sí sabe que es nacido en la parroquia "La Tola", del Cantón "Eloy Alfaro" de esta provincia, hijo del colombiano Alipio García y de Georgina Solano, quienes vivían maridablemente en esta época; preguntada si se acuerda la fecha de nacimiento del prenombrado García Solano, contestó que la fecha precisa no se acuerda, pero que calculo que puede tener la edad de cuarenta i cinco años; se le preguntó si por lo mismo le consta que Alipio García Solano, es ecuatoriano, contestó: que como ha expresado, le consta que es ecuatoriano".

Tramitación

De la solicitud de extradición se corrió traslado a Alipio García Solano, quien designó como apoderado para que lo represente en este incidente a Julio Rivera R., abogado. Aceptado que, al contestar el traslado manifiesta:

Que la Corte no puede conceptuar favorablemente sobre la solicitud de extradición, por dos motivos, a saber:

a) Porque Alipio García Solano "es colombiano de nacimiento", y que, de conformidad con el art. 9º del Código Penal, no se puede conceder la extradición de colombianos, y

b) Que el delito que se le imputa a García Solano, de acuerdo con nuestra legislación penal, se halla reprimido con pena privativa de la libertad menor de cuatro años; por consiguiente, siendo la sanción leve, no es procedente la extradición.

Para comprobar la calidad de nacional colombiano, el sindicado adjuntó estas pruebas:

1º Certificado expedido por el Cura Párroco de la ciudad de Tumaco, en el cual consta que en los libros parroquiales no se encuentra la partida de nacimiento de Alipio García Solano;

2º Las declaraciones de Roberto L. Cortés C. y Rosendo Gutiérez R., que dicen:

Roberto L. Cortés C.—"Segunda: Es verdad, señor Alcalde, que conocí de vista, trato y comunicación a los padres de mi preguntante señor Alipio García Solano, y que fueron Alipio García Villalobo y Georgina Solano, desde que yo era muy tierno y en el año de 1906 conocí a Alipio García Solano quien me interroga, en Trujillo en este Municipio que tenía unos dos años de nacido, más o menos, y por referencia de sus padres supe que había nacido en ese lugar dos años antes y que era hijo de ellos y así lo hicieron reconocer de todo el mundo".

En declaración de 11 de octubre del presente año dice que conoció a los padres de Alipio García Solano en la población de Esmeraldas, República del Ecuador; y posteriormente expresa que conoció a Alipio García Solano en la hacienda de Trujillo, en el año de 1906, cuando éste tenía dos años de edad.

Rosendo Gutiérez R.—"Segundo: Es cierto que conocí de vista, trato y comunicación a los señores Alipio García Villalobo y Georgina Solano, que residían en el caserío de El Trujillo de este Municipio de Tumaco, en el Departamento de Nariño en esta República de Colombia y de ellos nació un niño, de nombre Alipio que es quien me interroga actualmente y por la amistad estrecha que tuve con los padres supe a ciencia cierta que había nacido en el mes de abril del año de mil novecientos cuatro (1904)".

Luego añade que por estas razones afirma que García Solano es colombiano.

En testimonio de 11 de octubre del año en curso sostiene que conoció a los padres de Alipio García Solano en el Ecuador, en la población de La Tola, y que sabe que García Solano es colombiano, porque así era reconocido en la población de Trujillo (Tumaco);

3º Las declaraciones de Luis F. Acosta, Serapio V. Quiñones y Pablo S. Sánchez.

Luis F. Acosta declara que fue condiscípulo de Alipio García Solano en el Liceo de Tumaco, donde hizo algunos estudios de enseñanza y que la permanencia o domicilio de García Solano ha sido la ciudad de Tumaco, de donde sólo se retiraba para hacer sus negocios particulares.

En su testimonio de 8 de octubre de 1946 dice: "El señor Alipio García Solano no ha sido mi condiscípulo en ningún tiempo y en ningún establecimiento"; que no le consta que García Solano sea colombiano, y que sabe, por manifestaciones que éste le ha hecho y por referencias de varias personas, que nació en la playa de Trujillo, Municipio de Tumaco.

Serapio V. Quiñones declara ser verdad que fue condiscípulo de Alipio García Solano en la Escuela Nº 1 de Tumaco, donde cursaron estudios de enseñanza primaria, y que García Solano sólo se ausentaba de la ciudad de Tumaco para atender sus negocios particulares.

En declaración de 14 de octubre de 1946 sostiene que fue condiscípulo de García Solano en la escuela pública número 1º de Tumaco; y afirma que García Solano es colombiano, por haberlo conocido desde su infancia como tal y porque así era reconocido públicamente.

Pablo S. Sánchez afirma en su declaración que Alipio García Solano es hijo natural de Alipio García B. y Georgina Solano, y que **es natural de la ciudad de Tumaco.**

En declaración de 8 de octubre del presente año, este testigo dice que fue condiscípulo de García Solano en una escuela privada de la señorita Carmelina García, en Tumaco, y que sabe que García Solano es colombiano, por haberlo conocido en esa ciudad y por "haber sido su amigo desde la infancia".

4º) También se afirma que el Jurado Electoral de Tumaco, por ser el señor Alipio García Solano colombiano, le expidió la correspondiente cédula de ciudadanía.

Examen de la prueba

El apoderado, con las pruebas que se dejan puntualizadas, pretende establecer que Alipio García Solano tiene la calidad de nacional colombiano; pero para llegar a esa conclusión, busca previamente la demostración del estado civil de su poderdante, de conformidad con las leyes colombianas.

El estado civil es la calidad que tiene una persona para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles, y esa calidad se demuestra con las actas, que son la prueba del respectivo estado. Hoy, la prueba principal del estado civil es la copia auténtica de la partida del Registro Civil, expedida por los funcionarios autorizados por la misma ley; pero antes de la vigencia de la ley 92 de 1938, también se tenía como pruebas principales del estado civil las certificaciones que con las formalidades legales expedían los respectivos párrocos, certificaciones que se tomaban de los libros parroquiales. (Ley 57 de 1887, artículo 22).

La falta de la prueba principal del estado civil puede suplirse con otros elementos que se denominan prueba supletoria, pero ésta sólo es admisible cuando se ha justificado previamente que la principal no existe; entonces se acredita el estado civil por otros documentos auténticos, o por medio de declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil que se trata de demostrar, y en ausencia de estas pruebas, por la notoria posesión del estado civil. (Artículo 395 del C. C., subrogado por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938).

De manera que la prueba testimonial sólo es admisible para demostrar el estado civil de una persona cuando han desaparecido las actas respectivas o los libros donde constan las inscripciones correspondientes; pero esa prueba no es admisible cuando con ella se busca reemplazar la prueba principal, sin la demostración previa de los requisitos exigidos por la ley que sea viable su admisión.

Con la prueba presentada, el apoderado de Alipio García Solano no ha demostrado el estado civil de éste, ni el de sus padres, ni la posesión notoria del estado civil en favor de ellos.

En efecto: ninguna prueba se aduce en relación con la causa por la cual la partida de nacimiento de Alipio García Solano no existe. Además, las personas que declaran no son los testigos de que hablan los artículos 395 del C. C. y 19 de la Ley 92 de 1938, "porque no presenciaron los hechos constitutivos del estado civil que se trata de demostrar, y en tal virtud, sus dichos no prueban nada ante la ley, por ser de simples referencias.

Por otra parte, en cuanto al hecho de que García Solano hubiera nacido en territorio colombiano, afirman saberlo por manifestación que les hiciera el mismo interesado o los padres de éste.

No es cierto lo relatado por los testigos Luis F. Acosta y Serapio V. Quiñones, cuando dicen que fueron condiscípulos de Alipio García Solano en el "Liceo de Tumaco", o en la escuela número 1º, porque los directores de estos establecimientos certifican que en los libros de matrículas no hay constancia de que dichos señores hubieran cursado estudios en tales institutos. Y el primero de estos testigos se encarga de desvirtuar su afirmación al sostener que fue condiscípulo de García Solano en el "Liceo de Tumaco", y expresar en posterior declaración, que no fue su condiscípulo "en ningún tiempo y en ningún establecimiento".

Nacionalidad colombiana

El artículo 8º de la Constitución Nacional dice: "Son nacionales colombianos:

1º Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, con una de dos

condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luégo se domiciliaren en la República.

2º Por adopción: ....."

Como Alipio García Solano alega su condición de ser nacional colombiano por nacimiento, es necesario examinar si esa calidad está probada con los documentos allegados al expediente.

Dicen los expositores de Derecho Internacional, que la nacionalidad consiste en el vínculo que une a una persona con un Estado determinado.

La calidad de ciudadano colombiano por nacimiento — alegada por el apoderado — le confiere al sujeto un derecho propio para elegir y ser elegido y desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, facultad que no la poseen las personas que tienen el título de nacionales por adopción.

Pero la comprobación de la nacionalidad no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de las normas consagradas en la legislación del país del cual se invoca ser nacional; y para demostrar que determinada persona es nacional colombiano por nacimiento, es preciso allegar la prueba de ese estado civil, para que la autoridad a quien corresponda conceptuar sobre la solicitud de extradición pueda fundar su concepto.

Si se alega la calidad de ser colombiano por nacimiento, debe acreditarse que el padre o la madre son naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijo de extranjeros nació en Colombia y se halla domiciliado en la República, o que siendo hijo de padre o madre colombianos nació en tierra extranjera y luégo se domicilió en Colombia; condiciones éstas exigidas por la Constitución Nacional, en su artículo 8º, y que no se han comprobado, ni siquiera se intentaron demostrar por García Solano.

El nacimiento implica cierta vinculación al lugar o sitio donde el acto se realizó, y la nacionalidad hace relación al Estado o Nación a que se pertenece por virtud de ese nacimiento. De allí que la prueba pertinente para demostrar la nacionalidad de colombiano por nacimiento, no puede ser otra que la correspondiente Acta de Registro Civil de nacimiento, expedida por funcionario competente; y sólo a falta de dicha prueba principal es pertinente la aceptación de pruebas supletorias tendientes a demostrar esa calidad.

Si Alipio García Solano hubiera demostrado ser nacional colombiano por nacimiento, indudablemente que no podría emitirse concepto favorable a la solicitud de extradición formulada por la Embajada del Ecuador en Colombia, pórque expresamente las leyes de la República lo prohiben. Pero no basta hacer la afirmación de ser nacional colombiano por nacimiento para acogerse al derecho de la no extradición; es necesario e indispensable demostrar esa afirmación, lo cual no se ha realizado en el caso de estudio.

Extradición

La extradición es un acto de Derecho Internacional en virtud del cual un Estado hace entrega a otro de un sujeto que ha cometido un delito dentro del territorio y jurisdicción del Estado que formula la respectiva petición. Su fundamento descansa en un principio de solidaridad universal, por el cual los Estados deben procurarse mutua ayuda, para que tenga cumplido efecto el postulado de defensa social en relación con la represión de los delitos, mediante la imposición de la correspondiente sanción.

Pero como es natural, la extradición no puede llevarse a efecto sino mediante el cumplimiento de ciertas normas de orden sustantivo y procesal. En las primeras, que son aquellas que se consignan en los tratados internacionales, — o en las leyes penales, — se determina y especifica la clase de delitos por los cuales se puede conceder la extradición, como también las excepciones hechas a este principio, las condiciones que deben reunirse, lo relacionado con los elementos del delito, detención y entrega del sujeto reclamado; en las segundas, cada Estado señala el procedimiento que debe seguirse para que la persona cuya extradición se pide pueda hacer valer sus derechos en orden a su defensa, antes de que se dicte la resolución que ordena o niega el acto de la extradición.

Alega el apoderado de García Solano que éste no puede ser sometido al procedimiento de la extradición, por ampararlo el derecho consagrado en el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal, y argumenta que como el delito de "Desfalco al Tesoro Nacional, éste en nuestra legislación se encuentra reprimido con sanciones privativas de la libertad menores de cuatro años y

mi poderdante ha depositado la cantidad de dinero porque se le sindica, a favor de la entidad que se dice lesionada", lógico es concluír que el concepto de la Corte sobre la petición de extradición formulada por la Embaja del Ecuador, debe ser adverso.

La ley 94 de 1938, en el numeral a) del artículo 709, aparte de otros requisitos para que pueda concederse la extradición, señala el de que "el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años". Pero esta ley, en la disposición citada, en el aparte que señala el término de cuatro años como límite de pena para que pueda llevarse a efecto la extradición aparentemente está en pugna con las normas del artículo V del Acuerdo internacional suscrito por los países bolivarianos el 18 de julio de 1911, ratificado por el legislador colombiano por medio de la ley 26 de 1913, en el cual se determina como pena privativa de la libertad para conceder o negar la extradición la cantidad de seis meses.

Pero esto no quiere decir que en la solución del presente caso, necesariamente deban aplicarse las disposiciones de la ley penal colombiana. No, las normas de los códigos son reglas generales que se consagran en las legislaciones de los diversos países, y se aplican únicamente en relación con aquellos Estados donde no existen tratados públicos que reglamenten la materia, y éste es precisamente el espíritu que informa el contenido del artículo 9º del Código Penal, que dice: "..... A falta de tratados públicos, el Gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, y previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia....." Pero cuando existen tratados públicos, Convenios o Acuerdos Internacionales, se aplican de preferencia las normas en ellos consagradas.

De manera que las reglas que deben observarse para conceder o negar la extradición, no son propiamente las de las leyes internas de uno de los países contratantes, sino las normas establecidas en el Acuerdo o tratado internacional respectivo, siendo por este aspecto inaplicable al caso de estudio el derecho invocado por el apoderado Julio Rivera R., con fundamento en lo dispuesto por el artículo 709, numeral a), del Código de Procedimiento Penal, por existir un Acuerdo sobre extradición, que obliga al Gobierno colombiano.

Pero como el delito imputado a García Solano, denominado por las leyes penales de la República del Ecuador "Desfalco al Tesoro Nacional", se halla reprimido con la pena de **reclusión** mayor ordinaria de cuatro a ocho años (artículo 236 del C. P.), y sobre el sindicado pesa un auto de detención, la disposición invocada (artículo 709 del C. de P. P.) tampoco sería aplicable, puesto que en la legislación colombiana ese hecho se denomina "Peculado" y está reprimido por las normas de los artículos 151 y 153 del Código Penal, disposición esta última que señala una pena de cuatro a quince años de presidio, cuando no se ha hecho el reintegro de los valores apropiados, caso en el cual se encuentra García Solano.

El argumento de que García Solano obtuvo cédula de ciudadanía en Colombia, queda destruído por la certificación del Jurado Electoral de Tumaco, que dice:

"..... dicha cédula de ciudadanía aparece **cancelada** en el mes de agosto del mismo año, debido a que el señor Cónsul de la República del Ecuador, en esta ciudad, demostró al Jurado con documentos auténticos, que el portador de ella señor **Alipio García Solano** es ciudadano **ecuatoriano**".

Por otra parte, las pruebas allegadas por la Embajada del Ecuador dan a la Sala la certidumbre de que Alipio García Solano es ciudadano de nacionalidad ecuatoriana.

Por las circunstancias expuestas, la Corte Suprema de Justicia — Sala Penal, — de acuerdo con la facultad concedida por el artículo 710 del Código de Procedimiento Penal, emite **concepto favorable** sobre la solicitud de extradición del señor Alipio García Solano, formulada por la Embajada del Ecuador en Bogotá al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

RELACION JURIDICA ENTRE EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA

El acuerdo entre el veredicto y la sentencia que prescribe el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, y cuya violación funda la tercera causal de casación, no puede establecerse en relación con un veredicto ya declarado contrario a la evidencia de los hechos y jurídicamente inexistente, por lo tanto, y ya sustituído por un segundo que, conforme a la ley, es definitivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Emiliano Antonio Espinosa Z., formuló demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del 13 de octubre del año pasado, por la cual — con aplicación del artículo 362 del estatuto penal — fue condenado a ocho años de presidio por el delito de homicidio en la persona de José Antonio Castañeda Agudelo, cometido en las últimas horas de la mañana del 12 de julio de 1941, en la vereda "El Poblado", del municipio de Anserma.

Habiendo sido ya cumplidas las prescripciones de los artículos 563 a 566 del Código de Procedimiento Penal, la Corte — con vista en las tesis del recurrente y del Procurador, expuestas dentro de los respectivos traslados — decide el recurso en este fallo, previo resumen de los hechos y de los actos procesales que culminaron en la sentencia recurrida.

A) El delito y el proceso

Emiliano Antonio Espinosa, de cincuenta y cinco años aproximadamente, disparó su revólver contra el joven José Antonio Castañeda (veintidós años), en la hora de las diez a las once de la mañana del doce de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el sitio de "El Poblado" (Anserma), cuando el último se dirigía a la ciudad a hacer el mercado de su casa. Uno de los proyectiles — según la pericia médico legal — penetró por el sector derecho del frontal, sobre la arcada orbitaria, atravesó regiones importantes del encéfalo, salió por la región parieto-temporal izquierda, produciéndole hemorragias en los senos frontales y en el encéfalo, que le causaron la muerte inmediata. Durante el proceso se comprobó que Espinosa dio muerte a Castañeda, porque la joven Mercedes Orozco, que antes fue amante del primero, lo había abandonado y reemplazado por el segundo, esto es, impulsado por los celos y en cumplimiento de la promesa de que ambos serían eliminados.

Como actos procesales que se relacionan con las tesis que habrán de examinarse, se enumeran los siguientes:

a) Los autos de proceder, del Tribunal y del Juzgado, del 24 de septiembre y 27 de noviembre de 1944, respectivamente, en que se desechan las tesis de la riña imprevista y de la legítima defensa invocada por el procesado y su defensor, y se califican el homicidio como ejecutado en estado de indefensión de la víctima.

b) El veredicto del jurado, rendido el 19 de agosto de 1943, según el cual — por cuatro votos afirmativos — se reconoció la eximente de la legítima defensa;

c) La sentencia del Juez 1º Superior de Manizales, del 30 de los mismos mes y año, por medio de la cual — con base en el veredicto referido — absolvió al procesado Espinosa y le otorgó el derecho a la libertad garantizada mediante fianza;

d) El auto del Tribunal Superior, del 13 de mayo del año siguiente (1944), por el cual — a petición del Fiscal de la corporación — declaró que el veredicto era contrario a la evidencia de los hechos y dispuso se convocara a nuevo jurado;

e) El segundo veredicto, del 18 de junio del año pasado, según el cual Espinosa "sí es responsable con el propósito de matar, pero sin circunstancias de indefensión de la víctima, como la insidia, la asechanza, la alevosía, etc." que el Juez propuso al jurado;

f) Las sentencias del Juez y Tribunal, del 9 de julio, y 13 de octubre del mismo año, por las cuales — con aplicación del artículo 362 del Código Penal — Espinosa fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio y al pago — a título de perjuicios — de dos mil setecientos veinte pesos, y

g) Los autos del Tribunal y de la Corte, del 20 de noviembre del año pasado y 20 de febrero del presente, por los cuales se concedió y admitió, respectivamente, el recurso de casación que interpuso el defensor del procesado.

B) La demanda y su respuesta

Dos son las causales de casación que invocó el recurrente contra la sentencia del Tribunal de Manizales — la primera y la tercera — y que la ley procesal comprende en la violación de la ley penal material o sustantiva, y en violación de la ley penal formal o adjetiva, respectivamente; pero — como habrá de explicarse — el fundamento de las causales es idéntico, como idéntica es la finalidad, e insostenible — jurídicamente — el punto de partida.

a) Primera causal: violación de la ley penal

"El Tribunal de Manizales — razona el recurrente en defensa de la primera causal — no podía legalmente hablando, declarar una contraevidencia que no existía". Después de analizar etimológicamente el vocablo "evidencia" y de hacer referencia a la prueba indiciaria sobre la cual se fundó el juicio, y a la presencia en el jurado de dos notables juristas, termina: "Si es un hecho cierto que el Tribunal declaró una contraevidencia que no existía, y dictó sentencia con base en el veredicto de un jurado, ilegal, hay que concluír que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

b) Tercera causal: violación de la ley procesal

"La sentencia de segunda instancia del Honorale Tribunal de Manizales — afirma el recurrente en apoyo de esta causal — está en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque el veredicto del jurado fue de consecuencias absolutorias, pues los artículos 24 y 25 del Código Penal dicen que no hay lugar a responsabilidad penal cuando el hecho se justifica por haber obrado el agente en legítima defensa de la vida, el honor o los bienes".

"Ya que el Honorable Tribunal — añade — no podía tomar como veredicto el que dio el segundo jurado, porque el primero no era contraevidente, hay que admitir que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto". Y más adelante: "Cuando el Tribunal comete un error al declarar contraevidente, lo evidente, y lo que tiene por lo menos una gran probabilidad de certeza, al procesado y a su defensor no les queda más recurso, que aguardar a la sentencia, para interponer el extraordinario de casación".

---

c) La respuesta a la demanda

El Procurador Delegado en lo Penal, en la contestación a la demanda, se opone a que se case la sentencia, por las siguientes razones que resume la Corte: en cuanto a la primera, porque ella concierne a la aplicación de la llamada ley penal sustantiva, y no —como lo supone el recurrente — a las normas del procedimiento penal, que son materia de otras causales de casación y en cuanto a la segunda, inexistente el primer veredicto, mal podían los Jueces de instancia fundarse en él para dictar sentencia, y como el segundo es definitivo y en éste la fundaron, "el cargo esgrimido contra ella — afirma el Procurador Delegado — es por demás injusto y desechable" y "vistos los antecedentes (del fallo) — termina — resulta claro que la causal tercera carece del menor fundamento".

C) Estudio del recurso

El recurrente parte, como se expuso, de un presupuesto jurídicamente falso, que es la existencia legal del veredicto que el Tribunal declaró contrario a la evidencia de los hechos por causa del reconocimiento de la legítima defensa, y con base en ese falso presupuesto llega a la doble conclusión de que el Tribunal incurrió en violación de la ley penal (errónea interpretación o indebida aplicación) porque hizo tal declaración, y en violación de la ley procesal (desacuerdo del veredicto y la sentencia) porque la fundó nó en el primero, sino en el segundo veredicto; de modo que en el fondo lo que juzga el recurrente es que, en apoyo en la hipótesis de la legítima defensa que aún cree plenamente probada, ha de-

bido ser absuelto el procesado, y a esa finalidad, ya imposible de alcanzar, convergen todas las razones expuestas en su estudio.

Una breve y sumaria referencia a las normas que disciplinan y regulan el recurso y especialmente en cuanto a las causales invocadas, bastarán a quitar toda juridicidad a lo que afirma el recurrente.

Este ha involucrado, como base de la objeción de la causal primera, sistemas de impugnación opuestos y por lo opuestos extemporáneos según el Código, pues uno es el oportuno en las instancias, y otro aquí en la Corte. La impugnación, por lo tanto, del auto que declara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos consignados en el proceso y de la sentencia de primer grado se ejercita por medios especiales, la reposición (que no ejercitó el recurrente) y la apelación, así como la impugnación de la sentencia de segundo, mediante la casación o juicio sobre ella y no sobre el proceso como conjunto de hechos y de pruebas: impugnar, pues, la sentencia de un Tribunal porque no la fundó en un veredicto declarado contrario a la evidencia de los hechos mediante auto ejecutoriado, sino en el segundo veredicto — invulnerable y definitivo según la ley — no es el sistema jurídico apropiado de anular un veredicto que se juzga evidente y conforme a los hechos.

La causal primera — como lo advierte el Procurador Delegado — hace relación a la violación de la ley penal sustantiva, violación aquí no realizada, como habría sido, por ejemplo, si en firme el primer veredicto, el que reconoció la legítima defensa, a Espinosa se le hubiera impuesto la pena de ocho años, pues se habría violado el artículo 362 porque se aplicó y el artículo 25 porque no se aplicó. El Tribunal, en consecuencia, ni interpretó erradamente ni aplicó indebidamente la ley penal.

Menos viable la causal tercera — desacuerdo del veredicto y la sentencia — y menos jurídico su fundamento, pues que el recurrente impugna la sentencia no porque está en desacuerdo con el segundo veredicto, que declaró responsable al procesado, sino porque lo está con el primero, que reconoció la legítima defensa, sin consideración a la norma (artículo 537) según la cual el veredicto del segundo jurado es definitivo.

Concluído, pues, que ninguna de las causales invocadas — por las razones expuestas — puede prosperar, cabe aquí una deducción, y es que lo que el recurrente ataca es el veredicto del segundo jurado y que, aunque no fuera definitivo, tampoco podría ser impugnado en casación, por cuanto la causal fundada en la injusticia notoria (hoy contradicción con los hechos) del veredicto que consagró la Ley 188 (numeral 5º, artículo 3º) fue excluída de la enumeración taxativa del artículo 567 del Código vigente, exclusión fundada en la técnica de la casación (juicio sobre la sentencia) diferente a la técnica de las instancias (juicio sobre los hechos).

Por lo expuesto la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo solicitado por el Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del 13 de octubre del año pasado, por la cual — con aplicación del artículo 362 del estatuto penal — condenó a Emiliano Antonio Espinosa Z., a la pena de ocho (8) años de presidio, por el delito de homicidio intencional en el joven José Antonio Castañeda cometido en la mañana del doce (12) de julio de 1941, en un lugar de la vereda de "El Poblado", del municipio de Anserma.

Cópiese.

Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán J. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R. Secretario.

CARACTERES DIFERENCIALES DE LOS CUESTIONARIOS SEGUN EL CODIGO Y SEGUN LA LEY 4ª DE 1943

A) La causal tercera de casación presenta dos casos distintos e independientes pero con una base idéntica, que es la sentencia: primero, su falta de consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y segundo, su desacuerdo con el veredicto del jurado.

B) En el sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943, la propuesta al jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende los elementos del delito, tanto físicos o materiales como psíquicos o morales, de modo que la no propuesta expresa del propósito o intención al jurado, no implica su desconocimiento o exclusión, menos la consiguiente absolución del procesado, ni funda el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

C) La omisión en los cuestionarios, en el veredicto y especialmente en la sentencia, de una circunstancia modificadora (como el estado de ira o de intenso dolor) expresamente reconocida como legalmente existente en el auto de proceder, constituye la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, y el fallo que incumbe a la Corte en ese caso debe tomar en consideración la circunstancia omitida y hacer la consiguiente reducción de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado doctor José Vicente Sánchez formuló, fundado en los numerales 1º y 3º del artículo 567 del estatuto procesal, demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 14 de noviembre de 1945, por la cual — con aplicación del artículo 362 del estatuto penal — condenó a **Manuel González Camargo (albañil,** treinta y seis años, de Tota, Boyacá), porque en la primera hora de la noche del siete de diciembre de 1943 dio muerte a la joven Ana Julia Gómez (diez y nueve años, soltera, de Sogamoso) mediante una herida (arma cortante y punzante) sobre la aréola del seno izquierdo que le interesó el pulmón, el pericardio y el corazón (ventrículo derecho), hecho sucedido en la esquina de la calle 71 y la carrera 36 (barrio "12 de Octubre") de esta ciudad.

En atención a que el recurso fue ya sometido al procedimiento de los artículos 563 a 566 del primero de los estatutos mencionados, aunque por insistencia de las partes no se realizó la audiencia, se procede al estudio de la demanda, previo resumen de los hechos y de los principales actos procesales que fundaron la sentencia recurrida y especialmente de aquellos que se relacionan con los diversos aspectos del recurso.

A) Hechos y actos procesales

El encuentro imprevisto de Dolores Camargo de González y de su hija Isabelina González de una parte, y Ana Julia Gómez y Néstor Alfonso Leguizamón (su amante) de otra parte, en el sector de la calle 71 con la carrera 36, grupos que — parece — iban en dirección contraria, y el comentario de Ana Julia al saludo de Leguizamón a Isabelina fueron — como en seguida va a explicarse — el origen ocasional de la contienda en que la Gómez fue ultimada.

No obstante que la investigación — defectuosa en éste como en otros aspectos— no aclaró el motivo del resentimiento de Ana Julia contra Isabelina, ésta — al oír el comentario de aquélla — debió reaccionar en forma desagradable o injuriosa, porque fue en ese momento cuando se empeñó la contienda entre los dos grupos — en la cual, parece, el de las González debió hallarse mal en un momento dado — y que fue lo que se-

guramente impulsó a Dolores de González a invocar el auxilio de su hijo Manuel, que en aquella hora dormía con su amante Cristina Fonseca en una pieza de la casa (habitada ésta también por Ana Julia y sus hermanas), y a Manuel a levantarse, vestirse, armarse y salir en apoyo o defensa de su madre y de su hermana.

Ya integrado con Manuel el grupo de las González, y con Sofía Gómez — que salió tras de Manuel — el de Ana Julia y Leguizamón, la contienda adquirió caracteres más graves, con las siguientes consecuencias: Ana Julia Gómez con una herida penetrante del torax, causa inmediata de su muerte; Leguizamón, con dos heridas, una con arma cortante en el brazo izquierdo y otra con arma cotundente en la región malar izquierda con incapacidad de doce días y desfiguración facial (no se sabe si permanente o transitoria); Isabelina González, dos con arma contundente en la región parietal izquierda, incapacidad de siete días; Dolores de González, dos causadas con arma de especie análoga en las regiones frontal derecha y parietal izquierda y equimosis en la pectoral izquierda, con incapacidad de ocho días, y Manuel González, una herida en la región parietal izquierda, con arma análoga (contundente), y cuatro días de incapacidad.

Con base en la investigación — en la que, con ocasión de una solicitud de libertad provisional, fueron planteadas en favor de González circunstancias modificadoras como la ira y el dolor y eximentes como la legítima defensa de su madre y de su hermana — los falladores de instancia, en sendas providencias, decretaron lo siguiente:

a) Los enjuiciamientos de Manuel González como autor del homicidio agravado (víctima indefensa, sevicia) en Ana Julia Gómez y de las lesiones en Néstor Julio Leguizamón, y de Isabelina González y Dolores de González como copartícipes de aquellos delitos;

b) La orden del Juez para que "al jurado se le sometieran las circunstancias agravantes de asesinato, tales como la indefensión de la víctima, la sevicia en el ataque, la persistencia en el mismo y la falta de consideración al estado de embarazo en que la occisa se encontraba" (143), así como también "la cuestión atenuativa de la responsabilidad, ira e intenso dolor, del procesado Manuel González" (164);

c) Los sobreseimientos definitivos en favor de Dolores de González por las lesiones en Leguizamón; y a favor de éste y de Sofía Gómez por las causadas en los González (Isabelina, Manuel y Dolores), y la extinción de la acción penal, por causa de muerte, contra Ana Julia Gómez, por las lesiones causadas a los González;

d) La libertad provisional otorgada por el Tribunal al procesado González, fundada en la aclaración hecha en el enjuiciamiento de segundo grado "de que se aceptaba como atenuante de responsabilidad respecto a González la circunstancia de la ira e intenso dolor para que se le sometiera a los jueces de hecho";

e) La cuestión primera, propuesta al jurado, sobre la responsabilidad de Manuel González en la muerte de Ana Julia Gómez, contestada afirmativamente por tres jurados, y con la circunstancia del estado de intenso dolor por los restantes;

f) La cuestión segunda, sobre la responsabilidad del mismo en las lesiones causadas a Néstor Julio Leguizamón (doce días de incapacidad y desfiguración facial), contestada negativamente "porque — hicieron constar los jurados — estamos convencidos que sólo le causó las heridas del brazo";

g) La cuestión tercera, también propuesta al jurado sobre la sevicia con que Manuel González actuó en el ataque a Ana Julia Gómez y Néstor Julio Leguizamón, la persistencia en dicho ataque "y sin considerar el estado de embarazo de la víctima (Ana Julia Gómez) que se encontraba por lo tanto en estado de inferioridad e indefensión", contestada en forma negativa por tres jurados y afirmativamente por los restantes;

h) Las cuestiones cuarta y quinta contestadas negativamente, sobre la responsabilidad de Dolores Camargo de González e Isabelina González como copartícipes en los delitos de homicidio y lesiones imputadas a Manuel González, e

i) Las sentencias de primero y de segundo grado por las cuales con base en el veredicto del jurado — que desechó el homicidio agravado y lo consideró como intencional — impuso a Manuel González la pena de ocho años de presidio.

III. — Estudio del recurso

Dos errores, uno relativo a la ley penal material, y otro relativo a la ley penal formal — subsanables mediante el reconomiento de las causales primera y tercera de casación — se han cometido

— asegura el recurrente — en la sentencia: primero, la omisión del propósito en el cuestionario propuesto al jurado, que considera como indebida aplicación de la ley penal y también desacuerdo del veredicto y la sentencia; y segundo, el incumplimiento de la orden del Tribunal de someterle el estado de ira o dolor, que juzga como desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia; la decisión del recurso presupone, por lo tanto, dos cuestiones previas — la omisión del propósito y del estado de ira en los cuestionarios — ya que una y otra constituyen las bases que pueden fundar el desacuerdo de la sentencia, ya con el auto de proceder, ya con el veredicto del jurado.

La primera cuestión concierne al tránsito de legislaciones — Ley 94 de 1938 y Ley 4ª de 1943— que adoptaron sistemas opuestos de formulación de cuestionarios, múltiple y uno, respectivamente, y en atención a los cuales aquélla debe resolverse. Bajo la vigencia de la primera ley, dictada para la actuación de un estatuto inspirado en el concepto de la responsabilidad como actividad psico-física, el hecho o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, los elementos constitutivos de la responsabilidad — como el propósito — los excluyentes de la misma y, finalmente, las circunstancias de posibles influencias en la sanción, debían proponerse en cuestionarios separados; la ley 4ª, en cambio, sustituyó este sistema por el antiguo (artículo 47, Ley 169 de 1896), es decir, revivió el derogado cuestionario único — responsabilidad del hecho con determinación de las circunstancias que lo constituyan — la deliberación colectiva y la facultad de reconocer otras distintas de las expresadas en el respectivo cuestionario.

El nuevo sistema — y tal es el problema aquí planteado — impone necesariamente, como en el anterior, la inclusión del propósito en el cuestionario, o por el contrario la fórmula sobre la responsabilidad, prescrita por la ley 4ª — "el acusado N. N. es responsable de los hechos", etc. — lleva envuelta en sí tanto la acción material o física como la moral o psíquica, sin que — por lo tanto — sea indispensable someter expresamente la cuestión del propósito al jurado en el cuestionario?

La noción jurídico-penal de la responsabilidad incluye ciertamente una relación necesaria de actividades, la física o material concretada en la ejecución del hecho delictuoso, y la psíquica o moral concretada en el propósito o intención de ejecutarlo: cuando, pues en la esfera penal se hace referencia a la responsabilidad, debe entenderse la responsabilidad penal o sea la suma o relación de la actividad psico-física,como cuando en la esfera del derecho privado se hace referencia a la responsabilidad, debe entenderse la responsabilidad civil.

Aplicada esta inobjetable noción al sistema de la Ley 4ª (cuestionario único), el tema de la responsabilidad propuesto al jurado en forma tan genérica ("el acusado es responsable de los hechos", etc.), descarta o por lo menos no hace indispensable, menos con amenaza de sanción por nulidad o violación sustancial, la inclusión expresa del propósito o intención, ni priva a los jueces del hecho de la omnímoda facultad de aceptarlos o negarlos hayéseles o no propuesto, por cuanto la función o actividad procesal de los jueces no está hoy subordinada, como en el sistema del Código, a la obligación de proponer separadamente los elementos físicos y psíquicos del delito, ni la del jurado a reconocerlos en la misma forma independiente y separada, sin que ello implique restricción, limitación o privación de la mencionada facultad de decidir no solamente sobre las circunstancias en el cuestionario expresamente incorporadas sino también sobre aquéllas que, aunque no propuestas, considera el jurado adversas a las incluídas primitivamente en el cuestionario respectivo.

Pudo el Juez, en consecuencia, haber sometido al jurado el cuestionario en la forma genérica dicha, con sujeción estricta a los términos de la ley — "el acusado es responsable de los hechos", etc. — y el jurado haber contestado "sí" o "nó" categóricamente, o con adiciones como "sin voluntad" o "con voluntad" (no obstante el pleonasmo), sin violar el principio fundamental de los elementos esenciales del delito; como pudo haberlo sometido, lo que es más acorde con los presupuestos de la técnica procesal, con la expresión del propósito, y el jurado haberlo reconocido y negado, simple o aditivamente; porque lo jurídicamente incontrovertible es que si en el primer sistema el hecho y la intención — elementos de la responsabilidad legal — debían proponerse en cuestionarios separados, y en el nuevo sistema sólo se propone la responsabilidad del acusado por el hecho imputado en un cuestionario único, la responsabilidad así propuesta con referencia al acusado y al hecho no puede aceptarse fragmentariamente para el hecho con exclu-

sión del propósito, porque ello equivale a una descomposición o división inoportuna y arbitraria del concepto de la responsabilidad, sólo aplicable al hombre porque ejerció como hombre, una actividad psico-física, prohibida y sancionada por la ley.

Decir, por lo tanto, que Manuel González Camargo es responsable — como lo reconoció el jurado — de haber dado muerte a Ana Julia Gómez, no significa — como el recurrente lo juzga— ser exacto y evidente, con evidencia procesal, que le dio muerte, pero sin la intención o propósito de dársela, ni el reconocimiento de esa responsabilidad por el jurado induce a equívoco o duda sobre la especie de homicidio o confusión de especies, porque descartado el homicidio calificado o agravante por la negación de la indefensión de la víctima y la sevicia en el ataque, lógicamente se readquiere la del dolo de propósito, si otra u otras especies, en el sistema de la Ley 4ª, no fueron expresa y espontáneamente declaradas.

La sentencia — con fundamento en las consideraciones procedentes — no está en desacuerdo con el veredicto del jurado, ni en ella el Tribunal, por indebida aplicación, violó la ley penal.

La segunda cuestión —desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder — se relaciona también con la formulación del cuestionario, pero por la omisión en éste de la circunstancia del estado de ira o intenso dolor en que González Camargo dio muerte a Julia Gómez, circunstancia reconocida en el auto de proceder y en el de otorgamiento de la libertad provisional.

Puntos de referencia de esta segunda cuestión son los conceptos del Tribunal emitidos en estas providencias y cuya trascripción se hace necesaria en el estudio del otro aspecto de la tercera causal:

"El estado de ira de Manuel González causado por grave e injusta provocación — dice el "Resultando séptimo" del auto de proceder — habida consideración al hecho de haber sido llamado por su madre y hermana, quienes se quejaban de ultrajes de parte de la occisa y de su compañero, es cuestión que debe someterse al jurado, porque si bien es cierto que según algunos declarantes quienes provocaron a la occisa y a Leguizamón fueron las González, cuando Manuel se levantó seguramente no tenía noticia de esto y sólo obró en su ánimo las quejas de sus familiares que solicitaban su ayuda y socorro" (164).

"El auto (de proceder, se aclara) por jurídico debe confirmarse — ratifica el Tribunal en el último de los "Considerandos" — con la aclaración hecha en la parte motiva en relación con la cuestión atenuativa de la responsabilidad, ira e intenso dolor, del procesado Manuel González, para que se proponga a los jueces de conciencia, quienes resolverán en definitiva" (164).

Sobre este reconocimiento el Tribunal, posteriormente, otorgó a González Camargo la libertad provisional, de la cual desde entonces (agosto 23 de 1944) goza. "Que Manuel González — dice el primer "considerando" del auto respectivo — es acreedor a que se le conceda el beneficio de la libertad provisional por haber cometido el delito en las circunstancias contempladas en el artículo 28 del C. P."

"Así, pues, — razona el recurrente — a González Camargo se le llamó a juicio por homicidio en el grado de dolo correspondiente al intenso dolor causado por grave provocación y se le condenó en el grado del dolo correspondiente al homicidio intencional, sin ninguna circunstancia atenuante o aminorativa de la responsabilidad. El atenuante de la responsabilidad, o eximente incompleta consagrada por el artículo 28 del Código Penal, dentro del cual fue llamado a juicio González Camargo — termina — desapareció en la sentencia, haciéndosele así más gravosa la situación, por lo que — afirma — "la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", y debe casarse".

El Procurador reconoce que "aparece manifiesta la disconformidad de la sentencia con el auto de proceder, desde luego — afirma — que la circunstancia modificadora concerniente al estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, no se tuvo en cuenta para nada: ni se incluyó en el cuestionario, ni se computó en la aplicación de la pena"; pero no obstante esta afirmación, el mismo funcionario considera que la Corte no puede dictar fallo con base en la reconocida inconformidad entre el enjuiciamiento y la sentencia porque siendo el veredicto "la fuente inmediata del fallo" e incompleto — por la omisión del propósito en el cuestionario — el dictado en este juicio, ha habido una clara pretermisión de las formas que le son propias, origen de una nulidad sustancial que no fue aquí invocada

como fundamento del recurso ni previamente debatida en las instancias.

Resuelto ya el equívoco relativo al alcance o extensión del cuestionario formulado en cumplimiento de la ley 4ª y especialmente al alcance o extensión de la forma en que la responsabilidad se somete al jurado, de lo cual en el fondo no disiente el Procurador Delegado, al aceptar que "al tenor del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, en la pregunta que se hace al jurado va envuelta la responsabilidad del procesado", la cuestión se circunscribe — reconocida que fue la disconformidad del enjuiciamiento y la sentencia — a determinar o fijar cuál ha de ser la forma y contenido del fallo que deba sustituír al recurrido, para que sea operante la causal tercera en la forma invocada.

Constituyendo el auto de proceder la acusación concreta contra el procesado por los hechos deducidos de la investigación y también la base y principio del juicio criminal, los Jueces del hecho y del derecho están subordinados a la ruta procesal que tal providencia les señala; y así, si los segundos no pueden someter a los primeros cuestiones distintas a las allí enunciadas y tenidas como probadas, éstos tampoco pueden reconocer o callar hechos, modalidades o circunstancias en evidente oposición con las deducidas en el juicio; la violación de las normas que consagra este último principio conduce, en las instancias, a una declaración de veredicto contrario a la evidencia de los hechos, y en algunos casos, como el presente, a una declaración de disconformidad de la sentencia con los cargos enunciados en el auto de proceder y, por lo tanto, a la sustitución del fallo sin que, como lo afirma el Procurador, la Corte no pueda ejercitar la facultad que le otorga la ley (artículo 570), ya que lo contrario sería desconocer la existencia de la causal tercera en su primer aspecto y la atribución de subsanar la anomalía que la funda; si a González Camargo, en consecuencia, se imputó en el auto de proceder un homicidio cometido en estado de ira o intenso dolor — que en la audiencia su defensor presentó como ejecutado en el de legítima defensa—es decir, si aquél fue el cargo contra el acusado, y los jueces del hecho y del derecho lo juzgaron por un hecho más grave no precisado ni enunciado entre los cargos de que debía defenderse, quiere decir, que el fallo no está en consonancia con el auto de proceder, y que debe dictarse la sentencia en consideración a la circunstancia callada y omitida, y a la deducción de pena que ella impone.

No es, pues, necesario recurrir, mediante sistemas de interpretación analógica, a las normas que regulan la casación civil, como lo sugiere el Procurador, para subsanar el error en que incurrieron los falladores de instancia, porque el estatuto procesal penal previene el error y fija el medio de subsanarlo.

III. — Decisión del recurso

Como base del fallo que va a dictarse, en sustitución del recurrido, la Sala resume en seguida las tesis acabadas de exponer, así:

a) La causal tercera de casación presenta dos casos distintos e independientes pero con una base idéntica, que es la sentencia: primero, su falta de consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y segundo, su desacuerdo con el veredicto del jurado;

b) En el sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943, la propuesta al jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende los elementos del delito, tanto físicos o materiales como psíquicos o morales, de modo que la no propuesta expresa del propósito o intención al jurado, no implica su desconocimiento o exclusión, menos la consiguiente absolución del procesado, ni funda el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado;

c) La omisión en los cuestionarios, en el veredicto y especialmente en la sentencia, de una circunstancia modificadora (como el estado de ira o de intenso dolor) expresamente reconocida como legalmente existente en el auto de proceder, constituye la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, y el fallo que incumbe a la Corte en ese caso debe tomar en consideración la circunstancia omitida y hacer la consiguiente reducción de la sanción, y

d) Manuel González Camargo debe, en consecuencia, ser condenado — con aplicación de los artículos 28, 36 y 362 del estatuto penal — a la sanción principal de cuatro años de presidio, en atención al estado de ira e intenso dolor causado por grave provocación, así como a la gravedad y modalidades del delito.

La Sala, finalmente, observa con tánta inquietud como sorpresa que el Juez y el Tribunal — especialmente éste que fue quien lo anotó en la confirmación del enjuiciamiento — no hubieran propuesto al jurado la circunstancia del artículo 28, omisión que ha fundado la invalidación parcial del fallo, con perjuicio de los intereses de la sociedad y de la justicia.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal,

Falla:

A) Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 14 de noviembre de 1945, por la cual — con fundamento en el artículo 362 del Código Penal — impuso a **Manuel González Camargo** la pena de ocho años de presidio y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de tiempo, como autor responsable del delito de homicidio intencional cometido en la persona de Ana Julia Gómez, en el "Barrio 12 de Octubre" de Bogotá, la noche del 7 de diciembre de 1943; y

B) Condénase a **Manuel González Camargo,** de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva de este fallo, con fundamento en los artículos 28, 36 y 362 del mencionado Código, a la pena de cuatro años de presidio, como responsable del mismo delito en la misma persona, cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave provocación; a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena y a las demás penas accesorias anotadas en la sentencia y, finalmente, a pagar los perjuicios materiales y morales causados por el delito a los herederos de la víctima o sus representantes legales.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán J. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüelló R., Secretario.

NULIDADES RECONOCIDAS POR LA LEY EN EL PROCESO PENAL

La Corte ha dicho en varias ocasiones que las nulidades son taxativas, es decir, que no se pueden extender a casos semejantes, no sólo porque el señalarlas es tarea propia del legislador, sino también porque los procesos se harían interminables, se crearía la incertidumbre en el ejercicio de la tutela social y se traería el descrédito a las providencias de los jueces de instancia. Esto no obstante, la doctrina ha admitido que en algunos casos extremos, comprendidos en la naturaleza de los propios preceptos que las consagran pueden declararse nulidades no previstas en la ley de modo expreso. Pero con dos condiciones: que se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren la flagrante violación del derecho de defensa del procesado; y, además, que se hayan alegado previamente en las instancias. — Lo primero, por la razón ya dicha de que el señalar los casos de nulidad no es propio del juez, sino del legislador, y lo segundo, porque la casación implica un estudio de la sentencia, de suerte que, en términos generales, sólo pueden ser estudiadas las cuestiones que fueron materia del fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

En sentencia de 29 de marzo del año pasado, el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Francisco Antonio Caicedo o Salcedo a sufrir la pena principal de diez y ocho años de presidio, como autor de la muerte de José Vicente Piraquiva, ocurrida en esta ciudad de Bogotá, en la madrugada del 23 de noviembre de 1941.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación el doctor Carlos Reyes Posada e invoca como causales la segunda y la cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Causal cuarta: nulidad del juicio

La funda el demandante en cuatro motivos:

1º En que el juez del conocimiento negó el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del sindicado contra el auto que declaró cerrada la investigación, dando como fundamento de su negativa el hecho de ser dicha providencia de simple sustanciación, lo que es erróneo;

2º Que las copias pedidas para interponer el recurso de hecho no se le entregaron al apoderado y por eso quedó su defendido sin la defensa conveniente;

3º Que no se practicaron, durante el término probatorio, las pruebas solicitadas por el acusado, no obstante que fueron decretadas por el juez; y

4º Que el cuestionario sometido al jurado no se hizo conforme a lo previsto por la ley 4ª de 1943, que estaba ya en vigencia, sino de acuerdo con el código de procedimiento, lo cual constituye una nulidad sustancial del juicio.

Se considera:

La Corte ha dicho en varias ocasiones que las nulidades son taxativas, es decir, que no se pueden extender a casos semejantes, no sólo porque el señalarlas es tarea propia del legislador, sino también porque los procesos se harían interminables, se crearía la incertidumbre en el ejercicio de la tutela social y se traería el descrédito a las providencias de los jueces de instancia. Esto no obstante, la doctrina ha admitido que en algunos casos extremos, comprendidos en la naturaleza de los propios preceptos que las consagran pueden declararse nulidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren la flagrante violación del derecho de defensa del procesado; y, además, que se hayan alegado previamente en las instancias.

Lo primero, por la razón dicha de que el señalar los casos de nulidad no es propio del juez, sino del legislador; y lo segundo, porque la casación implica un estudio de la sentencia, de suerte que, en términos generales, sólo pueden ser estudiadas las cuestiones que fueron materia del fallo.

Pues bien, ninguna de las irregularidades anotadas en la demanda se contempla como causal de nulidad en los artículos 198 y 199 del código de procedimiento, ni con ellas se desconocieron derechos esenciales de las partes, ni fueron alegadas oportunamente. Pero mejor es analizarlas una a una.

Es cierto que el juez del conocimiento negó la apelación interpuesta contra el auto de cierre de la investigación y no se dieron las copias para acudir de hecho al superior. Pero el procesado y su defensor pudieron insistir oportunamente en las instancias, sin que lo hubieran hecho, por ejemplo, al ser revisado por el Tribunal el enjuiciamiento. Y si ni siquiera el no haber sido notificado en debida forma el auto de proceder puede considerarse como motivo de nulidad si, habiendo comparecido el reo, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal (artículo 198, ord. 3º), mucho menos puede serlo el no haber concedido el juez aquel recurso contra el auto de cierre de la investigación ni haber dado las copias para interponer el de hecho. Esto es suficiente por ahora, sin que haya necesidad de definir si aquella providencia (el auto de cierre de la investigación) es de sustanciación o interlocutoria, lo que es por lo menos discutible.

Es cierto también que se dejaron de practicar algunas pruebas en el sumario y en el juicio. Pero como lo anota la Procuraduría, "el prolongado silencio que guardó la defensa sobre las irregularidades que hoy se presentan como motivos de nulidad, implica de su parte una especie de ratificación de lo actuado, especialmente tratándose de la recepción de las pruebas, en que unas—las del sumario, — no eran estrictamente indispensables para la calificación del mismo, desde luego que la investigación contenía ya los suficientes elementos para dictar el auto de proceder; y respecto de las otras — las del plenario — el Juzgado dispuso toda la diligencia para realizarlas, pero ello no pudo llevarse a término porque los testigos no fueron encontrados, según constancias oficiales que obran en el proceso".

El recurrente cita la doctrina contenida en la casación del 16 de febrero de 1942, sobre la nulidad alegada por no haberse practicado algunas pruebas importantes en un juicio penal. Pero es más pertinente al caso la parte que no transcribió y que dice así:

"Claro está que no podría exagerarse el alcance de esta doctrina hasta el punto de considerar que en todo caso será nulo un juicio por el solo hecho de que hayan dejado de practicarse las pruebas en el plenario. Podía suceder que se solicitaran pruebas no esenciales, o unas que fuesen inconducentes, que se citara a declarantes imaginarios o que se emplease cualquier otro ardid bajo la apariencia de labor probatoria, con el fin preconcebido de reclamar o quejarse más tarde, en el evento de que recaiga una sentencia condenatoria. Parece obvio que en tales hipótesis o en la de un manifiesto abandono de las pruebas por la parte que las pidió, la omisión en practicarlas no debe causar nulidad del procedimiento". (G. J., tomo LII, número 1979, página 455).

Respecto de la aplicación de la ley 4ª de 1943, que ordena hacer una sola pregunta, caben dos observaciones: la primera, que no puede considerarse como violatoria de los derechos de las partes, en lo relativo a su defensa, la circunstancia de que el juez haya separado en varias preguntas — hechos materiales, propósito y alevosía — las cuestiones que hubiera debido formular en una sola; y la segunda, que si tal cosa se consideró desfavorable al procesado debió alegarse por la defensa en el momento de formularse el cuestionario o durante la audiencia, pero de ninguna manera después de proferido el fallo de segunda instancia.

En conclusión, la causal cuarta invocada no puede prosperar.

Causal segunda: errada interpretación o apreciación de los hechos

"Se trata de la inclusión en la sentencia de la circunstancia modificadora de la alevosía, que no está probada en los autos, que no se configura y que al ser incluída en el fallo recurrido ha determinado la mayor gravedad de la sanción", dice el demandante.

Pero resulta que en los juicios en que interviene el jurado la sentencia tiene que basarse en el

veredicto de los jueces de conciencia (artículo 480 del c. de p. p.) y la causal segunda vendría a desembocar en el estudio de las pruebas del proceso y en la declaratoria de ser contrario el veredicto a la evidencia de los hechos, en caso de hallarse acreditado el cargo. Y esta causal, que existía en la ley 118 de 1931, no fue consagrada por el nuevo código, como lo ha dicho la Corte en numerosas decisiones, según doctrina sentada desde la sentencia del 3 de noviembre de 1944.

Por ello tampoco puede prosperar esta causal de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala Penal — de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA LA SENTENCIA DE 29 DE MARZO ULTIMO, de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

PROVOCACION DE ESTADOS EMOCIONALES COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA

Para que la provocación — conforme a la ley y a la doctrina pueda tenerse como modificadora de la responsabilidad, se requieren los siguientes elementos:

a) Que el lesionado haya ofendido al agresor;

b) Que esa ofensa haya sido grave e injusta;

c) Que la ofensa grave e injusta pueda causar y haya causado en el provocado un estado de ira o de intenso dolor, y

d) Que el provocado reaccione y cometa el delito como consecuencia directa de los estados emocionales causados.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de José Barón Monroy (éste natural de Viracachá, treinta y ocho a treinta y nueve años, soltero, trabajador agrícola), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 14 de noviembre de 1945, por la cual — con aplicación del artículo 374 (inciso 2º) del estatuto penal — impuso a Barón la pena de dos años de presidio como responsable del delito de lesiones en la persona de Isidoro Hernández, cometido la noche del 23 de enero de 1943, en la casa de la hacienda llamada "La Uchuta", de propiedad de José Celedonio Castañeda, situada en el municipio de Anolaima.

Formulada y contestada la demanda dentro del término legal, la Sala decide el recurso mediante esta providencia, previo resumen del delito y de las circunstancias en que fue cometido y de los actos procesales que se relacionan con las tesis expuestas por el Procurador y el recurrente.

A) El proceso contra Barón

Con la reserva de ampliar más adelante algunos detalles aquí brevemente referidos, cuando se analicen los fundamentos de una de las causales invocadas — la segunda — se presentan en seguida, tomados de las afirmaciones de los testigos presenciales, los aspectos más salientes del encuentro entre Hernández y Barón y que tuvo su término en las lesiones que — con consecuencias irreparables, como la pérdida del dedo meñique de la mano izquierda y la disyunción permanente de la articulación de los otros dedos y de la muñeca — Barón causó a Hernández.

La noche del delito — siete a ocho — José Barón Monroy, trabajador de "La Uchuta" y residente en ella, llegó a la casa destinada a los trabajadores (peones) en una de cuyas piezas estaban ya acostados o estaban para acostarse Isidoro Hernández, Juan Arias y Leonidas Rodríguez; Barón, desde fuera de la pieza pidió guarapo a Hernández, quien le contestó no tener vaca parida, frase que Barón también expresó aunque añadiendo algunas palabras que, consideradas ofensivas, enojaron a Hernández; uno y otro se dirigieron mutuas ofensas e inculpaciones referentes a las relaciones ilícitas que uno y otro mantenían con amantes o mujeres de otros, pero Barón cuando oyó mencionar a la esposa de un tal Zacarías cómo su amante, se enfureció — según confesión propia — y arremetió — con la intención de abrirla — contra la puerta, ya asegurada, de la pieza donde estaba Hernández; éste se levantó a impedir la entrada de Barón, y cuando aquél se esforzaba por cerrarle el paso, pues había comenzado a ceder la puerta, Barón lo agredió a machete, alcanzándole a afectar la mano izquierda con las consecuencias graves ya referidas.

Del proceso penal contra Barón, iniciado por el Alcalde de Anolaima y terminado en el Juzgado 2º del Circuito Penal de Facatativá, se resumen las siguientes providencias, por causa de su relación con algunos aspectos del recurso:

a) El auto del mencionado Juez, del 10 de agos-

to de 1943 (129), confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá el 21 de enero de 1944 (174), por el cual se abrió juicio criminal contra Barón Monroy por el delito de lesiones personales en Isidoro Hernández;

b) El primer reconocimiento (3) practicado entre el 25 y el 28 de enero de 1943, según el cual "Isidoro Hernández presentaba una herida cortante que le produjo la resección del dedo pequeño de la mano izquierda extendida al dorso de la mano, y una herida cortante en la región parietal derecha", con "incapacidad por doce días", y posibilidad de "defecto por la amputación del dedo";

c) Segundo reconocimiento (83) practicado veintiséis días después del primero — el 18 de febrero — según el cual "con buen tratamiento y sin complicaciones la incapacidad sería de veinte días a partir del día en que fue herido", le quedaría una perturbación funcional y una deformidad física permanentes" y, finalmente, "la incapacidad se prolongaba por infección";

d) Tercero y último reconocimiento (97), según el cual la incapacidad se prolongó por infección de una de sus lesiones, de otro modo hubiera sido fijada en nuestro concepto anterior o sea la de veinte días" — dicen los médicos legistas— y "la pérdida del quinto dedo de la mano izquierda y la limitación de los movimientos de la articulación del puño y de los cuatro dedos de la misma mano constituyen una deformidad física y una perturbación funcional permanentes e irreparables";

e) La sentencia de primer grado, dictada por el Juez 2º del Circuito Penal de Facatativá, del 5 de junio de 1944, por la cual — con fundamento en los artículos 36, 38 (numerales 1º y 5º) y 374 (inciso 2º), del Código Penal — condenó a Barón Monroy a la pena principal de dos años de presidio;

f) La sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 13 de noviembre de 1945, por la cual confirmó la del Juez del Circuito Penal de Facatativá, y

g) Los autos del Tribunal y de la Corte, del 20 de febrero y 27 de marzo del año pasado, respectivamente, por los cuales el primero concedió y la segunda admitió, en su orden, el recurso de casación interpuesto por el defensor de Barón.

B) Fundamentos y estudio del recurso

Dos objeciones — que corresponden a las causales primera y segunda de casación — principal la una y subsidiaria la otra, hace el recurrente a la sentencia: la una relativa a la errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal, y la otra, a la errada apreciación de los hechos, ambas con el propósito de obtener una reducción en el grado de la responsabilidad del procesado, sea mediante el reconocimiento de la circunstancia del estado de ira e intenso dolor condicionada a grave provocación, sea del reconocimiento de la culpa en sustitución del dolo deducido del proceso, y cuyos fundamentos se resumen en seguida.

El Tribunal violó la ley penal — afirma el recurrente — al no computar la reducción que ordena el artículo 28 ya que, según las afirmaciones de Heliodoro Monguí y Leonidas Rodríguez, Barón Monroy atacó a Hernández por causa de las frases injuriosas que éste le dirigió momentos antes y que provocaron el estado emocional que lo impulsó al ataque, como también la violó al aplicar el artículo 374 sin consideración al artículo 380, siendo así que el hecho imputado a Barón es — conforme a los datos del proceso — culposo y no doloso, según se deduce del acta de reconstrucción del hecho y de las afirmaciones del ofendido.

El Tribunal, por otra parte, apreció erróneamente los hechos — añade el recurrente — porque le negó a la prueba de la inspección ocular y a las declaraciones y careos el valor que tienen en relación con el carácter culposo — por imprevisión — del acto que se imputó al procesado; "debe invalidarse el fallo y reemplazarse por otro que contemple las circunstancias de atenuación previstas por la ley penal sustantiva — termina textualmente el recurrente — bien las que contempla el artículo 28 si se considera que el acto fue voluntario; ora con el referido artículo 380 del Código Penal y de la Ley 164 de 1938 (artículo 7º), porque en su concepto, más bien fue culposa la acción".

Como el Tribunal aplicó la ley penal (artículo 374) de acuerdo con la calificación del sumario — delito de lesiones personales sin circunstancia alguna modificadora de la responsabilidad — la Sala estudia de preferencia la segunda causal, ya que, al estar fundadas las hipótesis de la culpa o del estado de ira, el nuevo fallo necesariamente tendría que imponer la sanción del artículo 374

con la reducción del artículo 380 (culpa) o la del artículo 28 (ira o dolor), según el caso. Separadamente, pues, tales hipótesis van en seguida a analizarse.

a) La culpa

Integran la noción jurídica de la culpa, según la doctrina, dos elementos esenciales, la previsibilidad y la imprevisión, y además, según el Código, la imprudencia. "Hay culpa — define el artículo 12 — en los siguientes casos: primero, cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, y segundo, cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

Esta primera cuestión se concreta, pues, a si el acto de Barón Monroy encaja dentro de esta noción de la culpa o si, por el contrario, fue típicamente doloso, considerado — según el principio de la escuela que informó el Código — que "la diferencia entre dolo y culpa está en la intención o en la falta de intención de producir un efecto dañoso, que se quiere o no se quiere causar".

Barón Monroy — supone el recurrente con base en el acta de la diligencia de inspección ocular practicada en el sitio del delito y en otras pruebas —ejecutó su acto por imprevisión: descargó el machete contra la puerta de la habitación de Hernández, para intimidarlo solamente, en la seguridad de que se hallaba acostado, y sin que, por causa de la hora (la noche estaba muy oscura) y del estado de embriaguez en que se hallaba el procesado, pudiera presumir o haber visto que Hernández iba a cerrar la puerta y que la peinilla al ser esgrimida contra la puerta, lo alcanzara.

Los datos del proceso — limitados a las afirmaciones de Barón Monroy (el procesado), a las de Juan Arias y Leonidas Rodríguez (que se hallaban en la pieza con Hernández, el herido), y a las de Aquilino Guerrero y Heliodoro Monguí (que se hallaban afuera), así como a los careos entre el procesado de una parte y el lesionado y los testigos, de la otra — no fundan en modo alguno la imprevisión, con la cual el recurrente intenta justificar o explicar el acto de Barón; antes bien — como en seguida se comprueba — presentan en desacuerdo a recurrente y procesado respecto al motivo que impulsó a éste a la agresión.

El acto de Barón — según este mismo lo explicó ante el funcionario instructor — fue su reacción ante la inculpación que Hernández le hiciera de mantener relaciones ilícitas sexuales con la mujer de un trabajador u obrero de la hacienda, y ante otras expresiones ("lambón", "sinvergüenza", etc.) que, el procesado consideró ofensivas. "En este momento — dice Barón — no supe de mí mismo por la cólera, y por supuesto yo tomé el atrevimiento de sacar el arma que tenía y darle el golpe sin intención de darle". Posteriormente, al responder el interrogatorio, expuso: "Pues en ese momento me dio tanta cólera que procedí, descargándole solamente un peinillazo a Hernández". En la misma diligencia, al inquirírsele sobre su amistad con Hernández, explicó: "Amigos, y anteriormente no habíamos tenido ninguna discusión, pero yo procedí a herirlo por cólera que me dio, pues no habíamos tenido ninguna contrariedad".

No obstante, pues, que en diligencias posteriores a la indagatoria — careos con los testigos y con el procesado, e inspección ocular — se obstinaron, tanto defensor como procesado, en dar al acto de Barón el contenido jurídico de la culpa, es decir, en quitarle la intención, ya invocando la oscuridad de la noche que impedía al agresor ver al agredido, ya circunscribiendo la intención a un mero acto de intimidación, el motivo — inequívocamente manifestado por el agente — configura el dolo (voluntad, intención, objeto) que, con reservas, cuando más podía ser clasificado en la especie del eventual si las razones del recurrente tuvieran base en el proceso.

El Tribunal, dentro de esta realidad del proceso, no podía dar al acta de la inspección ocular, ni a los careos, valor diverso del que les dio, enfrente de la afirmación del procesado y de los testigos, ni — por lo tanto — interpretó o apreció erradamente los hechos.

b) La ira y el intenso dolor

Menos fundada fue la hipótesis de la provocación de estados emocionales que el recurrente planteó con el fin de que, aceptada la circunstancia modificadora de la responsabilidad, justificara una reducción proporcional de la pena.

Para que la provocación — conforme a la ley y a la doctrina — pueda tenerse como modificadora de la responsabilidad, se requieren los siguientes elementos:

a) Que el lesionado haya ofendido al agresor;

b) Que esa ofensa haya sido grave e injusta;

c) Que la ofensa grave e injusta pueda causar y haya causado en el provocado un estado de ira o de intenso dolor, y

d) Que el provocado reaccione y cometa el delito como consecuencia directa de los estados emocionales causados.

Siendo así que la gravedad y la injusticia son las condiciones que exige la ley para que la provocación pueda ser considerada como atenuante de la responsabilidad, el estudio del recurso se circunscribe al examen del significado que, en el ambiente social rural, tienen las frases que Hernández dirigió a Barón Monroy y que en éste produjeron semejante perturbación.

Fue — como lo dice el mismo procesado — el cargo de "lambón", "sinvergüenza" (por causa de las relaciones sexuales con la mujer de otro), lo que tan intensamente irritó a Barón, y aunque uno y otro alternaron en sendas y mutuas inculpaciones ofensivas, según los testigos, ninguna de ellas constituyen la injusticia y la gravedad que la provocación debe contener para que la ira o el dolor que cause aminoren la responsabilidad, porque la injusticia y la gravedad, aplicadas a la provocación, se refieren, conforme a frecuente doctrina aceptada en casación, a ofensas, injurias o deshonras graves, y no a frases o palabras — como las reproducidas en la demanda — de uso corriente entre gentes mal educadas.

La Corte no excluye la posibilidad de un estado emocional o pasional provocado por las imputaciones de Hernández a Barón, y estimulado — además — por la embriaguez voluntaria en que, según testimonios, éste se hallaba; pero esos estados encajan más que en el artículo 28 invocado, en el artículo 38; es decir, circunstancia de menor peligrosidad más que modificadora de la responsabilidad, conclusión a que, con análogo fundamento, llega el Procurador Delegado.

Tampoco puede aquí afirmarse — como con menos énfasis lo sostiene el recurrente — que el Tribunal haya apreciado o interpretado erradamente los hechos.

Si, pues, —de acuerdo con la apreciación de éstos — el acto de Barón fue doloso y no culposo y si no fue injusta ni grave la provocación que lo impulsó al delito, es necesario y lógico concluír que al aplicar el artículo 374 del estatuto penal, el Tribunal no interpretó erróneamente ni aplicó indebidamente la ley penal.

C) El fallo

En consecuencia del anterior análisis, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con la solicitud del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 14 de noviembre de 1945, por la cual condenó a José Barón Monroy a la pena de dos años de presidio por el delito de lesiones personales (con deformidad física y perturbación funcional permanentes) en la persona de Isidoro Hernández, cometida la noche del 23 de enero de 1943, en la casa de la hacienda "La Uchuta", situada en jurisdicción del municipio de Anolaima.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán J. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL CONOCIMIENTO DE ASUNTOS REFERENTES A PENSIONES DE LOS MIEMBROS DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. —Bogotá, marzo trece de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

La Ley 95 de 1946 no sólo varió fundamentalmente el procedimiento consagrado en leyes anteriores (22 de 1943, 6ª de 1945 y 71 del mismo año) para el reconocimiento de las prestaciones sociales que corresponden a los funcionarios de la rama judicial, de lo contencioso administrativo y del Ministerio Público, sino que cambió igualmente la jurisdicción de los organismos que deben decretar aquellas prestaciones.

Por estos motivos no cabe la aplicación de la regla contenida en la Ley 153 de 1887 — artículo 40 — sobre tránsito de legislación procesal porque no se trata aquí de un simple problema de sustanciación y ritualidad de los juicios sobre esta clase de prestaciones sino que desde la vigencia de la nueva Ley (95 de 1946) tanto los Tribunales Superiores de Distrito Judicial como esta Sala de Negocios Generales de la Corte carecen de jurisdicción para seguir conociendo de negocios de esta índole, cualquiera que sea el estado en que se encuentren desde el 30 de diciembre anterior, fecha de la sanción de la expresada Ley.

Esta doctrina tiene su antecedente inmediato en la aplicación de la Ley 67 de 1943, sobre jurisdicción coactiva, caso en el cual la Sala resolvió enviar a las entidades de lo contencioso administrativo los negocios que la citada ley le atribuyó, rectificando de esta manera su anterior jurisprudencia sobre la materia.

No teniendo hoy, pues, esta entidad jurisdicción para conocer y decidir de los asuntos relativos a las prestaciones sociales de que se trata, los expedientes en curso deberán ser remitidos a la organización competente para que provea de conformidad con las nuevas prescripciones de la ley.

En consecuencia, envíese el presente negocio a la Caja de Previsión Social Judicial para lo de su cargo.

Notifíquese, cúmplase.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio en ppdad.

INCOMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS DE LA CORTE PARA EL CONOCIMIENTO DE CIERTAS EJECUCIONES POR JURISDICCION COACTIVA

La Sala Plena de la Corte, en la acusación del artículo 3º de la ley 67 de 1943, decidió que sólo corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de esta clase de negocios cuando el recaudo ejecutivo se basa en un contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

La Recaudación Nacional de Apía, en providencia de 21 de marzo de 1946, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y contra la sucesión de la señora Bárbara Gálvez de García, por la suma de $ 3.234.88 m/l., los intereses al 2% mensual y las costas.

La base de la ejecución la constituye la sentencia del señor Juez del Circuito de Apía que resolvió las objeciones formuladas a la liquidación del impuesto de lazareto y que fue confirmada por el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira.

Apelado el auto, se concedió el recurso ante esta Sala de la Corte.

Antes de avocar el conocimiento del negocio y ordenar la tramitación que prescribe el artículo 502 del C. J., es preciso estudiar, como cuestión previa, la competencia.

Al respecto se considera:

Dispone el artículo 3º de la Ley 67 de 1943:

"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 $ 500.00 o más".

La sentencia de la Corte Plena, en la acusación de esta norma, decidió que sólo correspondía a la justicia ordinaria el conocimiento de esta clase de negocios, cuando el recaudo ejecutivo se basaba en un contrato.

Es verdad que el recaudo en el caso de autos es una providencia judicial, pero la liquidación de un impuesto, en sí misma, tiene carácter administrativo, por lo cual el ordenamiento del juzgador al respecto debe catalogarse, más bien, en los actos de poder a que el fallo de la Corte Plena se refiere.

Esta providencia reemplaza a la que, sobre el fondo del asunto, debería proferir la Sala.

Por las breves consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia SE ABSTIENE de conocer de la apelación interpuesta, por carecer de jurisdicción.

Notifíquese. Cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

SOLUCION DE UNA COMPETENCIA ENTRE DOS JUECES DE DIVERSOS DISTRITOS JUDICIALES

De conformidad con el artículo 152, ordinal 5º, del Código Judicial, cuando el causante, al tiempo de su muerte, haya estado domiciliado en varios municipios, la competencia se rige por el lugar en que aquel haya tenido el asiento principal de sus negocios. Según los términos de la disposición, la competencia pertenece privativamente al juez del último domicilio, de lo cual se infiere que esta competencia no la regulan ni la situación de la mayor parte de los bienes sucesorales, ni los domicilios anteriores, ni aún el simple asiento de sus negocios. Para que esta circunstancia tenga influencia en la determinación de la competencia, es necesario que el DE CUJUS haya tenido allí también su residencia. Conforme al artículo 77 del Código Civil y a que el ánimo de pertenecer en determinado lugar se presume en las circunstancias del artículo 80, se observa que uno de los indicios más notorios para el establecimiento del domicilio es la radicación de una persona, con su familia, en un determinado municipio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Se presenta el doctor Gabriel Rojas Arbeláez ante el Juez Civil del Circuito de Armenia, instándole a que provoque competencia positiva al Juez de Buga, respecto del juicio de sucesión del señor Antonio Mazo. Alega que fue Armenia el domicilio del causante y que era allí donde tenía el asiento principal de sus negocios. Acompaña a su solicitud varias pruebas: declaraciones de testigos; certificado del secretario del Jurado Electoral de Circasia, del cual se desprende que el señor Mazo estaba cedulado allí; certificado del recaudador de Hacienda Nacional de Circasia, con el cual se acredita que era en esta población donde Mazo hacía la declaración de la renta, y finalmente, copia de varias escrituras en las cuales consta que las propiedades, ubicadas en el Valle del Cauca, figuraban en cabeza del cónyuge supérstite.

El Juzgado de Armenia, estimando que el señor Antonio Mazo tuvo domicilio tanto en Buga como en aquella ciudad, resuelve provocar la competencia instada (auto de 21 de mayo de 1946), mediante este razonamiento:

"Y si tanto puede considerarse este municipio como el domicilio del señor Antonio Mazo, como el de Buga, considera el Juzgado que por el hecho de haber ocurrido su fallecimiento en esta ciudad, haber sido sepultado en la misma, etc., le corresponde conocer de su causa mortuoria de manera privativa, porque en este domicilio ocurrió su defunción y es de aplicación lo previsto por el artículo 1012 del C.. Civil, puesto que aquí se produjo la apertura de la sucesión en los bienes que le pertenecían".

El Juez de Buga acepta la dualidad de domicilio, pero se deniega a inhibirse del conocimiento del negocio y en consecuencia dispone que, de conformidad con el artículo 420 del C. Judicial, se dé cuenta al Juez requirente.

Se fundamenta en las siguientes consideraciones:

"Ultimo domicilio del causante será, por consiguiente, para efectos de fijar la competencia, el que aparezca como el centro principal de sus actividades.

"A este respecto obran varios testimonios de los cuales unos (los aducidos por el doctor Rojas Arbeláez), señalan a Armenia como el asiento principal de los negocios de Francisco Antonio Mazo, otros (los pedidos por el doctor Luis Escobar Cruz), a este municipio. Los primeros afirman que en la ciudad primeramente nombrada vendía el nombrado Mazo los frutos de sus propiedades, y allí asistía a las ferias, oía misa, compraba sus víveres y contraía sus obligaciones. Los segundos deponen que Mazo desde dos años, más o menos, se había establecido en este municipio con su esposa y el resto de su familia, y

que allí se dedicaba en forma permanente a los negocios del campo.

"Estos hechos son lo suficientemente significativos para de ellos deducir el ánimo de permanecer y avecindarse en este lugar. Es decir, los dos elementos constitutivos del domicilio, residencia y ánimo de permanecer en ella, se encuentran reunidos aquí a cabalidad. Y si no sería posible sostener, como lo hace el doctor Miguel Pombo, que hubo un total cambio de domicilio, sí es obvio que las circunstancias constitutivas de domicilio en la ciudad de Armenia no alcanzan a tener la importancia de las últimamente enunciadas, toda vez que aquéllas se refieren a gestiones económicas o actos públicos de carácter menos trascendental en la vida de un hombre que la radicación de su familia en determinado lugar y la consagración permanente de determinado negocio".

El Juez de Armenia insiste en la competencia, lo comunica así al requerido y ambos jueces remiten el negocio a la Corte.

En esta Sala se oyó previamente al Procurador Delegado en lo Civil, quien conceptúa:

"Se ha acreditado suficientemente que desde hace dos años el señor Antonio Mazo vivía con su familia en la hacienda de "La María" perteneciente al vecindario de Buga; que había manifestado directamente su voluntad de residir definitivamente en esta ciudad, para lo cual adelantó algunas gestiones relativas a la consecución de una casa en el centro de la población en la cual habitaría con su familia; que expresó su voluntad de vender sus propiedades que no pertenecían a aquella jurisdicción; que en su calidad de agricultor visitaba temporalmente las fincas en Calarcá (sic) habiendo fallecido en su última visita a ese lugar; y que hizo manifestación de pertenecer a la vecindad de Buga, como consta en el contrato de arrendamiento anteriormente citado.

"El artículo 76 del Código Civil dice: el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella".

"Se ha comprobado suficientemente que el señor Mazo residía en Buga con su familia y manifestó realmente el ánimo de permanecer en esta ciudad.

"Por otra parte, establece el artículo 78 del mismo Código: "El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad".

"Con la documentación presentada se ha comprobado que el causante residía en la finca antes dicha, que también celebraba sus negocios en la ciudad de Buga y que solamente viajaba a sus propiedades que no pertenecen a ese circuito, temporalmente.

"Las disposiciones del Código Civil para casos como el presente han dado tanta importancia a la residencia para determinar el domicilio, que el artículo 79 dispone que no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena, si tiene **en otra parte su hogar doméstico** (subraya la Procuraduría) o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante".

"En la misma forma establece el artículo 81 que "el domicilio civil no se muda por el hecho de vivir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, **conservando su familia y el asiento principal de sus negocios** en el domicilio anterior". (Subraya la Procuraduría).

"Establecido suficientemente que el señor Antonio Mazo celebraba los negocios relacionados con su oficio en diversos lugares, siendo uno de éstos la ciudad de Buga; que su muerte acaeció en uno de los viajes temporales que hacía frecuentemente a sus propiedades; y que había establecido su hogar doméstico en aquella población desde hacía más de dos años con el ánimo realmente manifestado de permanecer en aquel lugar, fácilmente se puede concluír que el último domicilio del causante fue la ciudad de Buga".

La Sala considera:

Conforme al artículo 152, ordinal 5º, del C. Judicial, el conocimiento del juicio de sucesión compete privativamente al Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional.

Con todo, cuando dicho causante, al tiempo de su muerte, haya estado domiciliado en varios municipios, la competencia se rige por el lugar en que aquel haya tenido el asiento principal de sus negocios. Según los términos de la disposición, la competencia pertenece privativamente al Juez del último domicilio, de lo cual se infiere que esta competencia no la regulan ni la situación de la mayor parte de los bienes sucesorales, ni los domicilios anteriores, ni aún el simple asiento

de sus negocios. Para que esta circunstancia tenga influencia en la determinación de la competencia, es necesario que el **de-cujus** haya tenido allí también su residencia.

Conforme al artículo 77 del Código Civil, el domicilio consiste en la residencia y el ánimo real o presunto de permanecer en ella. Hay, pues, un elemento material y uno psicológico.

El ánimo se presume en las circunstancias del artículo 80 del código civil.

La simple aseveración de vecindad en un documento o el ejercicio de ciertas actividades sin establecimiento permanente, no hacen presumir el domicilio.

Uno de los indicios más notorios para el establecimiento de éste es la radicación de una persona, con su familia, en un determinado municipio.

Ocurre que el señor Mazo se trasladó a Buga y allí vivió con su familia los dos últimos años de su vida. La muerte lo sorprendió en el Quindío en un viaje ocasional.

Hay varios hechos indicativos de que el causante tuvo antes su domicilio en Armenia, tales como poseer allí fincas raíces, mover en esa ciudad cuenta bancaria o estar cedulado en Circasia.

Ahora bien, vender los frutos de sus propiedades del Quindío en Armenia y hacer allí compras, no son hechos de los cuales pueda presumirse que Mazo quiso conservar su domicilio anterior.

Dadas estas premisas, para la Sala el último domicilio del señor Mazo fue la ciudad de Buga.

Cuando el conflicto es de jurisdicción, por ocurrir entre un Tribunal Judicial y uno Administrativo, las partes no tienen intervención alguna, como lo ha decidido la Sala (**Gaceta Judicial** números 2025, 2026, 2027 bis, página 1046). Empero, si hay conflicto de competencia, como en el caso de autos, entre autoridades judiciales, el incidente se inicia a instancia de las partes, a las cuales se les puede dar intervención, como parece deducirse de los artículos 416 y 418 del C. J. Esto está indicando que se le debe reconocer la personería al doctor León Cruz Santos.

En fuerza de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, DECIDE que es al Juez de Buga a quien toca conocer del juicio de sucesión del señor Francisco Antonio Mazo.

Comuníquese esta providencia a los jueces de Armenia y Buga, y envíese el expediente al juez últimamente mencionado (artículo 423 del C. J.)

Reconócese la personería al doctor León Cruz Santos en los términos del poder presentado.

Notifíquese. Cópiese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Las leyes españolas de la Recopilación de Indias, Ley 6ª, Título V, Libro IV, autorizaban que a las nuevas poblaciones que se fundaran se les podía conceder "cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado, según la calidad de la tierra".

Esas mismas leyes obligaban a hacer una destinación o aplicación dual y coexistente de esas tierras: una parte para aprovechamientos de uso común y otra para ser entregada en propiedad a los vecinos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda).

El doctor Benjamín Acosta Sánchez en su calidad de apoderado del Municipio del Cerro de San Antonio, Departamento del Magdalena, por sustitución que le hizo el doctor Marco T. Mendoza Amarís, en memorial elevado al Ministerio de Minas y Petróleos, usó del derecho que le confiere el artículo 6º de la Ley 160 de 1936 dándole aviso de que el doctor Mendoza Amarís pretendía, en ejecución del contrato que éste celebró con el citado Municipio, según escritura número 48 de 16 de diciembre de 1938, aclarada por la número 51 de 23 de los mismos mes y año, pasadas en la Notaría del Cerro de San Antonio, iniciar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, en un lote de terreno perteneciente al mismo municipio, sin nombre especial.

El memorial de aviso informa que este lote es de propiedad exclusiva en el suelo y en el subsuelo del Municipio del Cerro de San Antonio, está ubicado dentro de él, tiene una extensión de seis mil ochocientas hectáreas (6.800) y fue adjudicado a los habitantes de esa población en el año de 1753 por el Gobernador, Comandante General Juez Subdelegado de tierras de Santa Marta, lote que fue medido y entregado a los vecinos de dicho sitio, y está comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el occidente, en una parte, con el río Magdalena, partiendo del cerrojo de la iglesia del Cerro de San Antonio, aguas arriba de dicho río hasta el caño llamado Isidro; por el sur, con terreno del mismo distrito rematado en 1775, desde la desembocadura de dicho caño, línea recta de 4.200 metros, con dirección N 90 E.; por el oriente, con terrenos del nombrado Municipio, línea recta de 14.710 metros, con dirección N 22 E.; por el norte, con tierras del Municipio citado, línea recta de 4.200 metros, con dirección N 270 E a dar al río Magdalena, y luego, en la otra parte, por el occidente, río Magdalena aguas arriba, línea recta de 4.200 metros a dar al cerrojo de la iglesia, punto de partida".

El avisante presentó con el memorial de aviso un plano del lote y los documentos en que respalda el derecho de propiedad del municipio.

Examinados esos documentos por el Procurador General de la Nación, la Junta Asesora de Petróleos y la Sección Técnica del Ministerio, fueron hallados insuficientes a demostrar propiedad particular, por lo cual el Ministerio en resolución de 27 de enero del año de 1944 decidió remitir el asunto a la Corte para que aquí se determine si son o nó fundadas las pretensiones del avisante.

En esta Sala de la Corte el negocio recibió la sustanciación que le corresponde, en juicio breve y sumario, y está ya en estado de sentencia.

El título de propiedad emanado del Estado

Para cumplir con lo preceptuado en el ordinal a) del artículo 7º de la ley 160 de 1936, sobre exhibición del título emanado del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, el avisante presentó la correspondiente documentación de origen colonial, que se remonta al año de 1753.

En efecto, en siete hojas útiles se acompañaron con el memorial de aviso al Ministerio copia expedida por el Archivo Histórico Nacional de las piezas referentes a la "asignación de las tres leguas, hechas a San Antonio poco después de su fundación por el Gobernador de Santa Marta, a pedimento de don José Fernando, el año de 53". Figuran en tales copias (fls. 43 a 48, cuaderno principal):

1º Un memorial de don José Fernando de Mier y Guerra, Maestre de Campo de "esta provincia y fundador de las nuevas poblaciones que se hacen en ella", dirigido al Gobernador Comandante General y Juez privativo de tierras de Santa Marta, en solicitud de adjudicación de tres leguas para el sitio de San Antonio: "hago presente a vuestra Señoría, que como le es constante en el orden que para dichas fundaciones me confirió el Excelentísimo señor don Sebastián de Eslava, siendo Virrey de este Nuevo Reino, se sirvió prevenir que a cada fundación de las expresadas, se señalasen tres leguas de tierra para labranzas, pastos y abrevaderos, en esta forma: una legua corriendo aguas arriba desde la iglesia de la fundación, otra corriendo aguas abajo, y otra por lo interior de la tierra..... ocurro al justo tribunal de Vuestra Señoría haciéndoselo todo presente y suplicándole (como lo hago) que usando de la facultad que en su persona reside, se sirva declarar las tres leguas de tierra en la forma que llevo expresada y debe tener la fundación de San Antonio, haciendo merced de ellas en nombre de su Majestad, como las tienen las demás nuevas fundaciones ....." (fls. 43 y 43 v.)

2º El decreto del Gobernador don Antonio Alcalá Galiano, expedido en Santa Marta, el 17 de febrero de 1753, en que accede a la anterior solicitud de tierras. Según el proveído,..... "le señala su Señoría una legua de tierras, aguas arriba, desde el cerrojo de la iglesia de dicho sitio, otra aguas abajo, y otra a espaldas en lo interno de la tierra; y para que así se ejecute, daba y dio comisión bastante, cuanto de derecho se requiere, a don Juan Tomás de Antique y Romero, juez ordinario de Santa Cruz de San Josef, para que pase a dicho sitio de San Antonio y en la conformidad que viene prevenido; les mida, señale y amojone las referidas tierras en la conformidad que viene prevenido"..... (fls. 44 y 44 v.)

3º El juez Antique y Romero procedió a cumplir la comisión. Al efecto en el acta respectiva consta: **"Medidas de las tres leguas.** Habiéndome representado los vecinos de este dicho sitio de San Antonio, cuán de ningún alivio les es la legua asignada por la espalda, porque con las crecientes se retiran muchos de los ganados mayores y menores, los que harían grave daño a las labranzas, por las cercanías de ellas, como consta por el escrito de su pedimento, que va arrimado a estas diligencias, pasé con los vecinos de este dicho sitio, y les medí aguas arriba, dos leguas, de cinco mil varas cada una, las que llegaron al caño que nombran de Isidro, el cual referido caño les queda por legítimo lindero con un palo que nombran Naranjito, en donde en nombre de su Majestad, que Dios guarde, les dí posesión la que tomaron haciendo cruces en dicho palo, y les mandé que el siguiente día pasasen al expresado paraje del caño de San Isidro y pusiesen seis palos de ceiba clavados para más fijo lindero; y siguiendo las mismas medidas, desde el cerrojo de la iglesia, aguas abajo, medí una legua de cinco mil varas que llegaron a un palo que nombran Sangre de Drago, en donde les dí la misma posesión, en donde hicieron cruces, y les mandé pusiesen por legítimos linderos, otros seis palos de ceiba ....." (fls. 47 y 47 v.)

4º El pedimento de los vecinos de San Antonio, que tuvo en cuenta el comisionado, y a que éste hace alusión en la anterior diligencia es del tenor siguiente:: "Pedimento de los vecinos, de que la legua de las espaldas del sitio, por ser anegadiza, se le dé arriba; y se le dio por el comisionario": Señor Capitán y Juez de Comisión. Los vecinos de este sitio de San Antonio de Buenavista, de la jurisdicción de Tenerife, ante vuestra merced parecemos, y decimos, en la mejor vía y forma que haya lugar y al nuestro convenga; que en virtud del despacho que vuestra merced nos ha hecho saber del señor Gobernador y Comandante General de esta provincia, en que su Señoría manda se nos den tres leguas de tierra útil para nuestras labranzas, siendo la una por la espalda de este dicho sitio, la que es sumamente inútil, por ser ciénegas y anegadizos, como asímismo las orillas del río ser angostas, de montaña, en partes no alcanza a cien varas de ancho y que estas por diversas partes son anegadizos, y que precisa en las crecientes retirar algunos ganados mayores y menores, y por las cercanías de las rozas se recibirán grandes daños; por lo cual, mediante lo que a vuestra merced representamos, se ha de servir, como lo suplicamos, de asignarnos la legua de la espalda por la parte de arriba, que en ello recibiremos merced u buena obra, por todo lo cual ..... A vuestra merced pedimos y suplicamos, nos haya por presentados y admitidos en este nuestro pedimento, en el que juramos no ser de malicia. — **Roque Merino.** — **Miguel Cantillo.** — **Antonio Ortiz Galindo.** — **Isidro Brochero.** — Por presentada: y visto el pedimento de estos vecinos, y el ser arreglado, me-

ante a ser cierto lo que representan, déseles la gua asignada, por la espalda, por la parte de riba, mediante a que el pedimento del señor aestre de campo, y el concederlas el señor Go-rnador y Comandante General es el dirigido fin beneficio de este sitio y su población; y arrí-ese a las diligencias para que a sus Señorías s conste: así lo proveí en este dicho sitio, en cin-) días de el mes de marzo del año de mil sete-entos y cincuenta y tres, con testigos, por de-cto de escribano. — **Tomás de Antique y Rome-). — Josef Mejías. — Josef Joaquín Gutiérrez de Sierra.** "

Posteriormente, en el año de 1785, y con moti-o de una solicitud de tierras hecha por Antonio ánchez la Real Audiencia de Bogotá le pidió in-brme al juez subdelegado de tierras de la pro-incia de Santa Marta, acerca de las tierras que oseyeron los vecinos de San Antonio.

La Real Audiencia ordenó: "Manteniendo a os vecinos del sitio de San Antonio en el góce que ayan tenido antes del denuncio de don Antonio ánchez, vecino de Guaimaro, sobre la merced de as tierras que se refieren, informara el juez sub-elegado de tierras de la provincia de Santa Mar-a, con las diligencias que haya obrado en el asun-o, oyendo previamente a las partes sobre el dere-ho que respectivamente representaren en su juz-gado" (fl. 5, cuad. número 3).

El juez informó con fecha 28 de julio de 1785: "..... que el sitio de San Antonio se com-pone de doscientos vecinos, poco más o menos, que las tierras que se les asignó para pastos, le-ñas, labores y propios, son tres leguas, dos que poseen desde el cerrojo de la puerta de la igle-sia aguas arriba del río Magdalena hasta el caño que nombran de Isidro; y la restante, desde el mismo cerrojo, aguas abajo hasta un palo que nombran Sangre de Drago, cuya cantidad de te-rreno se les repartió y asignó con respecto a vues-tras reales leyes, y conforme a lo mandado por vuestro Virrey don Sebastián de Eslava y Mar-qués de Villar, a instancia y representación del fundador de dicho sitio don Josef Fernando de Mier y Guerra, a cuya solicitud así se mandó y ejecutó por disposición de este Gobierno desde 8 de marzo de 1753, en que se les dio posesión y testimonio de ella por el juez comisionado don Juan Tomás Antique y Romero, como todo se jus-tifica de las diligencias que corren desde la vuel-ta de fojas 60 de estos autos hasta la 74....." (fl. 5 v. y 6, cuaderno número 3).

Valor del anterior título

En el título anterior consta de manera cierta, porque se trata de documentos antiguos cuya au-tenticidad no ha sido desconocida ni existen mo-tivos serios que hagan dudar de ella, que las au-toridades españolas en el año de 1753, adjudica-ron a los vecinos del hoy Municipio de Cerro de San Antonio el globo de tierras de tres leguas, conforme a las regulaciones legales entonces exis-tentes.

Según aparece de los mismos documentos don José Fernando de Mier y Guerra tuvo el encar-go de fundar nuevas poblaciones y con ese ca-rácter impetró el otorgamiento de las tierras que le concedió el juez subdelegado de tierras de San-ta Marta. Este funcionario estaba facultado para hacerlo, pues conforme a la Real Cédula de San Lorenzo de 15 de octubre de 1754 citada por el apoderado del avisante: "Desde la fecha de es-ta mi real resolución en adelante queden priva-tivamente al cargo de los Virreyes y Presidentes de mis reales Audiencias de aquellos Reinos, la facultad de nombrar los Ministros subdelegados, que deben ejercer y practicar la venta y compo-sición de las tierras y baldíos que me pertenecen en dichos dominios, expidiéndoles el nombramien-to, o título respectivo con copia auténtica de esta instrucción con la precisa calidad de que los ex-presados Virreyes y presidentes den puntual avi-so a mi secretario de estado y del despacho uni-versal de Indias, de los ministros, en quienes sub-deleguen, respectivamente, en sus distritos y pa-rajes que ha sido costumbre los haya, o pareciere preciso establecer de nuevo, para su aproba-ción, debiendo continuar los que al presente ejer-cen la citada comisión, bien entendido que éstos y los que en adelante nombrasen los enunciados Virreyes y Presidentes, pueden subdelegar su comisión en otros para las partes y provincias distantes de las de sus residencias, como antes se ejecutaban, sus ministros, inhibidos de la direc-ción y manejo de este ramo de real Hacienda. — 2 — Que los jueces y ministros en quienes se sub-delegue la jurisdicción para la venta y composi-ción de los realengos, procederán con suavidad, templanza y moderación, con procesos verbales y no judiciales en las que poseyeren los indios y en las demás que hubieren menester en particu-

lar para sus labores, labranzas y crianza de ganados, pues por lo tocante a las de comunidad y las que le están concedidas a sus pueblos para pastos y ejidos, no se ha de hacer novedad, manteniéndoles en la posesión de ellas, y reitegrándoles en las que se les hubiere usurpado, concediéndoles mayor extensión en ellas, según la exigencia de la población, no usando tampoco de rigor en las que ya poseyeren los españoles y gentes de otras castas, teniendo presente para con unos y otros lo dispuesto por las leyes catorce, quince, diez y siete, diez y ocho y diez y nueve, título doce, libro cuarto de la Recopilación de Indias".

Según la cédula real anterior, don Antonio Alcalá Galiano, juez subdelegado de tierras de Santa Marta, tenía autoridad suficiente para asignarle al pueblo de San Antonio las tierras a que se refirió su provisión, consistentes en una legua arriba y otra aguas abajo del río Magdalena, a partir del cerrojo de la iglesia de ese lugar, y otra legua "a espaldas en lo interior de la tierra". Dicho funcionario comisionó a su vez al juez ordinario del sitio más cercano, don Juan Tomás de Antique y Romero, según la autorización de la cédula, para la medida y entrega de las tierras.

Las leyes españolas de la Recopilación de Indias, ley 6ª, Título V., Libro IV, autorizaban que a las nuevas poblaciones que se fundaran se les podía conceder **"cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado, según la calidad de la tierra".** Por la merced del juez Alcalá Galiano al pueblo de San Antonio se le otorgaron dos leguas cuadradas de las cuatro a que tenía derecho. El juez comisionado para la entrega, atendiendo la demanda de los vecinos, entregó y midió una legua más. Los vecinos alegaron la inutilidad de la tierra asignada en lo interior "por lo cual se ha de servir de asignarnos la legua de la espalda por la parte de arriba que en ello recibiremos merced y buena obra".

El juez comisionado entregó las tierras de conformidad con lo que los vecinos pretendían, y así les señaló tres leguas "dos que poseen desde el cerrojo de la puerta de la iglesia, aguas arriba del río Magdalena hasta el caño que nombran de Isidro; y la restante desde el mismo cerrojo, aguas abajo hasta un palo que nombran Sangre de Drago".

Contra el procedimiento del juez Antique y Romero se formula ahora por la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, la objeción siguiente que recoge también el señor Procurador a intento de restarle validez al título presentado. Que al efectuar la entrega aquél se "se excedió en una legua en la medida de una dimensión de terreno a lo largo del río, o sea la longitud, dejando sin medir ni señalar el terreno y menos todavía amojonarlo. La medida de una sola dimensión de un terreno lo deja indeterminado, para su determinación precisa, una vez medido amojonar todos los vértices de los alineamientos rectos de su perímetro". Además aludiendo dicha Sección Técnica al plano presentado por el avisante con el memorial de aviso elevado al Ministerio, agrega lo siguiente:

"Es necesario hacer, de acuerdo con el precedente estudio, algunas observaciones al plano y al aparte b) del memorial. Encuéntrase en estos documentos, que el lote es de 6.800 hectáreas que fue adjudicado por el Gobernador, Comandante, etc., el 17 de febrero de 1753; y que fue medido y entregado a los vecinos del Cerro de San Antonio. Estos datos y las especificaciones de los linderos no coinciden con lo deducido del documento transcrito del "Archivo Histórico Nacional", como vamos a verlo: a) Lo que el Gobernador asignó, apenas alcanza, teniendo en cuenta la unidad de medida y el método de medir en la época, a un máximo de 3.494 hectáreas; por tanto, el plano arroja una diferencia por exceso que alcanza a más de 3.300 hectáreas; b) El señalamiento hecho por el Gobernador se refería a una legua aguas arriba desde el cerrojo de la iglesia, otra aguas abajo y otra "a espaldas en lo interno de la tierra", y en el plano resultan más de dos leguas y media aguas arriba, es decir, mayor de lo que hizo el comisionado que contrarió lo decretado por el Gobernador; c) En el plano se aplica la legua de 4.200 metros probablemente por emplear la vara de 0,84 metros, y la que regía es un poco menor, según la cual las 5.000 varas quedan en 4.179,5 metros; d) El terreno sólo fue medido de manera incompleta en una de sus dimensiones, la que sigue el curso del río, y eso no da base suficiente para la dirección que en el plano se les da a los alineamientos limítrofes del lote. Parece que, siguiendo las ideas de quien solicitó el terreno y las incluídas en el decreto del Gobernador, sea más aceptable limitar el terreno por la orilla del río en distancia de 5.000 varas castellanas a uno y otro lado del cerrojo de la iglesia, por rectas normales al río a partir de los dos extremos de las

).000 varas y por una línea paralela al río que ne los otros dos extremos de esas normales".

La Corte se abstiene por el momento de exaninar lo concerniente a la extensión del lote adudicado, pues a su juicio debe definirse en prier lugar el punto relacionado con la propiedad ctual del Municipio de San Antonio sobre las erras objeto del aviso, con prescindencia de la uperficie amparada por la merced real que se rata de hacer valer.

Sobre el particular la Sala considera:

La adjudicación se solicitó por los vecinos de erro de San Antonio expresándose que la requerían "para nuestras labranzas", lo que indica que habría de aplicarse la tierra a la propiedad de esos vecinos, a lo menos en parte. Como lo informó el Juez subdelegado en 1875, las tierras se les asignó a los vecinos del sitio de San Antonio "para pastos, leñas, labores y propios" y el "terreno se les repartió y asignó con respecto a vuestras reales leyes"; lo que quiere decir, por la cita a las mismas que a los vecinos ya se les habían repartido tierras en el citado año, surgiendo de ese repartimiento propietarios particulares. Lo corrobora así el propio informe del Juez subdelegado en 1785 cuando expresa, refiriéndose a Januario Camacho: "este tal es agente de algunos hacendados" y luégo al agregar "que teniendo el Januario Camacho y sus hermanos arrendadas las tierras nombradas El Juncal e Islas de Canarias, **pertenecientes a don Gonzalo de Hoyos,** con más empeño, como que es el vecino que tiene mayor número de ganado, solicita las continguas de Sabanas Viejas con el pretexto de que las posee el vecinoario". Es decir, hay datos indicativos de la existencia de propiedades particulares en el radio de lo adjudicado desde 1753 a los vecinos de Cerro de San Antonio. Siendo esto así, no se ve claramente cómo pueda prosperar el aviso de exploración a nombre de la entidad pública llamada Municipio, sin determinarse previamente qué extensión de las tierras adjudicadas a los vecinos en aquel año pasaron efectivamente a la propiedad comunal y cuáles a la propiedad de particulares. Las leyes aplicables en esa época, a las cuales se hizo mención en los documentos que se produjeron al adjudicarse las tierras a los vecinos del Cerro de San Antonio obligaban a hacer una destinación o aplicación dual y co-existente de ellas: una parte para aprovechamientos de uso común y otra parte para ser entregada en propiedad a los vecinos. Por eso el valor del título está subordinado actualmente a la demostración que se indica. Así lo ha resuelto ya la Corte, en particular en el fallo proferido el 19 de diciembre último, en el juicio de la Junta Petroleum Company referente a las tierras del municipio de San Jacinto, Departamento de Bolívar, del cual es oportuno transcribir el siguiente pasaje: "Admitiendo, como lo admite la Corte, que la adjudicación a las poblaciones de la Montaña de María hubiese podido hacerse jurídicamente a través de los medios que demuestran los títulos presentados a este juicio, o sea con los actos ejecutados por el capitán Antonio de la Torre en comisión del Gobernador de Cartagena, encuentra sin embargo que tales actos del comisionado no son bastantes para producir por sí solos, la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado y que hoy se alegan haciendo radicar la adjudicación en las personas de derecho público llamadas municipios de El Carmen, San Jacinto, y San Juan Nepomuceno, como sucesores de las primitivas poblaciones. Porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época en que actuó el capitán de la Torre y que hacía obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público. Es posible que en un examen o estudio más detenido del que hasta ahora se ha hecho, con documentos complementarios, pueda llegarse a la comprobación que en el presente juicio no ha podido deducirse; bien sea demostrando, como se ha explicado, qué areas fueron las que realmente pasaron a poder de las poblaciones en su carácter de entidades públicas, bien sea estableciendo el uso común que de esas tierras se hizo por las poblaciones y el aprovechamiento que como dueños hubiesen hecho los pobladores y sucesores legales de la parte de las tierras que a ellos debía trasladarse, todo ello de conformidad con las leyes. Mientras estas comprobaciones no se aduzcan, no es tampoco posible que el Juez, en el presente caso la Corte, reconozca la validez del título en mención, en la forma que se pretende, pues éllo contrariaría los mandatos legales ya examinados y además podría significar el desconocimiento de la propiedad de particulares que razonablemente pudo configurarse con origen en los repartimientos de tierras a los pobladores de los sitios de la Montaña de María.

De otro lado, y si se contempla la hipótesis de que las tierras adjudicadas a particulares hubiesen sido abandonadas por éstos y surgiera así la posibilidad de haberse convertido en bienes vacantes municipales, hay que advertir que las leyes españolas pertinentes estatuían que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes) cuyos dueños no se presentasen hechas las necesarias diligencias de publicidad, pertenecían al fisco real o sea a la Corona. Por donde se llega al planteamiento de una situación que no podría desatarse sino a la vista de elementos de juicio y de pruebas adecuados para resolver este interrogante, y que aquí no se han traído".

De acuerdo con la jurisprudencia que se deja transcrita, no es posible afirmar la propiedad del Municipio del Cerro de San Antonio, derivado de los títulos expedidos por las autoridades españolas en la época colonial, y, por tanto, el aviso dado al Ministerio de Minas y Petróleos no puede prosperar por esta causa.

Con base en las consideraciones anteriores, Corte Suprema de Justicia — Sala de Negoci Generales — administrando justicia en nomb de la República de Colombia y por autoridad la ley, declara que no es jurídicamente funda la pretensión del avisante de efectuar exploraci nes con perforación en busca de petróleo de pr piedad privada en el globo de terreno ubicado el Municipio de Cerro de San Antonio, Depart mento del Magdalena, alinderado conforme ap rece al comienzo del presente fallo.

Tiénese al doctor Alberto Zuleta Angel con apoderado en el juicio, en los términos del m morial poder que obra en el expediente.

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

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — An bal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuter Serna R. — Nicolás Llinás P., Srio, en ppdad.

SE CONFIRMA LA RESOLUCION DEL JUEZ PROVOCADO EN UNA COMPETENCIA

El Síndico Recaudador de impuestos fiscales es parte en el juicio de sucesión y puede instar la competencia porque la Nación, a quien él representa, tiene interés pecuniario en el acervo herencial, no importando que la causa de aquellos sea una disposición de derecho público impositivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintiuno (21) de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Este conflicto de competencia entre el Juzgado de Ambalema y el de Neiva, se presenta en las siguientes condiciones:

La competencia fue instada por el señor Síndico Recaudador de Impuestos de la primera de las ciudades nombradas, quien promovió las diligencias de inventarios con apoyo en algunas disposiciones de la ley 63 de 1936.

Al respecto, el artículo 415 del C. J. dispone que "las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles sino a instancia de parte legítima", lo cual explica la comisión redactora de la ley 105 de 1931, cuando expresa la conveniencia "de reservar a las partes el derecho de promover la competencia positiva ante el Juzgado o Tribunal que crean ellas es el competente...".

El doctor José Alviar Restrepo, apoderado de un hijo natural del de cujus, impugna el hecho de que la competencia haya sido instada por un Recaudador de Rentas que estima no puede ser parte legítima o interesada en todo el juicio de sucesión, de lo cual podría inferirse que a tal funcionario no le corresponderían derechos procesales.

Prima facie, estos empleados no parece que puedan considerarse como parte legítima en el juicio de sucesión, por intervenir sólo en una etapa de él y no en las demás diligencias que se practiquen hasta la partición.

Según el artículo 1312 del Código Civil "tendrán derecho a asistir al inventario el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o ab-intestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario...". Y el artículo 935 del Código Judicial dice: "Cualquiera de las personas enumeradas en el artículo 1312 del C. Civil, puede solicitar del Juez la práctica del inventario y el avalúo...".

Con relación a la intervención del Síndico Recaudador, existen las siguientes normas establecidas por la ley 63 de 1936:

"Artículo 26. Desde que se inicia el juicio de sucesión hasta el pago efectivo de los derechos fiscales de que trata esta ley, el Síndico recaudador del lugar en que se haya abierto la causa mortuoria, es parte en el juicio como representante de la Nación...". Y en el 28 ib. se lee: "El Síndico Recaudador está obligado a promover las diligencias del juicio de sucesión y la formación de inventarios y avalúos, dentro de los tres meses de vencido el término de que disponen los herederos para el mismo objeto y adelantar sin demora la actuación hasta hacer efectivos los derechos fiscales establecidos en esta ley".

"Puede también antes del término de que trata este artículo, iniciar tales diligencias cuando haya fundado temor de que desaparezcan, se destruyan, deterioren, consumen o extravíen los bienes relictos".

"Es nula —dice el inciso 2º del artículo 26— la actuación que contraviniendo a este artículo se dé a las diligencias del juicio de sucesión, pero el Síndico puede allanar la nulidad".

Conforme a lo transcrito, el Síndico es parte reconocida por la ley en esta primera etapa del juicio sucesoral o sea en los Inventarios y Avalúos, que constituyen el medio más eficaz para establecer el activo y pasivo de la herencia y el volumen de los bienes, base de la partición.

Una vez radicada la competencia en esta primera etapa, queda fijada para todo el juicio.

Para la Sala es indudable que el Síndico re-

caudador puede instar la competencia, porque la Nación, a quien él representa, tiene intereses pecuniarios en el acervo herencial, no importando que la causa de aquéllos sea una disposición de derecho público impositivo.

En el conflicto actual, el señor Juez de Neiva cedió ante los argumentos del provocante, y la providencia de dicho funcionario llegó en grado de apelación a la Corte, donde se oyó al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien conceptuó en favor de la competencia del Juzgado de Ambalema.

El señor Juez de Ambalema, razonó así:

"Los testigos que depusieron ante el Alcalde de Piedras están acordes y contestes en afirmar que el causante Eduardo Bonilla tiene todos sus bienes de fortuna en aquel municipio; que allí tuvo su vecindad hasta cuando partió para Neiva en busca de salud, llevado por su hijo Secundino; y que allí falleció accidentalmente, pocos días después, pero sin ánimo de radicarse o avecindarse en aquella ciudad".

El señor Juez de Neiva, al ceder ante las razones del provocante, se pronunció así:

"El nombrado señor Bonilla falleció en Neiva el 22 de diciembre de 1945, según consta de autos. Era natural de Piedras, Tolima, en donde ubican los bienes relictos, o su mayor parte, según aparece de la relación presentada en la demanda. Allí ejerció su oficio de hacendado, que fue su última ocupación, como consta en el acta de defunción y como se infiere de la misma relación de bienes, de donde resulta que los dejados por el de cujus son principalmente raíces y semovientes. Murió en esta ciudad de Neiva a donde vino con el deseo de radicarse, o a donde fue trasladado para ser atendido en su última enfermedad. En cualquiera de las dos hipótesis, no es menos evidente que conservó sus bienes en el municipio de su nacimiento, en donde, por ende, conservó el asiento principal de sus negocios".

Las declaraciones de Luciano Arévalo y Juan de Dios Méndez, que hablan de la intención de Bonilla de radicarse definitivamente en Neiva, no las apreció la Sala, porque no fueron recibidas ante autoridades judiciales sino ante el Alcalde de Piedras, que no estaba comisionado para tal diligencia.

Quedan, por tanto, en pie los motivos que decidieron al señor Juez de Neiva para ceder en la competencia de que se trata.

En fuerza de lo ameritado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto apelado.

Reconócese al doctor José Alviar Restrepo como apoderado del señor Secundino Rodríguez, en los términos del poder visible en este cuaderno.

Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En virtud de apelación interpuesta por la parte demandante conoce hoy la Corte del auto de 7 de diciembre de 1945, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, en el incidente de excepciones dilatorias propuestas por la parte demandada en el juicio ordinario instaurado por Marco T. Mendoza Amarís y Municipio de Cerro de San Antonio contra la Nación y contra Camilo Gutiérrez G. Resolvió el Tribunal en el fallo referido: "En fuerza de lo expuesto, el Tribunal, DECLARA probadas las excepciones dilatorias de inepta demanda y declinatoria de jurisdicción propuestas por el señor Fiscal del Tribunal en este asunto.

"No es el caso de entrar a estudiar la excepción de 'pleito pendiente' propuesta por el señor Fiscal del Tribunal, y la de 'inepta demanda' propuesta por el demandado Camilo Gutiérrez G., porque reconocidas las excepciones de 'declinatoria de jurisdicción y de 'inepta demanda', el procedimiento queda suspendido y sobra el estudio de las demás excepciones".

Fundó el Tribunal esta providencia en jurisprudencia reciente de esta Sala de la Corte y en lo concerniente a la declaratoria de estar probadas las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de inepta demanda, propuestas por el representante del Estado.

Empero halla la Corte que aquella jurisprudencia, que aparece consignada en el fallo de fecha 20 de noviembre de 1945, dictada en el juicio ordinario de la "Texas Petroleum Company" contra la Nación, halló asidero jurídico en la interpretación dada allí por la Corte a la demanda ordinaria respectiva, en cuanto como aparece en la parte motiva de dicho fallo, hubo de considerarse que tal demanda ordinaria estaba enderezada a eludir y a reemplazar el juicio breve y sumario sobre petróleos. (Véase GACETA JUDICIAL, T. LIX, números 2025, 2026 y 2027 bis de octubre, noviembre y diciembre de 1945, páginas 1171 y siguientes).

Y en el sentir también de la Corte no es ese el caso actual, conclusión ésta a la cual se llega merced a interpretación de la demanda aquí promovida contra la Nación y contra el señor Camilo Gutiérrez G. proponente de una concesión que la parte demandante asegura afectar propiedad petrolera privada o particular.

Estima, en efecto, la Sala que, al menos en lo fundamental, ha sido promovido este juicio ordinario, no para suplantar ilegalmente el correspondiente juicio breve y sumario, sino por necesidad de instaurarlo en forma ordinaria de acuerdo con la ley y por haber pasado la oportunidad de hacer la respectiva oposición a la propuesta de contrato del señor Gutiérrez, tal como lo prevé y reglamenta la legislación sobre petróleos.

Ilustra la materia el siguiente pasaje de la contestación escrita dada por la parte demandante al memorial de excepciones del señor Fiscal: "El artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que sustituyó el 26 de la Ley 37 de 1931, reglamenta la tramitación de las oposiciones a las propuestas de contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional y después de regular el proceso administrativo y el del juicio breve y sumario, agrega: 'Si el fallo fuere favorable al proponente, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial. **El mismo derecho le queda al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en este artículo,** pero en uno y otro caso el opositor o el presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, contados desde la fecha del fallo para el primero, **y para el segundo, desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición.** Si el fallo en el juicio breve y sumario fuere adverso a la Nación, no se continuará la tramitación del contrato propuesto, pero el Gobierno no podrá ejercitar las acciones que a favor de la Nación consagra el derecho común, después de dos años contados también desde la

fecha del fallo de que se viene hablando". (Subrayo).

"La ley distingue al opositor vencido del presunto dueño y no sólo establece claramente el derecho de iniciar el juicio al presunto propietario que no ha hecho oposición, sino que indica desde cuándo se cuentan los dos años para ejercer dicho derecho, término éste que parte de una fecha distinta del que tiene la Nación cuando se ha dictado por el Ministerio resolución favorable al avisante y del que tienen la Nación o el opositor vencidos en juicio breve y sumario relativo al aviso o a la oposición, pues en estos últimos casos, los dos años se cuentan desde la Resolución o el fallo sumario (artículos 5º y 7º, Ley 160 de 1936), en tanto que si no hay aviso ni oposición se cuentan desde la fecha en que venció el plazo para presentar oposición.

"No se entiende cómo a pesar de la atenta lectura de las disposiciones legales el señor Fiscal omitió la del inciso en que los textos citados por él reconocen expresamente las acciones de derecho común para la persona que no haya hecho oposición a una propuesta".

De otro lado figura en el proceso, autenticado, un ejemplar del **Diario Oficial** número 25050, de 7 de septiembre de 1942, en el cual fue hecha la publicación del aviso de la propuesta sobre exploración y explotación de hidrocarburos. Comoquiera que la demanda ordinaria fue presentada en forma inicial (corregida posteriormente) el 27 de octubre de 1943, se colige que cuando fue hecha tal presentación ya había vencido el término de sesenta días para hacer oposiciones y de que tratan los artículos 5º de la Ley 160 de 1936 y 72 del Decreto Ejecutivo número 1270 de 1931, disposiciones a las cuales hace referencia el texto mismo del aviso mencionado.

Y de ser ello así se justificaba plenamente el actual seguimiento de un juicio ordinario como lo sostiene, con razón, según ya se vio, el apoderado de la parte demandante en la transcripción precedente. Y ante esta conclusión es obvio que no existiendo óbice legal alguno para el seguimiento del juicio ordinario ante el Tribunal en la primera instancia y ante la Corte en la segunda, la calidad misma de la naturaleza procesal del juicio carece de incidencia en este caso sobre la competencia en el sentido de que se pueda concluír en el reconocimiento por tales conceptos de una incompetencia de jurisdicción, cual sí ocurrió en el mencionado caso de la "Texas Petroleum Co."

Han sido hechas las observaciones anteriores con el propósito principal de rectificar una aplicación errada para el caso actual de la mencionada doctrina de la Corte, tal como aparece en el citado auto de 20 de noviembre de 1945, proferido en el juicio ordinario de "Texas Petroleum Company" contra la Nación.

Y es que en realidad de verdad, con independencia del motivo que se ha venido alegando por el representante del Estado para sustentar la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, motivo del cual se acaba de hacer mérito en la presente providencia, se configura tal incompetencia pero por la siguiente razón especial.

Es a saber: dice el demandante, tanto en la demanda originaria como en la corregida, que el Tribunal Superior de Bogotá es competente "por tener interés la Nación en el juicio y por la vecindad del otro demandado", o sea, del señor Gutiérrez.

Ha de tenerse en cuenta a este respecto que según el artículo 155 del C. Judicial: "En los juicios que se **sigan contra** el Estado el Tribunal Superior competente es el del domicilio del demandante, y en los que siga aquél, es el de la vecindad del demandado".

Ahora bien: como según aparece de autos, la parte demandante no tiene domicilio dentro del Distrito Judicial de Bogotá, se sigue de ello que, a la luz de la disposición legal transcrita, el Tribunal competente ha de ser el del domicilio de la parte demandante o el de alguna al menos de las partes que la integren.

Cabe observar además que los bienes raíces objeto de la acción instaurada se hallan situados fuera del distrito judicial de Bogotá.

Y ante estas consideraciones surge el problema de saber si el simple hecho de que el codemandado conjuntamente con el Estado, señor Gutiérrez, tenga domicilio en Bogotá le da competencia a este Tribunal Superior de Bogotá, cuando por todo otro concepto de esa competencia se halla investido distinto Tribunal Superior de la República, según la correspondiente división territorial judicial.

Mal puede sostenerse, como lo pretende el demandante, que el domicilio en Bogotá del señor Gutiérrez origina competencia para conocer del

asunto por parte del Tribunal de aquí, no obstante estar de por medio el Estado como demandado y el ser de otra vecindad los demandantes.

Si al simple domicilio del particular demandado cediera en este caso la competencia, con la misma lógica sería preciso aceptar la tesis, evidentemente errónea, de que el Juez competente en casos como el presente no es un Tribunal Superior de Distrito Judicial sino un Juez de Circuito, o sea el Juez natural del partidor demandado.

Por otra parte según jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte, el precepto sobre competencia del artículo 155, antes transcrito, del C. Judicial, origina una nulidad de carácter improrrogable, ya que se funda ella en la calidad de las partes (artículos 150 y 151 **ibídem**), de donde se sigue que, aunque el señor Agente del Ministerio Público no hizo valer en forma alguna en sus actuaciones este motivo concreto y especial de incompetencia del Tribunal Superior de Bogotá, mal puede conducir ello a la admisión de que su silencio al respecto ha venido a originar prórroga de jurisdicción y por cuanto tal prórroga es jurídicamente imposible, dado el carácter improrrogable, en el caso actual de la competencia jurisdiccional.

De otro lado, en armonía con el artículo 448 del Código citado la susodicha incompetencia de jurisdicción origina una causal de nulidad que, sin posible prórroga de jurisdicción de parte del señor Agente del Ministerio Público (artículo 460 del C. Judicial), debe ser declarada de oficio por la Corte, y así habrá de hacerse en la presente providencia.

Aunque, como bien se sabe la incompetencia de jurisdicción, con inclusión de la de carácter prorrogable, puede ser objeto de la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, atendida la circunstancia de que la propuesta sustentada en ambas instancias por el señor Agente del Ministerio Público no sólo se fundó en razones en absoluto ajenas a la que acaba de reconocer la Corte sino que el silencio mismo del señor Agente acerca de la admitida por esta Corporación aún pudiera mirarse como un rechazo o renuncia implícita de este motivo especial de incompetencia del Tribunal, procede la correspondiente declaratoria de oficio de la nulidad de lo actuado, en lugar del reconocimiento expreso de una excepción dilatoria (como tal no susceptible de declaratoria de oficio) de **declinatoria de jurisdicción,** por todo concepto distinta, en sus fundamentos, de la concebida y alegada por la parte demandada.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia anula este proceso por incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior de Bogotá, a partir del auto de 2 de noviembre de 1943 sobre admisión de la demanda.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

REPRESENTACION DEL CAUSANTE EN JUICIO POR SUS HEREDEROS.—LIQUIDACION DE PERJUICIOS.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 2341 DEL CODIGO CIVIL

1.—Según jurisprudencia de la Corte lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 del Código Judicial no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte no pueda hacer valer su derecho ni defenderse, según el caso, y el juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por noticias que se le den de allá para los interesados, aunque no sean parte en el juicio, o lo que es posible que suceda, por aviso que le dé la contraparte. Pero si por falta de conocimiento la actuación continúa después de la muerte del litigante que no tiene apoderado constituído en el juicio, lo actuado es nulo.

La vocación a los sucesores jurídicos del DE CUJUS no está autorizada sino en el evento de que no exista apoderado en el juicio que represente sus intereses.

2.—El cumplimiento de los fallos que contienen condenaciones referentes a calidades ilíquidas por frutos, perjuicios y otras de la misma índole, se verifica de acuerdo con las reglas conocidas del artículo 553 del Código Judicial. El conjunto de estas normas conforma el incidente de regulación, el cual remata —según las palabras del Código— con el auto interlocutorio que, por ministerio de la ley, presta mérito ejecutivo.

3.—La recta interpretación del artículo 2341 del Código Civil, que impone al autor del daño extracontractual el deber jurídico de indemnización, implícitamente lleva envuelto el precepto de que el resarcimiento deberá comprender todo el daño causado y sólo éste; y para el juzgador la obligación de procurar a la víctima del hecho delictual o culposo una compensación equivalente al perjuicio, pero de ninguna manera superior a éste. Estudiando los expositores las circunstancias sobrevinientes al hecho dañoso, examinan la de la muerte de la víctima resultante de la falta del responsable y admiten que el deceso constituye a la vez una agravación y una atenuación del perjuicio. Lo primero por el nuevo elemento de daño que aporta: el aniquilamiento de la persona, la supresión de una vida humana; y lo último, por la eliminación de todo el perjuicio sucesivo debido al accidente y que se exterioriza o concreta en la disminución de la capacidad de trabajo, sufrimientos físicos y morales, a los cuales la muerte les pone fin como les pondría fin la curación. De donde concluyen que para pronunciarse sobre la acción de la víctima y determinar el alcance de la indemnización transmitida a sus herederos, el Juez debe colocarse en el momento en que estatuye y tener en cuenta los dos órdenes de modificaciones que el caso aporta. Henri et Leon Mazeaud, Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contratuelle. Tomo III, pág. 378).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Por sentencia proferida el 5 de noviembre de 1942, la Corte Suprema de Justicia ordenó regular mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial los perjuicios reconocidos **in abstracto** en favor de Carlos Soler Segura y a cargo del Estado colombiano.

El incidente abierto para el cumplimiento de la sentencia remató con el auto de fecha 22 de febrero de 1945, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá señaló en la cantidad de $ 20.186.09 el valor de los daños materiales y morales objetivados causados al actor en el accidente aéreo de Santana en el mes de julio de 1938.

El representante del Estado ante el Tribunal

guardó silencio respecto a este pronunciamiento; no así el apoderado de Soler Segura, quien en tiempo hábil interpuso contra él recurso de apelación para ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte.

Después de surtidos los trámites de ley en esta Superioridad, el negocio fue decidido mediante providencia que lleva fecha 17 de noviembre del citado año de 1945. En esa oportunidad consideró la Corte, entre otras cuestiones pertinentes al debate, la de que con base en la consulta ordenada por el Tribunal no podían ser modificadas las decisiones adoptadas en el primer grado del incidente por cuanto la revisión por este medio sólo es procedente respecto a las sentencias definitivas que imponen una obligación a cargo del Estado y de las demás personas de derecho público mencionadas en el artículo 508 del Código Judicial, y de ahí que teniendo la resolución mencionada el carácter de simplemente interlocutoria no era posible reformarla bajo pretexto de la consulta ordenada por el inferior. Otro aspecto que entonces se consideró fue el de que habiendo sido el actor el único apelante, tampoco por tal extremo podía modificarse el proveído del Tribunal para mejorar la posición de la parte demandada en el proceso, aunque del estudio del negocio la Sala hubo de concluír —y de ello dejó expresa constancia— que fue erróneo en parte el señalamiento de la cuantía del daño indemnizable hecha en la providencia recurrida, pero que no estaba dentro de las facultades del superior enmendar el agravio sufrido por el Estado como consecuencia de la condenación excesiva ordenada por el Tribunal. Como resultado lógico de estas consideraciones la Corte confirmó en todas sus partes lo resuelto en la primera instancia, quedando fijada en la cantidad de $ 20.186.09 la liquidación de los perjuicios que el Estado debe cubrir, y que se descompone así:

"1.—Perjuicios materiales, daño emergente ..... $	1.200.00
2.—Perjuicios morales objetivados	5.000.00
3.—Perjuicios materiales, lucro cesante:	
Del 24 de julio de 1938, al 24 de octubre del mismo año, 3 meses a $ 80.00 cada uno	240.00
Del 24 de octubre de 1938, al 24 de febrero de 1945, 6 años, 4 meses a $ 53.33 mensuales	4.053.08
Del 24 de febrero de 1945 al 24 de febrero de 1985, 40 años, aplicando las tablas de Garuffa	9.628.83
Los 3 meses restantes, proporcionalmente al resultado anterior	60.18
Monto de la indemnización TOTAL, S. E. U. O. ..... $	20.186.09"

Durante el término de ejecutoria del anterior pronunciamiento el señor Procurador Delegado en lo Civil se dirigió a la Corte por medio de dos memoriales, ambos del 22 de noviembre de 1945, en los cuales formula las siguientes solicitudes:

Primera.—Que se reponga el proveído del 17 de noviembre que confirmó la liquidación de los perjuicios verificada por el Tribunal Superior, por dos razones que pueden resumirse en la forma siguiente:

a) Porque contrariamente a lo resuelto por la Corte, el auto interlocutorio de fecha 22 de febrero de 1945, expedido por el Tribunal es susceptible de consúlta y, por consiguiente, en el segundo grado de la jurisdicción puede la Corte modificar — para rebajarla a una cifra menor — la regulación de los perjuicios reconocidos al damnificado; y

b) Porque, conforme lo comprueba con la respectiva partida notarial que acompañó a su escrito, el actor Carlos Soler Segura había fallecido el día 31 de mayo de 1942, lo que implica que conforme a las reglas del Código Judicial (artículo 370), la actuación ha debido continuar desde aquella fecha con intervención de sus herederos y que, como esto último no se cumplió, se ha incurrido en un grave error procesal. Pide en conclusión que, antes de resolverse por la Sala el recurso de reposición interpuesto, se cite a los herederos de Soler Segura para que la tramitación continúe con ellos; y que, además, se retrotraiga el procedimiento a partir de la fecha de defunción del demandante.

Dice así, finalmente, el representante legal del Estado: "En virtud de lo que dejo expuesto confío en que esa Corte revoque su auto fechado el 17 de noviembre de este año, ordene citar a los herederos del demandante para proseguir el juicio con intervención de ellos, retrotraiga la actuación a partir de la fecha de la muerte del actor, o, subsidiariamente, fije el monto de la indemnización debida por la Nación teniendo en cuenta la fecha de la muerte del señor Soler Segura y las consideraciones consignadas en este escrito y en el anterior alegato de la Procuraduría".

Segunda. — Que se declare la nulidad de la actuación desde el día 31 de mayo de 1942, porque considera que habiéndose adelantado el proceso sin que estuvieran a derecho los herederos de Soler Segura, se ha incurrido en la tercera de las causales de nulidad establecidas en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil.

Con el objeto de metodizar la actuación en el complejo problema jurídico que los escritos de la Procuraduría suscitan, dispuso la Sala traer a los autos el acta de defunción de Soler Segura solicitándola al efecto de la Notaría primera del Circuito de Bogotá; y por auto del 8 de febrero de 1946, ordenó mantener en la Secretaría y por el término legal, el escrito de reposición para conocimiento de la parte actora, conforme lo ordena el artículo 448 del Código Judicial.

Durante el término aludido, el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, quien obrando en ejercicio del poder que le confirió Soler Segura el 17 de abril de 1940 inició el juicio y ha intervenido en representación de éste en todo su curso, presentó escrito para oponerse a todas y a cada una de las solicitudes formuladas por la Procuraduría, expresando a propósito de ellas que son extemporáneos los pedimentos del Ministerio Público por cuanto el auto sobre que versa la reposición — el tantas veces indicado de fecha 17 de noviembre de 1945 — es firme y, por ende, no cabe contra él recurso de ningún género para reformarlo o para modificar el contenido de sus disposiciones. En cuanto a la súplica de anulación de lo actuado, igualmente se opone el doctor Gutiérrez Mejía alegando que conforme al artículo 456 del Código Judicial el incidente de nulidad sólo puede ser promovido por las partes antes de que se dicte sentencia y no después de que ésta se hubiere proferido, como ocurre en el presente caso. Obra también en el expediente un memorial suscrito por la señora María del Carmen Segura viuda de Soler, en la cual manifiesta que en su carácter de madre legítima de Carlos Soler Segura y de única heredera suya por no tener otros el causante confiere poder al doctor Gutiérrez Mejía para que la represente "en todas las diligencias que haya todavía necesidad de hacer tanto en lo judicial como en lo administrativo, en el juicio en referencia, que ha finalizado con sentencia dictada por esa Honorable Corte con fecha 17 de noviembre del presente año....." "Igualmente manifiesto a la Honorable Corte que acepto y ratifico todo cuanto el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía ha hecho en el juicio en referencia en defensa de los intereses de mi hijo legítimo Carlos Soler Segura y de los míos propios".

La Sala habrá de ocuparse en seguida de la solución jurídica que corresponda a los difíciles problemas propuestos por el representante de la parte demandada en el juicio, el señor Procurador Delegado en lo Civil.

La nulidad de la actuación

Indica la lógica procesal que en primer término encare la Corte lo que se relaciona con la petición de anulación de los trámites, desde el día en que ocurrió la muerte del actor (31 de mayo de 1942).

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 370 enumera los casos en que se suspenden los términos judiciales en un negocio determinado, y entre ellos se encuentra precisamente el de la muerte de alguno de los litigantes, hasta que se haga saber a quien debe representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio; y de otro lado el artículo 448 de la misma obra establece como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Empero, no son aplicables las anteriores reglas al negocio **sub lite,** porque como el demandado lo alega la sustanciación del incidente de anulación únicamente puede tener lugar antes de que se dicte la correspondiente sentencia (artículo 456). Ni cabría tampoco obtenerse la nulidad en nuevo proceso porque éste sólo podría proponerlo "la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo legalmente representada en el juicio". En el presente caso la sentencia que definió el juicio fue proferida por el Tribunal Superior el 29 de julio de 1940 y la de la Corte Suprema el 3 de noviembre de 1942, de suerte que por tal motivo resultaría improcedente que en el trámite para el cumplimiento del fallo ordenara la Sala la apertura de una articulación de nulidad. Los textos que regulan la materia no autorizan una actuación de tal naturaleza, y de ahí que este primer pedimento de la Procuraduría no sea viable y por consiguiente no pueda prosperar.

Por lo demás, habiendo sido expresamente ratificada la actuación por la señora María del C. Segura v. de Soler en su calidad de heredera legítima de Soler Segura, carece en absoluto de objeto la promoción del incidente anulatorio.

Pero hay algo más, y es que por haber estado representado en el juicio el señor Soler Segura por su mandatario el doctor Gutiérrez Mejía no tiene aplicación la regla del artículo 370, citado, ya que habiendo acaecido el deceso del primero después de notificada la demanda al apoderado judicial instituído por el causante debía continuar la gestión procesal mientras por una causa legal o por voluntad de los herederos no le hubiera sido revocado el mandato (artículo 264 del C. J.); y de autos no aparece la revocación del poder sino todo lo contrario la ratificación expresa del mismo por parte del único heredero conocido, la mencionada señora viuda de Soler.

Con lo anterior queda dicho que, en virtud de las normas especiales que gobiernan el mandato judicial, el doctor Gutiérrez Mejía continuó representando a los herederos del causante Soler Segura en el juicio ordinario para la indemnización de perjuicios y en el incidente abierto para el cumplimiento del fallo con que aquél finalizó. Son éstos los principios que conforme al Código de Procedimiento Civil regulan la sucesión en el litigio por causa de muerte y la interpretación que a las disposiciones citadas ha dado la propia Corte Suprema:

"Lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 no se actuó en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte, no pueda hacer valer su derecho ni defenderse, según el caso, y el juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por noticias que se le den de ella por interesados, aunque no sean parte en el juicio, o lo que es posible que suceda, por aviso que le dé la contraparte. Pero si por falta de conocimiento la actuación continúa después de la muerte del litigante que no tiene apoderado constituído en el juicio, lo actuado es nulo". (G. J., Tomo XLIII, página 128).

La revocación de lo resuelto

Invoca el Ministerio Público el recurso de reposición de la providencia por medio de la cual se hizo en cifra numérica la regulación de los perjuicios, o sea que se revoque el auto del 17 de noviembre, con el objeto de que se disponga citar a los herederos del actor para que el juicio continúe con su intervención y que se retrotraigan los términos de la actuación desde el día del fallecimiento de aquél. Como remedio subsidiario se propone que la Sala fije el montante de la indemnización teniendo en cuenta la muerte de Soler Segura y la fecha en que este acontecimiento se produjo.

Las súplicas principales han de ser resueltas adversamente a las pretensiones de la parte recurrente, ya que conforme acaba de verse en el capítulo anterior de esta sentencia la coacción a los sucesores jurídicos del de **cujus** no está autorizada sino en el evento de que no exista apoderado en el juicio que represente sus intereses, lo que no acaece en el litigio que aquí se resuelve. Mucho menos tiene asidero legal el pedimento de que se retrotraigan los términos de la actuación al 31 de mayo de 1942, día de la muerte de Soler Segura. Al hacerlo, posiblemente el distinguido funcionario que representa al Estado dejó de caer en la cuenta de que con posterioridad a la indicada fecha la Corte profirió su sentencia del 3 de noviembre del mismo año, por medio de la cual definió el pleito adelantado por Soler Segura contra la Nación, y que tal decisión está ejecutoriada y tiene el carácter de cosa juzgada, lo que por sí solo impediría al fallador volver sobre el contenido de las resoluciones en ella adoptadas.

En el momento actual sólo se trata de cumplirla o sea de regular el monto de las condenaciones impuestas **in genere,** por lo que sería abiertamente injurídico todo procedimiento encaminado a reabrir el debate sobre la obligación de indemnizar a cargo de la parte demandada o sobre cualquiera otra cuestión atañadera a lo que fue objeto de aquel litigio definitivamente concluído.

Por lo demás, carecería en absoluto de finalidad hacerlo así, desde luego que conteniendo la expresada sentencia de 3 de noviembre una condenación **in genere** y persiguiendo el señor Procurador Delegado en lo Civil el objetivo de que la indemnización a cargo del Estado no exceda del perjuicio sufrido por Soler Segura, o sea que el valor del daño por él recibido no se prolongue más allá de la vida de éste, el remedio legal no es el de alterar el contenido del tántas veces mencionado fallo, porque con ello nada se obtendría, sino el de que en el cumplimiento y ejecución del mismo no se imponga al demandado una carga superior a la que está obligado a soportar habida la circunstancia del fallecimiento del actor **pendente litigio.**

La determinación de la cuantía

Como remedio subsidiario se pide por la Procuraduría que la Sala, teniendo en cuenta que el damnificado dejó de existir en la fecha ya conocida, proceda a fijar el monto del perjuicio que el Estado debe resarcir.

Para resolver este punto, ha de considerarse en primer lugar que la sentencia del 3 de noviembre de 1942 es intangible, y por consiguiente, sus disposiciones inmodificables dentro del actual estado del proceso; además, que en ella se condenó a la Nación al pago de los perjuicios materiales y morales objetivados que sufriera Soler Segura a consecuencia de las lesiones que le produjo el accidente aéreo de Santa Ana; y que se ordenó determinar la cuantía de la indemnización de conformidad con las bases indicadas en el mismo fallo y mediante los trámites previstos en el artículo 553 del Código Judicial. Lo que quiere decir que la petición de la Procuraduría sólo puede entenderse en cuanto trate de ajustar la cuantía de la reparación a la realidad procesal del incidente regulatorio y no al fallo que es su antecedente y su fundamento jurídico.

Habiendo muerto Soler Segura el 31 de mayo de 1942 o sea en época anterior a la expedición de la sentencia mencionada, tal acontecimiento si bien no alteraba el contenido de la decisión adoptada — desde luego que sus sucesores quedaban de derecho subrogados en el interés patrimonial del litigio — en cambio sí influía radicalmente en la regulación de la cuantía que debiera asignarse a los perjuicios reclamados. En otras palabras, la suma de dinero que el Estado debía cubrir estaba subordinada a la extensión del daño sufrido, y por tratarse de lesiones a la persona misma del demandante, condicionada igualmente al término de su sobrevivencia por lo menos en lo que hace relación al perjuicio moral objetivado y al lucro cesante en los de orden material.

Ahora bien, el incidente para la determinación del **quantum** de la indemnización se promovió ante el Tribunal Superior de Bogotá por el doctor Gutiérrez Mejía el 9 de octubre de 1943, o sea al año y medio de fallecido Soler Segura, y en tal oportunidad presentó una liquidación por la suma de 44.221.00, que resumió en la forma siguiente:

a) **Perjuicio material en concepto de daño emergente.** Este perjuicio, consistente en los gastos de curación de la víctima en la forma dicha, se estima en 1.200.00

b) **Perjuicio moral subjetivado en concepto de daño emergente.** Este perjuicio consiste en los gastos de tratamiento posterior, como se ha expresado ya, se estima en..... 10.000.00

c) **Perjuicio material y perjuicio moral objetivado en concepto de lucro cesante** 33.221.00

TOTAL.....$ 44.221.00

Supone la Corte que cuando el abogado doctor Gutiérrez Mejía promovió el incidente de liquidación ignoraba en absoluto la muerte de su mandante, pues de otro modo resultaría inexplicable que exigiera el pago de la cantidad de $ 33.000.00 fundado en la vida probable de Soler Segura que fijó en 55 años (a la fecha del siniestro tenía 22 años de edad), así como la de $ 10.000.00, "en atención a que mi mandante tendrá que viajar a los Estados Unidos en busca de tratamiento adecuado y en atención al costo grande que tiene un tratamiento de esta clase...".

E igualmente es seguro que la ignorancia respecto a la muerte del actor persistió durante toda la secuela del trámite regulatorio no sólo por parte del abogado que lo representaba sino de las demás personas que en su condición de testigos, peritos, etc., intervinieron en el proceso y aun por parte del Agente del Ministerio Público, funcionario que presumiblemente sólo tuvo noticia de aquel acontecimiento el día 22 de noviembre de 1945, en que lo puso en conocimiento de la Corte, formulando al mismo tiempo las solicitudes encaminadas a corregir el grave error procesal en que se había incurrido y a resguardar los intereses del patrimonio nacional.

Entre los elementos de pruebas aducidas por el apoderado del demandante para fijar la cifra de la cuantía se destaca, por la influencia decisiva que tuvo en la resolución del Tribunal, el peritazgo rendido por los doctores Marco Naranjo López y Manuel J. Hernández, el primero designado por la parte actora y el último por el Fiscal de la entidad falladora. En el dictamen evacuado por estos peritos con fecha 1º de marzo de 1944 (folios 55 a 65 del C. 6), después de hacer la relación de las lesiones sufridas por Soler Segura en el siniestro de Santa Ana, de la gravedad de las mis-

mas y de la incapacidad que le produjeron, expresan que "según las tablas de mortalidad adoptadas oficialmente en Colombia, su vida probable, en el momento del siniestro, era de cuarenta y siete años". Y sobre estas bases y la de su aptitud de producción al tiempo del accidente, así como la de su futura capacidad de rendimiento calcularon los mencionados expertos la renta que dejaría de devengar en el resto de su vida, o sea en los cuarenta y siete años en que fijaron la supervivencia, computando al efecto la cantidad de $ 18.000.00, a título de lucro cesante. Respecto al perjuicio moral objetivado se produjeron así los peritos:

"5º) **El perjuicio moral objetivado de carácter emergente.**—Habiendo fijado ya nosotros la doctrina sobre la naturaleza del daño moral objetivado, debemos solamente manifestar ahora que en nuestro concepto el perjuicio moral objetivado de carácter emergente consiste en los gastos que tendrá que hacer la víctima, determinado por el sufrimiento moral que le producen las deformanidades físicas que le han quedado y para tratar de atenuarlas mediante tratamientos científicos. Tenemos en cuenta que la víctima es una persona de buena posición social por su educación y que, por consiguiente, el problema estético referido no es una mera hipótesis sino que por el contrario será una realidad inevitable determinada por el sufrimiento moral que le producen esas deformidades. El señor Soler Segura, en nuestra convicción, querrá hacerlo todo por atenuar, ya que no puede eliminar, esas deformidades. Como todo el mundo sabe, ese requerimiento exige, por lo menos un viaje al exterior, a los Estados Unidos, con la correspondiente permanencia en una clínica para obtener un tratamiento adecuado. Por consiguiente, lo más indicado es tomar como base para la fijación del valor de estos perjuicios, el costo de un viaje a los Estados Unidos y del respectivo tratamiento en una clínica de ese país. Hechas las averiguaciones necesarias, llegamos a la conclusión de que este gasto es, por lo menos, de cinco mil pesos ($ 5.000.00) y, por consiguiente, fijamos en esa suma el valor de estos perjuicios.

"Son cinco mil pesos.....$ 5.000.00".

Por su parte el Tribunal, con fundamento en el dictamen de que se habla liquidó la cantidad de $ 20.106.09 en pronunciamiento que, por no haber sido apelado por el representante legal del Estado ante aquella entidad, hubo de confirmar la Corte dejando, eso sí, claramente expuesto su desacuerdo con lo resuelto por el inferior respecto a la cuantía del resarcimiento.

Ahora bien, resulta de lo anteriormente dicho que toda la incidencia de regulación de los perjuicios tuvo como base el falso supuesto de que Soler Segura existía al tiempo en que la articulación se promovió, a la época en que los peritos calcularon los años que aún le faltaban por vivir, y a la fecha en que fue proferida la resolución del Tribunal Superior.

Pero acreditado como está en el expediente el hecho de su muerte, o sea que sólo sobrevivió al siniestro de Santa Ana hasta el 31 de mayo de 1942, se hace necesario enmendar el error manifiesto que afecta tan esencialmente la fijación del perjuicio, tanto en sus bases como en su cuantía. Mantener lo resuelto por el Tribunal delante de los nuevos elementos de convicción que obran en los autos sería tanto como desconocer el imperio de la realidad y edificar una decisión sobre presupuestos notoriamente erróneos, con lesión de los intereses de una de las partes comprometida en la litis.

El doctor Gutiérrez Mejía en su réplica al escrito de la Procuraduría invoca la informabilidad de lo resuelto en el incidente de regulación, y al respecto se expresa así:

"El fallo dictado por la H. Corte con fecha 17 de noviembre último, tiene el carácter **de firme,** lo que hace imposible la continuación del juicio, vale decir, tiene fuerza de sentencia. Y es **firme** también el auto del H. Tribunal de Bogotá de 22 de febrero del año pasado, no sólo por esas mismas razones, sino porque se dejaron pasar los términos sin interponer recurso alguno, como lo anota la misma H. Corte, por lo cual debe ser ejecutoriado de oficio por el Juez que lo pronunció como lo manda el artículo 468 del C. J. que citamos anteriormente".

Es manifiesto el error en que incurre el memorialista al sostener la firmeza e intangibilidad de las providencias expedidas por el Tribunal y la Corte, por medio de las cuales se determinó **el quantum** de la indemnización reclamada por el doctor Gutiérrez Mejía a nombre de Soler Segura. Que carece del carácter de firmeza la del Tribunal lo comprueba el hecho de que el propio apoderado de Soler Segura interpuso contra ella el recurso de apelación ante la Corte; y que tampoco tiene esta pretendida calidad la de fecha 17

de noviembre, proferida por la Sala que ahora conoce del negocio en última instancia, resulta de la naturaleza de interlocutoria que comporta la decisión, la cual por este motivo es susceptible de los recursos permitidos por la ley. No teniendo, como no pueden tenerla, carácter de sentencia, según las nociones del artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones de que se trata, no le son aplicables las reglas del artículo 466 de la misma obra.

Ahora bien, el objeto de los procedimientos establecidos en el Título XV, Lib. II del Código Judicial es en general la ejecución de las sentencias que profieren los jueces, esto es, proveer al cumplimiento efectivo de las mismas, a fin de que lo resuelto en los procesos judiciales tenga cabal realización en cuanto al derecho reconocido o la prestación en ellos deducida.

El cumplimiento de los fallos que contienen condenaciones referentes a cantidades ilíquidas por frutos, perjuicios y otras de la misma índole, se verifica de acuerdo con las conocidas reglas del artículo 553 del Código Judicial.

El conjunto de estas normas conforma el incidente de regulación, el cual remata —según las palabras del Código— con el auto interlocutorio que, por ministerio de la ley, presta mérito ejecutivo.

El proceso ordinario por medio del cual se demandaron del Estado las indemnizaciones correspondientes al daño causado a Soler Segura en el siniestro de Santa Ana se desenvolvió dentro de las regulaciones impuestas por el Código Judicial hasta el momento en que el representante legal de la parte demandada hizo presente a la Corte que había ocurrido hecho importante y por sí solo capaz de modificar, no la sentencia del 3 de noviembre de 1942, que declaró la responsabilidad del Estado y lo condenó **in abstracto** al pago de los perjuicios, sino la resolución adoptada para determinarlos en cifra numérica, para concretarlos en una cantidad dada de dinero, en una palabra para cumplir el fallo condenatorio.

La comprobación de este hecho nuevo decisivamente influyente en la actuación que aún falta por cumplirse ante la Sala y ante las autoridades del orden administrativo encargadas de hacer el pago impone a la Corte el deber de ajustar el procedimiento a la verdad resultante del proceso y de valorar jurídicamente las consecuencias que se desprenden del factor a última hora conocido, consistente en la muerte del querellante.

Esas consecuencias, a juicio de la Sala, son las que en seguida se mencionan:

a) Desde el día 31 de mayo de 1942 el interés en el litigio se trasladó del actor originario —señor Soler Segura— a sus legítimos herederos. Por consiguiente es la sucesión de éste quien tiene hoy la capacidad legal necesaria para pedir el cumplimiento de las prestaciones que el Estado debe al causante en virtud de la sentencia del 3 de noviembre de 1942.

b) La indemnización liquidable en favor de los sucesores de Soler Segura no puede, en ningún caso, sobrepasar el límite del perjuicio realmente sufrido por éste hasta la época en que vivió.

Esta última conclusión está afirmada no sólo en elementales principios de derecho y de equidad sino en el contenido mismo del fallo que se trata de cumplir y ejecutar.

Varios caminos se abren a la Corte para fijar en cifra distinta de la señalada en las resoluciones del Tribunal y en su propio auto del 17 de noviembre el monto real del resarcimiento que el Estado debe hacer.

En primer término, bastaría la simple consideración de que la providencia por medio de la cual se liquida la cuantía del perjuicio apenas es el medio jurídico para la ejecución efectiva de la sentencia de condenación; vale decir que señalada la cuantía mediante los trámites del artículo 553 del Código de Procedimiento Civil la parte favorecida obtiene un instrumento legal que lo constituye acreedor de determinada suma de dinero y lo habilita para ocurrir a la vía ejecutiva contra su deudor. Es la regla general, que comporta la situación excepcional de que el vencido en el juicio sea el Estado, pues en tal evento no tienen cabida las vías de ejecución por expreso mandato de la ley.

En estos casos, la administración por intermedio de sus órganos adecuados deberá proveer al cumplimiento voluntario de lo resuelto en el auto de liquidación. Pero es lógico dé un lado —y el más elemental concepto de buena administración lo impone así— que cuando se trata de cumplir decisiones que entrañan pagos periódicos a título de indemnización, pensiones, etc., o de daños futuros, sean o no periódicos, deberá comprobarse en cada ocasión por quien lo exige que se llenan las condiciones previstas para su reconocimiento. Así, por ejemplo, si la ley impone la condición de soltería, carencia de recursos económicos, buena conducta u otras, la demostración de que el

beneficiario las reúne es necesaria cada vez que con motivo del reconocimiento decretado haya de hacerse un desembolso por el fisco. De la misma manera, el cumplimiento de los fallos judiciales referentes al pago por concepto de indemnización de daños causados al demandante o sus herederos están sujetos a igual formalidad, porque de otra suerte quedaría el patrimonio público expuesto a irritantes abusos y a depredaciones de todo género.

En el caso de autos es obvio, que la administración nacional no podría cubrir a los sucesores de Soler Segura la suma representativa de los gastos de tratamiento médico en el exterior ni la que se liquidó como equivalente al lucro cesante hasta el año de 1985, puesto que habiendo fallecido en la época tantas veces repetida la obligación de pagar desaparece, se extingue totalmente por el hecho de la muerte en lo que respecta a aquellos gastos y se reduce en cuanto al lucro cesante a la suma devengada durante la vida del causante y que se radicaron en cabeza de sus legítimos sucesores el día del fallecimiento.

Esto es tanto más evidente cuanto que si se tratara de una controversia entre particulares, el ejecutado para el cumplimiento del fallo podría oponer victoriosamente a su contraparte, por el mismo hecho, la excepción de inexistencia de la obligación u otra de carácter liberatorio. Y no existe razón ninguna para que la solución jurídica varíe por el simple cambio de la calidad de una de las partes.

Otro criterio que debe tenerse en cuenta es el de la naturaleza propia de la condena. En juicios de la índole del que se trabó entre Soler Segura y el Estado, la sentencia que lo decidió tiene en cierta forma un carácter condicional en el sentido de que su cumplimiento, en cuanto al orden de las declaraciones que contiene, está subordinado a la mayor o menor prolongación de la vida del actor; y esta peculiaridad se refleja, como es natural, en la decisión consecuencial destinada al cumplimiento de lo resuelto.

De suerte que en cualquier momento, antes de realizarse efectivamente por medio del pago la prestación debida, hay la posibilidad de volver sobre la cuantía del reconocimiento cuando sobreviene cualquier suceso que altere o transforme las bases que se tuvieron en cuenta para regularla.

Lo que se deja enunciado en manera alguna contraría el precepto del artículo 482 del Código Judicial, desde luego que la sentencia que dedujo **in abstracto** una condenación a cargo del Estado ha de permanecer intocable en toda la extensión de su contenido, como ya se dejó expresado en otro lugar de este fallo. Mas como ella misma dispone que se avalúe el daño que sufrió el actor, dejaría de cumplirse en su letra y en su esencia si el **quantum** fijado excediera los límites del perjuicio.

La recta interpretación del artículo 2341 del Código Civil, que impone al autor del daño extracontractual el deber jurídico de indemnizarlo, implícitamente lleva envuelto el precepto de que el resarcimiento deberá comprender todo el daño causado y sólo éste; y para el juzgador la obligación de procurar a la víctima del hecho delictual o culposo una compensación equivalente al perjuicio, pero de ninguna manera superior a éste.

Estudiando los expositores las circunstancias sobrevinientes al hecho dañoso, examinan la de la muerte de la víctima resultante de la falta del responsable y admiten que el deceso constituye a la vez una agravación y una atenuación del perjuicio. Lo primero por el nuevo elemento de daño que aporta: el aniquilamiento de la persona, la supresión de una vida humana; y lo último, por la eliminación, de todo el perjuicio sucesivo debido al accidente y que se exterioriza o concreta en la disminución de la capacidad de trabajo, sufrimientos físicos y morales, a los cuales la muerte les pone fin como les pondría fin la curación.

De donde concluyen que para pronunciarse sobre la acción de la víctima y determinar el alcance de la indemnización transmitida a sus herederos, el Juez debe colocarse en el momento en que estatuye y tener en cuenta los dos órdenes de modificaciones que el caso aporta. (Henri et Leon Mazeaud, Traité Theórique et Practique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle. (Tomo III, página 378).

La hipótesis consistente en la muerte de la víctima por causa ajena al hecho del responsable también la estudian igualmente los mismos autores, y al respecto exponen lo que en seguida se copia, tomado de las páginas 454/5 de la citada obra:

"DECESO DE LA VICTIMA.—Entre las modificaciones del estado de la víctima, que no resultan de la falta del responsable, es preciso hacer un lugar aparte al deceso. La víctima antes de haber obtenido reparación muere por una causa sin relación con la falta dañosa: ciertamente el

responsable debe siempre reparar la totalidad del perjuicio causado a la víctima, cuya acción pasa, sin reserva ninguna, a sus herederos. Pero el Juez debe tener en cuenta el deceso para no condenar, después de este día, a la reparación de daños sucesivos cuya realización el deceso impide; por ejemplo, la disminución de la capacidad de trabajo o el sufrimiento físico o moral que debía soportar durante su vida. La víctima no sufrirá más por el hecho del responsable; sus herederos no pueden, en su nombre, reclamar otra cosa.

¿Se objetaría que el juez no debe tener en cuenta el deceso porque no ha sido causado por la falta?

Pero este deceso no agrava el daño causado por la falta del responsable; produce un perjuicio suplementario, la extinción de la persona; pero de este perjuicio nuevo, el autor de la falta, en ausencia de un lazo de causa a efecto, no puede responder; aquí el deceso suprime solamente una parte del daño causado por la falta. Por paradojal que parezca a primera vista esta proposición, el deceso se traduce únicamente en una aminoración del estado debido a la falta del responsable; la muerte obra como una liberación; parecida a la curación, pone fin al perjuicio sucesivo causado por la falta. Ya se ha dicho que todas las disminuciones del daño a la víctima, cualesquiera que sean sus causas, aprovechan al responsable, tanto la muerte como la curación. El juez debe, pues, para avaluar el daño, tener en cuenta el deceso, aun por una causa distinta de la falta.

La solución, es por lo demás, tanto más equitativa cuanto que ella sería la misma si una condenación para una renta hubiera sido pronunciada antes del deceso, esta renta, destinada a la reparación del perjuicio sucesivo sufrido por la víctima cesaría de ser debida desde el día del deceso".

En obedecimiento al auto para mejor proveer, proferido por la Sala el 28 de noviembre de 1945, vino al expediente la partida de defunción de Carlos Soler Segura, de la cual se desprende que murió por una causa completamente extraña a las lesiones que recibió en el siniestro de Santa Ana. En efecto consta en el aludido documento "que la causa principal de la muerte fue una herida del raquis por proyectil de arma de fuego de pequeño calibre (homicidio)".

Resulta de lo que se acaba de exponer que si el Tribunal por ignorancia de que había ocurrido la muerte del demandante señaló a la indemnización una cuantía equivocada habrá forzosamente que acomodar el señalamiento a la cifra que, según los datos procesales de que ahora dispone el juzgador, sea la realmente equivalente al monto de los indicados perjuicios. La misma norma del artículo 553 impone al juez el deber jurídico de hacer la regulación de acuerdo con lo "probado y alegado". Pretender que la Sala carece de facultad para modificar, mediante una nueva liquidación la cantidad fijada so pretexto de que la parte demandada no interpuso el recurso de apelación, entrañaría sacrificar el derecho sustantivo a las formalidades procesales y, por lo demás perseverar inútilmente en una solución que el Estado deudor no podría cumplir por imposible e inoperante.

Siendo el móvil jurídico de los procedimientos instituídos el de realizar la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, el mismo Código de la materia —artículo 472— enseña que "con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales, y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

Y porque pecaría contra toda noción de justicia y equidad mantener la regulación de que se trata; porque se lesionaría gravemente con esta actitud el derecho de la parte demandada; porque la pretensión al pago de la suma de dinero liquidada implicaría un notorio enriquecimiento sin causa; y porque la misión de los jueces quedaría desvirtuada con la sanción de una injusticia de este linaje, la Sala procederá a aplicar en el caso del pleito el mencionado artículo 472 del Código Judicial, corregirá el error manifiesto que afecta la regulación hecha, para lo cual previamente señalará el resarcimiento pecuniario que corresponde al actor —hoy sus herederos— sobre la base de las probanzas existentes en el proceso.

La liquidación

Como se halla la prueba idónea respecto al monto de los perjuicios materiales —daño emergente— representados por los gastos que Soler Segura hubo de hacer por causa de las lesiones que sufrió, se computará la cifra dada por los peritos, o sean ..... $ 1.200.00

De la misma manera será computado el valor del lucro cesante, o sea el equivalente de lo que el actor dejó de per-

cibir desde el día del accidente hasta la fecha de su muerte.

De acuerdo con las apreciaciones de la diligencia pericial, el damnificado estuvo privado en los tres primeros meses de toda su capacidad y de las dos terceras partes de su renta de trabajo en el tiempo restante. Según los cálculos que al respecto formula la experticia la liquidación debe hacerse así:

Del 24 de julio de 1938 al 24 de octubre del mismo (3 meses) a $ 80.00 c/u...	240.00
Del 24 de octubre de 1938 al 31 de mayo de 1942 (43 meses y 7 días) a $ 53.33	2.305.28
Suma el perjuicio total indemnizable.. $	3.745.28

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales corrige el error que contiene su auto del 17 de noviembre de 1945 y señala en la cantidad de tres mil setecientos cuarenta y cinco pesos con veintiocho centavos ($ 3.745.28) los perjuicios ordenados liquidar en la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1942. Queda asimismo corregido el error de que adolece el auto del Tribunal, dictado el día 22 de febrero de 1945.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

Conforme a los principios que dominan la prueba procesal y a la reiterada jurisprudencia de la Corte, la valoración del mérito probatorio de un dictamen pericial corresponde hacerla al juzgador en el momento de proferir el fallo y no en los incidentes que puedan suscitarse antes de esta oportunidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Por sentencia definitiva expedida el nueve (9) de abril de 1943, la Corte Suprema de Justicia puso fin al juicio ordinario seguido por el doctor Nicolás Fuentes Jiménez contra el Departamento del Atlántico para el cobro de los perjuicios que se le causaron con motivo de la violación de un contrato sobre bienes ocultos celebrado entre el demandante y la entidad departamental, así como por la revocación intempestiva del mandato que le había sido conferido al querellante en desarrollo de aquel pacto.

En el fallo en mención se declaró al Departamento civilmente responsable por el incumplimiento del referido contrato sobre bienes ocultos y se condenó a la misma entidad al pago de perjuicios, cuya cuantía debía ser fijada conforme a los trámites establecidos en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil y de acuerdo con las bases de estimación indicadas en la parte motiva de aquella resolución. Es de advertir desde ahora que la cuantía de los perjuicios —según se dispuso expresamente en la sentencia— no podía alcanzar una cifra superior a $ 150.000.00, que fue la estimación dada por el actor en su querella.

Las bases para la regulación fueron señaladas por el fallador de última instancia en el siguiente pasaje de la sentencia, así: "Esencialmente contemplado el problema indemnizatorio se reduce a satisfacer al doctor Fuentes Jiménez este doble perjuicio: daño emergente, que resulta del valor que tenga, estimado pericialmente, el aporte de sus conocimientos profesionales conducentes a demostrar el derecho del Departamento del Atlántico sobre el ferrocarril objeto del bien oculto, y de los gastos que el abogado tuvo que hacer para preparar las acciones respectivas ordenadas a la reivindicación del ferrocarril; y lucro cesante consistente en el valor de los honorarios que corresponden ordinariamente a gestiones de esta clase y que el doctor Fuentes habría realizado si no se le revoca el mandato. Agrega la motivación en este punto que al practicarse el avalúo ordenado deberá tenerse en cuenta el valor del secreto profesional y de los conocimientos que el demandante entregaba al Departamento o ponía a su servicio con el fin de obtener la reivindicación de la propiedad objeto del contrato sobre bien oculto (el Ferrocarril de Barranquilla a Sabanilla). Esto en cuanto al daño emergente, porque en relación con el lucro cesante, la indemnización debería comprender lo que el demandate hubiera tenido derecho a percibir, en calidad de honorarios, habida cuenta lo que de ordinario se paga por la gestión de litigios análogos a abogados de buena reputación y crédito profesional.

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla promovió el doctor Fuentes Jiménez el incidente sobre ejecución del fallo, presentando al efecto la liquidación motivada prevista en el Título XV, Capítulo I, del Código Judicial. Como la estimación dada por el interesado a los perjuicios fuera impugnada por el representante de la parte demandada, se abrió el incidente de rigor durante el cual se produjeron las pruebas conducentes y se tramitaron las objeciones formuladas a los dictámenes periciales sobre la cuantía de la indemnización reclamada y reconocida, las cuales fueron decididas por providencia del 26 de julio de 1944. Esta resolución fue apelada por las partes, y el recurso a que dio lugar terminó con la decisión de esta Sala de Negocios Generales de la Corte, fechada el 5 de marzo de 1945, por medio de la cual se declararon parcialmente fundadas las objeciones enderezadas contra la experticia por error grave en los dictámenes de los peritos doctores Claudio M. Blanco y Andrés Heilbron Merlano respecto a la estima-

ción por ellos asignada al lucro cesante que debe indemnizarse, pero encontró sin fundamento las demás observaciones por la misma causa —error grave— aducidas en relación con el justiprecio dado por los peritos al daño emergente, el cual quedó en firme como prueba idónea para ser apreciada en la resolución definitiva del incidente regulatorio.

En obedecimiento a este proveído, ante el Tribunal de Barranquilla se rehizo el dictamen en la parte cuya objeción se reconoció fundada sometiéndose el punto a los peritos nombrados al efecto, señores doctores Francisco Carbonell González y M. T. Mendoza Amarís, quienes rindieron el concepto uniforme visible a los folios 46 y siguientes del cuaderno número 19.

El mismo Tribunal, según auto del 29 de octubre último, puso término a la articulación, fijando en la cantidad de $ 88.296.53 el total de los perjuicios que deben cubrirse al doctor Fuentes Jiménez en virtud del fallo de la Corte que los reconoció **in genere** y dispuso su regulación en la forma expresada.

Contra esta última providencia interpuso recurso de apelación el señor Gobernador del Departamento, en su carácter de representante de la parte demandada, y habiéndose cumplido en la Corte los trámites de ley va a adoptarse la decisión final del negocio, para lo cual se hacen las consideraciones que siguen:

El Tribunal del conocimiento, con base en la prueba pericial que figura en el expediente computó el valor del daño en la indicada cifra de $ 88.296.53, la cual descompuso en las siguientes partidas:

Daño emergente:

a) Gastos	$ 5.000.00
b) Secreto profesional y conocimiento	23.296.53
Lucro cesante	60.000.00
Total de la indemnización	$ 88.296.53

Respecto al daño emergente el Tribunal —según se lee en la fundamentación de la providencia recurrida —tuvo en cuenta la unanimidad en el concepto de los peritos. De Sola Roncallo y Heilbron en cuanto a la estimación de $ 5.000.00 como cantidad correspondiente a los gastos que hubo de efectuar el doctor Fuentes Jiménez para preparar las acciones encaminadas a la reivindicación para el Departamento de la línea férrea Barranquilla-Sabanilla. Y por lo que hace a la otra partida imputable a título de daño emergente, o sea la correspondiente al secreto profesional y los conocimientos aportados por el denunciante de los bienes ocultos, el inferior adoptó el medio aritmético de los avalúos asignados por los expertos, explicando que las cifras producidas por éstos fueron las de $ 20.000.00, $ 31.171.86 y $ 18.717 que arrojan una suma global de $ 69.889.61, la que dividida por tres (3) da el medio aritmético señalado en la decisión.

El procedimiento de que usó el Tribunal para estimar y aplicar al caso de autos la prueba pericial es jurídico y está expresamente autorizado por el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil, por lo que la Corte en principio no puede menos de aceptarlo.

Como fundamento de su dictamen respecto al valor del secreto profesional y los conocimientos aducidos por el doctor Fuentes Jiménez, los peritos tuvieron en cuenta los únicos elementos posibles para una apreciación acertada dentro de la complejidad de su tarea, o sea el beneficio patrimonial que el departamento podía derivar de la comunicación del secreto, la calidad de los estudios realizados con el fin de demostrar la verdadera propiedad del bien objeto de la denuncia y el esfuerzo que imponía un estudio de esta naturaleza.

Se copia la conclusión del perito designado por el Departamento, doctor De Sola Roncallo:

"En una palabra, pues, el doctor Fuentes Jiménez entregó al Departamento del Atlántico con ocasión del contrato incumplido, un importante secreto profesional y un cúmulo de conocimientos jurídicos que le demandaron un gran esfuerzo intelectual para determinar no solamente de quién era el Ferrocarril de Barranquilla a Sabanilla, sino también las acciones judiciales pertinentes y el modo de ejercerlas para recuperar el dominio del bien constituído por muchos muebles e inmuebles. Teniendo en cuenta todos estos factores, avalúo tales secreto y conocimientos profesionales entregados al Departamento en la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda legal".

Empero, y en lo que concierne a la partida de $ 5.000.00, respecto a la cual hay conformidad entre los peritos, aparece explicada en el dictamen suscrito por el doctor De Sola Roncallo, visible a los folios 31 a 32 v. del cuaderno número 22.

Después de enumerar las piezas aportadas por el denunciante de los bienes ocultos doctor

Fuentes Jiménez, para la actuación del negocio, dice:

'La búsqueda de esas 28 rarísimas piezas y la obtención de sus copias en los archivos de la República, tuvieron que demandarle al doctor Fuentes Jiménez el consumo de muchísimo tiempo que restó a su normal y cuotidiano ejercicio profesional, ya que al hablar de ese tiempo no sólo hay que tomar en cuenta el que le consumieran los escritos redactados para pedir las copias, las diligencias que por sí o por medio de mandatarios tuviera que llevar a cabo para obtenerlas en debida forma, sino también el que gastara en averiguar en qué archivo estaban los originales, qué números del **Diario Oficial** los contenían y cuáles piezas eran las adecuadas a su fin.

A lo dicho en el párrafo anterior debe agregarse el tiempo consumido en la celebración con el gobierno seccional del contrato sobre denuncio del bien oculto y el que le exigiera el desarrollo de sus primeras obligaciones contractuales, así como también el costo de las diligencias referidas, inclusive el valor de las difíciles copias.

Teniendo, pues, en consideración los factores anotados, o sea el valor de los documentos obtenidos y del tiempo que restó el actor a su ordinaria productividad profesional que no era la de un abogado cualquiera, sino la de un colega bien reputado y que ocupàba y ocupa en la ciudad una buena posición profesional, como consta en autos y es del dominio público, avalúo el perjuicio de de que vengo hablando ahora, en la suma de **cinco mil pesos** ($ 5.000.00)".

Como se desprende de la simple lectura de los pasajes transcritos, es obvio que en la mencionada cifra de $ 5.000.00, no sólo se computó el valor de los gastos hechos por el interesado para aparejar la documentación presentada a la administración departamental del Atlántico, sino que igualmente se tuvo en cuenta la estimación pecuniaria del tiempo invertido por el doctor Fuentes Jiménez en la investigación de los archivos en donde las diversas piezas documentales se hallaban y en la obtención de las mismas así como el tiempo empleado para formalizar el contrato respectivo con el Gobierno Seccional.

Habiendo sido solicitado por el sustanciador en esta segunda instancia una explicación y ampliación del dictamen para que los peritos manifestaran específicamente la cuantía de cada una de las referidas imputaciones, los doctores De Sola Roncallo y Heilbrón Merlano hicieron el siguiente cómputo:

a) Valor de las 28 piezas documentales y de las diligencias hechas por el doctor Fuentes Jiménez o sus mandatarios para localizarlas y obtenerlas ..... $ 1.000.00

b) Valor del tiempo que el interesado hubo de restar a sus actividades profesionales en averiguación de estos documentos 1.000.00

c) Valor del tiempo distraído por el mismo en celebrar el contrato con el Departamento y desarrollarlo inicialmente. 3.000.00

Explican los peritos los cómputos anteriores diciendo que durante el tiempo empleado en la forma indicada en los apartes b) y c) el doctor Fuentes Jiménez dejó de percibir las entradas correspondientes al ejercicio de su profesión de abogado, que estiman en las cantidades ya dichas de $ 3.000.00 y $ 1.000.00, respectivamente.

No hay dificultad ninguna en comprender que los tasadores excedieron los límites señalados en la sentencia del 9 de abril de 1943, en la cual la Corte reconoció la obligación del departamento de pagar los perjuicios demandados por el doctor Fuentes Jiménez, pues en ella claramente se expresó que por concepto de daño emergente debían avaluarse "los gastos que el abogado tuvo que hacer para preparar las acciones respectivas ordenadas a la reivindicación del ferrocarril".

De acuerdo con estas bases, que los peritos no podían alterar sin desorbitar el ejercicio de sus naturales funciones, solamente las sumas de dinero gastadas por el actor debían tenerse en cuenta y no así las probables entradas que el mismo dejara de percibir en el ejercicio normal de sus actividades profesionales, tanto porque esta última clase de perjuicio no fue expresamente mencionada como indemnizable a título de daño emergente, cuanto porque ella aparece computada en otro renglón de las reparaciones acordadas. De ahí que al acoger el Tribunal las conclusiones del dictamen respecto al cómputo global de los $ 5.000.000 como equivalente de las sumas distraídas por el actor en los gastos propios del negocio, reconoció una doble indemnización por el mismo concepto.

Por tales motivos, la Sala habrá de reformar la resolución del inferior para liquidar sólo la cifra de $ 1.000.00 que la experticia estima como el valor de los gastos hechos para obtener los elementos documentales que sirvieron para la gestión

fallida, mediante la celebración del contrato que originó el litigio a causa del incumplimiento de una de las partes a él vinculada. No es obstáculo para esta solución que la Sala hubiera declarado esta parte del peritazgo como exenta de error grave, pues conforme a los principios que dominan la prueba procesal y a la reiterada jurisprudencia de la Corte, la valoración del mérito probatorio corresponde hacerla al juzgador en el momento de proferir el fallo y no en los incidentes que puedan suscitarse antes de esta oportunidad.

Esta conclusión de la Corte encuentra mayor respaldo si esto fuere necesario, en las bases sentadas por el propio dictamen pericial rendido por el doctor De Sola Roncallo y acogido por el doctor Heilbron Merlano, el cual trae el siguiente pasaje que concreta el objeto de la experticia en relación con el daño emergente:

"**Segundo.**—El daño emergente debe comprender el valor del secreto profesional que el doctor Fuentes Jiménez depositara en el departamento del Atlántico al celebrar con éste el incumplido contrato de denuncio de un bien oculto; el valor del estudio y esfuerzos profesionales que tuvo que hacer y entregó al Departamento para demostrarle que era de propiedad de esa entidad el bien denunciado como oculto, **y los gastos efectuados por el mismo doctor Fuentes Jiménez para allegar toda la documentación necesaria para respaldar sus opiniones profesionales y para celebrar el contrato violado**". (Subrayado de la Corte).

Lucro cesante

Como factores integrantes del justiprecio, la experticia hizo figurar el valor de los bienes reivindicables para el departamento, lo que constituye la cuantía del litigio que ha debido adelantarse por el doctor Fuentes Jiménez si el contrato hubiera tenido el desarrollo que las partes previeron al tiempo de su celebración, la naturaleza del juicio que habría sido necesario seguir para obtener la reivindicación de los bienes que se reputaban ocultos y la calidad de las partes oponentes a los derechos del departamento.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias el dictamen considera que la remuneración que ordinariamente cobra un abogado de buena reputación profesional por adelantar un negocio de esta clase puede estimarse en el 10 % de la cuantía del mismo, o sea la cantidad de $ 150.000. El peritazgo fija esta cifra como máxima, y como mínima la de $ 20.000.00.

Sobre tales bases numéricas, y en la imposibilidad de saber cuál fue en definitiva la solución del litigio, es decir, si éste habría de ganarse o por el contrario perderse para el departamento, los tasadores buscaron el medio aritmético entre las dos cantidades expresadas y de la resultante excluyeron el valor atribuído al secreto profesional que ya se había computado como daño emergente, además de otra cantidad que acercara el residuo al extremo de los honorarios mínimos. Mediante este procedimiento, se hicieron las siguientes operaciones: el medio aritmético, que resulta de sumar $ 150.000.00 y $ 20.000.00 y de dividirlos por dos, es la cantidad de $ 85.000.00. De ésta se resta la de $ 20.000.00, en que se estimó el valor del secreto profesional y la cantidad de $ 5.000.00, de la cual queda un residuo definitivo de $ 60.000.00, que representa el monto del lucro cesante.

El anterior justiprecio lo hace el doctor De Sola Roncallo y lo acogen los peritos doctores Francisco Carbonell González y M. T. Mendoza Amarís, quienes actuaron a causa de haber declarado la Corte Suprema error grave en los avalúos que sobre el lucro cesante realizaron los doctores Claudio M. Blanco y Heilbron Merlano (providencia del 5 de marzo de 1945).

Estando el dictamen debidamente fundado en esta parte y de acuerdo con las bases señaladas por la Corte para la regulación de este orden de los perjuicios que deben indemnizarse al doctor Fuentes Jiménez, la Sala lo aceptará sin modificaciones.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la liquidación verificada por el Tribunal deberá ser reformada para el único objeto de rebajar la cantidad de $ 4.000.00 imputados erróneamente a título de daño emergente.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— reforma la providencia recurrida, y en su lugar señala la cantidad de $ 84.296.53, el valor de los perjuicios que el Departametno del Atlántico deberá cubrir al doctor Nicolás Fuentes Jiménez, en cumplimiento de la sentencia de fecha 9 de abril de 1943.

Notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en pdad.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

Ha sido jurisprudencia de la Sala la de decretar la práctica de un dictamen pericial dentro del incidente mismo de un experticio tachado de error grave.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Dentro del juicio promovido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por Gustavo Reyes y otro contra la Nación, se suscitó el incidente de objeciones al dictamen pericial previsto en el artículo 720 del Código Judicial, al cual se le dio la tramitación indicada en la expresada norma.

Entre las pruebas invocadas por la sociedad de Fomento Petrolero, promotora de la articulación, el respectivo apoderado sometió a un nuevo experticio el cuestionario comprendido dentro de los numerales a), b), c) y d) del punto primero de su memorial.

El Tribunal, en providencia de 24 de julio de 1946, al decretar las demás pruebas solicitadas, no accedió a ordenar la práctica del dictamen pedido, alegando su inconducencia e ineficacia al tenor de lo preceptuado en el artículo 596 del Código de Procedimiento Civil, amén de que, de otro lado, con la nueva pericia podría llegarse "a un círculo vicioso, que la justicia no puede permitir".

Contra esta resolución se interpuso oportunamente la alzada y en auto de 23 de agosto del mismo año el Tribunal la concedió para ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, en donde se encuentran cumplidos los ritos inherentes a la instancia.

El señor Procurador Delegado en lo Civil es de concepto que la providencia apelada debe revocarse, pues estima infundadas las apreciaciones del **a quo**.

La Sala considera:

Es principio dominante de nuestro derecho probatorio el de la facultad de las partes para hacer uso de los medios específicos de prueba consagrados en la ley positiva. Unicamente en los casos en que lo exige se requiere una prueba determinada, y resulta inoperante aducir otros medios; y tampoco cuando rechaza determinada probanza puede la parte tratar de invocarla. Pero en uno y otro evento es indispensable una norma que consagre expresamente la excepción. Tal es, por ejemplo, el título traslaticio de dominio respecto de la tradición de inmuebles (artículo 745 C. C.), y el rechazo de la prueba testimonial respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (artículo 1767 ibídem).

Dentro del sistema de pruebas procesales imperante en nuestro derecho existe la institución del perito para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales.

Siendo el peritazgo uno de los medios que la Ley faculta utilizar para la demostración de determinados hechos, es ilógico pretender que no obra dentro de la articulación sobre errores a un experticio no encontrándose norma que expremente lo prohiba.

En casos similares, esta Sala de la Corte ha decretado la práctica de un dictamen pericial dentro del incidente mismo de un experticio tachado de error grave. El citado por el señor Procurador, es bien explícito al respecto.

En relación con el argumento de que es preciso prevenir el círculo vicioso que se formaría frente a nuevas objeciones a los dictámenes posteriores, el artículo 720, inciso 2º, autoriza al fallador para imponer la sanción que contempla, cuando el articulante obre con temeridad.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REVOCA el auto apelado en cuanto niega la práctica del dictamen pericial solicitado en el punto primero del memorial respectivo, y en su lugar dispone:

Con citación de la parte contraria, decrétase la práctica de la prueba solicitada en el punto primero del memorial correspondiente.

Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

DEVOLUCION O REINTEGRO DE SUMAS PAGADAS POR IMPUESTOS

A partir de 1913 las controversias que puedan suscitarse entre la Administración y los ciudadanos relativas a la asignación o liquidación fueron contraídas expresamente de la jurisdicción común por mandato de la ley 130. Y el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), que está en vigencia desde el primero de abril de 1942, contiene todo un capítulo destinado a regir la misma materia; por lo que, en presencia de disposiciones tan terminantes y expresas como las indicadas, no es susceptible de duda alguna el hecho de la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de esta clase de litigios.

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

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por providencia fechada el 2 de mayo de 1945 declaró probada la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el Fiscal Primero de aquella entidad en el juicio promovido por don Federico Vásquez y su legítima mujer doña Luisa Uribe de Vásquez contra el Departamento de Antioquia.

Contra el anterior pronunciamiento interpuso el apoderado de los actores recurso de reposición y subsidiariamente el de alzada para ante esta Superioridad. Habiéndose denegado el primero, el negocio se encuentra en la Sala de Negocios Generales en ejercicio del resurso de apelación, que le fue concedido por auto del 22 de junio del mismo año.

Con el objeto de resolver lo que fuere de derecho, la Corte hace las consideraciones que siguen:

En síntesis, la declaración de declinatoria fori hecha por el Tribunal, se funda en que la cuestión sometida al Tribunal implica la revisión del acto de liquidación de un impuesto, o sea una materia atribuída expresamente por la ley a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De acuerdo con el libelo con que el juicio se inició, aparece que los actores pretenden, según la parte petitoria de la demanda, que se hagan las declaraciones siguientes:

1ª Que la convención sobre capitulaciones matrimoniales acordada entre Federico Vázquez Toro y Luisa Uribe de Vásquez, y a la cual se refiere la escritura número 1060 de la Notaría tercera de Medellín, del 14 de mayo de 1924, debe pagar la suma de un peso por derechos de registro, de acuerdo con la Ley 52 de 1920 (aparte g) del artículo 1º)

2ª Que los demandantes son dueños de la cantidad de $ 1.676.76 que en su concepto pagaron de más por el registro del mencionado instrumento y que el Departamento de Antioquia, como actual poseedor de la indicada suma, está obligado a restituírla a sus dueños con los intereses legales, a partir del catorce de mayo de 1924.

Como súplicas subsidiarias para el caso de denegación de las anteriores, fueron formuladas las que a continuación se resumen:

a) Que el Departamento de Antioquia recibió de los actores, sin éstos debérsela, la indicada cantidad de $ 1.676.76 por el concepto ya dicho y que está en la obligación de reembolsársela con sus intereses; y

b) Que es nulo — de nulidad absoluta — el acto por medio del cual los actores consignaron o pagaron el día 14 de mayo de 1924 la suma tantas veces mencionada, y en consecuencia el Departamento demandado está en el deber no sólo de restituír las cosas al estado anterior "sino de reintegrar el patrimonio de los actores devolviéndoles con sus intereses legales la mencionadá cantidad de dinero".

Incuestionable resulta en vista de estas súplicas que la intención manifiesta de los actores es la de que se ordene la restitución o reintegro de las cantidades que consideran haber cubierto en exceso a la Administración de Hacienda Departamental de Antioquia con motivo del registro de la escritura pública contentiva de las capitulaciones matrimoniales que hubieron de celebrar en el año de 1924. O sea, en otros términos, que

pretenden la nulidad o la revisión de la operación administrativa por medio de la cual se liquidó el tributo, a fin de que se fije por el Tribunal el monto de lo realmente debido y se disponga la devolución del exceso indebidamente cobrado. Siendo esto así, no cabe duda de ningún género respecto a la procedencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por el representante legal de la entidad demandada ni respecto a la juridicidad de la resolución contenida en la providencia objeto del recurso.

En efecto, a partir de 1913, las controversias que puedan suscitarse entre la administración y los ciudadanos relativas a la asignación o liquidación de impuestos fueron sustraídas expresamente de la jurisdicción común por mandato de la Ley 130. Y el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), que está en vigencia desde el primero de abril de 1942 contiene todo un capítulo destinado a regir la misma materia; por lo que, en presencia de disposiciones tan terminantes y expresas como las indicadas no es susceptible de duda alguna el hecho de la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de esta clase de litigios.

A juicio de la Sala, sobrarían por tanto, nuevos argumentos para mantener la resolución del **a quo.**

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma en todas sus partes la providencia objeto del recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Eleuterio Serna — Víctor Cock. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

JUICIO SUMARIO SOBRE PETROLEOS

Ya había dicho la Corte que la intervención del cabildo en el repartimiento de tierras dadas a las poblaciones se hallaba previsto en varias leyes, entre ellas la V, título XII del Libro IV de la Recopilación, que disponía: "Habiéndose de repartir las tierras... los Virreyes o Gobernadores..... hagan el repartimiento, con parecer de los cabildos".

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

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

La Junta Petroleum Company, sociedad anónima constituída de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América del Norte, con sucursal colombiana domiciliada en Bogotá, dio aviso al Ministerio de Minas y Petróleos (febrero 5 de 1945) de que pretende efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que reputa de propiedad privada, y explotar dicho petróleo, en un globo de terreno de noventa y dos mil seiscientas noventa y una hectáreas, mil setecientos ochenta y seis metros cuadrados (92.691 — 1.786 Hts.), ubicado en jurisdicción de los Municipios del Carmen, San Jacinto, y Córdoba, del Departamento de Bolívar, y alinderado así: "Desde la mediación del camino real que une las poblaciones del Carmen y San Jacinto (mojón número 62), se sigue en línea recta de tres mil setecientos ochenta y ocho metros sesenta y ocho centímetros (3.788.68 mts.) con rumbo Sur ochenta y cuatro grados veinte minutos, diez y nueve segundos Este (S. 84° 20' 19" E.) hasta la boca del arroyo de Ceferino o Severino, que sale al arroyo de Oso; inmediato al Retiro de las Vacas (mojón número 63); de este punto en línea recta de cuatro mil setecientos setenta y un metros veinte centímetros (4,771.20 mts.) con un rumbo Norte ochenta y ocho grados veintinueve minutos siete segundos Este (N. 88° 29' 07" E.) a la cima del cerro de las cabeceras del arroyo de Membrillal (mojón número 64); de este punto se sigue en línea recta de seis mil ciento dos metros noventa y cinco centímetros (6.102,95 mts.) con rumbo Sur setenta y siete grados veintidós minutos, treinta y tres segundos Este (S. 77° 22' 33" E.) a la cima de la loma situada en medio del camino del retiro del Chorro y la ciénaga de Jesús del Monte, en que se dividen las aguas que corren a uno y otro lugar, hoy loma de San Lorenzo (mojón número 65); de aquí se sigue en línea recta de cinco mil setecientos setenta y cinco metros treinta centímetros (5.775,30 mts.) con rumbo Norte sesenta grados cincuenta y nueve minutos, treinta y ocho segundos Este (N. 60° 59' 38" E.) hasta llegar al centro de la ciénaga de Guayabal (mojón número 66); de aquí se sigue en línea recta de tres mil ochocientos treinta y seis metros cincuenta centímetros (3.836,50 mts.) con rumbo Norte cincuenta y nueve grados, cinco minutos, cincuenta y tres segundos Este (N. 59° 05' 53" E.), hasta llegar al cerro de Popa Galera o de Don Lorenzo (mojón número 67); de aquí se sigue en línea recta de cinco mil setecientos ochenta y cinco metros cuarenta centímetros (5.785,40 mts.), con rumbo Sur ochenta y seis grados cuarenta y dos minutos, cuatro segundos Este (S. 86° 42' 04" E.), hasta llegar a la ciénaga de Venadillo (mojón número 68); de aquí se sigue en línea recta de mil ciento veintisiete metros ochenta y siete centímetros (1.127,87 mts.) con rumbo Norte setenta y tres grados, diez y ocho minutos, treinta y tres segundos Este (N. 73° 18' 33" E.) para llegar a la ciénaga de Soledad (mojón número 69); de aquí se sigue en línea recta de tres mil ciento noventa y siete metros veintiocho centímetros (3.197,28 mts.) con rumbo Sur siete grados, diez y siete minutos, veintitrés segundos Este (S. 7° 17' 23" E.) hasta llegar a la ciénaga de Salitral (mojón número 70); de aquí se sigue en línea recta de mil novecientos noventa y ocho metros cincuenta y nueve centímetros (1.998,59 mts.) con rumbo Sur veinticuatro grados, veintitrés minutos, diez y ocho segundos Oeste (S. 24° 23' 18" W.) hasta llegar al cerro Cortesano (mojón número 71); de aquí se sigue en línea recta de siete mil novecientose sesenta metros noventa y cinco centímetros (7.960,95 mts.) con rumbo Sur siete

grados, cuarenta y ocho minutos, doce segundos Oeste (S. 7° 48' 12" W.), hasta llegar a las tierras de Santa Rita (mojón número 72); de aquí se sigue en línea recta de nueve mil ochocientos veintiún metros setenta y cuatro centímetros (9.821,74 mts.) con rumbo Sur diez y siete grados, veintiún minutos, treinta y cuatro segundos Oeste (S. 17° 21' 34" W.) hasta llegar al cerro Corcovado (mojón número 73); de aquí se sigue en línea recta de siete mil cuatrocientos noventa y cinco metros treinta y seis centímetros (7.495,36 mts.) con rumbo Sur setenta y cinco grados, veinticuatro minutos treinta y ocho segundos Oeste (S. 75° 24' 38" W.) hasta llegar al bajo de Mojahuevos (mojón número 74); de aquí se sigue en línea recta de dos mil quinientos sesenta y un metros sesenta y dos centímetros (2.561,62 mts.) con rumbo Sur sesenta y seis grados, cincuenta y dos minutos, treinta segundos Oeste (S. 66° 52' 30" W.) hasta llegar a la ciénaga de Jacinto (mojón número 75); de aquí se sigue en línea recta de cuatro mil trescientos seis metros quince centímetros (4.306,15 mts.) con rumbo Sur treinta y dos grados, cuarenta minutos, trece segundos Oeste (S. 32° 40' 13" W.) hasta llegar a la boca del arroyo de Morrocoy que sale a Mancomoján Grande (mojón número 76); de aquí se sigue en línea recta de diez mil setecientos treinta y cinco metros treinta y cuatro centímetros (10.735,34 mts.) con rumbo Norte setenta y ocho grados, diez y seis minutos, cincuenta y cuatro segundos Oeste (N. 78° 16' 54" W.) hasta llegar al salto Arenas (mojón número 77); de aquí se sigue en línea recta de tres mil cuarenta metros, cuarenta y cuatros centímetros (3.040,44 mts.) con rumbo Norte ochenta y cinco grados, veinticuatro minutos, cuarenta y dos segundos Oeste (N. 85° 24' 42" W.) hasta llegar al salto de Medina (mojón número 78); de aquí se sigue en línea recta de tres mil cincuenta metros cincuenta y seis centímetros (3.050,56 mts.) con rumbo Norte, cuarenta y un grados, quince minutos, veinticinco segundos Oeste (N. 41° 15' 25" W.) hasta llegar a la Loma del Banco (mojón número 79); de aquí se sigue en línea recta de seis mil ciento cuarenta y siete metros treinta centímetros (6.147,30) con rumbo Norte treinta y nueve grados, cuarenta y nueve minutos, treinta y seis segundos Oeste (N. 39° 49' 36" W.) hasta llegar a la mediación del camino real entre El Carmen y Ovejas, punto llamado La Convención (mojón número 80); de aquí se sigue en línea recta de cinco mil quinientos cuarenta y un metros treinta y cinco centímetros (5.541,35 mts.) con rumbo Norte ochenta y siete grados, cuarenta y siete minutos Oeste (N. 87° 47' W.) hasta llegar al salto de Mancomojancito (mojón número 81); de aquí se sigue en línea recta de cuatro mil trescientos noventa y cinco metros cincuenta y seis centímetros (4.395,56 mts.) con rumbo Norte treinta grados, veintitdós minutos, cincuenta y tres segundos Oeste (N. 30° 22' 53" W.) hasta llegar a la Boca del Jobo (mojón número 82); de aquí se sigue por el antiguo camino de las sabanas de Tolú para la plaza de Cartagena (que se conoció con el nombre de Trillón del Rey), buscando siempre la dirección de la Loma del Guapo, situada en el mismo camino que antecede, que es el lindero occidental del Carmen por la banda y costa de la mar; y se sigue atravesando todo el occidente, cruzando los arroyos de Las Lajas y Ana Morena hasta llegar a la sábana de María, en el mismo camino antiguo de las expresadas sabanas de Tolú, en el punto en que se encuentra con las tierras de la hacienda de Márquez, o sea donde el antiguo Trillón del Rey cruza el arroyo de María (mojón número 83); la línea recta imaginaria que une los mojones 82 y 83 tiene una longitud de veintitrés mil doscientos metros cuarenta y siete centímetros (23.200,47) y un rumbo Norte un grado, tres minutos, un segundo Oeste (N. 1º 03' 01" W.); de aquí (mojón número 83) se sigue por todo el curso del arroyo de María la Vieja, aguas arriba, hasta la boca del arroyo de Matambá (Boca de Culebra) (mojón número 60); la línea recta imaginaria que une los mojones 83 y 60 tiene una longitud de dos mil ochocientos treinta y siete metros setenta y seis centímetros (2.837,76 mts.); y un rumbo Sur, setenta y dos grados, veintiún minutos, cuarenta y ocho segundos Este (S. 72° 21' 48" E.); de Boca de Culebra (mojón número 60) se sigue en línea recta de seis mil ochocientos cuarenta y dos metros veintitrés centímetros (6.842,23 mts.) con rumbo Sur, diez grados, quince minutos, cuarenta y dos segundos Este (S. 10° 15, 42" E.) hasta el salto del arroyo de Arenas (mojón número 61); de aquí se sigue en línea recta de diez mil novecientos diez y seis metros cuarenta y tres centímetros (10.916,43 mts.) con rumbo Sur, setenta y tres grados, diez minutos, tres segundos Este (S. 73° 10' 03" E.) hasta llegar a la mediación del camino real que une las poblaciones del Carmen y San Jacinto, punto de partida (mojón número 62).

Manifestó también el avisante, en el memorial de aviso referido, que del terreno alinderado ha-

brá lugar a excluír el predio conocido con el nombre de "Bebederos", que fue enajenado por el Municipio del Carmen a la Casa A. Held, de Jesús del Río, Bolívar, por medio de la escritura pública número 84 de 4 de junio de 1917, otorgada en la Notaría del Circuito Notarial del Carmen, Bolívar. Aparecen descritos en el memorial en mención los linderos del lote excluído.

Habiéndose suscitado inicialmente ante el Ministerio controversia acerca de la legítima facultad que pudiera tener la Compañía avisante para representar no sólo en nombre propio sino también en nombre del Municipio que figura como propietario de los terrenos respectivos, hubo de ser definido el punto por resolución ministérial, de 15 de octubre de 1945, en sentido favorable a la efectiva representación del Municipio por la Compañía interesada en la exploración con perforación.

Tramitado en consecuencia el asunto ante el Ministerio, este Despacho en providencia de 15 de marzo de 1946, por no haber hallado suficientemente fundadas las pretensiones de la entidad avisante a que los posibles yacimientos petrolíferos fueran considerados de propiedad particular, es decir de propiedad del Municipio del Carmen, hubo de disponer el envío del aviso de exploración en referencia a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, para los fines del artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

Y comoquiera que ante esta entidad jurisdiccional ha sido sometido el asunto a la tramitación adecuada, a efecto de dictar fallo de fondo, se considera lo siguiente:

Para fundamentar su petición con base en el dominio privado del petróleo dijo la Compañía en el escrito de aviso antes mencionado presentado ante el Ministerio:

"Pruebas que demuestran el derecho a extraer el petróleo por parte del avisante:

"1) La Junta Petroleum Company adquirió por cesión, que le hizo la Texas Petroleum Company el contrato de exploración y explotación de petróleos en el Municipio del Carmen Bolívar, según consta en escritura número 2.691, otorgada el 28 de diciembre de 1943 en la Notaría Quinta de Bogotá, y ejercitó afirmativamente el derecho de opción para que rigiera dicho contrato conforme a la escriutra número 2.896 de fecha 2 de diciembre de 1944 de la misma Notaría. (Anexo III, documentos 1 y 2).

"2) La Texas Petroleum Company adquirió el contrato de que trata el punto anterior por cesión que le hizo el señor Alejo Maldonado conforme a escritura número 229, otorgada en 7 de mayo de 1940 en la Notaría Primera de Cartagena (anexo III, documento 3).

"3) Alejo Maldonado celebró con el Municipio del Carmen el contrato de exploración y explotación de petróleos que luego cedió a la Texas Petroleum Company según escritura número 116, otorgadas el 7 de marzo de 1940 en la Notaría Primera de Cartagena (anexo III, documento 4).

"Pruebas de la propiedad privada del petróleo

"Los terrenos materia del aviso salieron del dominio del Estado con anterioridad a la reserva que rigió desde el 28 de octubre de 1873 y, por consiguiente, son de propiedad privada, como se deduce de los siguientes hechos, que se demuestran con los documentos que en cada uno se citan:

"1) En el año de 1779 Don Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador y Comandante General de la plaza de Cartagena, adjudicó tierras a varios sitios de la Montaña de María, entre ellos al Carmen, según consta en la documentación protocolizada en la escritura pública número 63, otorgada el 20 de diciembre de 1872 en la Notaría del Carmen Bolívar (Anexo IV, documento 1).

"Para mayor ilustración, sobre las adjudicaciones, presento copia auténtica de la parte pertinente del libro de don Antonio de la Torre y Miranda, fundador de las poblaciones citadas, libro titulado **Noticia Individual de las poblaciones nuevamente fundadas en la Provincia de Cartagena,** impreso en el año de 1794 (Biblioteca Nacional, S. 1/3, pz. 650, páginas 33 y siguientes) (Anexo IV, documento 2) y una copia fotostática autenticada del plano correspondiente, levantado en el año de 1787 por el señor Don Juan López (Anexo IV, documento 3).

"2) Los títulos citados en el punto primero fueron registrados de acuerdo con la ley de 13 de octubre de 1821 ante el agrimensor oficial don Joaquín Gómez, como consta de la copia de la escritura número 411, otorgada en la notaría de Cartagena el 1º de junio de 1943 (Anexo IV, documento 4).

"3) El Municipio del Carmen es el actual poseedor de los terrenos que se le adjudicaron al sitio del mismo nombre por Don Antonio de la

Torre, determinados como se expresó atrás. Presento el correspondiente certificado del registrador (Anexo IV, documento 5)".

Además bajo el título de **reconocimiento por parte del Estado de la propiedad del Municipio,** agregó el memorialista lo que a continuación se copia:

"Por resolución de fecha 24 de octubre, 1922, dictada por el Ministerio de Obras Públicas, Oficina Nacional de Minas, se aprobó el contrato celebrado entre el Municipio de El Carmen y el señor Erasmo Donado Llanos sobre exploración y explotación de petróleo en los terrenos de propiedad del Municipio de El Carmen, aprobación que se dio por considerarse de propiedad del municipio los citados terrenos. Presento copia autenticada del **Diario Oficial** número 18577 de octubre 31, 1922, en que se publicó la Resolución. (Anexo V, documento 4)".

Hubo de expresarse antes en el presente fallo que, por resolución del Ministerio de fecha 15 de marzo de 1946, se dispuso el envío del asunto a la Corte.

Ahora bien: para llegar a tal conclusión el Ministerio en la resolución mencionada adujo, entre otras, la siguiente razón: El no haberse presentado por el avisante el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, porque en sentir del Ministerio, "no pueden considerarse como tal y como causa o razón del derecho que se invoca, los documentos fragmentarios que obran protocolizados en la citada escritura número 63 de 20 de diciembre de 1872, a que alude el interesado. Dichos documentos fueron objeto de estudio por este Despacho al decidir sobre los avisos de "San Jacinto" y "San Juan Nepomuceno" presentados por la Junta Petroleum Company, avisos que actualmente cursan ante la H. Corte y que tienen por fundamento unos mismos títulos".

Más adelante habrá de verse cómo llega la Corte a la misma conclusión a que llega el Ministerio acerca de que no se puede considerar revestido de mérito suficiente al documento protocolizado en la escritura número 63 de diciembre de 1872, si bien ello merced a razones específicas presentadas por esta Superioridad y que aparecen consignadas ya en el fallo de 19 de diciembre de 1946, dictado precisamente en el juicio del aviso de San Jacinto de que habla el Ministerio en el pasaje poco antes transcrito, razones que se apartan por varios aspectos, de los que tuvo en cuenta el Despacho ministerial citado.

En efecto, en el aviso de San Jacinto el documento presentado en calidad de título emanado del Estado es idéntico al presentado en el asunto en el cual tiene interés el Municipio del Carmen. Se hace así alusión a la documentación protocolizada en la tantas veces citada escritura número 63 de diciembre de 1872.

De manera que hay lugar en el presente fallo a reproducir, acogiéndola, la exposición de esta misma Sala de la Corte contenida en el referido fallo de 19 de diciembre último, concerniente al aviso sobre exploración de petróleo en el cual tiene interés el Municipio de San Jacinto.

Y ello en cuanto tal fallo expresa lo siguiente:

"Análisis del título contenido en la escritura número 63 de 20 de diciembre de 1872 otorgada en la Notaría de El Carmen — Bolívar

"En el memorial de aviso presentado al Ministerio de Minas y Petróleos que dio origen a las diligencias administrativas, que a su turno originaron el presente juicio, se señala como documento principal de los capítulos para demostrar que los terrenos del aviso salieron del dominio del Estado antes de 1873, la escritura número 63 otorgada el 20 de diciembre de 1872 en la Notaría de El Carmen de Bolívar, que contiene la protocolización de varios documentos referentes a la adjudicación de tierras que don Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador y Comandante General de la Plaza de Cartagena, hizo en el año de 1779 y varios sitios de la Montaña de María, entre ellos el de San Jacinto"...

"Examinando sumariamente el origen o historia de estos documentos, procede hacer un resumen de su contenido. De la propia escritura número 63 de 1872, se deduce que en los documentos por ella protocolizados consta lo siguiente: a) Una vista, dada por el Fiscal de la Real Hacienda de Cartagena, señor José Antonio de Berrío, que lleva fecha 5 de febrero de 1778; b) Un auto muy lacónico, proveído en la misma Cartagena el 16 de febrero del citado año, en que el Gobernador Pimienta parece ordenar que se siga aplicando a los sitios fundados por Don Antonio de la Torre, a que se refiere el fiscal en su vista, lo que ya está ordenado respecto de la población de San Antonio Abad, cuyo decreto deberá agregarse en copia a las diligencias en donde figura la propia vista fiscal; c) Copia del mencionado decreto, relativo al repartimiento de tierras a los nuevos pobladores de San Antonio Abad, cuyo sentido me-

rece considerarse por los aspectos de que se tratará adelante. d) La notificación que del anterior decreto recibe el comisionado, señor Antonio de la Torre, en Corozal, según diligencia del 6 de marzo de 1778, en la que expresa: 'Estoy pronto a cumplir en ejecución en cuanto en él se previene'; e). Hasta el 20 de febrero de 1779 no empiezan las diligencias de señalamiento de tierras, pero en dicho día adelanta las de **San Agustín de Playa Blanca,** partiendo del paraje que llaman la 'Madre Vieja', siguiendo por la 'Madre Vieja del Silvadero' y 'Cañito de Miguel Alonso', suspendiendo el darles lindero que corresponde al centro de la Montaña, hasta que se verifique la medición de los caminos de San Juan Nepomuceno y San Cayetano'; f) En dicho día (20) mes (febrero) y año (1779) pasó al paraje que llaman 'Loma Chamuscada', donde señaló el 'mojón de término' de las tierras de **San Juan Nepomuceno** 'suspendiendo los linderos que le corresponden hasta que se verifique la medición del camino de San Agustín de Playa Blanca con los demás de otros costados'; g) El mismo día 20 de febrero de 1779, siguió al paraje denominado "Arroyo del Yagal', a señalar un punto inicial para la posesión de las tierras de D. Francisco de las Cuevas, pero dejando en suspenso el 'señalamiento de tierras que les corresponden por los otros costados'; h) El mismo día 20 de febrero, pasó al sitio de 'Popa Galera' a comenzar el señalamiento de la posesión de tierras para el pueblo de Nuestra Señora de El Carmen y parece que marcó un lindero o costado que partiendo del punto a donde llegaban las tierras de los herederos de D. Francisco de las Cuevas, por el lado del río Magdalena (oriente) las de El Carmen seguían 'por la banda del Sur por los mismos linderos que tienen las tierras que poseen doña María de las Cuevas, herederos de don Pedro M. Gómez Hidalgo, y, contiguas de éstas, los linderos **del pueblo de Zambrano,** Santa Rita, Tacaliota, Guacimal, Constanza y Tetón'. La diligencia que se sigue lleva fecha del 10 de marzo de 1779, lo cual implica que hubo una suspensión desde el 20 de febrero. Durante este último día alcanzó a iniciar los señalamientos de las tierras para San Agustín, San Juan Nepomuceno, San Jacinto y El Carmen, tomando al parecer la línea más cercana al río Magdalena, del cual iban separándolo las tierras de los herederos de D. Francisco de las Cuevas, y, buscando, por la colindancia con éstas, una línea recta, se fue internando en la montaña, hacia el lado oriental con dirección norte-sur. Es decir, que el 20 de febrero de 1779 alcanzó solamente a marcar ciertos puntos de la línea que, por el oriente, habría de separar las tierras de los nombrados herederos de D. Francisco de las Cuevas, de las que intentaba señalar a los sitios, así: de San Agustín de Playa Blanca, sobre el río Magdalena desde el 'paraje que llaman la Madre Vieja, caño de Playa Blanca, donde concluyen las tierras que posee don Martín de las Cuevas, vecino de Tenerife', siguiendo 'por la banda de abajo de dicho río de la Magdalena, en el paraje que llaman la Madre Vieja del Silbadero y Cañito de Miguel Alonso lindando con tierras del capitán de milicias de Tenerife don Manuel José Ballestas'; pasó luego 'al paraje que llaman la Loma **Chamuscada**' internándose en tierras de 'dicha Montaña de María', punto divisorio entre San Agustín de Playa Blanca y San Juan Nepomuceno; de ahí salta al Arroyo del Yayal', punto divisorio entre San Juan y San Jacinto; de ahí hasta Popa de Galera donde empiezan las tierras de El Carmen. i) El expresado 10 de marzo, continúa el señor de la Torre los **señalamientos,** buscando el lindero que hubiera de corresponder a las tierras de El Carmen por la banda de la costa de la mar', o sea por el occidente, porque en aquella dirección se sale al golfo de Morrosquillo, y lo hizo en el paraje que llaman 'La Loma del Guapo', tomando por el camino antiguo de las Sabanas de Tolú para la plaza de Cartagena, a cuyo paraje alcanzan las que poseen los vecinos del sitio de San Francisco de Asís, siguiendo dicho camino al arroyo que llaman Masinga, y por el camino real hasta la mitad del tránsito para San Francisco de Asís, correspondiendo lo demás, a éste; desde allí, al lindero que posee Felipe González, y desde dicho sitio de El Carmen hasta la mediación de el de San Jacinto, quedando lo demás, por esta banda, a dicho sitio, y por las costas de la mar, en el paraje que llaman la Sabana de María, en dicho camino antiguo y la mediación del sitio de San Juan'.

Hasta aquí y a pesar de la vaguedad en las exposiciones de linderos parece que don Antonio de la Torre entendió determinar los terrenos correspondientes al distrito de El Carmen y a los de San Jacinto, tratando de cerrar, por el occidente y sur, los perímetros que había dejado marcados por el oriente hasta la línea de Zambrano, Santa Rita, etc. La diligencia sugiere que el 10 de marzo se trasladó al punto de la Zona del Guapo y fue buscando hacia el sur la colindancia o mediación de las tierras de San Francisco, por un anti-

guo camino de las Sabanas de Bolívar y Tolú para Cartagena y, del punto donde, sobre ese camino, terminaban las tierras de San Francisco, sigue para el arroyo de Masinga (hacia el sur y el oriente); de ahí parece que tomó otro camino que entonces se consideraba 'el camino real actual', llegando 'hasta la mitad del tránsito para San Francisco', desde donde indicó como referencia el lindero de las posesiones de Felipe González, por cuya colindancia parece que debían rematar las tierras de El Carmen, yendo a buscar el extremo de la Línea de Zambrano, Santa Rita, etc., que marcó al final de la diligencia en 20 de febrero. Después de indicar el 'lindero que posee Felipe González', la expresión que se encuentra en la escritura y que dice **'y desde dicho sitio del Carmen** hasta la mediación de el de San Jacinto' hace pensar que, pasando al propio sitio de El Carmen, o como si se dejara a la cabecera del pueblo, hubiera salido a buscar la mediación de San Jacinto, que era el otro inmediatamente colindante hacia el norte; para cerrar las tierras de San Jacinto, por el occidente, o 'por la costa de la Mar', como reza el título, señaló: 'El paraje que llaman la Sabana de María en dicho camino antiguo (el de las Sabanas de Tolú para Cartagena) y la mediación del sitio de San Juan'. Esto fue lo que practicó e intentó practicar el 10 de marzo. j) El 11 del mismo pasó a señalar los linderos de tierras que corresponden al sitio de San Juan Nepomuceno por la Banda de la mar', esto es, por el occidente, y, al efecto, se fue hasta la división con las tierras que llaman de Márquez', cuyo poseedor era un señor Salvador Gaviria; luego siguió por el camino real de entonces y 'desde la mediación del que viene de San Jacinto, hasta la mediación de el de San Cayetano', parece que dejó señalado el terreno de San Juan Nepomuceno. Ese mismo día señaló la línea de San Cayetano a San Agustín con las siguientes expresiones 'y por la de dicho San Cayetano correspondiendo lo demás de él desde allí a la vecindad de dicho San Cayetano, y por la banda del río Magdalena a la mitad del camino que hay para San Agustín de Playa Blanca, situada a orillas de dicho río'. k) El propio 11 de marzo, en diligencia redactada inmediatamente después de la que precede, completó el señalamiento para San Cayetano, pues dice: 'a dar posesión y señalar los linderos de tierras que corresponden al sitio de San Cayetano —las que corresponden desde la mediación del camino de San Juan por el camino real hasta la mitad del que sigue para el Palenque de San Basilio, y por la banda de la costa hasta los linderos de tierras de la hacienda de Márquez que posee Salvador Gaviria—; y por la banda de Mahates a confirmar (sic) con las tierras de la hacienda de Mandinga que posee don Manuel de Escobar, y por la del río de la Magdalena a confinar con los linderos de la hacienda de lo que llaman del Rey y sus inmediaciones hasta la mitad del tránsito al sitio de San Agustín de Playa Blanca, situado a las orillas de dicho río, etc.' Si se compara esta terminación con lo que reza la diligencia iniciada el 20 de febrero arriba transcrtia, parece que allí cerró su circuito don Antonio de la Torre; porque de San Agustín de Playa Blanca salió y a San Agustín de Playa Blanca volvió. 1) En el sitio de San Cayetano, a 13 de marzo de 1779, otorga testimonio sobre que tiene cumplidas las diligencias de posesión de tierras 'a todos los sitios de esta montaña'. Explica que la 'estensión' en la forma que queda redactada, 'por razón de lo crecido de los vecindarios y algunos parajes infructuosos para las labranzas'. m) Finalmente existe otra nota del señor de la Torre que hace constar el 14 de noviembre de 1780 que no habiendo podido entregar 'estas diligencias' oportunamente, según lo que él mismo había ordenado a 13 de marzo del año anterior, resuelve ahora que se dé testimonio a los interesados. Ese testimonio se expidió con destino a servir de título de posesión de tierras y lo autorizó con su firma don Antonio de la Torre en San Juan Nepomuceno el 17 de noviembre del citado año de 1780".

"Hay fundamento para tener ese testimonio, junto con sus antecedentes, como el título original que el señor de la Torre entendió conceder a los vecinos de los mencionados sitios.

"Aunque no existe en los autos prueba directa de que estos títulos se hubieran llevado al Gobernador de Cartagena para su aprobación, don Antonio de la Torre sí ordenó entregar copia a los interesados, y es posible que las diligencias originales o una copia expedida por de la Torre hubiese servido para que en 1829 el Juez Episcopal Hacedor de Diezmos los tuviese a la vista cuando le ordenó al notario del ramo expidiera la copia que luego autoriza José Vicente López en Cartagena el 3 de junio de dicho año de 1829. Estas consideraciones y las que ya se hicieron tocantes con el origen del título, que explican por qué funcionarios de jurisdicción eclesiástica intervinieron, en ciertas diligencias y en expedición de copias sobre ellas, a lo que se agrega la relativa

aproximación histórica entre la expedición del título por el comisionado del Gobernador de San Jacinto (año de 1780) y su aparición en Cartagena (1829), concurren a formar la deducción que la Sala hace de que el título aducido, si se considera su origen, debe admitirse como válido, a lo menos en principio, para acreditar que las diligencias que lo produjeron y el título mismo merecen considerarse como aptos para ser examinados y deducir si de ellos se desprende la comprobación de que las tierras a que se refieren fueron adjudicadas legal y válidamente al sitio de San Jacinto, después municipio del mismo nombre.

"Ha sido preciso estudiar en conjunto la titulación de este municipio de El Carmen y de San Juan Nepomuceno por hallarse estrechamente relacionadas, pues la diligencia de posesión que se alega como dada en respecto de estas tierras se practicó en un solo acto, aunque en varios días, por el nombrado capitán de la Torre. Y los razonamientos que siguen también habrán de comprender, por idéntica causa, a los tres sitios de la montaña de María que luego se convirtieron en municipios, con las denominaciones vistas. Hecho el recuento de las piezas más importantes que constituyen los títulos insertos en la escritura número 63 de 1872, de la Notaría de El Carmen (Bolívar), corresponde expresar ahora algunas consideraciones sobre el decreto que expidió en Cartagena don Juan Pimienta, Gobernador de la Provincia, el 6 de febrero de 1778 y que aparece incorporado en las diligencias mencionadas de la adjudicación de tierras a los sitios de la Montaña de María, no expedidos ciertamente con la denominación particular de ninguno de esos sitios, pero sí con un auto que ordena aplicar a ellos lo dispuesto por la adjudicación de tierras a San Antonio Abad, en lo cual no encuentra la Sala dificultad alguna, pues es claro el propósito del Gobernador de que se aplique lo que él dispone, en la misma fecha para la adjudicación de tierras a San Antonio Abad, a la de los sitios de la Montaña de María. Con esta advertencia, ha de verse el texto de dicho decreto, que es como sigue: 'Cartagena 16 de febrero de mil setecientos setenta y ocho.—Vistos y siendo muy conforme a las leyes novena y décima del título V, Libro IV de las Municipales que a los nuevos pobladores se les repartan tierras para sus ganados y labor con la proporción debida y sin exceso en términos de que, señaladas dehesas para el beneficio común de la población se verifique un proporcional repartimiento, suficiente a la actividad particular de cada población (poblador) dejando baldío el demás terreno para que se hagan otras mercedes en la forma regular, según lo advertido en la ley XIV, título VII del propio libro y bajo los cargos y condiciones que comprenden las leyes primera y siguientes del título XII. Desde luego el capitán don Antonio de la Torre comisionado para la fundación de las poblaciones procederá a señalar término y terreno bastante a la de (San Antonio Abad) dejando los ejidos y dehesas, y repartiendo tierras a cada poblador que puedan cultivar y aprovechar y atentas las circunstancias locales y de las mismas personas a efecto de que, distribuído el terreno necesario, bajo de los cargos y condiciones insinuadas, puedan verse las demás tierras que quedaron baldías con arreglo a las ordenanzas de su Magestad y sin cuyo perjuicio en su real patrimonio se ejecutará esta providencia, para lo cual se remitirá copia de ella al capitán don Antonio de la Torre.

"En el decreto transcrito se hace referencia a las leyes IX y X, Título V, Libro IV de las leyes Municipales, incorporadas en el código de la Recopilación de 1680, y también a la ley XIV, Título VII del mismo libro. Ya en este fallo se hizo un estudio sobre el significado de tales leyes y acerca de su aplicación; y se observó cómo la adjudicación de tierras a poblaciones debió hacerse, según esos preceptos, destinando una parte a usos de aprovechamiento común y otra a darse individualmente a los pobladores. Es curioso ver cómo en el decreto del Gobernador se dispone el cumplimiento de las leyes de idéntico modo: 'El capitán don Antonio de la Torre... procederá a señalarles término y terreno bastante... **dejándole ejidos y dehesas, y repartiendo tierras a cada poblador'.** El capitán de la Torre, por lo que se ha visto, hizo un señalamiento global de tierras a las poblaciones, no siquiera a cada una en forma concreta y definida, sino a todas las de los sitios de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, en conjunto, quedando por definir el límite particular del terreno asignado a cada población. En este particular es importante anotar que así lo admite el señor abogado del avisante cuando expresa: 'Teniendo en cuenta estas bases, será fácil llegar a la verdadera interpretación del sentido que tienen las posesiones dadas por el capitán de la Torre. En ellas, dada la circunstancia de que todas las poblaciones estaban situadas en solo bloque de terreno, muy cercanas las unas de las otras, con intereses comunes, era muy indi-

cado que no señalara en las diligencias la línea general del perímetro dentro del cual quedaba comprendido todo el sector de la Montaña de María en donde estaban ubicados los cinco sitios, señalamiento que sería el fundamental y más importante. Las líneas anteriores de demarcación, por medio de las cuales se particularizaba el terreno de cada lugar, eran necesarias para fijar el derecho en uno u otro pueblo especialmente, pero hasta cierto punto adjetivas'.

"Dedúcese de lo observado que propiamente lo que el capitán de la Torre efectuó fue un señalamiento global de tierras a los sitios de la Montaña, que mal podría considerarse como un primer acto en la adjudicación. Las leyes vigentes, tantas veces mencionadas, y el propio decreto del Gobernador, ordenaban una entrega de las tierras en forma distinta; una parte para ejidos, dehesas y aprovechamientos comunes, y otra parte que debía ser repartida entre los pobladores".

"En una interpretación racional y humana del hecho jurídico que los títulos atestiguan, ha de reconocerse valor a esta primera parte, por así llamarla, de la adjudicación de las tierras; pero al propio tiempo y por imperativo claro que se deduce del contenido y ordenamiento de las leyes vigentes sobre adjudicación de tierras a poblaciones, hay que afirmar asímismo que con posterioridad al señalamiento de tierras que hizo el capitán de la Torre, debió producirse un acto de cada uno de los cabildos que cabía dentro de sus facultades, por dar aplicación a las tierras señalados a su jurisdicción tanto lo dispuesto en las leyes y en el decreto del Gobernador Pimienta, y destinándolos a los varios fines previstos dichos ordenamientos. La intervención del cabildo en el repartimiento de las tierras dadas a las poblaciones se hallaba previsto en varias leyes, entre ellas la ley V, título XII, Libro IV de la Recopilación, que disponía: 'Habiéndose de repartir las tierras,..... los Virreyes o Gobernadores..... hagan el repartimiento, con parecer de los cabildos'."

En el título atrás relacionado de la adjudicación de las tierras a la Villa de Tenerife, al Cabildo le correspondió intervenir en forma principal: La aplicación de las tierras a los fines señalados en las leyes se hizo con su intervención, y en todos los actos antecedentes las autoridades ante las cuales se cumplió el trámite expresaron su parecer o su voluntad de que las tierras a Tenerife se entregaran mediante comisión al Cabildo para que las distribuyese una vez señalados los límites generales del territorio cedido (vista del Fiscal de la Real Audiencia de Santa Fe), o a lo menos con acuerdo del Cabildo para la distribución. La posesión se dio, después del acuerdo del comisionado con el Cabildo, en dos lotes formados en seguida de la mesura de las tierras, uno de cinco leguas de montaña para las labores o suertes de labor, que debía darse a los pobladores, y otro también de cinco leguas para ejidos, dehesas, pastos y propios, de aprovechamiento común. Esta adjudicación de tierras a la Villa de Tenerife no es siquiera un antecedente de notoria validez e importancia para la interpretación de las leyes respectivas, sino un acto concomitante, ejecutado en la misma época y a cuya realización contribuyeron, como ya se ha dicho, los más altos funcionarios del Virreynato. La adjudicación a los sitios de la Montaña de María debió hacerse, si no con el lleno de todas las ritualidades y trámites que se emplearon para la de Tenerife, sí al menos con el lleno de los requisitos esenciales establecidos en la legislación que se hallaba entonces vigente. Y uno de esos esenciales requisitos u objeto era el de que las tierras dadas a las poblaciones se aplicasen en una buena parte a los pobladores, individualmente considerados, y en otra a la entidad pública para rentas de ella (los propios), o para usos comunes".

"Admitiendo, como lo admite la Corte, que la adjudicación a las poblaciones de la Montaña de María hubiese podido hacerse jurídicamente a través de los medios que demuestran los títulos presentados a este juicio, o sea con los actos ejecutados por el capitán Antonio de la Torre en comisión del Gobernador de Cartagena, encuentra sin embargo que tales actos del comisionado no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado y que hoy se alegan haciendo radicar la adjudicación en las personas de derecho público llamadas municipios, de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, como sucesores de las primitivas poblaciones. Porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época en que actuó el Capitán de la Torre y que hacían obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público. Es posible que un examen o estudio más detenido del que hasta ahora se ha hecho, con documentos complementarios pueda llegarse a la comproba-

ción que en el presente juicio no ha podido aducirse; bien sea demostrando, como se ha explicado, qué áreas fueron las que realmente pasaron a poder de las poblaciones en su carácter de entidades públicas, bien sea estableciendo el uso común que de esas tierras se hizo por las poblaciones y el aprovechamiento que como dueños hubiesen hecho los pobladores y sus sucesores legales de la parte de las tierras que a ellos debía trasladarse, todo ello de conformidad con las leyes. Mientras estas comprobaciones no se aduzcan, no es tampoco posible que el Juez, en el presente caso la Corte, reconozcan la validez del título en mención, en la forma que se pretende, pues ello contrariaría los mandatos legales ya examinados y además podría significar el desconocimiento de la propiedad de particulares que razonablemente pudo configurarse con origen en los repartimientos de tierras a los pobladores de los sitios de la Montaña de María".

"De otro lado, y si se contempla la hipótesis de que las tierras adjudicadas a particulares hubiesen sido abandonadas por éstos y surgiera así la posibilidad de haberse convertido en bienes vacantes municipales, hay que advertir que las leyes españolas pertinentes estatuían que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes) cuyos dueños no se presentasen hechas las necesarias diligencias de publicidad, pertenecían al fisco real o sea a la Corona. Por donde se llega al planteamiento de una situación que no podría desatarse sino a la vista de elementos de juicio y de pruebas adecuadas para resolver este interrogante, y que aquí no se han traído".

"Adoleciendo el título presentado del vacío o laguna que se ha visto, ha de declararse por la Corte que es inoperante para los fines perseguidos con la presentación del aviso que dio origen a este juicio, sin que sea necesario el que la Sala se pronuncie sobre otro aspecto jurídico planteado por el Ministerio y contemplado por el señor Procurador al afirmar que el dicho título es inadmisible como prueba porque carece de la confirmación que las leyes aplicables exigían para todos los títulos de tierras. Se nota sí que el título expedido por don Antonio de la Torre, según en él se expresa, debía someterse a la aprobación del Gobernador de Cartagena, lo que no aparece en los documentos allegados al expediente".

Aparte de las consideraciones que se acaban de transcribir, suficientes de por sí para definir el negocio en calidad de juicio sumario de petróleos, sujeto como tal a cualquier rectificación en juicio ordinario ulterior, previsto por la Ley de petróleos, tanto en materia de hecho como de derecho, cabe observar de manera especial en relación con el presente caso tocante al Municipio de El Carmen que, según aparece del memorial de aviso, el lote por él cubierto se halla ubicado no sólo en el citado Municipio de El Carmen sino también en los de San Jacinto y Córdoba del mismo Departamento de Bolívar; es decir, que se asevera que el Municipio de El Carmen posee también yacimientos petrolíferos fuera de sus límites territoriales y sin que, por otra parte, aparezca en autos información suficiente para dejar esclarecido el por qué de esa situación jurídica.

Se comprende por lo que se deja expuesto que hay lugar a resolver desfavorablemente en el presente fallo la solicitud sobre aviso de perforación en busca de petróleo de propiedad municipal.

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, declara que no es jurídicamente fundada la pretensión de la Sociedad avisante, denominada Junta Petroleum Company, ni del Municipio de El Carmen, de efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo de propiedad privada y de explotar el petróleo que se encuentre en el globo de terreno, objeto del aviso, globo de terreno que se indica estar ubicado en los Municipios de El Carmen, San Jacinto y Córdoba del Departamento de Bolívar.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

REPRESENTACION JUDICIAL DE LOS MUNICIPIOS

Si de conformidad con el artículo 145 del Código Político y Municipal es el Concejo la entidad que en un asunto determinado resuelve que el juicio se intente y confíe a determinada persona para la representación del Municipio, es necesario también que se celebre el contrato con el abogado y se le confiera el poder especial, como se desprende del artículo 173 del Código Judicial. El contrato, o sea la parte administrativa del mandato, corresponde al Alcalde; pero la convención para la representación Judicial sólo puede realizarla quien, en principio, tiene esta representación. Como lo dijo la Sala de Casación (G. J. número 1966, pág. 789), para el mandato judicial es impertinente la intervención del Alcalde "y sólo procede para ese efecto la del Personero, que es a quien compete exclusivamente la representación en juicio (número 3º del artículo 179, C. J.) y a quien corresponde otorgar la escritura o el memorial correspondiente para constituir el apoderado judicial del Municipio, cosa distinta, aunque en desarrollo de la misma actividad administrativa del contrato celebrado por el Alcalde con el abogado".

Las órdenes para la iniciación de pleitos son actos de suma trascendencia que deben ser materia de Acuerdos, como fluye de los términos claros y precisos del artículo 171 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El señor Enrique Salazar Romai, en su condición de personero del distrito de Sabanalarga, con apoyo en la Resolución de 23 de mayo de 1946, confirió poder al doctor Jorge Salazar, para que a nombre del municipio inicie un juicio ordinario contra la Nación, en defensa de los derechos que Sabanalarga tiene en el suelo y subsuelo de unas tierras denominadas San Jacinto y Cascabel.

Aparece el Acta de posesión del Personero, y un certificado del Alcalde respectivo sobre ejercicio de funciones.

Al recibir el traslado de la demanda, el señor Fiscal del Tribunal propuso la excepción de ilegitimidad de la personería del demandante. Cita, en apoyo de estas pretensiones, los artículos 252, 173 y 171 del C. J., y argumenta así: "De las normas procesales transcritas se saca la conclusión de que cuando un Municipio necesita establecer una acción judicial, el Concejo Municipal respectivo debe dictar un Acuerdo por medio del cual ordena la tramitación de la acción, y el señor Personero Municipal estaría entonces en la obligación de darle cumplimiento al mencionado Acuerdo. Pero, cuando la acción requiere los servicios de un abogado, en los casos del artículo 173 del C. J., es decir, cuando el señor Personero Municipal no representa directamente al Municipio, corresponde al Alcalde conferir el poder al abogado y no al Personero Municipal.

"Como el doctor Jorge Salazar tiene poder conferido del Personero Municipal de Sabanalarga, su personería es ilegítima, por cuanto sólo el Alcalde puede otorgar tal clase de poderes".

Para sustentar su tesis arguye que según el artículo 173 del C. J. es el Alcalde el autorizado para celebrar el contrato de mandato y otorgar la representación. Dice que fuera de las circunstancias contempladas en los artículos 2º y 3º de la Ley 19 de 1937, el Personero no puede hacer delegación, la cual debe recaer en empleado subalterno de la Personería. Arguye que entre las atribuciones señaladas en el artículo 179 ibidem a los personeros, está la de representar en juicio a los respectivos Municipios, pero que en ninguna parte se faculta a estos funcionarios para otorgar poderes.

Tramitado el incidente, el Tribunal de primera instancia declaró probada la excepción.

Habiendo sido apelada la providencia, la Sala de Negocios Generales, después de la tramitación legal, procede a decidir:

Conforme al artículo 145 del Código Político y Municipal "la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede conferir a cualquiera persona la representación del municipio en cualquier asunto determinado".

Si es el Concejo la entidad que en un asunto determinado resuelve que el juicio se intente y confía a determinada persona la representación del Municipio, es necesario, también, que se celebre el contrato con el abogado y se le confiera el poder, como se desprende del artículo 173 precitado.

El contrato o sea la parte administrativa del mandato, corresponde al Alcalde; pero la convención para la representación judicial, sólo puede realizarla quien tiene, en principio, esta representación.

Como lo dijo la Sala de Casación en el fallo que reproduce el a quo (Gaceta Judicial número 1966, página 789), para el mandato judicial es impertinente la intervención del Alcalde "y sólo procede para ese efecto la del Personero, que es a quien compete exclusivamente la representación en juicio (número 3º del artículo 179 del Código de O. J.) y a quien corresponde otorgar la escritura o el memorial correspondiente para constituír el apoderado judicial del Municipio, cosa distinta, aunque en desarrollo de la misma actividad administrativa del contrato celebrado por el Alcalde con el abogado".

Aparece en la Resolución número 4, que figura en el expediente, que el Concejo de Sabanalarga autorizó al Personero para que confiriese poder al doctor Salazar. Y así se procedió. Luego desde este punto de vista no hay ilegitimidad de la personería.

Hay otro aspecto del asunto a que se refiere el excepcionante cuando expresa que "cuando un Municipio necesita establecer una acción judicial, el Concejo Municipal respectivo debe dictar un Acuerdo".

La Sala considera:

Los empleados públicos sólo pueden ejercer las atribuciones que la ley les otorga. Si obran sin esas facultades, se extralimitan en sus funciones. Como el ejercicio judicial de una acción puede comprometer intereses importantes de una entidad de derecho público, el artículo 171 del C. Judicial consagra esta norma protectora: "Los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, quienes no pueden ordenar el desistimiento de aquellas que haya mandado establecer la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal".

En el caso de autos se ha presentado una Resolución tendiente a demostrar la orden del Cabildo para promover un juicio ordinario en defensa de los derechos que el Municipio de Sabanalarga tiene en el suelo y subsuelo de San Jacinto y Cascabel.

Para el Tribunal y el señor Procurador Delegado en lo Civil, esta resolución parece emanar del Presidente de la Corporación.

La Sala estima que tal acto es originario del Concejo, pero tal circunstancia no subsana la deficiencia, porque las órdenes para la iniciación de pleitos, son actos de suma trascendencia que deben ser materia de Acuerdos, como fluye de los términos claros y precisos del transcrito artículo 171.

No se ve tampoco cuál sea la razón para ampliar la literalidad del artículo en forma que se permita sustituír, por una Resolución, el Acuerdo.

El memorial del señor Personero sobre ratificación de lo actuado, no modifica la cuestión, porque la orden de iniciación del juicio debe ser previa, y, además, tampoco es la oportunidad de estudiar si esa manifestación tiene eficacia para legitimar la personería deficiente.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto apelado.

Notifíquese. Cópiese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — SE CONFIRMA EL AUTO APELADO

En toda acción, enseña la doctrina, hay que considerar tres elementos: los sujetos (personas); la causa eficiente (causa petendi), y el objeto (petitum). En la acción pública establecida en el artículo 1005 del C. J. los sujetos son: la persona del pueblo que pide el amparo de la autoridad para los derechos de los habitantes del lugar; y el responsable del embarazo o perturbación que se dice causada a los habitantes. La causa eficiente de la acción es el hecho perturbador del uso público. Y el objeto de la acción no puede ser otro que el de que cese esa perturbación. Ejercitada esa acción contra un Municipio para que sea condenado a entregar una zona de terreno y a pagar los gastos necesarios para restablecer el tránsito que se dice impedido, es claro que el conocimiento de la acción le compete al Juez del Circuito (artículo 109, numeral 1º, C. J.) y no al Tribunal.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

El Honorable Tribunal Superior de Ibagué conoce de un juicio instaurado por el señor Alvaro González Sierra, quien dice ejercitar por medio de él "la acción popular que consagra el artículo 1,005 del C. Civil para cualquier persona del pueblo".

En el curso del proceso el Honorable Tribunal por auto de doce de agosto del año retropróximo, ordenó poner en conocimiento de las partes la nulidad de incompetencia de jurisdicción que creyó hallar en lo actuado.

Personalmente notificado de ese auto el doctor Estanislao Pardo Galvez, apoderado del promotor de la acción, pidió la revocatoria de tal proveído. Intervino entonces el señor Fiscal del Tribunal para manifestar su intención de coadyuvar el reclamo del abogado doctor Pardo Galvez. El representante judicial del Municipio demandado solicitó, en cambio, el sostenimiento del auto por el Tribunal.

Negada la reposición, por virtud de la apelación subsidiaria que el doctor Pardo Galvez interpuso, han venido los autos a la Corte.

Como en esta superioridad no tenía constituído apoderado el Municipio de Armero, se ordenó que del auto de fijación en lista se le diera conocimiento personal al Personero de ese Municipio. La diligencia de notificación se surtió conforme a lo ordenado, pero aún no ha sido designada la persona que en la Corte haya de hablar por el Municipio.

Considera la Corte:

La actitud del Tribunal está apoyada en el artículo 455 del C. Judicial. El auto que manda poner en conocimiento de las partes la nulidad, reza así:

"Entre las causales de nulidad enumeradas por el artículo 448 del C. J., se encuentra la de incompetencia de jurisdicción. En la demanda que inició este juicio, dice el actor: '.... solicito muy respetuosamente de usted que con audiencia del Municipio de Armero a quien designo como demandado, y debidamente representado por el señor Alberto Rojas Vélez, Personero Municipal de Armero, varón mayor de edad y vecino de ese Distrito, y por los trámites de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones: .....' Luego, según se ve, el demandado es el Municipio de Armero. El artículo 76 del C. Judicial, en sus ordinales 1º y 2º atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento de los asuntos contenciosos en que sean parte la Nación o un Departamento, y el artículo 109, ibidem, atribuye a los Jueces de Circuito el conocimiento de los asuntos contenciosos en que sea parte un Municipio. Siendo demandado el Municipio de Armero, y no teniendo parte la Nación en este juicio, puesto que ella no ha intervenido hasta ahora, es claro que el conocimiento de este negocio no es de competencia del Tribunal".

Lo transcrito pertenece al auto que el Hono-

rable Tribunal dictó el doce de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

Es evidente que la demanda designa como demandado al Municipio de Armero. Al enderezarla contra tal entidad, el autor del libelo se apoya en hechos como éstos: Que el Municipio de Armero obtuvo la declaración de que era vacante la zona de terreno de que trata la demanda; Que obtenida esa declaración, permutó la zona con una compañía particular: la cual considerándola como de su propiedad, la cercó; Que las autoridades municipales de Armero han apoyado a la Compañía para consumar la obra del cerco, a pesar de tratarse de una calle pública y ser, por lo mismo, un bien de uso público.

A esa relación de hechos se agrega que el autor del libelo dice: "Ejerzo en esta demanda a nombre de Alvaro González Sierra el derecho que le concede el artículo 1,005 del C. Civil que a la letra dice: 'La Municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos á los dueños de heredades o edificios privados'."

Como se ve, los hechos fundamentales de la demanda sindican al Municipio de Armero de haber contribuído a que se ejecute una obra que afecta el tránsito que por esa vía pública podrían tener los habitantes de la población. El señor González Sierra, como **persona del pueblo,** ha querido ejercitar la acción pública que autoriza la disposición transcrita y la ha enderezado contra la entidad que cree responsable, es decir, el Municipio de Armero.

En toda acción, enseña la doctrina, hay que considerar tres elementos: los sujetos (personae); la causa eficiente (causa petendi); y el objeto (petitum).

En la acción pública establecida en el artículo 1,005, los sujetos son: la persona del pueblo que pide el amparo de la autoridad para los derechos de los habitantes del lugar; y el responsable del embarazo o perturbación que se dice causada a los habitantes. La causa eficiente de la acción es el hecho perturbador del uso público. Y el objeto de la acción no puede ser otro que el de que cese esa perturbación.

Circunscrita la acción a esos puntos, se tiene: quien la ha ejercido como **persona del pueblo** es el señor Alvaro González Sierra. El es el demandante. El demandado es el Municipio de Armero a quien sindica de responsable de que el público no goce del tránsito por la zona que la demanda califica de calle pública. La causa o el motivo que ha tenido el señor González Sierra para demandar es, precisamente, el estorbo o embarazo que el público ha encontrado en la zona para continuar transitando por ella.

Obsérvese que solamente de modo incidental menciona el demandante a la Nación en la parte expositiva de la demanda. La parte propiamente petitoria de la misma está enderezada contra el municipio. Es a esa entidad a la que sindica como responsable de hecho que estorban o coartan el tránsito por el sector que se dice está encerrado por cercos.

La relación procesal así facturada no compromete a la Nación. Contra el Municipio se pide que sea condenado a entregar una zona de terreno y a correr con los gastos necesarios para restablecer el tránsito que se dice impedido; contra el Municipio se pide la condenación a pagarle al demandante o denunciante del hecho perturbador unas recompensas previstas en la ley.

Bajo esos aspectos considerada la demanda, es innegable que su conocimiento le compete al Juez del Circuito, dada la disposición de organización judicial contenida en el numeral 1º del artículo 109 del código de la materia. Porque se trata de una contención en que es parte un Municipio y se ventilan cuestiones de derecho privado.

En el auto de once de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, sustentatorio del anterior, hace el Honorable Tribunal consideraciones sobre la circunstancia de que por ninguna parte del proceso aparece que el señor Fiscal haya sido autorizado para entablar en nombre de la Nación la acción que se ha querido adelantar contra el Municipio de Armero; le hace objeciones a la personería que ha usado el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué al intervenir como coadyuvante, y al respecto reproduce esta doctrina de la Corte:

"La autorización para promóver una acción por parte de una entidad de Derecho Público debe darse con antelación a la presentación de la demanda, porque concedida después de incoada ésta, se desvirtuaría el precepto del artículo 171 del Código Judicial, cuyo texto indica que sin orden del Gobierno no puede iniciarse la acción. Y esta regla debe aplicarse al caso en que se trata de coadyuvar, por parte de las mismas entidades, la

acción de un demandante; porque de otro modo se llegaría a la conclusión de que es posible ayudar a sostener un juicio que no se ha ordenado iniciar, y esto sería otro modo de desvirtuar el mismo mandato del artículo 171 citado".

Ese no es, sin embargo, el tópico sometido ahora a esta superioridad. La cuestión que ha de considerar es la planteada en el auto de doce de agosto, que es el apelado. De esa cuestión no puede apartarse, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 494 del C. Judicial.

Mas habiendo razones como las atrás expuestas — que están todas de parte del Tribunal — ellas bastan para que se confirme, como en efecto CONFIRMA la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. —Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PRACTICA DE PRUEBAS. — SU APRECIACION EN LA SENTENCIA

Interpretando la Sala los artículos 746 y 597 del Código Judicial, dice: La Corte advierte en la ordenación del Libro II del C. Judicial, este plan: Después de asentar el Legislador en los primeros diez y siete títulos las reglas generales sobre procedimiento civil, del diez y ocho en adelante entra a asentar normas de detalle de acuerdo con la naturaleza de los asuntos civiles que al órgano jurisdiccional le corresponde ventilar y resolver. En el ánimo del Legislador no pudo estar el dictar disposiciones contradictorias entre el reglamento general y el particular de cada juicio. Siendo esto así debe entenderse que lo dispuesto en el artículo 746 no impide que las pruebas practicadas y agregadas antes de la citación para sentencia — que por esa circunstancia forman parte del proceso — hayan de ser apreciadas por el juez en la sentencia. Algo más: pedidas en tiempo las pruebas, la práctica inoportuna de ellas no es óbice para que las tenga en cuenta el superior, como expresamente lo dispone el artículo 598 del C. Judicial. La razón es obvia: así el inferior no las pudo apreciar porque no formaban parte del proceso, en cambio el superior que las encuentra ya agregadas y formando parte del acervo probatorio, las debe apreciar en la sentencia.

Desde que la ley consienta en que las pruebas se puedan practicar hasta antes de la citación para sentencia, hay que convenir en que esa es la oportunidad que definitivamente cierra el período para practicar pruebas.

La Corte comparte la idea de la Comisión Redactora del Código Judicial cuando propugna porque haya campo más amplio para el debate, y menos restricciones en los medios legales de prueba, intención ésta que domina el derecho probatorio y que se concreta en el antiguo aforismo: "probationes non sunt coartandae".

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

Cursa en el Tribunal Superior de Barranquilla un juicio ordinario promovido por la Comunidad de "Turipana" contra la Nación.

Como el representante judicial de la entidad demandada no estuvo de acuerdo con la demanda, sobrevino el debate probatorio. En el debate correspondiente pidió el apoderado de la parte actora — que lo es el doctor Antonio José Pantoja — que por el Magistrado ponente o por el Tribunal, y con auxilio de peritos, se practique una inspección ocular sobre los terrenos de la nombrada comunidad. Tal solicitud fue acogida, y la prueba fue decretada en auto que personalmente se notificó a las partes. Nombrados y posesionados los peritos principales, fue señalada una hora del día trece de agosto de mil novecientos cuarenta y seis para dar comienzo a la inspección decretada. Tal señalamiento quedó sin efecto, porque, en el día anterior al señalado, se presentó el Dr. Pantoja a solicitar que se transfiriera la inspección para cuando hubiera cesado la estación de lluvias, a lo cual accedió el Tribunal haciendo nuevo señalamiento.

Al folio 9 del cuaderno de pruebas del actor, dejó constancia el Secretario de la Corporación de que hasta las nueve a. m. del día 10 de septiembre, la parte interesada en la prueba no había concurrido al Tribunal para "cuanto se relaciona con éste acto que viene ordenado". Y agregó: "No ha comparecido la parte contraria, señor Fiscal Primero del Tribunal, ni el perito doctor Moreno Vives. El perito señor Donado sí concurrió antes de la hora dicha y explicó que estaba listo en su casa, para el caso de que se le diese aviso sobre el particular. Así mismo deja constancia de que a la hora de las diez de este mismo día, el doctor Pantoja ha estado en la Secretaría del Tribunal, para la presentación de un poder relacionado con otro negocio, y más tarde dadas las 11 a. m., presentó un escrito en que pide nue-

vo señalamiento de fecha para la diligencia pendiente".

En el escrito a que alude el Secretario, dice el doctor Pantoja: "Es sabido que las regiones que interesa recorrer están convertidas en barrizales y que los arroyos constantemente crecidos obstaculizan el paso de un lugar a otro. Si usted lo estima conveniente, y en ello no se causa perjuicio alguno, suplico a usted determinar una fecha que corresponda a la época de verano que muchas veces suele presentarse al finalizar el mes de noviembre".

El señor Magistrado pidió entonces informe al Secretario sobre términos, dado el cual, proveyó así, en auto de diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis:

"El diez de septiembre no se llevó a efecto la diligencia por no haber concurrido al Tribunal la parte interesada en la prueba; y, como por otra parte informa la Secretaría que el término probatorio en este juicio expiró el diez de agosto del presente año, no es el caso de acceder a señalar nueva fecha para tal diligencia de inspección, porque si no se practicó, fue por culpa del interesado en ella. En tal virtud no se accede a señalar nueva fecha para la inspección. Y por cuanto se ha dispuesto entregar el expediente a las partes para alegar de conclusión, estése a lo resuelto en tal ordenación".

De tal proveído pidió reposición la parte promotora de la diligencia; y, como ese recurso no le prosperó, el negocio ha venido a la Corte en apelación del auto transcrito.

Oído el concepto del señor Procurador, favorable a la confirmación, y preparado el recurso sin alegación oportuna del recurrente, procede la resolución de la Corte:

¿Hasta cuándo tiene un litigante derecho a que se practique una prueba oportunamente pedida y decretada por el Juez?

El artículo 746 del C. Judicial, dice: "El término ordinario de prueba se divide en dos períodos comunes a las partes: el primero, de diez días, para pedir las pruebas que les interesa, y, segundo, de treinta, para practicar todas las pedidas".

Pero el artículo 597, contenido en el tratado que el mismo código dedica a las pruebas, dice: "Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: ..... 3º Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión".

Buscar la correspondencia y armonía entre dos disposiciones legales que parezcan contradictorias, es misión de los intérpretes de la ley.

La Corte advierte en la ordenación del Libro II del C. Judicial, este plan:

Después de asentar el Legislador en los primeros diez y siete títulos las reglas generales sobre procedimiento civil, del diez y ocho en adelante entra a asentar normas de detalle de acuerdo con la naturaleza de los asuntos civiles que al órgano jurisdiccional le corresponde ventilar y resolver. En el ánimo del Legislador no pudo estar el dictar disposiciones contradictorias entre el reglamento general y el particular de cada juicio. Siendo esto así debe entenderse que lo dispuesto en el artículo 746 no impide que las pruebas practicadas y agregadas antes de la citación para sentencia — que por esa circunstancia forman parte del proceso — hayan de ser apreciadas por el Juez en la sentencia.

Algo más: pedidas en tiempo las pruebas, la práctica inoportuna de ellas no es óbice para que las tenga en cuenta el superior como expresamente lo dispone el artículo 598 del C. Judicial. La razón es obvia: si el inferior no las pudo apreciar porque no formaban parte del proceso, en cambio el superior que las encuentra ya agregadas y formando ya parte del acervo probatorio, las debe apreciar en la sentencia.

Infiérese de lo expuesto, que al actor le asiste derecho para que sea practicada la prueba de inspección que en tiempo solicitó.

El señor Procurador Delegado alega que la diligencia ha dejado de practicarse por culpa del interesado.

Cabe observar:

No practicó el señor Magistrado la inspección en el primer día fijado, por inconvenientes de orden físico, que implícitamente acogió él mismo cuando convino en lo que le pidió la parte actora y procedió a hacer nuevo señalamiento, dando por valederas las razones del doctor Pantoja. La nueva petición de fecha para la inspección, se apoya en las mismas razones que tuvo el doctor Pantoja en la primera vez.

No fue considerable el transcurso entre uno y otro de los señalamientos (veintisiete días comunes). Y ello permite conceptuar que no es inve-

rosímil el hecho de que subsistía la dificultad para penetrar y transitar por los terrenos afectados con el invierno crudo, en la fecha en que se pidió el último señalamiento. Ni puede descuidarse la circunstancia de que se trata de practicar un recorrido y de verificar con toda la minuciosidad que requiere el reconocimiento de linderos y detalles precisos, conforme a la solicitud de pruebas. De esa manera la culpa de que habla el señor Fiscal estaría desvirtuada por elementos extraños al ánimo del promotor de la inspección.

Agrega el señor Procurador: "Por lo demás, el artículo 753 del C. J. dice que una vez vencido el término probatorio, el Juez dispone que se entreguen los autos en su orden a las partes, por diez días a cada una, para alegar de conclusión. En este proceso está vencido el término probatorio, de tal manera que el auto por medio del cual se ordenó entregar los autos a las partes para alegar es perfectamente legal y está ajustado a la realidad del proceso".

Desde que la ley consienta en que las pruebas se puedan practicar hasta antes de la citación para sentencia, hay que convenir en que esa es la oportunidad que definitivamente cierra el período para practicar pruebas.

Y no vale decir que está ordenado que se le dé el expediente a las partes para alegar. Surtido ese trámite puede llevarse a cabo la inspección, sin que a las partes se desconozca o merme prerrogativa procesal alguna.

Puede el señor Magistrado señalar nuevo día para que se surta la inspección. La incuria de la parte en hacer el suministro de vehículos, etc., no ha de impedir que los otros trámites del juicio continúen. Lo que hay es que el fallador no podrá tener en cuenta la prueba no practicada a pesar de la libertad que las partes han tenido para pedirlas y procurar su agregación oportuna al proceso.

En todo lo expuesto ha de advertirse que la Corte comparte la idea de la Comisión Redactora del Código Judicial cuando propugna porque haya campo más amplio para el debate, y menos restricciones en los medios legales de prueba, intención ésta que domina el derecho probatorio, y que se concreta en el antiguo aforismo: "probationes non sunt coartandae".

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — en desacuerdo con su colaborador, REVOCA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AVISO SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Para acreditar dominio de propiedad particular sobre un terreno, conforme a las leyes españolas, no sólo se requería título otorgado por la Corona Española, sino que éste debía ser CONFIRMADO por los Virreyes y Presidente de las Reales Audiencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Por memorial suscrito en esta ciudad el veintisiete (27) de enero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) ocurrió ante el Ministerio de Minas y Petróleos el señor Albert Keheim París, apoderado general en Colombia de la Junta Petroleum Company, Sociedad Anónima constituída conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, con sucursal domiciliada en Bogotá, para avisar que la firma cuyos negocios representa pretende iniciar trabajos de exploraciones con perforación en busca de petróleos reputados como de propiedad privada y explotar los productos que puedan hallarse en un terreno de sesenta y nueve mil cuatrocientas ochenta y nueve hectáreas con setecientos cincuenta y tres metros cuadrados (69.489.0753), ubicado en el Municipio de San Juan Nepomuceno), en el Departamento de Bolívar, y comprendido dentro de los límites siguientes:

"Partiendo de un mojón de concreto situado en la mitad del camino entre la población de San Juan Nepomuceno y la de San Jacinto, distinguido con el número uno (1), con una distancia de veintitrés mil ochocientos cuarenta y nueve metros, cuarenta centímetros (23.849.40) y un rumbo Sur, ochenta y cuatro grados, cincuenta y cinco minutos Este (S, 84º 55' E.) hasta un mojón de concreto distinguido con el número cuarenta y siete (47) situado en el paraje antiguamente conocido con el nombre de Arroyo del Yayal y localizado en el predio conocido con el nombre hoy de "La China", propiedad de Ganadería Helda de Jesús del Río, colindando en todo el curso de esta línea con tierras del municipio de San Jacinto, y siendo el punto antiguamente conocido como Arroyo del Yayal colindancia común de San Juan Nepomuceno, San Jacinto y tierras de don Francisco de las Cuevas, hoy Ganadería Helda; de este punto, paraje del arroyo del Yayal, con u na distncia de dos mil novecientos diez y siete metros, treinta y tres centímetros (2.917.33 metros) y un rumbo Norte, veinticuatro grados, cinco minutos Oeste (N. 24º 05' O.) hasta el mojón conocido como mojón de La Santa y distinguido con el número cuarenta y seis (46); de ahí, con una distancia de mil ciento sesenta y ocho metros noventa y un centímetros (1.168.91 mts.) y un rumbo Norte, sesenta y un grados, cuarenta y dos minutos Este (N. 61º 42' E.) hasta un mojón situado en la Loma Chamuscada y distinguido con el número cuarenta y cinco (45); de ahí, una distancia de ochocientos noventa y dos metros, noventa y ocho centímetros (892.98 mts.) y un rumbo Norte, diez grados, treinta y cinco minutos Oeste (N. 10º 35' O.), hasta llegar a un mojón de concreto distinguido con el número cuarenta y cuatro (44); de ahí con una distancia de un mil doscientos setenta y nueve metros, ochenta y cuatro centímetros (1.279.84 mts.) y un rumbo Norte, diez nueve grados, cuarenta y un minutos Oeste (N. 10º 41' O.) hasta llegar al mojón distinguido con el número cuarenta y tres (43); de ahí con una distancia de doscientos noventa metros, sesenta y nueve centímetros (290.69 mts.) y un rumbo Norte veinte grados, ocho minutos Este (N. 20º 08' E.) hasta llegar al mojón distinguido con el número cuarenta y dos (42); de ahí con u na distancia de dos mil ciento diez y siete metros, veintisiete centímetros (2.117.27 mts) y un rumbo Norte, sesenta y un grados, un minuto Este (N. 61º 01' E.) hasta llegar al mojón distinguido con el número cuarenta y uno (41); de ahí con una distancia de quinientos setenta y nueve metros, sesenta y siete centímetros (579.67 mts.) y un rumbo Norte, diez y nueve grados, cuarenta y un minutos Este (N. 19º 41' E.) hasta llegar al mojón marcado con el número cuarenta (40); de ahí con una distancia de seiscientos sesenta y cinco metros, treinta y seis centíme-

tros (665.36 mts.) y un rumbo Sur, ochenta y ocho grados cincuenta y nueve minutos Este (S. 88º 59' E.) hasta llegar al mojón distinguido con el número treinta y nueve (39) y situado en el paraje conocido con el nombre de Madre Vieja o Caño de Playablanca, siendo el trayecto descrito desde el punto del arroyo del Yayal hasta el de Madre Vieja o Caño de Playa Blanca, lindero común de las tierras del municipio de San Juan Nepomuceno, con las que fueron de propiedad de los herederos de don Francisco de las Cuevas, hoy Ganadería Helda; de este mojón aguas abajo, por la orilla occidental del río Magdalena, hasta llegar al mojón número treinta y ocho (38) localizado en el paraje conocido como Madre Vieja del Silvadero o Cañito de Miguel Alonso, siendo este punto colindante con las tierras que fueron del capitán de milicias de Tenerife don Manuel José Ballesteros. La recta imaginaria que une estos dos puntos (mojones treinta y nueve — 39 — y treinta y ocho — 38 —) tiene una longitud de tres mil doscientos dos metros, ochenta y dos centímetros (3.202.82 mts.) y un rumbo Norte, cuarenta y nueve grados, dos minutos Este (N. 49º 02' E.); de este mojón con una distancia de diez y ocho mil ochocientos catorce metros, treinta y cinco centímetros (18.814.35 mts.) y un rumbo Norte, cincuenta y nueve grados, cincuenta y tres minutos Oeste (N. 59º 53' O.) hasta llegar al mojón marcado con el número treinta y tres (33) localizado en la mitad del camino real entre San Agustín y San Cayetano; de este mojón con una distancia de diez y ocho mil cuatrocientos diez y nueve metros, diez y nueve centímetros (18.419.19 mts.) y un rumbo Norte, sesenta y tres grados, veintiocho minutos Oeste (N. 63º 28' O.) hasta llegar al mojón situado en el primer lindero de la hacienda Mandinga, localizada en la orilla oriental del camino que va de San Cayetano para Mahates y en el sitio donde se juntan las dos cañadas que bajan de la Sierra de Songo y forman de ahí en adelante el arroyo Guayabal, distinguido este mojón con el número veintiuno (21); de este mojón por todo el curso del arroyo Guayabal, aguas abajo hasta el segundo y último lindero con las tierras de la hacienda de Mandinga, situado en el sitio conocido como "Tres Bocas", donde existe un mojón distinguido con el número veinte (20) y localizado en la confluencia de los arroyos Guayabal y Toro, siendo el curso del arroyo Guayabal el lindero de las tierras de propiedad de este municipio con las tierras de la hacienda Mandinga formando una línea imaginaria, entre los puntos antes descritos, de una longitud de mil seiscientos ochenta y dos metros, sesenta y cuatro centímetros (1.682,64 mts.) y un rumbo Norte, setenta y tres grados, treinta y siete minutos, treinta y seis segundos Oeste (N° 73 37' 36" O.); de este mojón con una distancia de tres mil quinientos cincuenta y nueve metros, treinta y cuatro centímetros (3.559,34 mts.) y un rumbo Sur, cuatro grados, diez y seis minutos Oeste (S. 4° 16' O.), hasta llegar a un mojón situado en la mitad del camino entre las poblaciones de San Cayetano y Palenque de San Basilio, marcado con el número diez y ocho (18); de este mojón en línea recta, con una distancia de diez mil ciento ochenta y cinco metros, catorce centímetros (10.185,14 mts.) y un rumbo Sur, cincuenta grados, diez y ocho minutos Oeste (S. 50° 18' O.), hasta el primer lindero con la hacienda Márquez o sea el mojón localizado en la orilla del Sur del Arroyo Hondo y marcado este mojón con el número trece (13) siendo la colindancia común entre las tierras de propiedad de este municipio con las de Palenque y San Basilio, desde el mojón situado en el sitio llamado Tres Bocas, descrito antes, pasando por el mojón situado en la mitad del camino entre San Cayetano y Palenque de San Basilio, hasta el primer lindero de la hacienda Márquez que constituye un punto común entre las tierras de este municipio, las tierras de Palenque de San Basilio y las tierras de la hacienda de Márquez; de este mojón con una distancia de doce mil cincuenta y tres metros, setenta y seis centímetros (12.053,76 mts.) y un rumbo Sur, tres grados, veintiocho minutos Este (S. 3° 28' E.) hasta llegar al mojón distinguido con el número siete (7) localizado en el punto común de las tierras de propiedad de este municipio, las tierras de la hacienda de Márquez y las tierras del municipio de San Jacinto, siendo la línea ya descrita, el lindero común de las tierras de este municipio con las tierras de la hacienda Márquez; de este mojón o punto común ya referido, con una distancia de trece mil ochocientos setenta y ocho metros, treinta y tres centímetros (13.878,33 mts.) y un rumbo Sur, setenta y seis grados, cuarenta y seis minutos, y veinte segundos Este (S. 76° 46' 20" E.) hasta llegar al mojón situado en la mitad del camino real entre las poblaciones de San Jacinto y San Juan Nepomuceno o sea el distinguido con el número uno (1) que fue el punto de partida, siendo esta línea ya descrita, el lindero

común de las tierras de propiedad de San Juan Nepomuceno con las tierras de propiedad del municipio de San Jacinto".

La tramitación administrativa del negocio finalizó con la resolución proferida el diez y siete (17) de julio de 1945, por medio de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos decidió desfavorablemente las pretensiones de la Compañía avisante, y dispuso enviarlo a esta Sala de Negocios Generales para los fines del artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

El juicio breve y sumario que por estos motivos ha sido invocado sufrió en la Corte la actuación que le es propia y como se encuentra preparado para la decisión de fondo a ello se procede, mediante las consideraciones que al efecto se consignan.

La empresa avisante deriva su personería de varios actos, que son los siguientes:

a) El señor Alejo Maldonado acordó con el Municipio de San Juan Nepomuceno el contrato que se formalizó por escritura pública número 258, extendida el 30 de abril de 1940 en la Notaría Segunda del Circuito de Cartagena, sobre exploración y explotación de las tierras del aviso, de las cuales aparece como propietario el Distrito nombrado San Juan Nepomuceno;

b) Por instrumento público número 267, de la misma Notaría y de fecha 7 de mayo del citado año —1940— la Texas Petroleum Company adquirió el contrato mencionado en el anterior aparte a título de cesión que le hiciera Alejo Maldonado; y

c) La Junta Petroleum Company adquirió a su vez los derechos resultantes de dicho contrato por cesión que en su favor le hizo la Texas Petroleum Company, según aparece de la escritura 2697, de 30 de diciembre de 1943, originaria de la Notaría Quinta de Bogotá, y 2898, otorgada el 2 de diciembre de 1944 en la misma Notaría.

Como fundamento de su solicitud, la Compañía interesada se expresó así en el memorial de aviso con respecto a la propiedad privada del petróleo, y las pruebas del mismo:

"Pruebas de la propiedad privada del petróleo. Los terrenos materia del aviso salieron del dominio del Estado con anterioridad a la reserva que rigió desde el 28 de octubre de 1873, y, por consiguiente, son de propiedad privada, como se deduce de los siguientes hechos, que se demuestran con los documentos que en cada uno se citan:

1) En el año de 1779 Don Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador y Comandante General de la plaza de Cartagena, adjudicó tierras a varios sitios de la Montaña de María, entre ellos a los de San Juan Nepomuceno, San Cayetano y San Agústín de Playablanca, según consta en la documentación protocolizada con la escritura número 63, otorgada el 20 de diciembre de 1872 en la Notaría del Carmen de Bolívar (Anexo IV, documento 1).

Para mayor ilustración, sobre las adjudicaciones, presento copia auténtica de la parte pertinente del libro de don Antonio de la Torre y Miranda, fundador de las poblaciones citadas, libro titulado "Noticia individual de las poblaciones nuevamente fundadas en la Provincia de Cartagena", impreso en el año de 1794 (Biblioteca Nacional, S. 1|3, número 314, pz. 560, pgs. 53 y siguientes). (Anexo IV, documento 2; y una copia fotostática autenticada del plano correspondiente, levantado en el año de 1787 por el señor don Juan López). (Anexo IV, documento 3).

2) El sitio de San Cayetano fue agrégado al municipio de San Juan Nepomuceno por la ley de 29 de octubre de 1870, artículo 8º, del Estado Soberano de Bolívar.

3) El sitio de San Agustín de Playablanca, fue agregado al municipio de San Juan Nepomuceno por la ley 51 de 1879, artículo 5º, del Estado Soberano de Bolívar;

4) Los títulos citados en el punto primero fueron registrados de acuerdo con la ley de 15 de octubre de 1821 ante el agrimensor oficial don Joaquín Gómez, como consta de la copia de la escritura número 411, otorgada en la Notaría de Cartagena el 1º de junio de 1943 (Anexo IV, documento 4).

5) El Municipio de San Juan Nepomuceno es el actual poseedor de los terrenos que se le adjudicaron al sitio del mismo nombre por don Antonio de la Torre y de los que se le adjudicaron a San Agustín de Playablanca y San Cayetano, terrenos que forman hoy un solo globo, determinado como se expresó atrás. Presento el correspondiente certificado del registrador (Anexo IV, documento 5)"

Encontró el Ministerio que no habían sido cumplidas las exigencias de la Ley 160 de 1936, en su artículo 7º en cuanto a la presentación del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y en la Resolución decisoria del negocio se expresó en la forma que se copia:

"A) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, no lo ha presentado el avisante. Porque, en sentir de este Despacho, no pueden considerarse como tál y como causa o razón del derecho que se invoca los documentos reglamentarios que obran protocolizados en la citada escritura número 63, de 20 de diciembre de 1872, a que alude el interesado"

Luégo de esto, el Ministerio transcribe los apartes correspondientes de las piezas incorporadas en ese instrumento que pueden tener relación con las tierras de San Juan Nepomuceno. De tales piezas el Despacho de Minas y Petróleos deriva las siguientes consecuencias y conclusiones:

"Basta la lectura de las precedentes diligencias para llegar a la conclusión de que éstas no tienen el carácter de "título emanado del Estado" con anterioridad a la fecha de la reserva del subsuelo, ni son tampoco documentos públicos de origen oficial que acrediten su existencia. Dichos documentos, en efecto, adolecen de vicios sustanciales a saber: No se trata de un título emanado del Estado, porque el Capitán don Antonio de la Torre y Miranda no era el representante del Soberano español ni estaba investido del poder de decisión suficiente para enajenar tierras realengas y expedir títulos que acreditaran dominio particular.

Si el Capitán de la Torre hubiera sido autoridad competente para transferir tierras de la Corona no habría sido necesario el decreto que ordenó el repartimiento, ni tampoco la solicitud de adjudicación que debió precederlo, y a la que se refiere el Fiscal de la Real Hacienda cuando manifiesta "que no se le ofrece embarazo en que a los nuevos pobladores de los sitios fundados en la montaña de María se les señalen las tierras que refiere el Capitán don Antonio Torres..."

Pero el propio comisionado entendió claramente que debía remitir dichas diligencias al Gobernador de la Provincia para los fines consiguientes, pues en ellas se lee lo que en seguida se copia:

"Sitio de Sn. Cayetano, trece de marzo de mil setecientos setenta i nueve: Respecto haberse evacuado las diligencias de la posesión de tierras a todos los sitios de esta montaña que por razón de lo crecido de los vecindarios, i algunos parages infructuosos para las labranzas se les ha estendido en los términos que se expresa, habiéndoseles dado dicha posesión, como es uso i costumbre Real, haciendo corporal vel quaso (sic), para que desde hoi en adelante las tengan i posean sin contradicción alguna. En cuya virtud se hará su precisa remesa de estas diligencias al señor Gobernador i Comandante Gral. de la Plaza i Provincia de Cartagena. Así lo mandé y firmé, Yo el Capitán de Infantería de los Reales Exercitos de S. M. Don Antonio de la Torre comisionado por dicho señor Gobernador. — Antonio de la Torre. Pedro de Lora, testigo.—Antonio Alvarez".

Sin embargo, no lo hizo así, sino que después de transcurrido mucho tiempo, según el mismo comisionado lo expresa, dictó el "testimonio de resguardo" que arriba se transcribió y el cual —como queda visto— versa exclusivamente sobre las tierras que se dice le fueron señaladas al sitio de Nuestra Señora del Carmen.

De lo dicho se deduce que no se ha traído un título expedido por quienes tenían la representación del Soberano español: Virreyes, Reales Audiencias, Presidentes, etc. Por lo cual es forzoso concluír que las actuaciones del Capitán Antonio de la Torre no constituyeron un acto de enajenación realizado con la plenitud de las exigencias prescritas por las leyes imperantes en ese momento histórico, como pasa a demostrarse.

Acerca del procedimiento vigente en la época en que se efectuaron aquellas diligencias —necesidad de ampararse en títulos, autoridades encargadas de expedirlos y obligación en que estaban los adjudicatarios de obtener la confirmación de ellos— son claros los términos de la Cédula-Instrucción de San Lorenzo, dictada el 15 de octubre de 1754, en cuyo capítulo 5º se dijo lo siguiente:

"Que los poseedores de Tierras, vendidas, o compuestas por los respectivos Subdelegados desde el citado año de mil y setecientos hasta el presente, no puedan, tampoco ser molestados, inquietados, ni denunciados ahora, ni en tiempo alguno, **constando tenerlas, confirmadas** por mi Real Persona, o por los Virreyes, y Presidentes de las Audiencias de los respectivos Distritos, en el tiempo en que usaron de esta facultad; pero los que las poseyeren sin esta precisa calidad, deberán acudir a impetrar **la confirmación de ellas** ante las audiencias de su Distrito, y demás Ministros a quienes se comete esta facultad por esta nueva instrucción, los cuales, en vista de el Proceso que se hubiera formado por los Subdelegados, en orden a la medida, y avalúo de las tales Tierras, **y del título que se les hubiere despachado**, examinarán si la venta, o composición

está hecha sin fraude, ni colusión, y en precios proporcionados, y equitativos, con vista y audiencia de los fiscales, para que con atención a todo, y constando de haber enterado en Cajas Reales el precio de la venta, o composición, y derecho de Media Anata respectivo, y haciendo de nuevo aquel servicio pecuniario, que parezca correspondiente, **les despachen en mi Real nombre la confirmación de sus títulos,** con los cuales quedará legitimado en la posesión, y dominio de tales Tierras, aguas o baldíos, sin poder en tiempo alguno ser sobre ello inquietados los poseedores, ni sus sucesores universales, ni particulares".

Finalmente, los mencionados documentos son fragmentarios y obscuros por las siguientes razones:

Porque falta la diligencia de pedimento de tierras, así como la de aprobación de lo actuado por el capitán de la Torre.

Porque en el supuesto de que hubieran sido enviadas a la autoridad superior, no se expidió el correspondiente título;

Porque para acreditar dominio particular sobre un terreno, conforme a las leyes de la época, no sólo se requería título otorgado por la Corona Española sino que éste debía ser **confirmado** por los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias, y

Porque, lo que es más importante, el decreto del Gobernador de Cartagena versa sobre el repartimiento de tierras a la población de San Antonio Abad y no a la de San Juan Nepomuceno. De consiguiente, los actos del señor de la Torre constituyeron una extralimitación y usurpación de funciones que no pueden tomarse como fuentes generadoras de derechos.

Este último punto fue ampliamente estudiado por el señor Procurador General de la Nación al descorrer el traslado en las presentes diligencias y en las relativas al aviso de "San Jacinto", los cuales se fundan en unos mismos títulos, por lo cual el Ministerio considera innecesario insistir en él".

Por su parte la Corte habrá de llegar en relación con los expresados títulos a las mismas conclusiones del Ministerio, pues tuvo ocasión de ocuparse de ellos en el juicio referente a las tierras de San Jacinto (sentencia del 19 de diciembre de 1946) y de los Municipios de El Carmen, San Jacinto y Córdoba (sentencia del 28 del mes de marzo último).

En estos dos juicios decididos por la Sala en las indicadas fechas, la pretensión a la propiedad privada del subsuelo, la fundan los distritos que acaban de nombrarse en la documentación incorporada en el tantas veces mencionado instrumento público número 63 del mes de diciembre de 1872.

En la primera de las sentencias de que se habla dijo esta Sala:

"Análisis del título contenido en la escritura número 63 de 20 de diciembre de 1872 otorgada en la Notaría de El Carmen (Bolívar).

"En el memorial de aviso presentado al Ministerio de Minas y Petróleos que dio origen a las diligencias administrativas, que a su turno originaron el presente juicio, se señala como documento principal de los capítulos para demostrar que los terrenos del aviso salieron del dominio del Estado antes de 1873, la escritura número 63 otorgada el 20 de diciembre de 1872 en la Notaría de El Carmen de Bolívar, que contiene la protocolización de varios documentos referentes a la adjudicación de tierras que don Antonio de la Torre y Miranda, por comisión del Gobernador y Comandante General de la Plaza de Cartagena, hizo en el año de 1779 a varios sitios de la Montaña de María, entre ellos el de San Jacinto...".

"Examinando sumariamente el origen o historia de estos documentos, procede hacer un resumen de su contenido. De la propia escritura número 63 de 1872, se deduce que en los documentos por ella protocolizados consta lo siguiente: a) Una vista, dada por el Fiscal de la Real Hacienda de Cartagena, señor José Antonio de Berrío, que lleva fecha 5 de febrero de 1778; b) Un auto muy lacónico, proveído en la misma Cartagena el 16 de febrero del citado año, en que el Gobernador Pimienta parece ordenar que se siga aplicando a los sitios fundados por D. Antonio de la Torre, a que se refiere el fiscal en su vista, lo que ya está ordenado respecto de la población de San Antonio Abad, cuyo decreto deberá agregarse en copia a las diligencias en donde figura la propia vista fiscal; c) Copia del mencionado decreto, relativo al repartimiento de tierras a los nuevos pobladores de San Antonio Abad, cuyo sentido merece considerarse por los aspectos de que se tratará adelante; d) La notificación que del anterior decreto recibe el comisionado señor Antonio de la Torre, en Corozal, según diligencia del 6 de marzo de 1778, en la que expresa: 'Estoy pronto a cumplir en ejecución en cuanto en él se

previene'; e) Hasta el 20 de febrero de 1779 no empiezan las diligencias de señalamiento de tierras, pero en dicho día adelanta las de **San Agustín de Playa Blanca,** partiendo del paraje que llaman la 'Madre Vieja', siguiendo por la 'Madre Vieja del Silvadero y Cañito de Miguel Alonso', suspendiendo el darle lindero que corresponde al centro de la Montaña, hasta que se verifique la medición de los caminos de San Juan Nepomuceno y San Cayetano'; f) En dicho día (20), mes (febrero) y año (1779) pasó al paraje que llaman 'Loma Cahumuscadá, donde señaló el 'mojón de término' de las tierras de **San Juan Nepomuceno** suspendiendo los linderos que le corresponden hasta que se verifique la medición del camino de San Agustín de Playa Blanca con los demás de otros costados'; g) El mismo día 20 de febrero de 1779, siguió al paraje denominado Arroyo del Yagal, a señalar un punto inicial para la posesión de las tierras de don Francisco de las Cuevas, pero dejando en suspenso el 'señalamiento de tierras que les corresponden por los otros costados'; h) El mismo día 20 de febrero, pasó al sitio de 'Ropa Calera' a comenzar el señalamiento de la posesión de tierras para el pueblo de Nuestra Señora de El Carmen y parece que marcó un lindero o costado que partiendo del punto a donde llegaban las tierras de los herederos de don Francisco de las Cuevas, por el lado del río Magdalena (oriente) las de El Carmen seguían 'por la banda del Sur por los mismos linderos que tienen las tierras que poseen doña María de las Cuevas, herederos de don Pedro N. Gómez Hidalgo, y, continguas de éstas, los linderos **del pueblo de Zambrano,** Santa Rita, Tocaliota, Guacimal, Constanza y Totón'. La diligencia que se sigue lleva fecha del 10 de marzo de 1779, lo cual implica que hubo una suspensión desde el 20 de febrero. Durante este último día alcanzó a iniciar los señalamientos de las tierras para San Agustín, San Juan Nepomuceno, San Jacinto y El Carmen, tomando al parecer la línea más cercana al río Magdalena, del cual iban separándolo las tierras de los herederos de don Francisco de las Cuevas, y, buscando, por la colindancia con éstas, una línea recta, se fue internando en la montaña, hacia el lado oriental con dirección norte-sur. Es decir, que el 20 de febrero de 1779 alcanzó solamente a marcar ciertos puntos de la línea que, por el oriente, habría de separar las tierras de los nombrados herederos de don Francisco de las Cuevas, de las que intentaba señalar a los sitios, así: de San Agustín de Playa Blanca, sobre el río Magdalena desde el 'paraje que llaman la Madre Vieja, caño de Playa Blanca, donde concluyen las tierras que posee don Martín de las Cuevas, vecino de Tenerife', siguiendo 'por la banda de abajo de dicho río de la Magdalena, en el paraje que llaman la Madre Vieja del Silbadero y Cañito de Miguel Alonso lindando con tierras del capitán de milicias de Tenerife don Manuel José Ballestas'; pasó luégo 'al paraje que llaman la **Loma Chamuscada'** internándose en tierras de dicha Montaña de María'; punto divisorio entre San Agustín de Playa Blanca y San Juan Nepomuceno; de ahí salta al 'Arroyo del Yayal', punto divisorio entre San Juan y San Jacinto; de ahí hasta Popa de Calera donde empiezan las tierras de El Carmen. i) El expresado 10 de marzo, continúa el señor de la Torre los **señalamientos,** buscando el lindero que hubiera de corresponder a las tierras de El Carmen 'por la banda de la costa de la mar', o sea por el occidente, porque en aquella dirección se sale al golfo de Morrosquillo, y lo hizo en el paraje que llaman 'La Loma del Guapo', tomando por el camino antiguo de las Sabanas de Tolú para la plaza de Cartagena, a cuyo paraje alcanzan los que poseen los vecinos del sitio de San Francisco de Asís, siguiendo dicho camino al arroyo que llaman Masinga, y por el camino real hasta la mitad del tránsito para San Francisco de Asís, correspondiendo lo demás, a éste; desde allí, al lindero que posee Felipe González, y desde dicho sitio de El Carmen hasta la medición de el de San Jacinto, quedando lo demás, por esta banda, a dicho sitio, y por la costa de la mar, en el paraje que llaman la Sabana de María, en dicho camino antiguo y la mediación del sitio de San Juan'. Hasta aquí y a pesar de la vaguedad en las exposiciones de linderos parece que don Antonio de la Torre entendió determinar los terrenos correspondientes al distrito de El Carmen y a los de San Jacinto, tratando de cerrar, por el occidente y sur, los perímetros que había dejado marcados por el oriente hasta la línea de Zambrano, Santa Rita, etc. La diligencia sugiere que el 10 de marzo se trasladó al punto de la Zona del Guapo y fue buscando hacia el sur la colindancia o mediación de las tierras de San Francisco, por un antiguo camino de las Sabanas de Bolívar, Tolú para Cartagena y, del punto donde, sobre ese camino, terminaban las tierras de San Francisco, sigue para el arroyo de Masinga (hacia el sur y el oriente); de ahí parece que tomó otro camino que entonces se consideraba 'el camino real actual' llegando 'hasta la mitad del tránsito para San

Francisco', desde donde indicó como referencia el lindero de las posesiones de Felipe González, por cuya colindancia parece que debían rematar las tierras de El Carmen, yendo a buscar el extremo de la línea de Zambrano, Santa Rita, etc., que marcó al final de la diligencia en 20 de febrero. Después de indicar el 'lindero que posee Felipe González', la expresión que se encuentra en la escritura y que dice **'y desde dicho sitio del Carmen** hasta la mediación de el de San Jacinto' hace pensar que, pasando al propio sitio de El Carmen, o como si se dejara la cabecera del pueblo, hubiera salido a buscar la mediación de San Jacinto, que era el otro inmediatamente colindante hacia el norte; para cerrar las tierras de San Jacinto, por el occidente, o 'por la costa de la Mar', como reza el título, señaló: 'El paraje que llaman la Sabana de María en dicho camino antiguo (el de las Sabanas de Tolú para Cartagena) y la mediación del sitio de San Juan'. Esto fue lo que practicó e intentó practicar el 10 de marzo. j) El 11 del mismo pasó a 'señalar los linderos de tierras que corresponden al sitio de San Juan Nepomuceno por la banda de la mar', esto es, por el occidente, y, al efecto, se fue hasta la división con las 'tierras que llaman de Márquez', cuyo poseedor era un señor Salvador Gaviria; luégo siguió por el camino real de entonces y 'desde la mediación del que viene de San Jacinto, hasta la mediación de el de San Cayetano', parece que dejó señalado el terreno de San Juan Nepomuceno. Ese mismo día señaló la línea de San Cayetano a San Agustín con las siguientes expresiones 'y por la de dicho San Cayetano correspondiendo lo demás de él desde allí a la vecindad de dicho San Cayetano, y por la banda del río Magdalena a la mitad del camino que hay para San Agustín de Playa Blanca, situada a orillas de dicho río'. k) El propio 11 de marzo, en diligencia redactada inmediatamente después de la que precede, completó el señalamiento para San Cayetano, pues dice: 'a dar posesión y señalar los linderos de tierras que corresponden al sitio de San Cayetano las que corresponden desde la mediación del camino de San Juan por el camino real hasta la mitad del que sigue para el Palenque de San Basilio, y por la banda de la costa hasta los linderos de tierras de la hacienda de Márquez que posee Salvador Gaviria ....; y por la banda de Mahates a confirmar (sic) con las tierras de la hacienda de Mandinga que posee don Manuel de Escobar, y por la del río de la Magdalena a confirmar con los linderos de la hacienda de lo que llaman de ley y sus inmediaciones hasta la mitad del tránsito al sitio de San Agustín, de Playa Blánca, situado a las orillas de dicho río, etc.' Si se compara esta terminación con lo que reza la diligencia iniciada el 20 de febrero arriba transcrita, parece que allí cerró su circuito don Antonio de la Torre; porque de San Agustín de Playa Blanca salió y a San Agustín de Playa Blanca volvió. 1) En el sitio de San Cayetano, a 13 de marzo de 1779, otorga testimonio sobre que tiene cumplidas las diligencias de posesión de tierras 'a todos los sitios de esta montaña'. Explica que la 'estensión' en la forma que queda redactada, 'por razón de lo crecido de los vecindarios y algunos parajes infructuosos para las labranzas'. a) Finalmente existe otra nota del señor de la Torre que hace constar el 14 de noviembre de 1780 que no habiendo podido entregar estas diligencias oportunamente, según lo que él mismo había ordenado a 13 de marzo del año anterior, resuelve ahora que se dé testimonio a los interesados. Ese testimonio se expidió con destino a servir de título de posesión de tierras y lo autorizó con su firma don Antonio de la Torre en San Juan Nepomuceno el 17 de noviembre del citado año de 1780".

"Hay fundamento para tener ese testimonio, junto con sus antecedentes, como el título original que el señor de la Torre entendió conceder a los vecinos de los mencionados sitios".

"Aunque no existe en los autos prueba directa de que estos títulos se hubieran llevado al Gobernador de Cartagena para su aprobación, don Antonio de la Torre sí ordenó entregar copia a los interesados, y es posible que las diligencias originales o una copia expedida por de la Torre hubiese servido para que en 1829 el Juez Episcopal Hacedor de Diezmos los tuviese a la vista cuando le ordenó al notario del ramo expidiera la copia que luégo autoriza José Vicente López en Cartagena el 3 de junio de dicho año de 1829. Estas consideraciones y las que ya se hicieron tocantes con el origen del título, que explican por qué funcionarios de jurisdicción eclesiástica intervinieron en ciertas diligencias y en expedición de copias sobre ellas, a lo que se agrega la relativa aproximación histórica entre la expedición del título por el comisionado del Gobernador de San Jacinto (año de 1780) y su aparición en Cartagena (1829), concurren a formar la deducción que la Sala hace de que el título aducido, si se considera su origen, debe admitirse como válido, a lo menos en principio, para acreditar que las diligencias que

ic produjeron y el título mismo merecen considerarse como aptos para ser examinados y deducir si de ellos se desprende la comprobación de que las tierras a que se refieren fueron adjudicadas legal y válidamente al sitio de San Jacinto, después municipio del mismo nombre".

"Ha sido preciso estudiar en conjunto la titulación de este municipio de El Carmen y de San Juan Nepomuceno por hallarse estrechamente relacionadas, pues la diligencia de posesión que se alega como dada en respecto de estas tierras se practicó en un solo acto, aunque en varios días, por el nombrado capitán de la Torre. Y los razonamientos que siguen también habrán de comprender, por idéntica causa, a los tres sitios de la montaña de María que luégo se convirtieron en Municipios, con las denominaciones vistas. Hecho el recuento de las piezas más importantes que constituyen los títulos insertos en la escritura número 63 de 1872, de la Notaría de El Carmen (Bolívar), corresponde expresar ahora algunas consideraciones sobre el decreto que expidió en Cartagena don Juan Pimienta, Gobernador de la Provincia, el 6 de febrero de 1778 y que aparece incorporado en las diligencias mencionadas de la adjudicación de tierras a los sitios de la Montaña de María, no expedido ciertamente con la denominación particular de ninguno de esos sitios, pero sí con un auto que ordena aplicar a ellos lo dispuesto por la adjudicación de tierras a San Antonio Abad, en lo cual no encuentra la Sala dificultad alguna, pues es claro el propósito del Gobernador de que se aplique lo que él dispone, en la misma fecha para la adjudicación de tierras a San Antonio Abad, a la de los sitios de la Montaña de María. Con esta advertencia, ha de verse el texto de dicho decreto, que es como sigue: 'Cartagena 16 de febrero de mil setecientos setenta y ocho. — Vistos y siendo muy conforme a las leyes novena y décima del título V, Libro IV de las Municipales que a los nuevos pobladores se les repartan tierras para sus ganados y labor con la proporción debida y sin exceso en términos de que, señaladas dehesas para el beneficio común de la población se verifique un proporcional repartimiento, suficiente a la actividad particular de cada población (poblador) dejando baldío el demás terreno para que se hagan otras mercedes en la forma regular, según lo advertido en la ley XIV, título VII del propio libro y bajo los cargos y condiciones que comprenden las leyes primera y siguientes del título XII. — Desde luego el capitán don Antonio de la Torre comisionado para la fundación de las poblaciones procederá a señalarles término y terreno bastantes a la de (San Antonio Abad) dejando los ejidos y dehesas, y repartiendo tierra a cada poblador que puedan cultivar y aprovechar atentas las circunstancias locales y de las mismas personas a efecto de que, distribuído el terreno necesario, bajo de los cargos y condiciones insinuadas, puedan verse las demás tierras que quedaron baldías con arreglo a las ordenanzas de su Magestad y sin cuyo perjuicio en su real patrimonio se ejecutará esta providencia, para lo cual se remitirá copia de ella al capitán don Antonio de la Torre".

"En el decreto transcrito se hace referencia a las leyes IX y X, Título V, Libro IV de las leyes Municipales, incorporadas en el código de la Recopilación de 1680, y también a la ley XIV título VII del mismo libro. Ya en este fallo se hizo un estudio sobre el significado de tales leyes y acerca de su aplicación; y se observó cómo la adjudicación de tierras a poblaciones debió hacerse, según esos preceptos, destinando una parte a usos de aprovechamiento común y otra a darse individualmente a los pobladores. Es curioso ver cómo en el decreto del Gobernador se dispone el cumplimiento de las leyes de idéntico modo: 'El capitán don Antonio de la Torre..... procederá a señalarles término y terreno bastante..... **dejándole ejidos y dehesas, y repartiendo tierras a cada poblador'.** El capitán de la Torre, por lo que se ha visto, hizo un señalamiento global de tierras a las poblaciones, no siquiera a cada una en forma concreta y definida, sino a todas las de los sitios de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, en conjunto, quedando por definir el límite particular del terreno asignado a cada población. En este particular es importante anotar que así lo admite el señor abogado del avisante cuando expresa: 'Teniendo en cuenta estas bases, será fácil llegar a la verdadera interpretación del sentido que tienen las posesiones dadas por el capitán de la Torre. En ellas, dada la circunstancia de que todas las poblaciones estaban situadas en un solo bloque de terreno, muy cercanas las unas de las otras, con intereses comunes, era muy indicado que no señalara en las diligencias la línea general del perímetro dentro del cual quedaba comprendido todo el sector de la Montaña de María en donde estaban ubicados los cinco sitios, señalamiento que sería el fundamental y más importante. Las líneas anteriores de demarcación, por medio de las cuales se particularizaba el terreno de cada lugar, eran necesarias para fijar el

derecho de cada uno u otro pueblo especialmente, pero hasta cierto punto adjetivas'.

"Dedúcese de lo observado que propiamente lo que el capitán de la Torre efectuó fue un señalamiento global de tierras a los sitios de la Montaña que podría considerarse como un primer acto en la adjudicación. Las leyes vigentes, tantas veces mencionadas, y el propio decreto del Gobernador, ordenaban una entrega de las tierras en forma distinta; una parte para ejidos, dehesas y aprovechamientos comunes, y otra parte que debía ser repartida entre los pobladores.

"En una interpretación racional y humana del hecho jurídico que los títulos atestiguan, ha de reconocerse valor a esta primera parte, por así llamarla, de la adjudicación de las tierras; pero al propio tiempo y por imperativo claro que se deduce del contenido y ordenamiento de las leyes vigentes sobre adjudicación de tierras a poblaciones, hay que afirmar asimismo que con posterioridad al señalamiento de tierras que hizo el capitán de la Torre, debió producirse un acto de cada uno de los cabildos que cabía dentro de sus facultades, por dar aplicación a las tierras señaladas a su jurisdicción tanto lo dispuesto en las leyes y en el decreto del Gobernador Pimienta, y destinándolos a los varios fines previstos dichos ordenamientos. La intervención del cabildo en el repartimiento de las tierras dadas a las poblaciones se hallaba previsto en varias leyes, entre ellas la ley V, título XII, Libro IV, de la Recopilación, que disponía: 'Habiéndose de repartir las tierras....., los Virreyes o Gobernadores.... hagan el repartimiento, con parecer de los cabildos' ".

En el título atrás relacionado de la adjudicación de las tierras a la Villa de Tenerife, al Cabildo le correspondió intervenir en forma principal: La aplicación de las tierras a los fines señalados en las leyes se hizo con su intervención, y en todos los actos antecedentes las autoridades ante las cuales se cumplió el trámite expresaron su parecer o su voluntad de que las tierras a Tenerife se entregaran mediante comisión al Cabildo para que las distribuyese una vez señalados los límites generales del territorio cedido (vista del Fiscal de la Real Audiencia de Santa Fe), o a lo menos con acuerdo del Cabildo para la distribución. La posesión se dio, después del acuerdo del comisionado con el Cabildo, en dos lotes formados en seguida de la mensura de las tierras, uno de cinco leguas de montaña para las labores o suertes de labor, que debía darse a los pobladores, y otro también de cinco leguas para ejidos, dehesas, pastos y propios, de aprovechamiento común. Esta adjudicación de tierras a la Villa de Tenerife no es siquiera un antecedente de notoria validez e importancia para la interpretación de las leyes respectivas, sino un acto concomitante, ejecutado en la misma época y a cuya realización contribuyeron, como ya se ha dicho, los más altos funcionarios del Virreynato. La adjudicación a los sitios de la Montaña de María debió hacerse, si no con el lleno de todas las ritualidades y trámites que se emplearon para la de Tenerife, sí al menos con el lleno de los requisitos esenciales establecidos en la legislación que se hallaba entonces vigente. Y uno de esos esenciales requisitos u objetos era el de que las tierras dadas a las poblaciones se aplicasen en una buena parte a los pobladores, individualmente considerados, y en otra a la entidad pública para rentas de ella (los propios) o para usos comunes.

"Admitiendo, como lo admite la Corte, que la adjudicación a las poblaciones de la Montaña de María hubiese podido hacerse jurídicamente a través de los medios que demuestran los títulos presentados a este juicio, o sea con los actos ejecutados por el capitán Antonio de la Torre en comisión del Gobernador de Cartagena, encuentra sin embargo que tales actos del comisionado no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado y que hoy se alegan haciendo radicar la adjudicación en las personas de derecho público llamadas municipios, de El Carmen, San Jacinto y San Juan Nepomuceno, como sucesores de las primitivas poblaciones. Porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época en que actuó el Capitán de la Torre y que hacían obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público. Es posible que un examen o estudio más detenido del que hasta ahora se ha hecho, con documentos complementarios pueda llegarse a la comprobación que en el presente juicio no ha podido aducirse; bien sea demostrando, como se ha explicado, qué áreas fueron las que realmente pasaron a poder de las poblaciones en su carácter de entidades públicas, bien sea estableciendo el uso común que de esas tierras se hizo por las poblaciones y el aprovechamiento que como dueños hu-

biesen hecho los pobladores y sus sucesores legales de la parte de las tierras que a ellos debía trasladarse, todo ello de conformidad con las leyes. Mientras estas comprobaciones no se aduzcan, no es tampoco posible que el Juez, en el presente caso la Corte, reconozca la validez del título en mención, en la forma que se pretende, pues ello contrariaría los mandatos legales ya examinados y además podría significar el desconocimiento de la propiedad de particulares que razonablemente pudo configurarse con origen en los repartimientos de tierras a los pobladores de los sitios de la Montaña de María.

'De otro lado, y si se contempla la hipótesis de que las tierras adjudicadas a particulares hubiesen sido abandonadas por éstos y surgiera así la posibilidad de haberse convertido en bienes vacantes municipales, hay que advertir que las leyes españolas pertinentes estatuían que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes) cuyos dueños no se presentasen hechas las necesarias diligencias de publicidad, pertenecían al fisco real o sea a la Corona. Por donde se llega al planteamiento de una situación que no podría desatarse sino a la vista de elementos de juicio y de pruebas adecuadas para resolver este interrogante, y que aquí no se han traído.

"Adoleciendo el título presentado del vacío o laguna que se ha visto, ha de declararse por la Corte que es inoperante para los fines perseguidos con la presentación del aviso que dio origen a este juicio, sin que sea necesario el que la Sala se pronuncie sobre otro aspecto jurídico planteado por el Ministerio y contemplado por el señor Procurador al afirmar que el dicho título es inadmisible como prueba porque carece de la confirmación que las leyes aplicables exigían para todos los títulos de tierras. Se nota sí que el título expedido por don Antonio de la Torre, según en él se expresa, debía someterse a la aprobación del Gobernador de Cartagena, lo que no aparece en los documentos allegados al expediente".

Carecería en absoluto de objeto agregar a lo dicho por la Corte en la jurisprudencia que acaba de copiarse ninguna otra consideración para concluír que la solicitud de aviso a que el presente juicio se refiere debe despacharse desfavorablemente en cuanto se trata de perforaciones con taladro en busca de petróleo de propiedad municipal.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es jurídicamente fundada la pretensión de la Sociedad Junta Petroleum Company para efectuar exploraciones con taladro en busca de petróleo de propiedad privada y de explotar el petróleo que pueda hallarse en el globo de terreno, materia del aviso, el cual se encuentra en el Municipio de San Juan Nepomuceno, en el Departamento de Bolívar.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R.
Por el Secretario, **J. García**, Oficial Mayor de la Sala.

NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Del auto de diez y ocho de diciembre último —en el cual la Sala de Negocios Generales declara una nulidad de lo actuado en el presente juicio— ha interpuesto recurso de reposición el señor doctor Alberto Alzate Angel —a quien se reconoce como apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad en los términos y para los efectos del memorial poder que lo constituye.

De esa solicitud del doctor Zuleta se dio traslado a la contraparte, quien oportunamente contestó por medio de su apoderado el señor doctor Hernán Copete.

El señor apoderado reclamante empieza su reclamo por poner de presente que el Código Judicial en su artículo 466 hace la clasificación de las resoluciones judiciales. Esto, para decir que el auto que dicta un Juez cuando desiste de la competencia que ha promovido, es auto interlocutorio que pone término a un incidente, y que, por esa calidad, es apelable para ante el Superior. De ello deduce el doctor Zuleta que el Tribunal Superior de Barranquilla no usurpó jurisdicción al conocer de la apelación interpuesta contra dicho auto.

No halla la Sala que tal argumento desvirtúe lo sostenido en el auto reclamado e induzca a su revocación. Por ello, no se ha pronunciado en el sentido de atribuírle competencia a éste o al otro de los Jueces que se la disputan.

En refuerzo de las razones expuestas en el auto reclamado, vienen a cuento las siguientes:

Era necesario que la ley dijera terminantemente quién había de ser el Juez competente para dirimir los conflictos de competencia que puedan ocurrir entre los funcionarios que administran justicia. Por la ley designado el juez de los jueces en conflicto, él, y solamente él, puede avocar el estudio de las razones que los funcionarios contendientes tienen para sostener sus opuestas pretensiones. Y a ese Juez le incumbe privativamente la solución del conflicto. La intervención de cualquiera otro constituye usurpación inductiva a nulidad.

A esa conclusión se llega después de un estudio detenido del tratado que el Código de Procedimiento Civil Colombiano establece para solucionar cuestiones sobre competencia, suscitadas entre dos Jueces o Tribunales. Las disposiciones de ese tratado (Capítulo IV del Título sobre incidentes) revisten un carácter especial, así por estar ordenadas a ese determinado fin, como porque son distintas de las que se aplican cuando la ley dispone que un incidente se sustancie como articulación; y porque son inconfundibles con las otras reglamentaciones específicas contenidas en los restantes capítulos del Título XII, Libro II del Código Judicial.

Tomando el caso de la competencia positiva, que es la planteada aquí, puede decirse que ese incidente pasa por distintas etapas.

La primera o preliminar, empieza con la solicitud que uno de los litigantes hace para que se declare que determinado Juez o Tribunal es, con exclusión de otro, el competente para conocer de un negocio particular sometido a la justicia.

A partir de ese momento, la ley propende porque se busque un avenimiento o conciliación entre los Jueces. De ahí que disponga que el Juez a quien se pide que asuma el conocimiento con exclusión del otro, empiece por hacer un examen de las propias condiciones jurisdiccionales en que él actúa, para que, en vista de ellas, y de las pruebas adjuntas a la demanda de competencia, resuelva por sí solo si la provoca o no. Si halla legal el provocarla, ha de manifestarlo así al otro Juez o Tribunal en donde esté pendiente el negocio, requiriéndolo para que se inhiba del conocimiento.

El Juez o Tribunal requerido estudia el despacho inhibitorio; y si lo halla respaldado en causa legal, se inhibe de seguir conociendo, y le remite el expediente al que le provocó la competencia. En el caso contrario, es decir, si cree que el re-

queriente no tiene la competencia, se lo expresa así a éste, y, a su turno, lo requiere para que conteste si insiste en la competencia o si desiste de ella.

Hasta aquí llega la etapa de conciliación o avenimiento. Si convencido el requeriente de que al requerido le asiste la razón, desiste de la competencia, no hay lugar a conflicto entre los dos Jueces o Tribunales. De modo que el incidente viene a quedar terminado allí. Pero si el requeriente insiste en la competencia, como el requerido se ha afirmado en la suya, surge entonces el verdadero conflicto entre los Jueces.

Esta es la segunda etapa del incidente, que está sujeta por el Código a reglas especiales de procedimiento, reglas que por esa misma circunstancia de la especialidad, prevalecen por sobre toda otra disposición de carácter general.

Trabada definitivamente la disputa por la firmeza con que sostienen sus resoluciones cada uno de los Jueces o Tribunales en conflicto, entra a actuar el Juez de los jueces, o entidad por la ley investida de facultad para dirimirla.

Si el conflicto ocurre entre dos Juzgados de distintos distritos judiciales —que es el caso de autos— la facultad de dirimir la querella —que con la insistencia del requeriente toma cuerpo de tal— le corresponde a la Corte, con jurisdicción privativa. Y ya en adelante, ninguna intervención tienen los Tribunales de Distrito Judicial de que dependen los dos jueces en conflicto. La norma legal que así lo ordena es de organización judicial, y debe cumplirse como disposición de orden público.

Cabe ahora reparar en esta circunstancia: desde el momento en que a la entidad designada por la ley sometan los jueces contendientes la decisión de su querella, entra en acción el Ministerio Público. El respectivo agente puede haber permanecido hasta entonces extraño al negocio o negocios. Pero, recibidas por el Juez dirimente una y otra de las actuaciones, debe oírse al Ministerio Público "quien debe emitir concepto dentro de tercero día", según lo ordena el artículo 422 del C. Judicial.

Esa intervención del Ministerio Público hace pensar que el Legislador reputa que el interés de la Ley entra en juego cuando se trata de arreglar situaciones conflictivas entre funcionarios judiciales. Y es que, en realidad, el despacho oportuno y regular de los negocios judiciales por funcionarios competentes le interesa a la ley. Y aun a la misma sociedad no le es indiferente ese arreglo. Ella tiene empeño en que los pleitos que no puedan evitarse, reciban pronta y oportuna solución.

Las características especiales que reviste el conflicto planteado entre dos funcionarios que pretenden tener a la vez jurisdicción para intervenir en determinado negocio, justifican plenamente la intervención del Ministerio Público, y suministran el mejor argumento para procurar que la decisión de fondo de ese conflicto **sui generis** sea proferido por funcionario o entidad investida de jurisdicción especial arreglada para ese fin.

Se dijera que con el ánimo de buscar el juez que pueda ofrecer mayores prendas de imparcialidad, el Legislador lo ha creado, saliéndose para ello de la organización ordinaria o de escala. Por eso permite, y aun impone, que asuntos ventilados entre Jueces de Circuito de distintos Distritos Judiciales, puedan ser dirimidos por la Corte, pasando por encima de los inmediatos superiores

La norma sobre competencia deja marcado el ruedo y señalados los funcionarios que dentro de él pueden actuar. Y si hubiere entidad o funcionario que quisieran actuar con prescindencia de esa norma, harían vana labor por el vicio de nulidad que afecta a los actos ejecutados contra la expresa voluntad de la ley.

Las razones hasta aquí expuestas son el extracto de las reglas de derecho que rigen esta clase de contenciones. Los principios generales que en la materia rigen en nuestro derecho procesal, son las que en concepto del profesor Chiovenda rigen en el derecho italiano. La referencia a la doctrina de ese profesor no quiere decir que la Corte se guía o quiere guiarse por lo que disponga en concreto este o aquel de los artículos del código de procedimiento italiano.

Con lo expuesto basta para que la Corte insista en sostener, como en efecto SOSTIENE el auto materia de la reposición, negándosela al señor abogado que la propuso.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán — El Conjuez, **José Joaquín Castro M.—Víctor Cock** — **Nicolás Llinás Pimienta**, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — TRANSPORTE BENEVOLO

Reciente jurisprudencia de la Sala acogió la doctrina de que "si el empleado transportado no viajaba urgido por la necesidad de cumplir determinadas funciones propias de su cargo, sino merced a la condescendencia del transportador para fines de interés personal de la persona transportada y sin lugar al desembolso de un precio específico por tal transporte, aparecerá configurado así el evento del transporte benévolo. De aquí se sigue que quien viaja por mera complacencia del transportador, que no está cobrando el precio del pasaje, tendrá derecho a la indemnización, al ocurrir un accidente, cuando demuestre que ha habido culpa por parte del transportador. Sería el SUMMUM JUS aplicar, en estas condiciones, una presunción de culpabilidad con el rigorismo tradicional".

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

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en escrito que lleva fecha 5 de marzo de 1942, el doctor Marco Naranjo López, obrando como apoderado especial de Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla, Carlos Pompeyo y Cecilia Aurora Perilla Morales, quienes obran en su propio nombre, y además, los dos primeros obrando como herederos de Antonio Perilla Morales, y el primero, o sea Pompeyo Perilla, en su carácter de representante legal del menor Alvaro Jaime Perilla Morales, solicitó que, previos los trámites de un juicio ordinario, fuera decretado:

"a) Que la Nación Colombiana es responsable civilmente de los perjuicios causados a Pompeyo Perilla, a Carlina Morales de Perilla, Carlos Pompeyo, Cecilia Aurora y Alvaro Jaime Perilla Morales, o subsidiariamente a Antonio Perilla Morales, con la caída del avión marca Ford número seiscientos cuarenta y dos (642) ocurrida el día quince (15) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno en la Base aérea llamada 'Germán Olano', (Palanquero), a consecuencia de la cual murió el señor Antonio Perilla Morales;

"b) Que la Nación está obligada a pagar, dentro del término legal, a los citados Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla, Carlos Pompeyo, Cecilia Aurora y Alvaro Jaime Perilla Morales, la suma de pesos que fijen los peritos, o que fije el Tribunal con arreglo a Derecho, como valor de los perjuicios causados a los mismos en el siniestro antes mencionado, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha de ese siniestro hasta el día del pago de la indemnización;

"c) Subsidiariamente a la petición formulada en el ordinal b) inmediatamente anterior:

"Que la Nación está obligada a pagar, dentro del término legal, a la sucesión o herederos de Antonio Perilla Morales la suma de pesos que fijen peritos, o que fije el Tribunal con arreglo al Derecho como valor de los perjuicios causados a Antonio Perilla Morales con el mencionado siniestro, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha del siniestro hasta el día del pago de la indemnización;

"d) Para el caso en que no se fije el monto de la indemnización dentro del juicio, pido se decrete su fijación mediante el procedimiento sumario señalado por el artículo quinientos cincuenta y tres (553) del Código Judicial".

Los hechos básicos de la demanda aparecen formulados en los siguientes términos:

"**Primero.**—El día quince (15) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941) el avión marca Ford número seiscientos cuarenta y dos (642), en momentos en que tomaba altura en la Base aérea llamada 'Germán Olano' (Palanquero) para viajar a Bogotá, se vino a tierra causándose así los perjuicios que se verán adelante;

"**Segundo.**—El avión mencionado pertenecía a la Nación y se usaba o explotaba por cuenta y riesgo de la Nación el día del siniestro mencionado o, en todo caso, se encontraba ese día al cuidado de la Nación;

"**Tercero.**—En el momento del siniestro mencionado el avión viajaba hacia Bogotá con autorización de los Superiores del ramo y estaba manejados por empleados de la Nación;

"**Cuarto.** — En el avión viajaban varias personas, entre ellas el señor Antonio Perilla Morales, quien murió a consecuencia del siniestro;

"**Quinto.**—El señor Antonio Perilla Morales era al morir empleado de la Nación, al servicio de la Base aérea mencionada, y por su carácter de empleado de la Fuerza Aérea Nacional y por residir su familia en Bogotá, había solicitado y obtenido el permiso oficial respectivo para viajar a Bogotá en dicho avión;

"**Sexto.**—Antonio Perilla Morales era hijo legítimo de Pompeyo Perilla y de Carlina Morales de Perilla y hermano legítimo de Carlos Pompeyo, Cecilia Aurora y Alvaro Jaime Perilla Morales, y murió soltero y sin hijos de ninguna clase, pero le sobrevivieron sus padres y sus hermanos ya mencionados;

"**Séptimo**—Antonio Perilla Morales era al morir un hombre muy joven, de magníficas condiciones personales de todo orden, y constituía ya un verdadero apoyo material y moral tanto para sus padres como para sus hermanos;

"**Octavo.**—Los padres de Antonio Perilla Morales y sus hermanos han sido y son personas de buena posición social por su educación y por la rectitud de su conducta y la de sus familiares, pero han sido y son personas también muy pobres que mediante su trabajo no alcanzan a conseguir lo necesario para atender a su subsistencia familiar;

"**Noveno.**—El siniestro mencionado y los consiguientes perjuicios, cuya indemnización se pretende hacer efectiva, denuncian, sin duda, mal funcionamiento del servicio oficial de transportes aéreos, lo cual se debe a culpa imputable a la Nación, o a culpa o hecho de sus representantes, o de sus dependientes o de personas autorizadas por la misma entidad, culpas o hechos cometidos por causa o con ocasión del servicio público mencionado y que no fueron cometidos por Antonio Perilla Morales;

"**Décimo.**—Soy apoderado especial de los demandantes".

Expresó también el demandante en su demanda, después de la cita de algunas disposiciones legales de los Códigos Civil y Judicial, que "los derechos y acciones que aquí se ejercitan son los del Derecho Común sobre responsabilidad civil y no los consagrados por la Ley 57 de 1915 sobre responsabilidad en caso de accidente de trabajo".

Por otra parte adjuntó el demandante a su demanda diversos documentos con ella relacionados y de los cuales aparece una extensa relación en la demanda misma.

El señor Fiscal Primero del Tribunal, quien actuó en la primera instancia a nombre del Estado, se opuso a las pretensiones del actor, actitud que aparece de manifiesto en el siguiente pasaje final de la contestación por aquél dada a la demanda misma:

"Niego el derecho, causa o razón de la demanda, por considerar que la Nación no es responsable civilmente del accidente de trabajo a que se refiere el demandante".

Tramitado el juicio en regla ante el Tribunal mencionado, hubo de dictar éste el fallo definitivo de fecha 4 de noviembre de 1943.

Se halla en dicha providencia la siguiente parte resolutiva:

"1º La Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte de Antonio Perilla Morales, ocurrida el día 15 de agosto de 1941 en la Base aérea llamada 'Germán Olano' (Palanquero) a consecuencia del accidente sufrido por el avión Ford número 642.

"2º Condénase, en consecuencia, a la misma entidad de derecho público a pagar a Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla, Carlos Pompeyo, Cecilia Aurora y Alvaro Jaime Perilla Morales, representados por su padre Pompeyo Perilla, ejecutoriado este fallo, el valor de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes por la muerte del citado señor Antonio Perilla Morales.

"Parágrafo. La cuantía de los perjuicios materiales se fijará conforme al procedimiento indicado por el artículo 553 del C. J. y con fundamento en los hechos consignados en la parte motiva de este fallo.

"Parágrafo. Fíjanse los perjuicios morales subjetivos así:

"La suma de mil pesos ($ 1.000) para cada uno de los esposos Pompeyo Perilla y Carlina Morales de Perilla, padres de la víctima, y la suma de quinientos pesos ($ 500) para cada uno de sus hermanos Carlos Pompeyo, Cecilia Aurora y Alvaro Jaime Perilla Morales.

"3º No hay lugar a condenación en costas".

Apelaron de este fallo ambas partes litigantes, recurso que les fue concedido para ante la Corte.

En este segundo grado del juicio produjo algunas pruebas la parte actora y ella, así como también el señor Procurador Delegado en lo Civil, en nombre del Estado, alegaron de conclusión.

Fenecido ya el trámite, procede la Corte a dictar el fallo definitivo de segunda instancia, y al efecto considera:

Interesa observar, en primer término, que el señor Procurador Delegado en lo Civil halla aceptable, según aparece de su alegato de conclusión presentado ante la Corte, que la Nación sea declarada civilmente responsable del accidente de aviación en el cual perdió la vida el señor Antonio Perilla Morales, alegato que sólo trae algunas restricciones, de las cuales habrá lugar a tratar más adelante, en cuanto a los efectos de tal condenación y a la cuantía de las indemnizaciones.

Acerca de la responsabilidad del Estado en sí misma considerada, el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil es categórica, al pronunciarse así:

"Encuentra probado este Despacho en los autos:

"1.—El accidente referido.

"2.—La culpa de la Nación en el mismo accidente, ya que éste ocurrió, en parte, debido a fallas del motor y, en parte, a deficiencias del campo de aterrizaje, según certificado expedido por el Ministerio de Guerra (f. 18 v. C. 4). Aún suponiendo no comprobada la culpa de la Nación, tal culpa habría de presumirse conforme a la jurisprudencia de esa H. Sala sobre interpretación del artículo 2.356 del C. C.; de tal modo que no entraré a estudiar este aspecto del caso **sub judice.**

"3.—El parentesco de los demandantes con la víctima del siniestro.

En cuanto al problema jurídico que plantea este negocio, la Procuraduría considera:

"a.—Que se trata de un juicio de responsabilidad extracontractual, por dos razones principales: primera, porque la relación que une a la Nación con sus empleados no es precisamente un vínculo contractual sino una compleja relación de carácter administrativo; segunda, porque está demostrado que el señor Antonio Perilla viajaba como pasajero en el avión y la Nación no tiene organizada su fuerza aérea como empresa pública de transportes.

"b.—Que, por lo dicho en el punto anterior, no se trata en el caso de autos de un accidente de trabajo sino de un caso de responsabilidad por culpa extracontractual de una entidad de derecho público.

"c.—Que el señor Perilla viajaba, en el avión que se estrelló, en su condición de empleado nacional, y no en virtud de un contrato de transporte ni tampoco mediante 'un transporte benévolo'.

"En consecuencia, me limitaré en este alegato a estudiar los perjuicios alegados por la parte actora".

Disiente sin embargo la Corte del parecer del señor Procurador Delegado en cuanto, bajo la letra c) de la transcripción precedente, da por sentado que el transporte que se operaba a favor del señor Perilla era un "transporte benévolo".

Reciente jurisprudencia de esta Sala de Negocios Generales de la Corte hubo de acoger la doctrina de que, si el empleado transportado no viajaba urgido por la necesidad de cumplir determinadas funciones propias de su cargo sino merced a la condescendencia del transportador para fines de interés personal de la persona transportada, y sin lugar al desembolso de un precio específico de tal transporte, aparecerá configurado así el evento del transporte benévolo (sentencia de 11 de febrero de 1946, dictada en el juicio ordinario de María Ester Castillo de Aranza contra la Nación).

En el fallo aludido se expresó, en efecto, lo siguiente en relación con un caso por todo concepto similar al que es objeto de estudio en el presente fallo:

"Transporte benévolo

"La complejidad de la época moderna ha abierto campo, paralelamente, a inquietantes problemas en el terreno jurídico.

"La vida de relación nos coloca frente a situaciones sugestivamente llamativas en el campo del derecho. Tales son las generadas por la prestación de un servicio gracioso, por la dispensa de una atención, o un acto de deferencia o mera cortesía, en el transporte. Tal vínculo social, esa 'relación mundana' no se ha perfilado con toda nitidez en la doctrina y en la jurisprudencia. En semejantes

condiciones, el transporte sale de la categoría de los actos a título oneroso para entrar en la de los actos benévolos".

Y más adelante agrega el mismo fallo:

"En cuanto al **onus probandi,** nada es más equitativo que tomar en consideración la intención altruísta de quien favorece al amigo o acude en auxilio de una persona que se encuentra en circunstancias apremiantes. Una solución rigurosa en estos casos sería exorbitante.

"De aquí se sigue que quien viaja por mera complacencia del transportador, que no está cobrando el precio del pasaje, tendrá derecho a la indemnización, al ocurrir un accidente, cuando demuestre que ha habido culpa por parte del transportador. Sería el **summum jus** aplicar, en estas condiciones, una presunción de culpabilidad con el rigorismo tradicional".

Está encaminada la anterior transcripción a dejar una constancia de índole doctrinal, toda vez que por el aspecto práctico el presente asunto en el cual se trata de un transporte benévolo está suficientemente comprobada la culpabilidad del Estado como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil en uno de los pasajes comprendidos en reproducción que se dejó hecha atrás, y está comprobada tal culpabilidad precisamente por los motivos que el señor Procurador allí cita y reconoce.

Por otra parte, cabe observar aquí que la Corte, en sentencia de 26 de julio de 1945 dictada en el juicio ordinario seguido por el señor Darío A. Triana y otros contra la Nación, juicio en el cual hubo también de ventilarse lo concerniente a la responsabilidad del Estado de este mismo accidente de aviación, ocurrido con motivo de la caída del avión Ford número 642, el quince de agosto de 1941, es fallo en el cual esta Sala fundándose en pruebas idénticas a las que obran en el presente caso, hubo de admitir respecto a tal evento la existencia de culpa de parte del Estado.

Dijo, en efecto, la Corte en el fallo aludido:

"De lo expuesto se deduce que la culpa de la Nación, como entidad responsable del funcionamiento del servicio público de Aviación Militar, se halla establecida con base en las múltiples pruebas que demuestran el modo como se produjo el accidente del 15 de agosto de 1941 en la base érea militar 'Germán Olano' o 'Palanquero', a consecuencia del cual perdió la vida el señor Telmo A Triana".

Se comprende por lo que se deja relacionado que hay lugar a pronunciar la responsabilidad del Estado según lo pedido por la parte demandante y, por tanto, a la confirmación del ordinal 1º, antes transcrito, del fallo del Tribunal de la primera instancia.

Pasando ahora al estudio de las condenaciones en concreto, procede observarse en primer término que el apoderado de la parte demandante se manifiesta inconforme con el fallo del Tribunal en cuanto, aunque condenó a la Nación al pago de los perjuicios morales subjetivos en favor de los padres de la víctima del accidente, sólo lo hizo por la cantidad de mil pesos ($ 1.000) para cada uno de los aludidos ascendientes, suma que dicho apoderado considera exigua.

Por su parte estima la Corte que tiene razón el reclamante, ya que la pena causada por la muerte de un hijo, normalmente es de máxima intensidad tanto para la madre como para el padre y que, al ser graduada en tal virtud la cuantía de la condenación a la luz de lo estatuído en el artículo 95 del C. P., hay lugar al máximo reconocimiento que tal disposición consiente.

De su lado el señor Procurador Delegado en lo Civil se aparta del parecer del Tribunal en cuanto fijó la cifra numérica de quinientos pesos ($ 500) para cada uno de los hermanos del occiso señor Perilla Morales, cuantía ésta que la Corte estima por el contrario ser razonable, y de ahí que proceda la confirmación a este respecto del fallo apelado.

Pasando ahora a estudiar lo atañedero a los perjuicios sufridos por los demandantes, cumple observar, en primer lugar, que en esta segunda instancia no se produjeron pruebas encaminadas a la fijación de la cuantía de aquéllos en cantidad líquida de dinero, de donde se sigue que procede la confirmación del fallo de primera instancia en cuanto dispuso que tal fijación fuera hecha en armonía con los trámites señalados en el artículo 553 del C. J.

Para este efecto y como base que ha de tenerse en cuenta al seguirse el incidente del cual se acaba de hacer mención, habrá de partirse del hecho de que los autos ofrecen asidero suficiente para admitir que en realidad de verdad el señor Perilla Morales atendía a alguna ayuda económica de sus padres, sin que sea dado fijar de antemano en esta sentencia el monto o cuantía de los suministros, materia ésta sujeta por lo demás a dicta-

men pericial, en el cual desde luego no habrán de perder de vista los peritos que Perilla Morales naturalmente habría de reservar para sus gastos personales propios parte de los emolumentos por él obtenidos.

Base necesaria de la liquidación será también la de la vida probable de los padres a efecto de determinar el lapso durante el cual habrán de prolongarse los suministros periódicos del hijo desaparecido. Constituirán, por otra parte, elemento admisible para esa fijación las tablas de vida probable elaboradas por las Compañías de Seguros de Vida.

Fácil es comprender que durante la vida de los padres aunque hubiera hermanos del occiso menores de edad, mal podría admitirse que hiciera suministros distintos y especiales a favor de tales hermanos.

Llegados los varones a la mayor edad no ofrece dificultad alguna el aceptar que tales suministros estaban normal y lógicamente llamados a desaparecer, y de ahí que no puede hoy existir condenación alguna por perjuicios materiales a favor de los hermanos varones del señor Perilla Morales.

En cuanto a la señorita Cecilia Aurora Perilla Morales, ofrece la solución del punto una mayor dificultad dada la condición de mujer de aquélla.

Teniendo ella otros hermanos, la pérdida del posible apoyo económico de su hermano Antonio no presenta el grado de certeza a que podría quizá llegarse si se tratara de un hermano único.

Con todo, parece la solución que más se avecina a lo probable y a la vez a lo equitativo, el considerar que el monto de los suministros periódicos ha de considerarse compuesto de tres partes alícuotas, es a saber:

Una tercera parte para el padre y en atención a su vida probable, como término de duración.

Otra tercera parte para la madre, también en atención a su vida probable, como término de duración.

Y la tercera parte restante para la hermana Cecilia Aurora y en este caso en atención a la vida probable de Antonio, desde luego por ser éste de más edad que su hermana mencionada.

En 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 Confírmase el ordinal primero de la parte resolutiva del fallo pronunciado en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres;

2º Condénase, en consecuencia, a la misma entidad a pagar a Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla, Carlos Pompeyo, Cecilia Aurora y Alvaro Jaime Perilla el valor de los perjuicios morales subjetivos ocasionados por la muerte de Antonio Perilla Morales.

El valor de tales perjuicios lo fija la Corte en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) para la madre, señora Carlina Morales de Perilla y en quinientos pesos ($ 500) para cada uno de los hermanos, es a saber, Carlos Pompeyo Perilla, Cecilia Aurora Perilla y Alvaro Jaime Perilla, y en dos mil pesos ($ 2.000) para el padre, señor Pompeyo Perilla.

El pago respectivo será hecho dentro de los términos legales, una vez ejecutoriado el presente fallo de la Corte;

3º No hay lugar a condenación alguna por perjuicios morales objetivados;

4º Condénase a la Nación a pagar, por terceras partes iguales, el valor de los perjuicios materiales causados a Pompeyo Perilla, Carlina Morales de Perilla y Cecilia Aurora Perilla Morales con motivo de la muerte de Antonio Perilla Morales.

El monto de estos perjuicios será fijado en la forma determinada por el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva del presente fallo;

5º Se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda en lo que respecta a perjuicios materiales que hubieran podido sufrir Carlos Pompeyo Perilla y Alvaro Jaime Perilla Morales;

6º Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda que dio origen al presente juicio;

7º Queda en estos términos reformada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 4 de noviembre de 1943.

Sin costas.

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

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE FERROVIARIO. — INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL SOBRE EL CIVIL

Cuando se trata de una absolución o sobreseimiento es indispensable tener en cuenta la fundamentación del auto respectivo, no obstante que es en la parte resolutiva donde está la decisión definitiva del juzgador. Pero ocurre, con todo, que el alma de un proveído judicial radica generalmente en ciertos motivos que son el soporte y el nervio de la cuestión, sin que lo mismo pueda afirmarse respecto de ciertas apreciaciones del juzgador que permanecen en la zona de meros motivos subjetivos. Cuando un motivo no es posible eliminarlo sin quebrantar lo juzgado o su fuerza, es porque él debe ligar cualquier decisión de la justicia. Si el informativo se refiere a un homicidio por imprudencia, la materialidad del delito reposa en un hecho constituído por descuidos o falta de diligencia imputable al sindicado, y si el juzgador penal asevera que éste no cometió culpa alguna, a primera vista puede decirse que la providencia no ha tenido en mira sino los elementos del hecho como un delito punible, supuesto que aquel funcionario quizá sólo estudió el asunto desde ese punto de vista, por lo cual, en muchas ocasiones, queda expedita la vía para inquirir una culpa civil. Ello es así en principio. Sin embargo, en ciertas circunstancias la absoluta aplicación de semejante tesis podría producir incompatibilidades inconciliables en los fallos, que es lo que pretenden evitar los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal. Síguese de aquí que lo indicado es analizar cada caso dentro de sus peculiaridades, ya que no es posible negar la influencia que la decisión penal tiene en materia civil, como lo pregona el artículo 11 del precitado Código sobre predominio del proceso penal. Una vez resuelto éste, toca al juzgador civil ver hasta qué punto puede conciliarse su decisión con aquella resolución Es entonces cuando se presentan las grandes dificultades de orden práctico. Así, por ejemplo, si una persona fue absuelta por dudas acerca de la intención criminosa cabe, sin contradicción, apreciar el hecho como fuente de indemnización civil. Si la absolución dependió de que el hecho incriminado no estaba catalogado en el Código Penal como delito, ningún impedimento existiría para una condenación por culpa meramente civil. En estas hipótesis, que se podrían multiplicar, el juez civil, en lugar de verse entre obstáculos inconciliables, podría hallar fundamentación para sus providencias en los pronunciamientos del Juez Penal.

Cuando se trata de un proveído motivado, distinto a un veredicto de jurados, el juez civil puede verse limitado si el juez penal enfocó todos los aspectos de la acción sin detenerse sólo en el análisis de los elementos relacionados con el delito y su sanción. No hay que olvidar que un mismo hecho es o puede ser causa de una acción represiva pública o tan sólo de una indemnizatoria.

Cuando la justicia represiva niega la existencia de la infracción lo hace frente a determinada persona, por lo cual ello no implica que el mismo hecho no pueda causar indemnización civil ante otra. Es aquí donde surgen angustiosas vacilaciones al aparecer en escena una acción contra terceros que deban responder por la culpa de quienes están bajo su cuidado y dependencia. Es éste el evento de la responsabilidad indirecta o refleja.

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En auto de septiembre último, la Sala de Negocios Generales hizo la siguiente relación que se transcribe, porque es la historia exacta del asunto que se cuestiona:

"El doctor Valois Arce, como apoderado de los señores Joaquín, Jesús, Antonio, Elías, María del Tránsito, María de las Mercedes y Lázaro Gómez, demandó al Departamento de Antioquia para que se decidiera lo siguiente:

"a) El Departamento de Antioquia es civil y extracontractualmente responsable del daño sufrido por los actores con motivo de la muerte de Ignacio Gómez, acaecida el día 15 de marzo de 1940 en un accidente de tránsito del ferrocarril de Antioquia.

"b) En consecuencia, se condene al Departamento de Antioquia a pagar a los demandantes el valor de aquellos perjuicios, la cuantía de los cuales se fijiará en el curso del juicio o en el de las diligencias especiales que procedan para el cumplimiento de la sentencia".

"La tragedia ocurrió así:

"El día 15 del mes y año precitados, cuando una locomotora del Ferrocarril de Antioquia, manejada por el señor Roberto Villegas, estaba efectuando cambios a una distancia de noventa y un metros de la Estación Cisneros, de la población del mismo nombre, fue atropellado el señor Ignacio Gómez, quien, a causa del siniestro, falleció el mismo día.

"Los hechos básicos de la demanda pueden sintetizarse así:

"1º El señor Ignacio Gómez, soltero, hermano de los actores, ganaba $ 60.00 mensuales, como comisionista y mandadero, y con el producto de su trabajo atendía a la congrua subsistencia de éstos.

"2º Murió víctima del siniestro que se ha narrado.

"3º Gozaba de buenas condiciones físicas, intelectuales, morales y sociales.

"4º El Ferrocarril es una empresa perteneciente al mencionado Departamento de Antioquia.

"5º El accidente se debió a culpa del maquinista, que manejaba la locomotora número 36, o el riesgo inherente a una actividad peligrosa, en el momento en que el Ferrocarril se movía en horas nocturnas.

"6º El maquinista tiene varios procesos pendientes por accidentes de esta clase.

"7º La locomotora estaba efectuando cambios cuando ocurrió la tragedia en que pereció el señor Gómez, quien se hallaba cerca a la carrilera esperando a un amigo, el señor Alejandro Echavarría.

"8º En el perímetro urbano, donde se desarrolló el acontecimiento, el Ferrocarril no tiene guardas ni barreras, como lo exigen los artículos 8º, 9º y 10º de la Ley 76 de 1920.

"El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al descorrer el traslado de la demanda, no convino en la parte histórica del libelo ni en las declaraciones solicitadas, y propuso, fuera de la excepción innominada, la de ilegitimidad de la personería de los actores.

"El Tribunal **a quo**, en sentencia de 7 de noviembre de 1944, desató así la litis:

"Declárase que el Departamento de Antioquia está en la obligación de pagar a María del Tránsito y María Mercedes Gómez, como indemnización de los perjuicios materiales que sufrieron por la muerte de su hermano Ignacio Gómez Gómez, acaecida por causa del accidente de que habla la sentencia, la suma de doscientos veinticinco pesos ($ 225.00).

"2º Declárase que el Departamento de Antioquia debe pagar a cada uno de Jesús Antonio (sic), José Lázaro, José Joaquín, María del Tránsito y María de las Mercedes Gómez Gómez, por razón de perjuicios morales sufridos por causa de la muerte de su hermano Ignacio Gómez Gómez, la suma de cien pesos ($ 100.00).

"3º No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda".

El juicio se suspendió en virtud de la aplicación del artículo 11 del C. de Procedimiento Penal; pero posteriormente el Juzgado Segundo Superior de Medellín remitió copia del sobreseimiento definitivo recaído en el juicio iniciado para averiguar la responsabilidad relacionada con la muerte trágica de Ignacio Gómez Gómez. Dice así, en la parte pertinente, la aludida providencia:

"Del estudio y análisis de las pruebas recogidas en el informativo, se saca en limpio que el sindicado no es responsable del homicidio de que se trata, ya que ninguna culpa tuvo en la muerte del occiso, pues el accidente se debió a imprudencia de éste según aparece demostrado. Consta en los autos que Villegas puso todo el cuidado y diligencia suficiente para evitar la tragedia, pero le fue imposible detener la máquina antes de llegar al punto preciso donde se encontraba Gómez, el cual estaba dormido en uno de los rieles de la carrilera, según parece. Además, el sindicado explica satisfactoriamente su actuación en el proceso, y, de otro lado, su dicho está reforzado por otros

testimonios que corroboran lo aseverado por aquél, tal como el dictamen de los peritos, quienes después de hacer un detenido estudio de las circunstancias que rodearon el hecho, entre otras cosas expusieron: .....En tales circunstancias conceptuamos que el maquinista no podía evitar el accidente...".

El acto de sobreseimiento definitivo fue proferido el 6 de diciembre de 1944, y en él se ordenó archivar el expediente.

La Jurisprudencia venía sosteniendo que estos sobreseimientos no eran consultables; pero pronunciamientos posteriores cambiaron tal doctrina. En la "Jurisprudencia Penal", del Magistrado de la Corte doctor Agustín Gómez Prada, bajo el número 216 se lee:

"La Corte, después de haber dicho que los sobreseimientos definitivos no eran consultables, porque no había disposición legal expresa que así lo ordenara, resolvió lo contrario desde la sentencia del 18 de septiembre de 1944 y lo ha venido sosteniendo repetidamente".

Esta transcripción pone de relieve que al disponer el Juez de Medellín el archivamiento del sumario, sin ordenar la consulta, se había acogido a la jurisprudencia anterior. Fuera de ello, a la Sala no le incumbe rectificar ese procedimiento que aquel funcionario empleó bajo su responsabilidad.

Adentrándose la Sala al fondo del negocio, hace estas consideraciones:

Cuando se trata de una absolución o sobreseimiento, es indispensable tener en cuenta la fundamentación del auto respectivo, no obstante que es en la parte resolutiva donde está la decisión definitiva del Juzgador. Pero ocurre, con todo, que el alma de un proveído judicial radica generalmente en ciertos motivos objetivos que son el soporte y el nervio de la cuestión, sin que lo mismo pueda afirmarse respecto de ciertas apreciaciones del juzgador que permanecen en la zona de meros motivos subjetivos. Cuando un motivo no es posible eliminarlo sin quebrantar lo juzgado o su fuerza, es porque él debe ligar cualquier decisión de la justicia. Si el informativo se refiere a un homicidio por imprudencia, como lo es el levantado contra el señor Roberto Villegas, la materialidad del delito reposa en un hecho constituído por descuidos o falta de diligencia imputables al sindicado, y si el juzgador penal asevera que éste no cometió culpa alguna, a primera vista puede decirse que la providencia no ha tenido en mira sino los elementos del hecho como un delito punible, supuesto que aquel funcionario quizá sólo estudió el asunto desde ese punto de vista, por lo cual, en muchas ocasiones, queda expedita la vía para inquirir una culpa civil.

Ello es así en principio. Sin embargo, en ciertas circunstancias, la absoluta aplicación de semejante tesis podría producir incompatibilidades inconciliables en los fallos, que es lo que pretenden evitar los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento. Síguese de aquí que lo indicado es analizar cada caso dentro de sus peculiaridades, ya que no es posible negar la influencia que la decisión penal tiene en materia civil, como lo pregona el artículo II del precitado código al decir: "Si se iniciare la investigación y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Dispone así la ley que en tales condiciones predomine el proceso penal. Una vez resuelto éste, toca al juzgador civil ver hasta qué punto su decisión puede conciliarse con aquella resolución. Es entonces cuando se presentan las grandes dificultades de orden práctico. Así, por ejemplo, si una persona fue absuelta por dudas acerca de la intención criminosa, cabe, sin contradicción, apreciar el hecho como fuente de indemnización civil. Si la absolución dependió de que el hecho incriminado no estaba catalogado en el Código Penal como delito, ningún impedimento existiría para una condenación por culpa meramente civil. En estas hipótesis, que se podrían multiplicar, el Juez Civil, en lugar de verse entre obstáculos inconciliables, podría hallar fundamentación para sus providencias en los pronunciamientos del Juez Penal.

Cuando se trata de un proveído motivado, distinto a un veredicto de jurados, el Juez Civil puede verse limitado, si el Juez Penal enfocó los aspectos de la acción sin detenerse sólo en el análisis de los elementos relacionados con el delito y su sanción.

No hay que olvidar que un mismo hecho es o puede ser causa de una acción represiva pública o tan sólo de una indemnizatoria.

Si se contempla detenidamente el auto de sobreseimiento en favor de Villegas, se observa que en él se pregona que el indiciado puso todo el cuidado para evitar la tragedia, habiéndole sido

imposible detener la máquina que produjo el accidente, por culpa no de Villegas, sino del damnificado.

En tales condiciones se ha negado la existencia de la infracción, dentro de los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

Cuando la justicia represiva niega la existencia de la infracción lo hace frente a determinada persona, por lo cual ello no implica que el mismo hecho no pueda causar indemnización civil ante otra. Es aquí donde surgen angustiosas vacilaciones al aparecer en escena una acción contra terceros que deban responder por la culpa de quienes están bajo su cuidado y dependencia, como ocurre en el asunto cuestionado en el que la demanda va dirigida no contra el conductor del tren sino contra el Departamento empleador.

Es este el evento de la responsabilidad indirecta o refleja.

Obvio es que el sobreseimiento no se refirió al Departamento, pero también es claro que si Villegas no cometió la infracción, ella no puede considerarse como existente en el pleito contra el empleador, porque se llegaría a un pronunciamiento contradictorio con el primero.

Si el auto referido cubrió este punto de vista, queda empero otro frente en que se atribuye responsabilidad directa al Departamento por una culpa propia.

La sentencia de primer grado dice al respecto:

"El lugar donde ocurrió el accidente está situado en el área urbana de la población de Cisneros (véase el certificado de la Alcaldía de ese municipio). Como dicen los peritos, ese lugar está densamente poblado y tiene vías a ambos lados, a pesar de lo cual no existen barreras ni dispositivo alguno que hagan la vía férrea inaccesible a las personas y a los animales en el momento en que los trenes pasan, lo que indudablemente constituye un estado permanente de peligro, para los que por allí transitan, peligro que la empresa puede y debe evitar".

En la inspección ocular practicada a instancia de la parte actora, dictaminaron así los expertos:

"En el lugar a que se refiere la pregunta o sea en el sitio mismo donde ocurrió el accidente ferroviario que determinó la muerte de Ignacio Gómez, no existen cadenas o barreras de cierre automático, ni guardias especiales encargados de impedir paso de peatones o vehículos en el momento de circular los trenes. El perito Galindo hace constar que aunque esto es así, considera que el ferrocarril no necesita dichas cadenas, barreras o guardas por no tratarse de zona urbana". El señor Personero Municipal de Cisneros certificó: "Que el sitio donde fue atropellado Ignacio Gómez por una locomotora del Ferrocarril de Antioquia, el día quince de marzo de 1940, sí es área urbana de esta población de Cisneros, pues está pegado a la plaza pública".

Si no es absolutamente necesaria la existencia de cadenas o barreras en este sitio, como lo dice el perito, es un deber de prudencia tener allí alguna vigilancia para tratar de evitar acontecimientos como el ocurrido, vigilancia siquiera mínima.

A propósito de un problema semejante, dijo la Sala:

"Cuando una omisión no proviene de culpa alguna, la responsabilidad del perjuicio no es imputable a quien permaneció en inactividad. Pero puede acontecer que el acto negativo provenga de negligencia o imprudencia, y en tal evento se pregunta si habrá también responsabilidad cuando la ley no haya impuesto una actividad positiva contraria. Todo depende de las condiciones en que se actúe, porque en frente de nosotros se mueven otros hombres, cuyos derechos exigen, en virtud de imperativos de convivencia social, normas de prudencia en la conducta, cuyo olvido es tan culpable como la pretermisión de prescripciones legales determinadas. Quien vive en sociedad y allí ejercita sus actividades, tiene obligación jurídica de proceder con diligencia para no causar daño a los demás.

"Con toda razón comenta Planiol: 'Existe una obligación legal de diligencia en todo ente que desenvuelve sus funciones en sociedad, obligación cuyo origen se remonta al aforismo **neminem laedere** y que Demogue, al denominarla "obligación jurídica de actuar", piensa que puede ser consagrada en un texto o en la razón.

"Este principio se destaca en el artículo 2356 del C. C., cuando dice: 'Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta'.

"Allí no se distingue entre hechos positivos y negativos. Quien omite por incuria un hecho que la naturaleza del peligro y las circunstancias que lo acompañan exigen racionalmente, es responsable del perjuicio, porque la ley obliga a que la conducta de los hombres marche acorde con la prudencia impuesta a los actos de éstos".

Síguese de lo transcrito que estando dentro de la población el sitio en que ocurrió el accidente, el Ferrocarril debía tener allí medios adecuados para evitar tragedias, como la que eliminó de la lista de la vida a Ignacio Gómez.

El perjuicio moral puede considerarse demostrado por la presunción que fluye del parentesco entre la víctima y los demandantes, dándole aplicación al artículo 95 del C. P. La suma a que por este concepto fue condenado el Departamento fue muy reducida, por lo cual debe aumentarse siquiera a $ 500.00 para cada uno de los actores.

En cuanto a la existencia de perjuicios materiales, no aparece la prueba completa de ellos.

Al efecto, Julio Villa y Manuel Morales declaran "que la víctima tenía como ocupación hacer mandados y cuidar bestias y que ganaba aproximadamente $ 2 diarios".

Luis Alfonso Yepes declaró: "Es cierto que el occiso Ignacio Gómez era muy buen miembro de familia e invertía el producto de su trabajo en el sostenimiento de sus hermanas María del Tránsito y Mercedes, solteras y de edad avanzada". Jesús Cadavid, dijo: "Me consta que era del dominio público en esta población, que Ignacio Gómez era muy buen miembro de familia y que con su trabajo ayudaba al sostenimiento de sus hermanas, quienes son carentes de recursos". El testimonio de Yepes no da razón de su dicho, de suerte que se ignora cómo le consta lo que afirma. Cadavid declara por el rumor público, sin que nada le conste personalmente. En estas condiciones no se ha evidenciado que Gómez prestara ayuda económica a sus hermanas, lo que vale tanto como decir que el perjuicio material no está comprobado. De otro lado, consta en el cuaderno de pruebas del demandado el siguiente testimonio de Luis Alfonso Yepes: "Yo conocí al mencionado Ignacio Gómez en este municipio como mandadero de profesión, listo a prestar a los ciudadanos cualquier servicio...., y vivía en parte del producto de sus mandados y en parte de la ayuda de sus hermanas con quienes vivía".

No está por demás advertir que el auto de sobreseimiento echa a Gómez la culpa de su muerte, por su negligencia ante el peligro.

La demanda fue promovida en nombre de Joaquín, Jesús Antonio, Elías, María del Tránsito, María de las Mercedes y Lázaro Gómez. Todos ellos, a excepción de Elías, comprobaron ser hermanos de Ignacio con las respectivas partidas de nacimiento.

En cuanto al matrimonio de los padres de éstos, José María Gómez y Delfina del mismo apellido, hay en autos un certificado de origen eclesiástico en que se dice no haberse encontrado la partida respectiva; pero se afirma a la vez que, conforme a datos de personas honorables, dicho matrimonio se efectuó en el año de 1880 aproximadamente. Esa omisión la explican otros testigos por la guerra civil que azotó al país en esa época.

Jesús María Hoyos, testigo insospechable, declaró:

"Es verdad y así lo aseguro que los cónyuges José María Gómez y Delfina Gómez se casaron en este municipio, en el paraje de 'Cimarrones' y como esto sucedió en los años de 1879 a 1881, época de guerra civil, creo que éste es el motivo porque no se encontró la correspondiente partida de matrimonio".

Tal testimonio está fundado en el conocimiento que el declarante tenía de José María y Delfina.

Fermín Arbeláez dice: "Es verdad, y así lo aseguro por haber sido hecho notorio y confirmado por lo que relatan contemporáneos de absoluta veracidad, que los finados José María y Delfina Gómez fueron casados en este municipio...".

Mariano Arbeláez G., expuso: "Es verdad y me consta directa y personalmente que los finados José María y Delfina Gómez fueron legítimamente casados y como tal vivieron y murieron, y cuyo matrimonio se celebró, en los años de 1879 a 1881, época en la cual estábamos en guerra civil".

Constan las partidas de defunción de Ignacio Gómez, y la partida de defunción de sus padres.

En lo tocante al demandante Elías se destaca la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva.

La propiedad que el Departamento tiene en la Empresa Ferroviaria, fluye de varios testimonios obrantes en el expediente. Además, el señor Fiscal del Tribunal no niega este hecho sino que lo acepta al hacer referencia al juicio "contra el Departamento de Antioquia, por razón de su empresa de servicio público de transportes, ferrocarril de Antioquia".

Aun cuando de acuerdo con el sobreseimiento Ignacio Gómez tuvo culpa determinante en el acontecimiento en que pereció, por tratarse de indemnización por perjuicios morales subjetivos, ello no tiene consecuencias, ya que el Juez está facultado para apreciarlos dentro de la pauta elástica del artículo 95 del C. Penal.

En mérito de lo discutido, la Sala de Negocios

Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, y en vez de ella, decide:

1º El Departamento de Antioquia es responsable de los perjuicios morales subjetivos sufridos por Jesús Antonio, José Lázaro, José Joaquín, María del Tránsito y María de las Mercedes Gómez Gómez, como consecuencia de la muerte trágica de su hermano Ignacio Gómez, acaecida el quince de marzo de mil novecientos cuarenta, en la población de Cisneros, con motivo de un accidente producido por el Ferrocarril de Antioquia.

2º Condénase al Departamento de Antioquia a pagar, por estos perjuicios, la suma de quinientos peso moneda legal ($ 500.00), a cada uno de los señores mencionados en el ordinal procedente.

3º Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del co-demandante Elías Gómez.

4º Absuélvese a la parte demandada de todos los demás cargos formulados en el libelo.

Reconócese al doctor Octavio Cifuentes R. como apoderado del Departamento de Antioquia en los términos del poder obrante en el expediente.

Para la notificación al señor Gobernador del Departamento de Antioquia se comisiona a uno de los Jueces del Circuito en lo Civil de Medellín (reparto), a cuyo efecto se librará el correspondiente despacho con los insertos requeridos.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

HONORARIOS DE LOS PERITOS

El objeto de la peritación es auxiliar al fallador mediante la intervención de personas dotadas de conocimientos o prácticas especiales en los asuntos que por su índole requieren el empleo de este medio de prueba. Su naturaleza misma demanda una remuneración acomodada al aporte que proporciona y al tiempo que comúnmente se invierte en la diligencia hasta la presentación del experticio. Así ha de interpretarse el artículo 60 de la ley 63 de 1936.

En desarrollo de los artículos 562 del Código Judicial y de los artículos 569 y 570 que amplían el principio sentado en el primero la Sala ha sostenido que todo cuestionario formulado a los expertos de una manera extraña al primitivamente propuesto por la parte interesada en producir la prueba agrava de tal modo la peritación que los gastos que ocasione deben ser atendidos por cada una de ellas a prorrata. En el caso de autos el Tribunal ha debido ordenar el pago de los honorarios periciales a ambas partes, puesto que se trataba de una prueba común, aunque la iniciativa de la solicitud hubiese estado a cargo de una de ellas exclusivamente. En tales casos, es indudable que se impone a los expertos un trabajo adicional que recarga el costo de la prueba, lo que en justicia implica que deba dividirse el monto de la remuneración que a aquéllas se asigne.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Dentro del juicio promovido por Pedro A. Sánchez contra el Departamento del Cauca el Tribunal Superior de Popayán, en auto de 29 de julio del año próximo pasado fijó el monto de los honorarios de los peritos doctores Próspero Calvacho Ruiz y Alejandro Gómez en la suma de $ 180 para cada uno y dispuso, además, que correspondía a la parte actora atender al pago de los mismos.

El doctor Higinio Solarte, mandatario judicial del demandante, interpuso la alzada contra esta decisión, alegando que el límite indicado por el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, para la regulación de honorarios periciales se refiere a la cuantía total de éstos y, de otro lado, que su solución o pago correspondía a ambas partes, a prorrata, conforme a claros e inconcusos principios desenvueltos por la jurisprudencia.

Así vino el negocio a esta Sala de la Corte, en donde se encuentra preparado para recibir la decisión de instancia.

Se considera:

El objeto de la peritación es auxiliar al fallador mediante la intervención de personas dotadas de conocimientos o prácticas especiales en los asuntos que por su índole requieran el empleo de este medio de prueba. Su naturaleza misma demanda una remuneración acomodada al aporte que proporciona y al tiempo que comúnmente se invierte en la diligencia hasta la presentación del experticio.

Son pertinentes los siguientes conceptos **a quo**, que la Sala prohija:

"Por lógica interpretación del artículo 60 citado por el peticionario, hay que deducir que el dos y medio (2½) por mil previsto en el inciso tercero de esa norma legal se refiere al monto parcial del honorario fijable a cada uno de los peritos, y no al valor total en conjunto de tales honorarios. En otra forma ocurriría a menudo que la estimación a cargo del Juzgador estaría sometida a un criterio tan estrecho de apreciación, que se vería forzado en todo momento a estimar los honorarios de modo diametralmente contrario a la evidencia de los hechos. Sirva de ejemplo y razón de ser de esta interpretación el caso concreto que se analiza: un negocio de considerable monta; un avalúo de $ 72.000.00, clara y perfectamente fundamentado, rendido por profesionales de indiscutible competencia, que sólo permitiera —de acoger la tesis sostenida por el doctor Solarte— fijar un honorario total de $ 180.00, es decir, $ 90.00

para cada perito, no correspondería desde luego a la finalidad perseguida por el legislador de 1936 ni estaría acorde con la realidad misma de los hechos. La categoría de los expertos, la forma e importancia del dictamen rendido, su interés y crédito profesionales, la responsabilidad que toman sobre sí, son otros tantos factores de entidad indiscutible que no es posible pasar por alto en la estimación de los honorarios".

Cabe agregar a lo anterior que una recta interpretación de la mencionada norma (artículo 60 de la Ley 63 de 1936) no puede conducir a los extremos que el recurrente sugiere, puesto que de aceptarse sus tesis ocurriría que si en la pericial figura un solo experto le correspondería a título de honorarios máximos el dos y medio por mil del avalúo; y, en cambio si actúan dos solamente la mitad de la suma correspondiente y, en caso de intervención de perito tercero, los emolumentos llegarían a un tercio de la misma para cada uno, lo que sería una falta de equidad, ya que el trabajo de los expertos, el tiempo distraído, etc., son iguales, cualquiera que sea su número. Por estos motivos, no accederá la Corte a modificar la resolución del inferior, que encuentra ajustada a derecho.

Con respecto al otro punto objeto de la apelación, habrá de observarse:

El artículo 562 del C. Judicial estatuye que cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite y contribuír a prorrata al pago de los gastos comunes. Amplían este principio los artículos 569 y 570 del mismo Código.

En desarrollo de los preceptos mencionados, reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha sostenido, en relación con la prueba pericial, que todo cuestionario formulado a los expertos de una manera extraña al primitivamente propuesto por la parte interesada en producir la prueba agrava de tal modo la peritación que los gastos que ocasione deben ser atendidos por cada una de ellas a prorrata.

En auto de 7 de junio de 1937, dijo la Sala:

"Al decir que los gastos deben ser comunes 'cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba', no se refirió la Sala —ni podía referirse— a las aclaraciones que tienen derecho a solicitar las partes a fin de que la diligencia se practique de la mejor manera posible".

A su vez el Tribunal dijo en el negocio que se estudia: "Al apreciar el alcance de esta disposición (alúdese al artículo 562 del C. J.) en el caso concreto que se analiza, adviértese desde luego que la diligencia de avalúo llevada a cabo en este negocio, obedeció a pedimento único y exclusivo de la parte demandante. Verdad es que la contraria solicitó y obtuvo concepto pericial sobre hechos relacionados con el debate, no previstos por la actora, pero esta circunstancia no significa que la prueba pericial debe considerarse pedida por ambas partes. El demandado aprovechó simplemente la oportunidad que le brindó la prueba decretada a pedimento del actor para pedir a su vez el concurso de los peritos sobre determinados hechos tendientes a ampliar el peritazgo que, en el evento de faltar ese pedimento, no habría tenido realización".

Claramente se ve por lo transcrito que tiene razón en esta parte el recurrente en cuanto afirma que la experticia "versó también sobre cuestiones pedidas por la contraparte, ajenas completamente a las propuestas por mí...".

Y siendo ello así —conforme expresamente lo reconoce el Tribunal— es lógico que ha debido ordenar el pago de los honorarios periciales a ambas partes puesto que se trataba de una prueba común, aunque la iniciativa en la solicitud hubiera estado a cargo de una de ellas exclusivamente. En tales casos, es indudable que se impone a los expertos un trabajo adicional que recarga el costo de la prueba, lo que en justicia implica que deba dividirse el monto de la remuneración que a aquéllos se asigne. En tal sentido habrá de modificarse por la Sala la resolución objeto del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia reforma el auto recurrido en el sentido de declarar que corresponde a ambas partes, a prorrata, el pago de la diligencia pericial, y lo confirma en todo lo demás.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Eleuterio Serna — Ramón Miranda. El Secretario, Nicolás Llinás Pimienta.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Acción de inexequibilidad de los Decretos números 1570 de 1º de julio de 1942 y 260 de 6 de febrero de 1943, que tratan sobre servicio militar obligatorio. — Se declara que no hay lugar a resolver sobre la demanda de inexequibilidad del primer Decreto y se inhibe la Corte del conocimiento del segundo, por no ser de su competencia. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 1

Acción de inexequibilidad de los artículos 7º de la Ley 71 de 1916 y 1º y 2º de la Ley 49 de 1931. — Se declaran exequibles los artículos de las leyes acusadas. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 5

Acusación de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario número 1668 del 25 de agosto de 1943.—Derechos civiles de los extranjeros.—Se declaran inexequibles los artículos acusados. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 9

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda y Ramón Miranda 15

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de indemnización de perjuicios.— Contrato de opción.—Pacto de preferencia. Causal de incongruencia. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario promovido por Rafael Vélez Toro contra Concepción Vélez Mendoza, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 18

Págs.

Acción petitoria de cumplimiento de un contrato y de indemnización de perjuicios.— Reconvención petitoria de nulidad absoluta del contrato entre actor y demandado.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario seguido por Carlos Nauffal contra Rosa Salomón v. de Nauffal, sobre cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 22

Acción de impugnación de una legitimación, de nulidad de un testamento y de filiación natural.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por María Anselma Ardila Riaño contra Ana Joaquina Cuervo o Ardila y María de los Angeles Cuervo o Ardila de Rodríguez, sobre impugnación de una legitimación y otras acciones. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 29

Acción petitoria de declaración de existencia de dos becas fundadas en el Colegio Seminario de San Bartolomé. — Contrato de "censo consignativo" conforme a la legislación española.—Soberanía de los Tribunales en la interpretación de los contratos. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario promovido por Baltasar Salazar Billoque contra el Colegio de San Bartolomé para el reconocimiento de unas becas en él. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 33

Acción de nulidad de una partición.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en el juicio ordinario seguido por Gregorio Lamprea contra José María Patiño y Ascensión Ospina de Pa-

Págs.

tiño sobre nulidad de una partición. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca. 39

Acción de nulidad de unos contratos, de un juicio ejecutivo, del remate de bienes y de reivindicación. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Beatriz Pizano Izquierdo, por medio de su curador, contra Adán Salazar R., José G. Pizano Valenzuela y la Sociedad Unión Urbanizadora, S. A. sobre nulidad de unos contratos y otras acciones. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 43

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Alberto Luis Cardona contra Alfonso Cuéllar Gallego, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 57

Reivindicación—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por Belisa Montoya de Betancourt, en representación de sus menores hijos, contra Clara Prieto v. de Betancourt, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca.... 60

Acción de indemnización de perjuicios.—Influencia del proceso penal sobre el civil en relación con indemnización de perjuicios. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida en el juicio ordinario seguido por Felipe Negrete contra Andrés Genes sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 65

Acción petitoria de nulidad de un juicio ejecutivo y de reivindicación de bienes.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio ordinario promovido por Julia Zapata de Villa contra Eleázar Gaviria y Ramón Villa sobre reivindicación y nulidad de un juicio ejecutivo. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 68

Págs.

Acción reivindicatoria de una mina—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en el juicio ordinario seguido por la Compañía Minera de Toldafría contra Benjamín Castaño sobre reivindicación de minas. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 74

Acción de indemnización de perjuicios.—Saneamiento. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Eugenia Amador de Piedrahita contra el Banco de Sucre, la Compañía de Gaseosas Posada Tobón y A. Angel & Cía., S. A. sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 81

Acción de indemnización de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Vidal Acosta contra Amelia Mendieta v. de Castañeda y Miguel Antonio Pardo, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 88

Acción petitoria de indemnización de daños patrimoniales y morales. — Técnica de casación. — Incongruencia. — Vicio de valoración probatoria.—Cargo por error de la apreciación de las pruebas del proceso. Indole jurídica del recurso de casación.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario seguido por Carmen R. Cardona contra el Municipio de Manizales sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 93

Acción reivindicatoria. — Resguardo de indígenas. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, proferida en el juicio ordinario seguido por la Parcialidad de Indígenas de Puracé contra la señora Ernestina Escobar de Prado y sus hijos menores, representados por su padre legítimo Angel María Prado, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 98

Págs.

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.—Apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario seguido por Néstor Echeverri contra Carlos Arturo Jaramillo, por pesos. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo... 103

Acción principal de reivindicación.—Contrademanda petitoria de declaración de otorgar una escritura.—Venta de derechos hereditarios. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario promovido por Joel Carri llo contra Rubén Bryon sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 109

Acción de dominio.—Naturaleza jurídica del mandato.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida en el juicio ordinario seguido por Justino Ezpeleta como apoderado de Ester Ezpeleta de Collins y Nicasio Ezpeleta contra Leonor Isabel Trucco de Martínez, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 115

Acción principal de nulidad de un contrato y reivindicación.— Reconvención petitoria de saneamiento de una compraventa, etc. Doctrina jurídica sobre confesión.—La reconvención en derecho.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Aurora Giraldo contra su esposo Gumersindo Villa y el causahabiente de éste, Ramón Castaño, sobre nulidad de un contrato y reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 122

Acción petitoria de declaración de responsabilidad por perjuicios materiales y morales.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido por Luis Vargas Castillo, María del Carmen Vargas de D'Alemán y Lucrecia Vargas de Ospina contra el Municipio de Bogotá, sobre perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 131

Págs.

SALA DE CASACION PENAL

Pena de relegación a una colonia agrícola. Se niega el beneficio de libertad provisional pedido por Roberto Arturo Grisales. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 138

Veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en la causa contra Enrique Acebedo Puerta por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 139

Impedimento de agentes del Ministerio Público por parentesco con miembros del Jurado.—Se resuelve que no es legal el impedimento manifestado por el Procurador Delegado en lo Penal para intervenir en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por la cual se impuso a Fernando Valencia Escobar cierta pena por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno... 143

Crítica del testimonio.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en la causa que se siguió contra Telésfóro Castro por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 145

Incapacidad para trabajar.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en la causa de Abel Zambrano Páez por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 147

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada a la sentencia anterior 154

Exceso en la legítima defensa.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto proferida en la causa contra Marco Aurelio Muñoz por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 156

Págs.

Se confirma el auto que declaró terminado el procedimiento por delito de falsedad en documentos públicos—Se confirma la sentencia consultada del Tribunal Superior de Bogotá que declaró terminado el procedimiento en las diligencias seguidas contra el doctor Régulo Nates Cortés por el delito de falsedad en documentos públicos, por no haber tenido existencia el delito imputado. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 162

Cambio de radicación de un proceso.—Emite la Sala concepto favorable a la solicitud sobre cambio de radicación del proceso seguido contra Julio Franco Rubio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 166

Acusación por delitos de prevaricato, violación de domicilio, abuso de autoridad, etc. Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Buga en que se declaró que los hechos imputados al doctor Saulo Mario Patiño no constituyen infracción penal. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 169

Recurso de reposición.—Prevaricato.—No se repone el auto por el cual se confirma el de proceder contra el ex-Juez Pedro Luis Gómez. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 173

La calificación de las circunstancias modificadoras es atribución de los jueces de hecho.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en la causa contra Angel María García Acebedo por el delito de homicidio intencional. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno... 178

Homicidio intencional.—No se casa la sentencia del Tribunal de Pamplona por la cual se condenó a Gregorio Merchán Balza por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola.. 185

Condiciones de existencia de la legítima defensa.—No se casa la sentencia del Tribunal de San Gil, proferida en la causa contra Carlos Galvis por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 189

Elementos constitutivos del prevaricato.—Se resuelve confirmar el auto del Tribunal Superior de Pereira por el cual se declaró que no constituyen infracción penal los hechos imputados al doctor Alfonso Restrepo Botero como Juez del Circuito en lo Civil de Pereira. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 195

Extradición.—Se emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición del señor Alipio García Solano, formulado por la Embajada del Ecuador. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 198

Relación jurídica entre el veredicto y la sentencia.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en la causa contra Emiliano Antonio Espinosa Z. por el delito de homicidio intencional. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 204

Caracteres diferenciales de dos cuestionarios según el Código y según la Ley 4ª de 1943. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en la causa contra Manuel González Camargo por el delito de homicidio intencional. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 207

Nulidades reconocidas por la ley en el proceso penal.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en la causa contra Francisco Antonio Caicedo o Salcedo por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 213

Provocación de estados emocionales como circunstancia modificadora.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en la causa contra José Barón Monroy por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 216

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Incompetencia de la Corte para el conocimiento de asuntos referentes a pensiones de los miembros del Organo Jurisdiccional.—Se ordena la remisión del asunto al cual se refiere el auto, a la Caja de Previsión Social Judicial. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 220

Incompetencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte para el conocimiento de ciertas ejecuciones por jurisdicción coactiva—Se abstiene la Sala de conocer del negocio a que se alude en ese auto. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R... 221

Solución de una competencia entre dos jueces de diversos distritos judiciales—Se decide que es al Juez de Buga a quien le toca conocer del juicio de sucesión de Francisco Antonio Mazo. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 222

Aviso de exploración y explotación de petróleos.—Se declara que no es jurídicamente fundada la pretensión del avisante de efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo de propiedad privada en el globo de terreno ubicado en el Municipio de San Antonio, del Departamento del Magdalena. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 225

Se confirma la resolución del Juez provocada en una competencia. — Se confirma el auto apelado en el asunto referente a una competencia entre dos jueces de diversos distritos judiciales. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 231

Nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción.—Se anula el proceso instaurado por Marco T. Mendoza Amarís y Municipio de San Antonio contra la Nación y Camilo Gutiérrez. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock 233

Representación del causante en juicio por sus herederos.—Liquidación de perjuicios. Interpretación del artículo 2341 del Código Civil.—Se señala la cantidad líquida de los perjuicios ordenados liquidar en el juicio de Carlos Soler Segura contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 236

Incidente de liquidación de perjuicios. — Se señala la cantidad líquida como valor de perjuicios que el Departamento del Atlántico deberá pagar al doctor Nicolás Fuentes Jiménez. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 246

Objeciones a un dictamen pericial. — Se revoca el auto apelado en el juicio promovido por Gustavo Reyes y otro contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 250

Devolución o reintegro de sumas pagadas por impuestos.—Se confirma el auto recurrido en el juicio promovido por Federico Vásquez y su esposa contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 251

Juicio sumario sobre petróleos.—Se declara que no es jurídicamente fundada la pretensión de la sociedad avisante, denominada Junta Petroleum Company, ni del Municipio de El Carmen, de efectuar ciertas exploraciones de petróleos. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cook 253

Representación judicial de los Municipios. Se confirma el auto apelado en el juicio promovido por Enrique Salazar Romai contra la Nación sobre derecho a unas tierras denominadas San Jacinto y Cascabel. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 262

Nulidad por incompetencia de jurisdicción. Se confirma el auto apelado.—Se confirma el auto apelado en el juicio instaurado por Alvaro González Sierra contra el Municipio de Armero. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 264

Práctica de pruebas.—Su apreciación en la sentencia.—Se revoca el auto apelado en

Págs.

el juicio por la comunidad de Turipana contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 267

Aviso sobre exploración y explotación de petróleos.—Se declara que no está jurídicamente fundada la pretensión de la Sociedad Junta Petroleum Company para efectuar ciertas exploraciones en busca de petróleos. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 270

No se repone el auto reclamado.—No se repone el auto que reclamó el doctor Alberto Alzate Angel como apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad en este juicio. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 280

Acción petitoria de pago de perjuicios por responsabilidad extracontractual — Transporte benévolo.—Se condena a la Nación al pago de perjuicios materiales causados a Pompeyo Perilla y otros en el juicio seguido contra ella por el doctor Marco Naranjo López como apoderado. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock..... 282

Acción petitoria de pago de perjuicios por accidente ferroviario.—Influencia del proceso penal sobre el civil.—Se condena al Departamento de Antioquia al pago de perjuicios en el juicio que le siguió sobre responsabilidad el doctor Valois Arce como apoderado de Joaquín, Lázaro Gómez y otros. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 287

Honorarios de los peritos. — Se reforma el auto recurrido en el juicio seguido por Pedro A. Sánchez contra el Departamento del Cauca. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 293

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA" BOGOTA

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 I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXII - BOGOTA, COLOMBIA - JUNIO - JULIO - AGOSTO DE 1947 - NUMEROS 2048 - 2049

SALA PLENA

DEMANDA DE NULIDAD DE LA ELECCION DE UN CONSEJERO DE ESTADO

Según el artículo 136 de la Constitución Nacional, el constituyente contempla tres clases de Consejeros: los principales y los suplentes, designados unos y otros por las Cámaras; y los interinos, cuyo nombramiento corresponde al Gobierno Nacional en los casos previstos por la ley. En cuanto al deber del Presidente de incluír en la terna de candidatos para la elección el nombre del Consejero respectivo, dispuso el legislador no simplemente que debía incluírse el nombre del CONSEJERO EN EJERCICIO, sino el del CONSEJERO PRINCIPAL EN EJERCICIO. Se designó para ser favorecidos con esta disposición, únicamente a los CONSEJEROS PRINCIPALES y no a quienes en reemplazo de éste desempeñaran el cargo como suplentes o interinos. Si tal no hubiera sido el propósito del Constituyente, le habría bastado consignar una fórmula más sencilla, refiriéndose simplemente a los Consejeros en ejercicio y no como lo hizo, estableciendo una condición más: la de ser principal.

La disposición del artículo 139 de la C. N., artículo b) transitorio, se encamina a facilitar el tránsito entre el sistema de elección antiguo y el actual. El Constituyente de 1945 dispuso que para las dos primeras elecciones parciales que habrían de efectuarse después de la enmienda constitucional, podrían ser designados para el ejercicio de tales cargos abogados titulados que, aunque no reúnan los requisitos del artículo 150 de la C. N., hubiera ejercido su profesión por un lapso no menor de diez años.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

En ejercicio del derecho que otorga el artículo 45 de la C. N., y de la acción pública a que se refiere el ordinal d) del artículo 1º de la ley 69 de 1945, los doctores Tomás García Cuéllar y Luis C. Bravo, en sendos escritos, demandaron la nulidad de la elección hecha por la H. Cámara de Representantes, en su sesión del día 19 de noviembre

de 1946, en la persona del doctor Jesús Estrada Monsalve para el cargo de Consejero de Estado, por el resto del período constitucional en curso, en reemplazo del doctor Gabriel Carreño Mallarino, titular del cargo, quien renunció, y por no haber entrado a ejercer el suplente respectivo, doctor Hernando Navia Cajiao.

Admitidas las demandas se cumplieron los trámites de rigor, y finalmente, se dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 226, 227, 228 y 231 de la ley 167 de 1941.- En tal virtud, los dos juicios ya acumulados habrán de resolverse en una sola sentencia.

Para fallar se considera:

Sostienen los doctores García Cuéllar y Bravo que con dicha elección se violó el artículo 139 de la C. N., por cuanto el elegido no reúne las condiciones exigidas por tal precepto para desempeñar el cargo de Consejero de Estado. Afirma también el primero de los nombrados, que se infringió igualmente la disposición consignada en el artículo 136 de la Constitución, porque el señor Presidente de la República no incluyó en la terna presentada a la Cámara para la escogencia del Magistrado, el nombre del Consejero que se encontraba en ejercicio. Este requisito dejó de cumplirse en la terna enviada, al integrarla con los nombres de los doctores Jesús Estrada Monsalve, Víctor A. Ricardo y Francisco Castilla, omitiendo en ella el nombre del doctor Justo Franco, quien por decreto del mismo Gobierno estaba ejerciendo interinamente el cargo en cuestión.

Ambos demandantes alegan que la elección cuya nulidad solicitan, no está cobijada por el artículo b) transitorio del A. L. número 1º de 1945, que estatuye que para las primeras elecciones parciales de Consejeros de Estado, podrán ser nombrados, además de los ciudadanos que reúnan los requisitos del artículo 150, los abogados titulados que hubieren ejercido su profesión por más de diez años, ya que no se trata aquí de una elección parcial, sino de llenar una falta absoluta por el resto del período en curso, en virtud de la renuncia de los doctores Carreño Mallarino y Navia Cajiao.

Concepto del Procurador

En su vista de fondo el señor Procurador General de la Nación, hace las siguientes observaciones en torno al caso en estudio:

En primer término sostiene que no se acreditó legalmente que el doctor Justo Franco estuviera desempeñando el cargo en el momento de la elección, ni que la terna hubiera sido integrada por los candidatos señalados por los demandantes, ni que tales candidatos no llenan los requisitos constitucionales.

Comentando el artículo 136 de la C. N. que ordena al Presidente incluír en la terna del caso el nombre del respectivo Consejero de Estado que ocupa el puesto, conceptúa el Procurador, que tal disposición se refiere únicamente a los Consejeros principales en ejercicio de la Magistratura, mas no a los suplentes de estos funcionarios, o a quienes desempeñen el empleo en interinidad. Al disponer el artículo 136 que "en cada terna será incluído uno de los Consejeros principales en ejercicio del cargo", se refiere exclusivamente a las elecciones parciales mediante las cuales debe renovarse el personal por haberse cumplido el período legal y no cuando, como en el caso en estudio, se trata de llenar una vacante producida por la falta absoluta del Consejero titular. La intención del legislador al consagrar esta norma no fue otra que la de dar una oportunidad a los Consejeros salientes de ser reelegidos.

Respecto de la afirmación de que el doctor Jesús Estrada Monsalve no reúne las condiciones exigidas por el artículo 139 de la Carta para ser Consejero de Estado, opina que tales requisitos no entran a regir sino cuando se hayan cumplido los períodos correspondientes a los magistrados electos en las dos primeras elecciones parciales subsiguientes a la reforma, conforme a lo dispuesto en el artículo b) transitorio de la Constitución. Mientras tanto, exigir a unos consejeros determinados requisitos y a otros requisitos distintos, no sería jurídico, ni equitativo, ni podría, por lo mismo, tener base constitucional.

Consideraciones de la Corte

El artículo 136 de la Constitución dice:

"Habrá un Consejo de Estado integrado por el número de miembros que determine la ley.

"La elección de Consejeros de Estado corresponde hacerla a las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República. En cada terna será incluído uno de los Consejeros principales en ejercicio del cargo.

"Los Consejeros de Estado durarán cuatro años, y se renovarán parcialmente cada dos. Cada miembro del Consejo tendrá un suplente, elegido por las Cámaras en la misma forma que los prin-

cipales. Los suplentes reemplazarán a los principales en los casos de faltas absolutas o temporales.

"Corresponde al Gobierno la designación de Consejeros interinos.

"Los Ministros tienen voz y no voto en el Consejo".

Como claramente se desprende de la disposición que acaba de transcribirse, el constituyente contempla tres clases de Consejeros: los principales y los suplentes, designados unos y otros por las Cámaras; y los interinos, cuyo nombramiento corresponde al Gobierno Nacional en los casos previstos por la ley. En cuanto al deber del Presidente de incluír en la terna de candidatos para la elección el nombre del Consejero respectivo, dispuso el legislador no simplemente que debía incluírse el nombre del **Consejero en ejercicio,** sino el del **Consejero principal en ejercicio.** Se designó para ser favorecidos con esta disposición, únicamente a los **Consejeros principales** y no a quienes en reemplazo de éste, desempeñaren el cargo como suplentes o interinos. Si tal no hubiera sido el propósito del Constituyente, le habría bastado consignar una fórmula más sencilla, refiriéndose simplemente a los Consejeros en ejercicio y no como lo hizo, estableciendo una condición más: la de ser principal.

La Corte observa, apenas, que es impertinente la observación, porque la disposición constitucional que tal cosa ordena considera con tanta claridad sólo a los Consejeros principales que no deja dudas al respecto.

En lo que atañe a la acusación de que el candidato elegido, doctor Estrada Monsalve, no reúne los requisitos exigidos por el artículo 139 de la C. N. para ser Consejero de Estado, la Corte encuentra que tal elección está regida por el artículo b) transitorio de la Constitución, que dice:

"Para las dos primeras elecciones parciales de Consejeros de Estado podrán ser nombrados, además de los ciudadanos que reúnan los requisitos del artículo 150, los abogados titulados que hubieren ejercido su profesión por un tiempo no menor de diez años".

La anterior disposición transitoria se encamina, como muy claramente se advierte, a facilitar el tránsito entre el sistema de elección antiguo y el actual. El Constituyente de 1945 dispuso que para las dos primeras elecciones parciales que habrían de efectuarse con posterioridad a la enmienda constitucional, podrían ser designados para el ejercicio de tales cargos, abogados titulados que aunque no reúnan los requisitos del artículo 150 de la C. N., hubieran ejercido su profesión por un lapso no menor de diez años.

La tesis sostenida por los demandantes de que en el caso en estudio, por no tratarse de una elección parcial, sino de una no contemplada en la disposición transitoria, la escogencia ha debido ser hecha teniendo en cuenta la regla general y no la especial del artículo b), transitorio, conduciría al absurdo de que en una misma ocasión, para la elección de funcionarios de la misma categoría y atribuciones, podrían exigirse calidades distintas para ser nombrados, sin que hubiera para ello razón jurídica alguna.

Tal sucedería, por ejemplo, si al proceder a una renovación parcial de las dos subsiguientes previstas en el artículo en estudio, también hubiera de elegirse un magistrado para reemplazar a otro no incluído en la renovación pero que hubiera renunciado a su cargo.

No encuentra, pues, la Corte que en la elección acusada y con vista en las pruebas aducidas, se haya violado la Constitución o la ley, por lo cual la demanda no puede prosperar.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador General de la Nación, no accede a decretar la nulidad pedida en las dos demandas que fueron materia de la presente decisión.

Notifíquese, cópiese, dése cuenta de este fallo a la Honorable Cámara de Representantes, al Honorable Consejo de Estado y al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Víctor Cock. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro Castillo Pineda. — Agustín Gómez Prada. — Jorge Gutiérrez Anzola. — Ricardo Hinestrosa Dazá. — Ricardo Jordán Jiménez. Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. Domingo Sarasty M.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO UNICO DE LA LEY 35 DE 1945 "POR LA CUAL SE FIJA LA REMUNERACION DE LOS CONGRESISTAS"

El artículo 113 de la Constitución quitó a la remuneración de los miembros del Congreso el carácter de norma constitucional que tenía y suprimió el sistema de pago anual por los servicios legislativos, dejando a la iniciativa del parlamento la adopción del sistema remuneratorio y la fijación de la cuantía. Por consiguiente, no es inconstitucional el artículo único de la ley acusada.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

El señor Gustavo Enciso Ramírez, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha pedido a la Corte, en demanda de fecha 18 de noviembre del año de 1946, que declare inexequible por inconstitucional, el artículo único de la ley 33 de 1945, "por la cual se fija la remuneración de los congresistas".

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte procede a decidir, para lo cual considera:

El texto de la ley acusada es de este tenor: "Artículo único. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 113 de la Constitución, se fija la remuneración de los congresistas, así: quinientos pesos mensuales como sueldo, y mientras esté reunido el Congreso, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones tendrán derecho a veinte pesos diarios como gastos de representación".

En la demanda de inexequibilidad, no ceñida exactamente a los requisitos formales que señala el artículo 2º de la ley 96 de 1936, compendia así el demandante la razón de su pedimento: "Como está firmada por los actuales dignatarios de las Cámaras Legislativas, quienes la usufructúan no obstante el precepto constitucional (artículo 112), es claro de absoluta claridad que en guarda de la moral y de la dignidad del Congreso es el caso de que al menos una voz aislada, si se quiere sin importancia, pida, como lo pido, a la Honorable Corte que haga uso de su facultad para hacer imperar la Constitución por encima de meros apetitos injustificables".

La atribución que corresponde a la Corte Suprema de Justicia es la de guardar la integridad de la Constitución Nacional, ejercitando, a petición de cualquier ciudadano, el control constitucional de las leyes a fin de que ninguna de estas manifestaciones de la voluntad soberana pugne con los preceptos y principios esenciales de la Carta. La materia, pues, de estas acciones públicas es la contradicción o la desarmonía entre normas constitucionales y las disposiciones de la ley. Cuando no existe ninguna oposición ni incongruencia entre estas normas, y, por el contrario, de su confrontación aparece que el estatuto legal es el adecuado desarrollo del precepto constitucional, la acción de inexequibilidad resulta vacía. Tal el presente caso.

Además de que el texto de la ley acusada excluye por sí mismo toda posibilidad de antagonismo o contradicción con la disposición de la Carta que se señala como infringida (artículo 112) conforme a la cual ningún Senador ni Representante podrá aprovecharse dentro de su correspondiente período del aumento de sueldo o viáticos que haya votado o a cuya expedición haya concurrido como miembro del Congreso, tal estatuto resulta, como sus términos mismos lo advierten, como el desarrollo complementario y armónico de la enmienda constitucional realizada en 1945 sobre la forma de remuneración a los miembros del parlamento. En efecto: a partir del año de 1936 regía como sistema constitucional de emolumentos para los congresistas el del sueldo anual, fijado por el Congreso en la suma de $ 6.000.00 pagaderos en mensualidades de $ 500.00. Esta manera de remuneración a los miembros del parlamento, que había reemplazado la anterior consistente en pagar a razón de los días de trabajo

durante las sesiones ordinarias y extraordinarias, fue sustituído por el artículo 25 del Acto Legislativo número 1º de 1945, artículo 113 de la Constitución, que abolió el sistema del pago anual para dejar su fijación exclusivamente al legislador.

"La remuneración de los miembros del Congreso — dice el citado artículo de la C. N. — será fijada y reglamentada por la ley". Esta reforma de la Carta quitó a la remuneración de los miembros del Congreso el carácter de norma constitucional que tenía y suprimió el sistema de pago anual por los servicios legislativos, dejando a la iniciativa del parlamento la adopción del sistema remuneratorio y la fijación de la cuantía. A llenar esta necesidad de fijar y reglamentar los emolumentos parlamentarios, creada por la abolición del sistema que regía, obedeció la expedición de la ley 33 del mismo año de la enmienda constitucional, que de esta suerte viene a ser el punto de partida de una nueva reglamentación institucional sobre el particular, y no una ley sucesiva simplemente de otra respecto de la cual decretara un aumento de las dietas parlamentarias, como sería preciso que ocurriera para poder considerar la posible incongruencia con el precepto del artículo 112 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, decide que es exequible el artículo único de la ley 33 de 1945.

Dése cuenta al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Pedro Castillo Pineda. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza–Ricardo Jordán Jiménez—Alvaro Leal Morales—José Antonio Montalvo—Domingo Sarasty. — Eleuterio Serna. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 65 DE LA LEY 6ª DE 1945

El artículo acusado no les desconoce a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo el derecho a ser elegidos (artículo 15 de la Constitución), sino que lo restringe, pero no como lo hace la Carta en cuanto a otros funcionarios públicos citados en el artículo 108 de la misma, o como se prevé para el caso de que trata el artículo 129, inciso 2º de la Constitución. La creencia de que la índole de las funciones encomendadas a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo, quienes tienen que intervenir en conflictos que afectan muy especialmente a esa agrupación social a la que suele llamársele "masa electorera", da cierta influencia en ese campo, no es razón que pueda alegarse en favor de la ley acusada porque esas mismas ventajas no se descubren únicamente — de existir en realidad — para los funcionarios del Trabajo sino para otros, quienes las podrían tener en mayor grado y, sin embargo, con respecto a ellos el supremo legislador no fue tan lejos en fijar términos de inhibición o incapacidad para el disfrute de un derecho ciudadano. Esa situación desigual se advierte fácilmente al leer la primera parte del artículo 108 de la Constitución. Además, el artículo 65 de la ley 6ª de 1945 extiende la prohibición de que viene tratándose no sólo a los cargos de Senador, Representante o Diputado, sino a todos los de representación popular, o sea, que tampoco un Inspector de Trabajo podría ser elegido Concejal sino dos años después de haber cesado en las funciones atinentes a su oficio. En cambio, un Consejero de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República o cualquier funcionario que hubiera ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en cualquier lugar de la República, podría no sólo al día siguiente de haber cesado en sus respectivas funciones sino hallándose en su desempeño, ser elegido Concejal. Por otra parte, si la Constitución ha tomado la iniciativa en lo referente a esta materia, a la Ley, sin autorización de aquélla, no le es permitido restringir el derecho de que se viene hablando, o establecer diferencias que la Constitución no estableció.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, junio nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez, en demanda presentada en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide que se declare inexequible la disposición marcada con el número 65 en la Ley 6ª de 1945, que dice:

"Los Magistrados, los Jueces y los Inspectores del Trabajo no podrán ser elegidos para ningún cargo de representación popular, sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La infracción de este precepto vicia de nulidad la elección".

La norma constitucional que el demandante considera violada es la contenida en la parte final del primer inciso del artículo 108, en donde se lee:

"Tampoco podrá ser Senador, Representante o Diputado ningún otro funcionario que tres meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en cualquier lugar de la República".

Funda el actor su solicitud en razones que la Sala resume así: que como los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo son funcionarios que ejercen jurisdicción en las distintas dependencias del trabajo, es claro que han quedado comprendidos en la disposición constitucional, cuya parte pertinente se ha transcrito, y no puede por lo mismo la ley colocarlos en condiciones desventajosas en relación con otros ciudadanos —funcionarios también— en cuanto al ejercicio de derechos que la Constitución reconoce, autorizando una desigualdad que carece de explicación y de justicia.

Se refiere, pues, en concreto el demandante al plazo señalado a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo para poder ser elegidos: plazo que es de dos años después de haber cesado en sus funciones, debiendo ser el de tres meses, indicado en el artículo 108 de la Constitución.

El señor Procurador General de la Nación ha expresado su concepto acerca del problema planteado en forma desfavorable a las pretensiones de la demanda, pidiendo que se declare inconstitucional el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, solicitud que viene precedida de las siguientes consideraciones finales:

"Fijadas en la Constitución las causales de inelegibilidad de quienes ejercen autoridad o jurisdición, no puede el legislador ampliarlas, ni restringirlas. En otros términos, la ley no puede modificar las disposiciones constitucionales, porque eso equivale a violarlas. Con frecuencia la Constitución, luego de dar normas generales, autoriza al legislador para establecer excepciones; no sucede esto en relación con la inelegibilidad de que viene tratándose. Más bien podría decirse que hay una prohibición en el artículo 62 cuando al autorizar a la ley para determinar las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, limita su mandato a "los casos no previstos por la Constitución". Y parece no equivocado afirmar que es un antecedente para ejercer los cargos de Senador, Representante o Diputado, el no haber ejercido jurisdicción o autoridad en los tres meses anteriores a la elección, antecedente que como se ha visto está señalado en la Constitución".

Considera la Sala Plena:

El artículo acusado no les desconoce a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo el derecho a ser elegidos (artículo 15 de la Constitución). Lo restringe sí, pero no como lo hace la Carta en cuanto a otros funcionarios públicos: Presidente de la República, Ministros del Despacho, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Jefes de los Departamentos Administrativos, Gobernadores y Secretarios de Gobernación (artículo 108). O como se prevé para el caso de que trata el artículo 129 —inciso 2º— puesto que la disposición acusada exige con respecto a los empleados mencionados un término de dos años después de haber cesado en el ejercicio de las funciones anexas a los cargos respectivos para poder ser elegidos Senadores, Representantes o Diputados.

La creencia de que la índole de las funciones encomendadas a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo, quienes tienen que intervenir en conflictos que afectan muy especialmente a esa agrupación social a la que suele llamársele "masa electora" da cierta influencia en ese campo, no es razón que pueda alegarse en favor de la ley acusada porque esas mismas ventajas no se descubren únicamente —de existir en la realidad— para los funcionarios del Trabajo sino para otros, quienes las podrían tener en mayor grado y, sin embargo, con respecto a ellos el supremo legislador no fue tan lejos en fijar términos de inhibición o incapacidad para el disfrute de un derecho ciudadano.

Esa situación desigual se advierte fácilmente al leer la primera parte del artículo 108 de la Constitución, que dice:

"El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de los Departamentos Administrativos, los Gobernadores y los Secretarios de Gobernación no podrán ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones".

Como observación inicial hay que hacer la siguiente: que para los funcionarios que la Corte considera con mayor contacto popular por las atribuciones a ellos conferidas, fijó como término máximo de inhabilidad el de seis meses para ser elegidos miembros del Congreso, después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La otra observación es la de haber establecido esa inhabilidad únicamente respecto del Senado y de la Cámara; lo que quiere decir que en cualquier momento un Ministro o un Gobernador, por ejemplo, podrá ser elegido Diputado.

Así hay que entender el texto constitucional, puesto que la parte final —la que habla de los tres meses— se refiere a funcionarios distintos de los citados al principio (Presidente de la República, Ministros del Despacho, etc.). De otra manera no se habría empleado la expresión "ningún otro funcionario".

Queda un argumento más en favor de la tesis del demandante, y es este: el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945 extiende la prohibición de que viene tratándose no sólo a los cargos de Senador,

Representante o Diputado, sino a todos los de representación popular, o sea, que tampoco un Inspector del Trabajo podría ser elegido Concejal sino dos años después de haber cesado en las funciones atinentes a su oficio. En cambio, un Consejero de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República o cualquier funcionario que hubiere ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en cualquier lugar de la República, podría no sólo al día siguiente de haber cesado en sus funciones respectivas sino hallándose en su desempeño, ser elegido Concejal.

Por otra parte, si la Constitución ha tomado la iniciativa en lo referente a esta materia, a la Ley, sin autorización de aquélla, no le es permitido restringir el derecho de que se viene hablando o establecer diferencias que la Constitución no estableció.

Cree, por lo tanto, la Sala Plena, que el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945 quebranta el canon constitucional citado al principio, y debe, en consecuencia, declararse inexequible, atendiendo a la petición que contiene la demanda.

No es inoficioso recordar que la Corte en un caso que por cuya analogía puede presentarse como ejemplo (el de los Jueces de Tierras, a quienes igualmente una ley del año de 1936 les restringía también el derecho de que se ha tratado aquí), dijo:

"El Constituyente hizo de su incumbencia lo relacionado con motivo de inelegibilidad y calidades exigibles para ser elegido Senador o Representante al Congreso, de suerte que al legislador no le es dado prever sobre este particular". (Sentencia de 22 de junio de 1938. Tomo 47, J. de la C., págs. 5 a 7).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECLARA INEXEQUIBLE el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, materia de la demanda, en cuanto amplía los términos constitucionales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y del Trabajo, y publíquese.

Germán Alvarado — Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Carlos Arturo Díaz, Conjuez—**Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—Alvaro Leal Morales—José Antonio Montalvo—Gabriel Rodríguez Ramírez,** Conjuez.— **Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna—Pedro León Rincón,** Secretario.

SE ORDENA ESTAR A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

El doctor Hernán Cruz Riascos, en demanda de diez de abril de este año, y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide que se declare inexequible el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, que dice:

"Los Magistrados, los Jueces y los Inspectores del Trabajo no podrán ser elegidos para ningún cargo de representación popular, sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La infracción de este precepto vicia de nulidad la elección".

Pero como esta disposición ya fue declarada inexequible por la Sala Plena de la Corte, en sentencia de nueve de los corrientes, de acuerdo con la solicitud hecha en demanda presentada por el doctor Hermenegildo Bonilla Gómez, no es el caso de entrar en un nuevo estudio sobre ese punto, y la Sala decide:

Estése a lo resuelto en sentencia de nueve de junio del año en curso.

Notifíquese y archívese.

Germán Alvarado — Enrique A. Becerra, Conjuez.—**Francisco Bruno—Manuel Casabianca,** Conjuez.—**Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza. Ricardo Jordán Jiménez — Alvaro Leal Morales. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna—Pedro León Rincón,** Secretario.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 6º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 2 DEL 19 DE ENERO DE 1906 Y DEL ARTICULO 2º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 48 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DEL MISMO AÑO.—LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA EN EL CAMPO DEL DERECHO PUBLICO

La Corte encuentra que este mismo asunto fue decidido ya por ella misma en sentencia de fecha 29 de mayo de 1933 dada en la acción de inexequibilidad promovida por el ciudadano Vicente Soffia G. contra las mismas disposiciones que hoy se acusan. La autoridad de la cosa juzgada que corresponde a las sentencias firmes, relativa en materia contenciosa a la causa en que fueron pronunciadas y a los contendores en ella, trasladada al campo del derecho público en que se mueve la acción extraordinaria sobre control constitucional de las leyes, se convierte en absoluta. Las sentencias que finalizan los juicios de inexequibilidad estatuyen para siempre y para todos, por razones de orden político y de estabilidad jurídica y social. La evidente calidad de cuestión de orden público que conlleva el ejercicio de esta clase de acciones extraordinarias impone y justifica un más ceñido y enfático concepto de la cosa juzgada que impide, a diferencia de lo que acontece con los fallos que deciden en el orden privado, replantear acusaciones de inconstitucionalidad contra las leyes alegando que en juicio anterior, a pesar de sus iguales peticiones y sus fundamentos idénticos, no se agotó jurídicamente la cuestión porque la motivación de la Corte fue deficiente, o elusiva o equivocada, como en el caso de hoy lo pretende el demandante. Equivaldría esto a un inaceptable recurso de revisión ante la Corte contra sus sentencias sobre inexequibilidad de las leyes, en busca de pedimentos y razones fundamentales, como lo hay entre la demanda que dio lugar a la sentencia de 1933 y la que se está considerando, en torno a la cuestión esencial del rebasamiento de las facultades presidenciales en caso de turbación del orden público, principio virtualmente igual en la carta de 1886, en la reforma de 1910 y en la vigente hoy, y si no existe, como no existe, incongruencia por decisión EXTRA PETITA entre aquel fallo y la demanda que le sirvió de pauta, la sentencia que denegó la declaración de inexequibilidad, cualesquiera que hayan sido sus fundamentos, tiene autoridad de cosa juzgada absolutamente, ERGA OMNES, y esteriliza la jurisdicción de la Corte para el replanteamiento de la misma cuestión.

Siempre el poder decisorio de la Corte en estas acciones es creador de situaciones inalterables. Otra cosa es la delimitación de la órbita que corresponde a la cosa juzgada, en este caso no en consideración a sus condiciones intrínsecas, que son las mismas, sino a la diferencia del régimen legal que gobernaba las acciones de inexequibilidad al proferirse la sentencia de 1933 con el que actualmente rige. A partir del Acto Legislativo número 3 de 1910, que estableció el control de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema en acción pública, estimó permanentemente esta superioridad, hasta la expedición de la ley 96 de 1936, de acuérdo con el principio de derecho procesal que manda dictar las sentencias en consonancia con la demanda, y análogamente a lo que ocurre en el recurso extraordinario de casación, que sus sentencias debían ceñirse a los pedimentos y razones de la demanda, entendiéndose entonces, consecuencialmente, que no fundaban la excepción de cosa juzgada sino respecto de los cargos o tachas de inconstitucionalidad sobre que recayeron. Bajo ese sistema era posible traer una ley como acusada ante la Corte varias veces, si en cada una se le imputaban vicios de inconstitucionalidad diferentes. Bajo la preceptiva de la ley 96 de 1936 las sentencias sobre inexequibilidad, además de ser como antes, ERGA OMNES, son absolutas también respecto de todas las normas constitucionales, porque al tenor de su artículo 2º, la Corte ya no li-

mita su decisión a los textos o principios invocados por el demandante, ni a las causas o razones alegadas, sino que debe agotar el estudio de la inconstitucionalidad del texto acusado sin restricción alguna. Ahora "decidir definitivamente" significa decidir una sola vez, mientras subsista el actual régimen de control constitucional de las leyes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

El doctor Bernardo Uribe Holguín, en ejercicio de la acción pública que concede el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha demandado ante la Corte la declaración de inexequibilidad del artículo 6º del Decreto Legislativo número 2 del 19 de enero de 1906 y la del artículo 2º del Decreto Legislativo número 48 del 14 de septiembre de ese mismo año.

Surtida la previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, se procede a decidir, para lo cual se considera:

El 15 de enero de 1906, el Presidente Rafael Reyes, considerando que había motivos para creer que se pretendía producir agitación en los ánimos de la capital por aquellos días, dictó el Decreto número 67 por medio del cual declaró turbado el orden público en el distrito capital y su territorio en estado de sitio. En esta situación, el 19 de ese mismo mes de enero, invocando la facultad que le confería el artículo 121 de la Constitución Nacional vigente entonces, dictó el Decreto Legislativo número 2, "por el cual se adiciona el título séptimo del libro segundo del Código de Comercio y se reforman las leyes 62 de 1888 y 65 de 1890", formado por seis artículos, de los cuales los primeros cinco enumeran las formalidades a que deben ajustarse y requisitos que deben cumplir las sociedades o compañías domiciliadas fuera de Colombia para establecer empresas de carácter permanente en el país, y el sexto, que es la primera disposición acusada estatuye: "Son nulos los actos que se ejecuten o contratos que se celebren sin la observancia de las formalidades prescritas en este decreto".

Hasta el 14 de septiembre del citado año de 1906 se prolongó la turbación del orden público y el estado de sitio en la capital de la República. En esta fecha el poder ejecutivo, por medio del Decreto Legislativo número 48, levantó el estado de sitio en el Distrito Capital, derogando, en consecuencia, el Decreto número 67, y añadió lo siguiente, que es el contenido de su artículo 2º, la otra disposición acusada: "Los decretos de carácter legislativo no derogados, expedidos por el Poder Ejecutivo a virtud de la facultad constitucional, quedan en vigencia y con fuerza de ley hasta tanto que el Poder Legislativo disponga otra cosa".

Se endereza esta demanda contra la disposición que contiene la sanción civil que garantiza el cumplimiento de las condiciones y requisitos que establece el Decreto Legislativo número 2 de 1906, respecto de las compañías domiciliadas fuera del país "que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República", estatuto éste que por más de cuarenta años ha venido gobernando la importante materia de la incorporación de sociedades extranjeras a la legislación colombiana. El demandante señala como disposiciones constitucionales infringidas numerosos artículos de la Constitución de 1886, del Acto Legislativo número 3 de 1910 y, de la codificación de 1937, que la Corte menciona en seguida citándolos con la numeración que corresponde a la codificación constitucional vigente en 1945, teniendo en cuenta la correspondencia de sus textos y principios:

El artículo 2 que enseña que la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y que de ella emanan los poderes públicos; el 55 que trifurca en ramas el poder público, con funciones separadas y cooperación armónica para la realización de los fines del Estado; 56 y 57, que determinan la integración del Congreso y el Gobierno; 76, que consagra la potestad soberana del Congreso para hacer las leyes e interpretar, reformar y derogar las preexistentes; 118, ordinal 8º, sobre facultad presidencial para dictar decretos legislativos en casos de turbación del orden público; 76, ordinal 12, que da la facultad legislativa para revestir **pro tempore** al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias; 121, que consagra las facultades presidenciales en caso de guerra exterior o de conmoción interna para declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República; 20, que delimita las órbitas en que se mueven la responsabilidad de los particulares y la de los funcionarios públicos; y el 30, que consagra la garantía de la pro-

piedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas.

Se han suprimido las citas de los textos de la Constitución de 1886, que el demandante señala como infringidos en razón de estar rigiendo cuando se expidió la disposición acusada, por carecer de operancia en relación con ellos la acusación en cuanto han sido modificados por disposiciones de la Carta vigente, únicas con las cuales tiene sentido y eficacia la función guardadora que corresponde a la Corte según el artículo 214 de la C. N.

La base fundamental, el eje central de esta acusación de inconstitucionalidad, como lo advierte en su concepto el señor Procurador General, consiste en que los precitados decretos de 1906 fueron claramente violadores del artículo 121 de la Constitución de 1886, cuya invocación se hizo en su encabezamiento para cohonestar la infracción del orden jurídico, como acontece, al decir del demandante, en los regímenes dictatoriales no bien definidos, que buscan apoyo en la propia juridicidad anterior que quieren subvertir. El concepto básico de la acusación es, pues, el de haber sido las disposiciones decretales aludidas rebasantes de las facultades que constitucionalmente correspondían al Presidente de la República en la situación de emergencia en que se produjeron, por razón de su contenido y su carácter permanente, "porque es obvio que si el gobierno del General Reyes no tenía facultad para legislar sobre materias distintas a las concernientes al estado de sitio que autorizaba y circunscribía el artículo 121 de la Constitución de 1886, esa sola consideración es la raíz del problema y todo lo demás es consecuencia". De esto resulta que con excepción de las dos últimas disposiciones constitucionales que el demandante cita como quebrantadas, todas las demás forman por su interdependencia y subordinación al aludido punto principal, un todo inseparable en el estudio de la cuestión propuesta.

Delimitado en esta forma el orden de estudio y el campo de decisión con base en lo que constituye el fundamento o razón de la demanda de inexequibilidad, la Corte encuentra, en lo que respecta a la cuestión primordial enfocada por las ocho primeras disposiciones de las que cita la demanda, el antecedente de su propia sentencia del 29 de mayo de 1933 (G. J. Tomo XXXIX, pág. 2), recordada en la demanda y en la vista fiscal, que fuerza su consideración previa por vincularse al aspecto jurisdiccional en razón de la cosa juzgada.

Dio lugar a esta sentencia de la Corte la demanda en que el señor Vicente Soffia G. pidió la declaración de inexequibilidad de los artículos 1º a 6º del Decreto Legislativo Nº 2 del 19 de enero de 1906, 4 del Decreto Legislativo Nº 37 del 10 de julio de 1906, y 2º del Decreto Legislativo número 48 del 14 de septiembre de ese mismo año, con fundamento, según se lee en la sentencia, "de ser violatorios del artículo 121 de la Constitución, por estimar el demandante que con los referidos Decretos se rabasaron las facultades que el mencionado texto constitucional le confería al Presidente de la República mediante la declaración de turbación del orden público en toda la República o parte de ella, debido a que las medidas tomadas en aquellos decretos no eran en concepto del demandante necesarias para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento". La Corte, en su exposición de motivos, trae a consideración, relacionándolos con los fundamentos de la demanda, el texto de las disposiciones contenidas en los artículos 121 de la Constitución de 1886 y 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, sustitutivo del primero, y después de anotar las diferencias entre estos dos preceptos en relación con el alcance y finalidad de las facultades extraordinarias que confieren al Presidente de la República, halló que la reforma dejaba sin base la acusación de inconstitucionalidad, por lo cual concluyó que ésta no podía prosperar. "Por ello — se lee allí — la Corte Suprema, obrando en pleno y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no hay mérito para declarar inexequibles, en el concepto que han sido acusados, los decretos legislativos".

"Los términos en que le ha sido conferida la función de guardián de la Constitución a la Corte, expresan claramente que los fallos que en ejercicio de aquella función dicte esta entidad, tienen el carácter de definitivos, y en tal virtud se hallan revestidos de los atributos a que esta clase de fallos otorga la ley procesal, entre los cuales se cuenta el de no poder ser reformados ni revocados por el Tribunal que los ha proferido, así como el de hacer tránsito a cosa juzgada, y el de la consiguiente nulidad de toda sentencia posterior que les sea contraria (artículos 473, 474, 476 y 482 del C. J.) No otro alcance puede dársele a

la expresión "decidir definitivamente", empleada en el texto constitucional citado" (G. J., Tomo XL, p. 21).

La autoridad de la cosa juzgada que corresponde a las sentencias firmes, relativa en materia contenciosa a la causa en que fueron pronunciadas y a los contendores en ella, trasladada al campo del derecho público en que se mueve la acción extraordinaria sobre control constitucional de las leyes, se convierte en absoluta. Las sentencias que finalizan los juicios de inexequibilidad estatuyen para siempre y para todos, por razones de orden político y de estabilidad jurídica y social. La evidente calidad de cuestión de orden público que conlleva el ejercicio de esta clase de acciones extraordinarias impone y justifica un más ceñido y enfático concepto de la cosa juzgada, que impide, a diferencia de lo que acontece con los fallos que deciden en el orden privado, replantear acusaciones de inconstitucionalidad contra las leyes alegando que en juicio anterior, a pesar de sus iguales peticiones y sus fundamentos idénticos, no se agotó jurídicamente la cuestión porque la motivación de la Corte fue deficiente, o elusiva o equivocada, como en el caso de hoy lo pretende el demandante. Equivaldría esto a un inaceptable recurso de revisión ante la Corte contra sus sentencias sobre inexequibilidad de las leyes, en busca de una reconsideración de sus fundamentos y razones. Si hay identidad de pedimentos y razones fundamentales, como la hay entre la demanda que dio lugar a la sentencia de 1933 y la que se está considerando, en torno a la cuestión esencial del rebasamiento de las facultades presidenciales en caso de turbación del orden público, principio virtualmente igual en la Carta de 1886, en la reforma de 1910 y en la vigente hoy, y si no existe, como no existe, incongruencia por decisión **extra petita** entre aquel fallo y la demanda que le sirvió de pauta, la sentencia que denegó la declaración de inexequibilidad, cualesquiera que hayan sido sus fundamentos, tiene autoridad de cosa juzgada absolutamente, **erga omnes**, y esteriliza la jurisdicción de la Corte para el replanteamiento de la misma cuestión.

Siempre el poder decisorio de la Corte en estas acciones es creador de situaciones inalterables. Otra cosa es la delimitación de la órbita que corresponde a la cosa juzgada, en este caso no en consideración a sus condiciones intrínsecas, que son las mismas, sino a la diferencia del régimen legal que gobernaba las acciones de inexequibilidad al proferirse la sentencia de 1933 con el que actualmente rige. A partir del Acto Legislativo número 3 de 1910, que estableció el control de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema, en acción pública, estimó permanentemente esta superioridad, hasta la expedición de la ley 96 de 1936 de acuerdo con el principio de derecho procesal que manda dictar las sentencias en consonancia con la demanda, y análogamente a lo que ocurre en el recurso extraordinario de casación, que sus sentencias debían ceñirse a los pedimentos y razones de la demanda, entendiéndose entonces, consecuencialmente, que no fundaban la excepción de cosa juzgada sino respecto de los cargos o tachas de inconstitucionalidad sobre que recayeron. Bajo ese sistema era posible traer una ley como acusada ante la Corte varias veces, si en cada una se le imputaban vicios de inconstitucionalidad diferentes. Bajo la preceptiva de la ley 96 de 1936, las sentencias sobre inexequibilidad, además de ser, como antes, **erga omnes**, son absolutas también respecto de todas las normas constitucionales, porque al tenor de su artículo 2º, la Corte ya no limita su decisión a los textos o principios invocados por el demandante, ni a las causas o razones alegadas, sino que debe agotar el estudio de la inconstitucionalidad del texto acusado sin restricción ninguna. Ahora "decidir definitivamente" significa decidir una sola vez, mientras subsista el actual régimen de control constitucional de las leyes.

La sentencia que decidió denegatoriamente el juicio de inexequibilidad incoado por el ciudadano Soffia, contra las mismas disposiciones decretales que hoy tiene **sub judice** la Corte, dada bajo el régimen de la cosa juzgada restringida, no permite, por las razones expuestas, decidir otra vez, o una vez más, sobre las cuestiones de inconstitucionalidad que le fueron propuestas entonces, consistentes, como ya se ha repetido, en que el Presidente de la República rebasó las facultades que la Constitución le concedía para legislar por medio de decretos en las condiciones en que lo hizo, y que hoy se proponen nuevamente con la cita del artículo 121 de la Constitución Nacional, y los demás que se le subordinan causal e inseparablemente en la demanda, como ya se advirtió al principio de este fallo.

Como cuestiones constitucionales ajenas a la memorada sentencia y que por tanto no quedaron definitivamente decididas, sólo restan, de los

citados en la demanda, los artículos 20 y 30 de la C. N.

Respecto del primero explica así el demandante su cargo de inconstitucionalidad: "Ningún texto constitucional —pues ya está visto que una medida como la del artículo 6º del Decreto número 2 de 1906 no cabe ni remotamente dentro de las facultades atribuídas al Presidente de la República con motivo de la turbación del orden público— le atribuía ni le atribuye al Presidente la función de modificar el título 20 del libro IV del Código Civil sobre nulidades y la ley 124 de 1888 sobre sociedades no domiciliadas en Colombia. Tampoco ha habido, ni podía haber, ley que le atribuyera esa clase de funciones al Presidente de la República. Luego el artículo 6º del decreto número 2 de 1906 implica una violación del texto constitucional en referencia por cuanto aquél significa una extralimitación de funciones prohibida por el constituyente, el ejercicio de una función no atribuída directa o indirectamente al funcionario público que la ejerció".

El precepto aludido determina el régimen de las responsabilidades de particulares y funcionarios públicos, estableciendo que los primeros pueden hacer cuanto la ley no prohibe y dejar de hacer cuanto la ley no les manda bajo sanciones expresas, en tanto que los segundos no sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes como los particulares, sino que están sometidos a una responsabilidad que les corresponde en su carácter oficial por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas.

Al recuerdo de esta disposición se ve claramente la improcedencia del cargo, porque no aparece incidencia posible del contenido del artículo 6º acusado con la doctrina del precepto constitucional en cita. Se enfoca de esta manera un aspecto de responsabilidad del Presidente de la República que es consecuencial de una infracción de la Carta y a una declaración de inexequibilidad que, según se vio ya, no procede, y que ningún nexo tiene con el problema de la inconstitucionalidad de los decretos acusados. Este mismo principio de la responsabilidad oficial está consignado más precisamente y con relación a las actividades presidenciales que se consideran abusivas por el demandante, en el artículo 117, inciso 5º de la Constitución Nacional.

No se halla tampoco desconocimiento ni quebranto del artículo 30 de la Carta, que consagra la tutela de los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, porque del contenido material de la disposición acusada, que sanciona con la nulidad los actos y contratos que se ejecuten o celebren sin la observancia de las formalidades prescritas en el decreto Nº 2 de 1906, no puede deducirse ninguna desarmonía con el principio constitucional en referencia, que apenas estatuye normalmente para el futuro una sanción legal, que al decir del artículo 6º del C. C. "no es sólo la pena, sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones". Ninguna anormalidad constitucional muestra en sí el artículo 6º, única disposición acusada de las que integran el Decreto número 2 de 24 de enero de 1906. Donde podría encontrarse tema para escribir sobre derechos adquiridos sería en el texto de su artículo 1º que manda que "las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país, que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, protocolizarán, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación de sus negocios... El término será de un año, si tales compañías tuvieren ya negocios establecidos en el país"; pero fuera de que resulta difícil imaginar una situación vinculada a tal conflicto en el largo decurso de más de cuarenta años desde cuando venció el plazo perentorio de legalización de las sociedades referidas, y que el demandante no concreta adecuadamente el concepto de la violación, que el artículo que tal establece no está sometido a decisión de la Corte y por tanto el aludido aspecto resultaría impertinente y fuera de lugar en esta decisión.

Al hacer el repaso de los textos y principios constitucionales en relación con las disposiciones acusadas, para sentenciar este negocio de inexequibilidad, dentro de los límites que fija la cosa juzgada de que se hizo mención y mérito, no ha encontrado la Corte Suprema violación ninguna de la Constitución Nacional, ni en los textos señalados en la demanda, ni en otros distintos de éstos, ni por razón o causa diferente de las alegadas por el demandante.

Por tanto, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le compete según el artículo 214 de la Carta y en acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, resuelve:

1º No hay lugar a decidir sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas en razón de los motivos y conceptos en que fueron ataca-

dos en la demanda a que dio lugar la sentencia de esta Corte de fecha 29 de mayo de 1933, a que se alude en la parte motiva.

2º Son exequibles los artículos 6º del Decreto Legislativo número 2 de 19 de enero de 1906 y 2º del Decreto Legislativo número 48 del 14 de septiembre de 1906 en relación con las tachas de inconstitucionalidad no comprendidas en la referida sentencia de esta Corporación.

Envíese copia de este fallo a los señores Ministros de Justicia y Gobierno.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Ramón Miranda — Gabriel Rodríguez Ramírez, Conjuez—**Germán Alvarado—Domingo Sarasty M. Francisco Bruno—Eleuterio Serna R.—Pedro Castillo Pineda—Hernán Salamanca—Aníbal Cardoso Gaitán—Manuel José Vargas–Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez. Alvaro Leal Morales—Pedro León Rincón,** Secretario.

SALA DE DE CASACION CIVIL

ACCCION DE DISOLUCION DE UNA SOCIEDAD Y DE PARTICION DE BIENES

Según ha sostenido la Corte en jurisprudencia constante, los fallos sobre objeciones en que se ordena rehacer la partición no perjudican los derechos sustantivos que las leyes confieren a los asignatarios que han agotado la integridad de los recursos que las vías judiciales les brindan en contra de aquellas decisiones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El doctor Jorge Ulloa López hablando por medio de apoderado solicitó al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Popayán, en libelo de 17 de julio de 1943, que por los trámites especiales de la partición de herencia y con audiencia de la Arquidiócesis de Popayán, se decretase lo siguiente:

"Primero—Que está disuelta la asociación mercantil celebrada entre la Arquidiócesis de Popayán y el doctor Jorge Ulloa López en contrato firmado y fechado en Palmira el día primero (1º) de marzo de mil novecientos treinta y nueve (1939). Y, por tanto, debe llevarse a efecto la liquidación y partición de los haberes de dicho negocio, en conformidad con las cláusulas del respectivo contrato.

"Segundo.—Que, para la liquidación y cómputo de utilidades de intereses, se tome como base el precio inicial de compra de dichos bonos y el que tengan corrientemente en la bolsa de New York el día en que se verifique la liquidación.

"Tercero.—Que en la partición se adjudique al doctor Jorge Ulloa López su cuota respectiva por concepto de capital, utilidades e intereses, en bonos colombianos de la deuda externa, con cargo a la Arquidiócesis de Popayán de satisfacerla al ejecutoriarse la sentencia que así lo ordene.

"Cuarto.—Que para la conversión de los dólares moneda americana a la moneda legal colombiana, se tome como tipo el oficial vigente el día primero (1º) de marzo de 1939, o sea, el 175,50, por ser éste el vigente a la fecha en que se contrajeron las obligaciones respectivas.

"Quinto.—Que prevenga a las partes designen de común acuerdo un liquidador-partidor, con la advertencia de que, caso de desacuerdo, lo designará el Juzgado.

"Sexto.—Que, a partir de la fecha de la partición, se liquiden a favor del doctor Jorge Ulloa López, sobre su cuota respectiva, y con cargo a la Arquidiócesis de Popayán, los intereses corrientes más altos de esta plaza.

"Séptimo.—Que si se opusiere a esta demanda, satisfaga, además, las costas del juicio".

A esa demanda le sirvieron de base veintiocho hechos fundamentales relacionados con el respectivo libelo, pero su motivo principal descansa en el siguiente documento que en primero de marzo de 1939 suscribieron el doctor Jorge Ulloa López y el señor Arzobispo de la Arquidiócesis de Popayán, doctor Maximiliano Crespo, y que a la letra dice:

"Entre Nos. Maximiliano Crespo, Arzobispo de Popayán, debidamente autorizado por el V. Capítulo Metropolitano en proposición número ochenta y siete (87), aprobada en la sesión del día 16 de diciembre de 1936 y comunicada en oficio número 748 de 17 de diciembre del mismo año, en representación de la Arquidiócesis, por una parte, y el doctor Jorge Ulloa López, abogado, mayor y vecino de Cali, en su propio nombre, por otra parte, hemos celebrado el siguiente convenio: Primero. De las sumas pagadas por Mr. Warren J. Piper, de Chicago, a la Iglesia, por razón de la venta de la corona de oro y esmeraldas, Ulloa ha invertido gran parte de ellas en la compra de Bo-

nos de la Deuda Externa de la Nación, el Banco Agrícola Hipotecario y el Departamento del Valle, y que montan, en total, hasta la fecha, a la suma de doscientos cincuenta y cinco mil (255.000) dólares, en cupones de intereses vencidos desde 1935. Ulloa continuará, a su prudente arbitrio, dicha inversión con la adquisición de más bonos, para lo cual destinará los saldos pendientes que vaya pagando Mr. Piper. — Segundo. En dicha inversión aporta Ulloa, por su parte, la suma de dos mil ochocientos cincuenta y siete (2.857) dólares, que le correspondieron por razón de honorarios en el pleito que sobre la propiedad de dicha corona hubo de promover la Arquidiócesis contra el señor Manuel José Olano. El resto del capital invertido pertenece a la Arquidiócesis. — Tercero. La Iglesia ha convenido en reconocer al doctor Ulloa López el cuarenta por ciento (40%) del mayor valor o utilidad que obtuviere en dicha inversión, cinco años después de que el Gobierno de Colombia reanude o arregle con los tenedores de Bonos el servicio de intereses de dichos Bonos. Al final de los cinco años, la Iglesia retirará el capital invertido, el doctor Ulloa igualmente retirará su aporte de 2.857 dólares, y el saldo que restará se partirá, en dinero o en Bonos al precio del mercado, entre la Iglesia y Ulloa en la proporción acordada, del sesenta por ciento (60 %) para la Iglesia, y el 40 % para Ulloa. Cuarto. Durante los cinco años posteriores a la reanudación del servicio de Deuda Externa las cantidades que devenguen esos bonos por concepto de intereses, se partirán igualmente entre la Iglesia y Ulloa López, en la proporción dicha, es decir, el sesenta por ciento para la Iglesia y el cuarenta por ciento para Ulloa López.—Quinto. Los Bonos se depositarán en un Banco de New York a la orden de la Arquidiócesis de Popayán, pero para su venta, la Arquidiócesis deberá obrar de acuerdo con Ulloa. — Sexto. Para los efectos de la liquidación y cómputo de utilidades, se tomará como base el precio de compra de dichos bonos y el que tengan corrientemente en la Bolsa de New York, el día en que se verifique la liquidación. La Iglesia tendrá derecho asimismo a retirar en primer término, las sumas que haya gastado en comisiones de compra de bonos, servicios comerciales, alquiler de bóveda de seguridad, etc. Séptimo. Cuando la Iglesia lo exija, Ulloa estará obligado a rendir cuenta comprobada del costo y gastos hechos en la adquisición y desarrollo del negocio de bonos".

A la demanda se le dio el trámite que para la partición de la herencia señala el Capítulo V, Título XXX del Libro II del Código Judicial, y la entidad demandada la contestó por medio de apoderado, oponiéndose a la liquidación y participación solicitadas. A esa oposición se le dio el trámite señalado en el artículo 954 del Código Judicial y a su debida oportunidad el Juzgado del conocimiento dictó la providencia de 30 de octubre del expresado año, por medio de la cual declaró improcedente la referida demanda; no accedió, en consecuencia, a decretar las peticiones solicitadas y condenó en costas al demandante.

Por recurso de apelación interpuesto por la parte actora, subió el negocio al Tribunal Superior de Popayán y esta entidad, previa la tramitación de rigor, decidió la alzada en providencia de 30 de septiembre de 1944, por medio de la cual resolvió lo siguiente:

"1º—Por estar disuelta la asociación mercantil celebrada entre la Arquidiócesis de Popayán, representada por el Ordinario, y el doctor Jorge Ulloa López en el contrato firmado el 1º de marzo de 1939, procédese a llevar a efecto la liquidación y partición de los haberes de dicho negocio, en conformidad con las cláusulas del respectivo contrato, es decir, tomando por base los bonos comprados a partir de la fecha del contrato.

"2º—Para la liquidación y cómputo de las utilidades de intereses, se tomará como base el precio inicial de la compra de dichos bonos y el que tengan corrientemente en la Bolsa de New York el día en que se verifique la liquidación.

"3º—En la partición se adjudicará al doctor Jorge Ulloa López su cuota respectiva por concepto de aporte o capital, utilidades e intereses en dinero, con cargo a la Arquidiócesis de Popayán de satisfacerla al ejecutoriarse la sentencia aprobatoria de la partición.

"4º—Para la conversión de los dólares moneda americana a la moneda legal colombiana, tómase como tipo el oficial vigente el día primero de marzo de 1939, o sea, el 175,50, por ser éste el vigente a la fecha en que se contrajeron las obligaciones respectivas.

"5º—Prevéngase a las partes para que designen de común acuerdo un liquidador-partidor, con la advertencia de que en caso de desacuerdo, lo designará el Juzgado.

"No es el caso de decretar las demás peticiones de la demanda.

"En los términos anteriores queda revocado el fallo de primera instancia y sustituído por éste.

"Sin costas en la segunda instancia".

En proveído de 23 de noviembre siguiente el Tribunal, por virtud de recurso de reposición del actor reformó el punto segundo de la parte resolutiva del fallo de 30 de septiembre, el cual quedó así:

"2º—Para la liquidación y cómputo de las utilidades de intereses, se tomará como base el precio inicial de la compra de dichos bonos y el precio a como fueron vendidos por la Arquidiócesis".

Regresado el negocio al Juzgado de origen, éste designó como partidor liquidador al doctor Marco Antonio Constaín R., por no haberse puesto de acuerdo las partes acerca de ese nombramiento, y el doctor Constaín, previamente posesionado, evacuó su encargo por medio de escrito de 23 de enero de 1945.

De ese trabajo se dio a las partes el traslado de rigor y el apoderado del actor lo objetó en escrito de 2 de febrero del año próximo pasado, formulándole en el Capítulo I, diez y nueve (19) objeciones, encaminadas a sostener que "los fundamentos o bases adoptados para la liquidación de la sociedad en participación, violan el contrato mismo, que es ley de las partes". El Capítulo II de dichas objeciones está enderezado a sostener que "la cuenta de liquidación presentada tampoco está de acuerdo con las bases que impuso al partidor el Tribunal Superior en auto de 30 de septiembre de 1944".

Tramitadas esas objeciones como consta en autos, el Juzgado del conocimiento en providencia de 15 del citado febrero las declaró infundadas y en su lugar le impartió su aprobación al trabajo presentado por el liquidador doctor Constaín.

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación en contra de esa decisión, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Popayán en providencia de 27 de junio de 1945, que confirmó la apelada.

Al demandante se le concedió recurso de casación en contra de esa sentencia y en la debida oportunidad formuló su demanda, invocando las causales de casación previstas en los numerales primero y segundo del artículo 520 del Código Judicial.

Con apoyo en la causal segunda, que por razón de método se considera en primer lugar, el recurrente propone dos cargos contra la sentencia, los cuales se consideran en el orden en que vienen expuestos:

En el primero de esos cargos sostiene en resumen que la sentencia no guarda consonancia con las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes, porque el Tribunal excluyó de la liquidación como haber partible, sin que mediara petición de parte al respecto, los bonos adquiridos antes del contrato, y que lejos de haber sido sometida a discusión esa cuestión, el propio apoderado de la entidad demandada aceptó desde la contestación de la demanda que tales bonos formaban el haber de la partición.

Se considera:

Como habrá de verse al estudiar los cargos que con fundamento en la causal primera se proponen, el apoderado de la Arquidiócesis de Popayán en su escrito de contestación a la demanda, se opuso a ésta planteando cuestiones tan fundamentales y de fondo, como las de que el recurso no tiene la acción especial que intentó; que el contrato conformado en los términos del documento de primero de marzo de 1939, "no es de sociedad comercial, ni aun siquiera un contrato de asociación mercantil", y si negó que al recurrente le asistiera la acción y que tuviera existencia el contrato de asociación en que aquélla se fundamenta, es apenas sencillamente lógico concluír que cuando menos implícitamente negó la existencia de un patrimonio o haber social, porque faltando aquélla no puede existir éste, que es su consecuencia. Sin causa no hay efecto.

Sometidas, pues, esas cuestiones de fondo al sentenciador como puntos de verdadera controversia, era claro que al Tribunal correspondía apreciar la naturaleza y alcances del contrato, y que al haber procedido a hacerlo no falló **ultra petita.**

En el segundo cargo alega en resumen el recurrente que en la partición no se le adjudicó su cuota en bonos, como lo pidió en la demanda acogiéndose al derecho que le otorgaba la cláusula tercera del contrato, por lo cual considera que falta consonancia entre lo pedido y lo fallado, ya que la sentencia aprobó la partición en aquellos términos efectuada.

Se considera:

En la cláusula tercera del contrato de primero de marzo de 1939, se convino en que el saldo que quedara de la inversión en bonos, una vez retirados los aportes de los contratantes, se partiría "en dinero o en bonos al precio del mercado", entre la Iglesia y el recurrente, en la proporción acordada, y también es evidente que el recurren-

te solicitó en la demanda que su cuota se le adjudicase en bonos; pero es lo cierto que en el punto 3º del auto de 30 de septiembre de 1944 el Tribunal dispuso que esa adjudicación se le hiciera en dinero y que el recurrente pidió reposición de esa providencia concretando únicamente su reclamo al punto primero de la parte resolutiva de la misma, por lo cual tácitamente aceptó que su cuota le fuera adjudicada en dinero, y como así se hizo en la partición, es claro que por este aspecto tampoco existe la incongruencia alegada.

Se rechazan, por tanto, los cargos referidos.

Con fundamento en la causal primera el recurrente propone diez y siete (17) cargos contra la sentencia. En el primero de ellos sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta para sacar las conclusiones a que llegó, y en el mismo error motivado por falta de apreciación de otras. En las secciones primera a cuarta del Capítulo II de la demanda en casación se ocupa en alegar y demostrar la existencia de aquel error y la manera como incide en la sentencia. Los diez y seis (16) cargos restantes, vinculados casi todos con el aludido error de hecho se encaminan a demostrar que la sentencia aprobatoria de la partición es violatoria de las disposiciones legales que el recurrente cita. De esos últimos cargos los que en seguida se sintetizan los habrá de estudiar conjuntamente la Sala, ya que todos se enderezan, como se verá por el resumen que de ellos se hace seguidamente, a lograr una misma finalidad y por cuanto les son comunes las razones que en sentir de la Corte se oponen a su prosperidad.

Cargo primero. — Sostiene que como corolario del error de hecho aludido y del desconocimiento de la fuerza probatoria que como documentos auténticos tienen los que aquí cita, el Tribunal, en cuanto desconoció como haber de la sociedad en participación los bonos nacionales, del Banco Agrícola Hipotecario y del Departamento del Valle comprados antes de haberse firmado el contrato de 1º de marzo de 1939, los intereses producidos por estos bonos y todos los bonos que con posterioridad al contrato se compraron con dichos intereses, violó los artículos 1761, 1763, 1765 del C. C.; 631 del C. de Co., 637 y 645 del C. J., por aplicación indebida.

Cargo segundo.—Dice que al dejar de apreciar los documentos que aquí cita, se les desconoció por el Tribunal su fuerza probatoria, en cuanto demuestran que el negocio de participación se refería a la inversión en bonos efectuada por el recurrente antes de la firma del contrato, y que con ocasión de ese error el sentenciador violó, por aplicación indebida, los artículos 1759, 1765 del C. C. y 632 del C. J.

Cargo tercero.—Alega que al negarle la sentencia el carácter de confesión judicial a la interpretación del contrato hecha por el apoderado del demandado en el sentido de que todos los bonos comprados antes de la firma del contrato componen el haber de la asociación incurrió en error de derecho y violó los artículos 1769 del C. C., 604, 606 y 607 del C. J.

Cargo cuarto. — Afirma que la intención de las partes al celebrar el contrato de 1º de marzo de 1939 fue comprender en la participación el total de los bonos comprados antes de ser firmado y que la sentencia aprobatoria de la partición al prohijar de nuevo la errónea apreciación que hizo el Tribunal en los autos de 30 de septiembre y 23 de noviembre de 1944, y al reputarlo como agente oficioso en favor de la Arquidiócesis en la adquisición de los bonos comprados con anterioridad al contrato, incurrió en error de hecho y quebrantó por aplicación indebida los artículos 1703 y 1618 del C. C.

Cargo quinto. — Alega que la sentencia recurrida no sólo analizó erróneamente el pacto, sino que dejó de apreciarlo en su conjunto; lo interpretó en el sentido de que no produjera efecto alguno; desconoció y dejó de considerar la interpretación que las partes le dieron, cuando exceptuó de la participación todos los bonos comprados antes del contrato, y que por ese motivo incurrió en violación, por aplicación indebida, de los artículos 1620, 1621 y 1622 del C. C.

Cargo sexto. — Asevera que la interpretación del Tribunal al excluír de la participación o asociación de los bonos comprados antes del contrato, por considerar al recurrente como agente oficioso en esa compra, y al limitarla a los bonos comprados después del 1º de marzo y a sus respectivos intereses, el Tribunal violó el contrato que es ley de las partes y quebrantó por indebida aplicación los artículos 1602, 1494 y 502 del C. C.

Cargo séptimo. — Sostiene que al excluír de la participación las utilidades e intereses de los bonos comprados antes del contrato, que forman el haber de la masa partible, y al efectuar la liqui-

dación únicamente sobre los bonos comprados con posterioridad a la fecha del contrato, excluyendo todos los comprados antes, se violaron los artículos 1394, inciso 1º, 2092 del C. C. y 629 del C. de Co.

Cargo octavo. — Dice que al limitar la liquidación a los bonos adquiridos con posterioridad a la fecha del contrato y a sus utilidades e intereses respectivos, excluyendo del haber de la sociedad los bonos adquiridos antes del 1º de marzo y sus respectivos intereses se violó por indebida aplicación el artículo 2141 del C. C.

Cargo décimo. — Afirma que al considerarlo como agente oficioso en favor de la Arquidiócesis en la apreciación que el Tribunal hizo del contrato en relación con la compra de bonos adquiridos antes del 1º de marzo, el sentenciador quebrantó por aplicación indebida, a un hecho inexistente (la agencia oficiosa), los artículos 2304, 2308, 2309 y 2310 del C. C.

Cargo undécimo. — Dice que la sentencia es violatoria de las disposiciones que prohiben el enriquecimiento injusto, en cuanto que con la participación y su aprobación se le ha despojado de la participación que le correspondía en la inversión de bonos efectuada antes de la firma del contrato.

Cargo duodécimo. — Alega que al no liquidar el negocio conforme a la cuenta rendida por el recurrente, como gestor que era de la asociación, en que incluyó los bonos adquiridos antes y después de la firma del contrato, se violó, por interpretación errónea, el artículo 629 del C. de Co.

Cargo décimotercero. — Sostiene que la sentencia acusada, al aprobar la partición del negocio excluyendo de ella los bonos e intereses que el recurrente incluyó en la cuenta por él rendida, ha violado, por indebida aplicación, los artículos 629, 631, 632 y 633 del C. de Co.

Cargo décimocuarto. — Afirma que al comprender únicamente en la liquidación los bonos comprados después de la firma del contrato, excluyendo los comprados antes y al aprobar dicha liquidación que le causa lesión enorme en su cuota, el Tribunal quebrantó los artículos 1405 y 2093 del C. C., y

Cargo décimoquinto.—Dice que al apartarse la liquidación practicada de la cuenta rendida por el recurrente, excluyendo del haber partible los bonos adquiridos con anterioridad al contrato y los intereses producidos por tales bonos, como si fueran ajenos a la participación, se han dejado de liquidar bienes sobre los cuales no existe disputa alguna para que puedan ser excluídos de la masa partible, incurriéndose por ello en violación, por indebida aplicación de los artículos 1388 del C. C. y 947 del C. J.

Para resolver la Corte considera:

Como está dicho, la Arquidiócesis de Popayán contestó la demanda oponiéndose a que se decretara la liquidación y partición solicitadas por el recurrente y fundamentó su oposición alegando entre otras, las siguientes circunstancias: que "no tiene el demandante la acción especial que ha intentado"; que "el contrato conformado en los términos de tal documento de 1º de marzo de 1939, suscrito por el Excelentísimo doctor Maximiliano Crespo y por el demandante doctor Ulloa López no es de sociedad comercial ni aún siquiera un contrato de asociación mercantil"; que no se expresa ni se advierte en él el **affectio societatis** ni la vocación eventual a utilidades y pérdida; que "en realidad y según se desprende de los hechos mismos de la demanda la Arquidiócesis actuó como dueña de los bonos y en tal calidad dispuso de ellos"; que "el doctor Ulloa compraba, o había comprado, para la Arquidiócesis (comisión, simple comisión llama a esa figura) y la Arquidiócesis vendía en nombre propio. Gestión en un caso de Ulloa y en otro de la Arquidiócesis para la realización de un mismo negocio. Imposibilidad de conformación del contrato de asociación mercantil". También negó la validez y existencia del contrato y desconoció y negó "la causa del contrato, al menos en parte, por cuanto, como en el documento mismo se dice, el objeto de la negociación a efectuar ya estaba realizada en parte".

El Juzgado de primera instancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 954 del C. J. tramitó y decidió esa oposición, declarando improcedente la demanda por considerar que el documento en que se fundamenta no contiene un "contrato de asociación o cuentas en participación".

Al decidir el recurso de apelación que contra esa providencia interpuso el actor, el Tribunal de Popayán, en auto de 30 de septiembre de 1944, la revocó por estimar, entre otras cosas, que "el contrato **sub judice** reúne los elementos esenciales de la asociación o cuentas en participación". Y en la parte motiva de ese proveído, al analizar el alcance del contrato, dijo el Tribunal lo siguiente:

"Es indudable que el doctor Ulloa López al invertir dinero de la Corona en la compra de bonos

antes de la firma del contrato, obró sin consentimiento del representante de la Arquidiócesis, o por lo menos la prueba de ese consentimiento previo y aun del simple conocimiento no aparece en el expediente. Procedió entonces como agente oficioso y por este aspecto sería otra la acción que pudiera corresponder al doctor Ulloa López para reclamar alguna remuneración al hacerse más rica la Arquidiócesis por tal gestión. Pero en forma alguna el contrato firmado con Monseñor Crespo expresa claramente que el negocio de cuentas en participación incluyera como aporte los dineros invertidos antes del contrato. Y esto resulta más evidente si se tiene en cuenta que Ulloa dice que aporta el valor de sus honorarios en el juicio de la Corona y no que lo hubiera aportado, como lo anota el señor Juez del conocimiento. Mejor dicho, no aparece demostrado en forma evidente que la intención del representante de la Arquidiócesis fuera considerar como aporte de ésta los dineros invertidos antes del contrato, cuando el doctor Ulloa no había aportado nada...".

"Por lo menos el Tribunal encuentra que en el contrato no se estipuló expresamente y en forma absolutamente clara que la participación de Ulloa se hiciera extensiva a los dineros invertidos antes de la firma del contrato. En consecuencia, la participación en el negocio solamente puede comprender las utilidades que produjeron los aportes hechos después de la fecha del convenio".

Y más adelante, al esclarecer si era procedente decretar la participación por estar ya disuelta la asociación, se expresó así:

"Según los artículos 2124 y 2125 del C. Civil, la sociedad se disuelve por la expiración del plazo o por el evento de la condición que se ha fijado para que tenga fin o por la finalización del negocio para que fue contraída. En el caso de autos el contrato estipuló un término fijo para la terminación del contrato, o sea cinco años después de que el Gobierno reanudara el servicio de la deuda externa. Pero está suficientemente establecido con la declaración del representante de la Arquidiócesis y con el certificado del Banco de la República que la Iglesia, antes de vencerse el término señalado en el contrato procedió a vender los bonos comprados en virtud de la negociación, excluyendo los bonos del Departamento del Valle. Como el contrato tenía por objeto especular con la compra y reventa de los bonos y lo último ya se hizo, el negocio ha terminado y, por consiguiente, de facto hay que estimar disuelta la sociedad. No se opone a esto que los bonos del Departamento del Valle no hayan sido todavía objeto de la venta, porque tales bonos no quedaron incluídos en el contrato, ya que fueron comprados, como consta en el mismo instrumento, antes de que se perfeccionara el convenio de cuentas en participación".

En armonía con las ideas transcritas, en el primer punto de la parte resolutiva, dispuso el Tribunal que se procediera "a llevar a efecto la liquidación y partición de los haberes de dicho negocio, en conformidad con las cláusulas del respectivo contrato, es decir, tomando por base los bonos comprados a partir de la fecha del contrato".

Y al pedir reposición el actor en contra de esa decisión, el Tribunal insistió en sus puntos de vista, negando el recurso interpuesto, en auto de 23 de noviembre del mismo año.

De modo, pues, que las cuestiones de fondo que el apoderado de la Arquidiócesis planteó como motivos fundamentales de la oposición que hizo a la demanda, fueron resueltas por el Tribunal en la forma y con las limitaciones que quedan expuestas, concretando por tanto el objeto de este proceso a la liquidación y partición de los bonos y de las utilidades de los mismos, adquiridos con posterioridad al 1º de marzo de 1939 y excluyendo expresamente de él los bonos comprados con anterioridad a esa fecha y sus respectivos intereses. Por fuerza de esas decisiones ejecutoriadas la masa social que se ha ordenado partir en este juicio la integran exclusivamente los bienes en primer término mencionados; pero los en segundo lugar citados no forman parte, para los efectos de este proceso, del negocio de asociación y no están ordenados partir y no pueden de consiguiente partirse aquí.

En los cargos cuyo resumen acaba de hacerse persigue el recurrente, por uno u otro camino, la finalidad de que se declare que forman parte del patrimonio de la asociación o cuentas en participación tanto los bonos comprados con anterioridad a la firma del contrato como sus respectivos intereses; que de consiguiente han debido incluírse en la partición y que como no lo fueron ésta debe rehacerse para que se incluyan; es decir, que en fin de cuentas, se pretende aprovechar el recurso de casación, cual si fuera tercera instancia en los procesos, para que la Corte revise las providencias del Tribunal, mediante las

cuales decidió la oposición del demandado a la acción especial de partición que propuso el recurrente, y esto, como es obvio, es inadmisible, pues sobre esas cuestiones, bien o mal decididas, no puede volverse a resolver con ocasión de este recurso extraordinario concedido contra las sentencias definitivas de segunda instancia, en los casos taxativamente previstos en la ley. Una simple reflexión basta para comprender la imposibilidad de considerar aquí aquellos temas: si el Tribunal, en vez de decretarla parcialmente, hubiera negado la partición propuesta, allí habría concluído indudablemente el presente proceso; luego, habiéndola negado en parte, esa negativa, a fortiori, es también intocable.

Y obsérvese además lo siguiente: el Tribunal decretó en la forma dicha la liquidación y partición del haber de la asociación, porque consideró que aunque se había finalizado el término acordado en el contrato, la disolución de la asociación se produjo por la extinción del objeto social motivada por la venta de todos los bonos que integraban su haber, y por considerar que los bonos del Departamento del Valle, comprados antes de la firma del contrato y que aún no habían sido vendidos cuando se propuso la demanda, no formaban parte del haber social. Por tanto si hubiera debido estimar lo contrario, o sea, que estos bonos sí quedaron comprendidos dentro del contrato de cuentas en participación, lógicamente habría concluído negando la demanda de liquidación y partición, por extemporánea, con efectos definitivos para el recurrente dentro de la vía procesal escogida, porque la providencia que así lo resolviera no estaba sometida al recurso de casación.

En el cargo primero se sostiene además que por cuanto se desconoció como haber de la sociedad en participación los bonos comprados después de la firma del contrato, pero con intereses producidos por los bonos adquiridos antes de éste, la sentencia quebrantó los artículos 1761, 1763, 1765 del C. C., 631 del C. de Co., y 637 y 645 del C. J., por aplicación indebida, por cuanto desconoció la fuerza probatoria que dichas disposiciones asignan a los documentos que el recurrente cita.

A esto debe observarse que la Corte no puede entrar en el estudio de fondo que plantea esta parte de la acusación, porque las disposiciones que como quebrantadas vienen citadas son todas relativas al valor que la ley asigna a determinadas pruebas y tales disposiciones no tienen el carácter de sustantivas en el sentido de otorgar derechos a las personas, y las de esta última naturaleza son sólo las que dan lugar a la primera causal de casación prevista en el artículo 520 del C. J. Así lo ha resuelto la Corte en numerosa y reiterada jurisprudencia, cuya cita, por lo conocida, es innecesaria ahora.

Lo dicho es suficiente para rechazar los cargos arriba compendiados.

Cargo noveno.—Dice en síntesis el recurrente que la ley principal a que debe ajustar el partidor la cuenta es la voluntad unánime de los partícipes consignada en el contrato; que al violarse éste, como se violó por las razones expuestas en los cargos quinto y sexto, ya considerados, con la partición aprobada por el Tribunal, se infringió por indebida aplicación el artículo 1391 del Código Civil.

Agrega que en la cláusula sexta del contrato se convino que para los efectos de la liquidación se tomara como base el precio de compra de los bonos y el que tuvieran corrientemente en la Bolsa de New York el día en que se verifique la liquidación y que el Tribunal cambió las bases acordadas para ese efecto y ordenó que la liquidación la verificara el partidor tomando por base el precio a como la Arquidiócesis vendió los bonos, por lo cual dice que el sentenciador incurrió en la violación, por indebida aplicación, de los artículos 1392 y 2502 del Código Civil.

Se considera:

La primera parte de la anterior acusación, en cuanto se basa en las mismas razones que le sirvieron de fundamento a los cargos quinto y sexto, ya considerados, es improcedente porque se encamina a lograr la misma finalidad perseguida en dichos cargos que fueron rechazados en los apartes precedentes de este fallo.

En cuanto al segundo aspecto de la acusación en estudio, el Tribunal en auto de 23 de noviembre de 1944 resolvió que como los bonos objeto del contrato fueron vendidos por la Arquidiócesis antes de la época de la liquidación, ésta por razones de equidad debía hacerse con arreglo a los precios que tuvieron dichos bonos el día en que fueron vendidos. Y esta situación definida en el proceso por medio de la providencia precitada es la que debía contemplar el partidor al formar la cuenta de partición, por razones análogas a las que se expresaran al considerar el cargo de que a continuación se hablará.

Se rechaza el cargo.

Cargo décimosexto.—Alega en resumen que la sentencia acusada es violatoria, por indebida aplicación, de los numerales 1º y 2º del artículo 1395 del C. C. y de los artículos 466 y 473 del C. J., diciendo al respecto que en la sexta petición de la demanda formuló la solicitud de que se liquidaran a su favor, con cargo a la Arquidiócesis los intereses corrientes más altos de la plaza; que el auto de 30 de septiembre se abstuvo de hacer la correspondiente declaración; que la adjudicación se le hizo en dinero sin que se hubieran liquidado tales intereses a que le daban derecho las disposiciones del Código Civil que como violadas ha citado y que habiéndose aprobado la partición en esos términos, se incurrió en el quebranto de los referidos textos legales.

Se considera:

Dada la naturaleza de cuestiones de verdadero fondo que implicaron la acción especial propuesta en este juicio y la oposición a ella formulada, el auto que le puso fin al incidente que ésta provocó tuvo necesariamente que determinar o esclarecer la procedencia de la acción intentada, que había sido objetada de ineptitud sustantiva; la validez e índole propia del contrato, cuya eficacia y característica fueron impugnadas, y la extensión de los derechos y obligaciones de los contratantes, que también estaban controvertidos, y ello forzosamente debía tener un carácter obligatorio para las partes, en cuanto fijaba la existencia, el contenido y límite de sus recíprocas relaciones jurídicas. De allí que esa providencia, una vez ejecutoriada, haya venido a constituír tanto como el verdadero título a que estaba obligado a sujetarse el partidor, conforme a la regla que consagra el artículo 537 del C. de Co.

Y como en ella se resolvió que "no es del caso decretar las demás peticiones de la demanda", sin que el recurrente en la reposición que en contra propuso hubiera reclamado sobre ese punto, lo que implica que lo aceptó, es claro que la solicitud de la demanda para que se condenase a la Arquidiócesis al pago de los intereses moratorios, a que el recurrente cree tener derecho, fue negado desde entonces, y esa negativa que está en firme, lo vincula y obliga por lo que antes quedó someramente dicho.

La tesis que en contra de lo anterior el recurrente opone cuando sostiene que un auto ejecutoriado en juicios de partición no puede invocarse para desconocer el derecho que a los partícipes les otorgan las leyes, no es así tan indiscriminada y absoluta como la presenta, pues lo que la Corte ha sostenido en conocida jurisprudencia es que los fallos sobre objeciones en que se ordena rehacer la partición, no perjudican los derechos sustantivos que las leyes confieren a los asignatarios que han agotado la integridad de los recursos que las vías judiciales les brindan en contra de aquellas decisiones; pero esa jurisprudencia no puede tener aplicación en un caso tan distinto como es el de autos.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

En mérito de las precedentes 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 de fecha veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el presente negocio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA.—TECNICA DE CASACION

En el recurso de casación no basta, como lo ha resuelto la Corte, alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen; con este procedimiento se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, que es el fin principal del recurso de casación. Para que la demanda de casación merezca atención se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos que son materia de impugnación y el concepto en que ella se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse o modificarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del Código Judicial, la técnica de casación exige que, además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido. Esta Sala está recordando constantemente el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre y en todo caso por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella, o en una aplicación indebida al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso, por perentorio mandato de la respectiva norma, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De allí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, cuando esta violación es indirecta, como resultado de un error de derecho en la apreciación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados ni demostrados por el recurrente, según así ha sido decidido en constante jurisprudencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo de 22 de abril de 1940 que fue corregido por el de ocho de julio del mismo año, Ester González viuda de Bolaños, hablando en su propio nombre como cónyuge sobreviviente de Lisímaco Bolaños y además en representación de sus menores hijos legítimos Lucía, José, Carlos, Jorge, María y Julia Ester Bolaños González, propuso ante el Juez Civil del Circuito de Palmira demanda ordinaria contra Víctor A. Cadena y Blanca López de Cadena para que se declare que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida Bolaños-González y a la sucesión intestada de Lisímaco Bolaños la propiedad constante de cincuenta plazas cultivadas de pasto guinea, ubicada en el municipio de Pradera, cuyos linderos se precisan en la súplica primera de la demanda, y para que se condenase a los mismos demandados a la consiguiente restitución de ese inmueble.

Esa acción se apoyó principalmente en los siguientes hechos: en que el 18 de agosto de 1917 Lisímaco Bolaños y Ester González contrajeron matrimonio católico dentro del cual nacieron los menores ya citados; en que la sociedad conyugal Bolaños-González se disolvió por muerte de Lisímaco, acaecida el 10 de noviembre de 1939; en que por medio de la escritura pública número 89 de 2 de marzo de 1938, de la Notaría Segunda de Palmira, Lisímaco Bolaños dio en venta a Víctor

Cadena el lote de terreno materia de la reivindicación, que formaba parte de un globo de mayor extensión que le fue adjudicado al vendedor en el juicio de división de los terrenos denominados "Bolo de los Escobares", que fue protocolizado por medio de la escritura número 125 de 30 de abril de 1921, de la Notaría Primera del Circuito de Palmira, y en que la citada escritura de venta fue registrada con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal.

Surtida la tramitación propia de la primera instancia del juicio, el juez del conocimiento lo decidió en sentencia de trece de febrero de 1942, por medio de la cual absolvió a los demandados de los cargos que les fueron formulados, y apelada esa decisión por la actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la confirmó en sentencia del 17 de diciembre de 1945, proferida después de haberse incurrido en injustificables dilaciones, imputables todas al Magistrado ponente en el negocio, como se destaca de lo siguiente: el 28 de octubre de 1942, entró el negocio al despacho del Magistrado doctor Marco A. Guerrero pada dictar el auto de citación para sentencia y fijar día para la audiencia y sólo el primero de abril de 1943, profirió dicha providencia; por no haberse podido verificar la audiencia volvió el asunto al despacho el 10 de abril de 1943 y el 13 de octubre del mismo año el sustanciador señaló nuevo día para audiencia; por la misma causa, el 26 del referido octubre entró el negocio al despacho y el 13 de diciembre se señaló nueva fecha para el mismo efecto; el 15 del citado mes y año informó el secretario que la audiencia no llegó a verificarse, y el 23 de octubre de 1944 se dictó auto señalando nueva fecha; el 9 de noviembre siguiente entró por última vez el expediente al despacho del ponente y el 19 de junio de 1945 fijó nueva fecha para la audiencia, la que al fin se celebró el nueve de julio siguiente.

La sentencia absolutoria de primera instancia se basó en las consideraciones siguientes: en que no habiéndose traído al proceso la partida que acredita la celebración del matrimonio entre Lisímaco Bolaños y Ester González, debía presumirse que el bien raíz materia de la reivindicación que adquirió Bolaños en el juicio divisorio de los terrenos "Bolo de los Escobares", como consta en la escritura pública número 125 de 30 de abril de 1921, registrada el 23 de mayo siguiente, era de la exclusiva propiedad de Bolaños y no de la sociedad conyugal, por lo cual ésta no podía intentar la acción reivindicatoria por carecer de la calidad de dueño, y en que aun cuando la misma acción se intentó en nombre de la sucesión de Bolaños, ésta no era la propietaria del inmueble para la fecha de la demanda, porque cuando Bolaños suscribió la escritura número 89 en favor de Víctor Cadena A. no era poseedor inscrito del inmueble, por las razones que al efecto expone el juez.

La sentencia de segunda instancia descansó en muy distintos fundamentos de la de primer grado. En efecto, el sentenciador después de tomar en cuenta los títulos escriturarios y los certificados del registrador de Palmira traídos al proceso en calidad de pruebas y de insertar en el propio fallo los apartes más salientes de esos documentos públicos, dijo lo siguiente:

"De todo lo anterior se desprende que el dominio del señor Bolaños sobre el inmueble vendido al señor Cadena A. tiene su fuente en títulos adquiridos con antelación al 18 de agosto de 1917, fecha del matrimonio celebrado entre el nombrado señor Bolaños y la demandante señora Ester González v. de Bolaños. Fue el condominio en el terreno indiviso del "Bolo de los Escobares", que se concretó en el señor Bolaños en un lote de mayor extensión y en la cuota correspondiente a sus derechos, la que dio origen al dominio del lote en cuestión, según la hijuela de adjudicación, cuya parte pertinente ha sido copiada".

"En 1937, dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, el señor Bolaños vendió al señor Miguel López Escandón el predio de que se viene hablando con pacto de retroventa, y lo readquirió nuevamente en 1938 de acuerdo con las bases del expresado contrato de venta con pacto de retroventa".

Luégo reprodujo algunas disposiciones del Código Civil relativas al régimen de bienes de la sociedad conyugal, y dijo:

"Según la escritura 335, fechada el 23 de julio de 1937, el plazo máximo convenido para que el comprador señor Miguel López Escandón retrovendiera al vendedor señor Bolaños el inmueble o para que éste lo readquiriera fue el de dos años. Fue un contrato por medio del cual se transfirió el dominio del inmueble y que volvió a radicarse en el vendedor señor Bolaños antes de ocho meses, en virtud de la retroventa que consta en la escritura 88 de 2 de marzo de 1938".

"Vendido el inmueble, la sociedad conyugal debería el precio de él al señor Bolaños, hoy su he-

rencia, no habiendo sido ese precio invertido en algún negocio personal de dicho cónyuge, según se desprende de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 1781 y en el artículo 1797".

"De tal manera que si el señor Bolaños no invirtió el precio del inmueble en la readquisición del mismo, la sociedad le sería deudora de ese precio. De otra suerte, si el señor Bolaños invirtió el valor del inmueble vendido en su readquisición, dicho inmueble siguió siendo de la exclusiva propiedad de dicho señor, pudiendo enajenarlo legítimamente al señor Cadena".

"No aparece acreditado por la parte demandante, contra lo expresado en las escrituras de venta con pacto de retroventa y de readquisición tantas veces citadas, que lo invertido por el señor Bolaños, en la dicha readquisición, fuera dinero de distinta procedencia".

"No existiendo esa prueba, se sigue que el contrato oneroso de la readquisición está comprendido en la regla del inciso 1º del artículo 1792 del C. C.; esto es, que se trata de un título oneroso que tiene su fuente en una causa anterior a la constitución de la sociedad".

Por tanto, el inmueble readquirido no entró a formar parte del patrimonio social; y habiendo sido vendido legítimamente por su propietario al señor Cadena, tampoco pertenece hoy a la sucesión o herencia del señor Bolaños".

Finalmente, después de otras consideraciones tendientes a demostrar que el contrato de venta entre Bolaños y Cadena quedó perfeccionado el 2 de marzo de 1938, fecha de la escritura respectiva, el sentenciador concluyó absolviendo a los demandados.

El abogado de la actora interpuso casación en contra de esa sentencia, y como el recurso ha sido debidamente preparado, se procede a decidirlo.

En el capítulo segundo de la demanda y con fundamento de la causal primera del artículo 520 del C. J. formula el recurrente lo que llama "cargos contra la sentencia", los cuales procede la Sala a considerar, haciendo un estudio conjunto de todos ellos por serles comunes las razones que se oponen a su prosperidad.

Cargo 1º — Se concreta el recurrente a transcribir párrafos de la sentencia de primera instancia, formulando algunas apreciaciones y críticas sobre ella; comenta a su manera algunas disposiciones del Código Civil; hace referencia en abstracto a hechos del proceso, para sostener finalmente "que hubo interpretación errónea de la prueba y aplicación indebida de la Ley por el señor Juez Civil del Circuito de Palmira al fallar, y por el Tribunal Superior de Cali, al confirmar con los mismos argumentos aquel fallo". Y después de citar los artículos 2131 y 2141 del C. C. dice que "todos estos artículos fueron violados por omisión".

Cargo 2º — Transcribe también el recurrente apartes de la sentencia de primera instancia, desprende algunas consecuencias de los instrumentos públicos a que hace referencia, pero no cita como quebrantado texto alguno de carácter legal.

Cargo 3º — Sostiene que a los demandantes sí les asiste la acción reivindicatoria", o sea precisamente el derecho que consagran los artículos 946, 950 y 952, que tanto el Juez como el Tribunal aplican erróneamente, interpretando erróneamente los títulos de propiedad y los registros mismos y por consiguiente interpretando erróneamente las pruebas de los certificados de los registradores"; agrega que es procedente la reivindicación propuesta en favor de la sociedad conyugal Bolaños-González y que "es erróneo e improcedente y falta de congruencia, la apreciación y aplicación que el Juez y el Tribunal falladores hicieron de los artículos 1874, 756, 946, 950 del C. C. y del artículo 53 de la Ley 153 de 1887.

Cargo 4º — Hace algunas consideraciones alrededor de la sentencia de primera instancia, sosteniendo que al contrario de lo que afirmó el Juzgado la compraventa con pacto de retroventa celebrada entre Bolaños y López Escandón por la escritura número 98 quedó perfeccionada y que el Juez de Palmira lo mismo que el Tribunal al considerar imperfecta la venta que se hizo violó las disposiciones del C. C. que allí cita, agregando que el primer sentenciador apreció erróneamente la escritura número 88 porque no se trataba de una controversia entre López Escandón y la sociedad conyugal Bolaños-González.

Cargo 5º — Hace referencia al concepto del sentenciador sobre el mérito de algunas pruebas aportadas al debate; dice que el certificado expedido por el Registrador de Palmira sobre división del "Bolo de los Escobares" así como el de 3 de julio de 1942 del mismo funcionario no fueron suficientemente analizados por el sentenciador y que el análisis que hizo el Juez de Palmira no podía ser el mismo para el Tribunal, porque en la segunda

instancia la situación jurídica del juicio era distinta por las mismas pruebas allegadas y que por esto se violaron los artículos 752, 756 y demás pertinentes del C. C. Agrega que el Tribunal da por probada la fuente del dominio del potrero con anterioridad al 18 de agosto de 1917 en que se constituyó la sociedad conyugal sin existir la prueba correspondiente y que rechaza como adquisición para dicha sociedad la que Bolaños hizo en marzo de 1938.

Cargo 6º — Dice textualmente el recurrente:

"En el capítulo titulado por el Honorable Tribunal "Patrimonio Social", cita los artículos 180, 1774, 1781, 1782, 1788, 1785, 1784, 1786, 1787, 1792, 1797 del Código Civil, disposiciones indebidamente aplicadas, y erróneamente interpretadas, por el deficiente análisis de la prueba. Por estos conceptos formuló el Sexto cargo contra la sentencia del Tribunal: aplicación de textos a hechos inexistentes".

Cargo 7º — Formula algunas críticas a la sentencia del Tribunal en cuanto el sentenciador estimó que el inmueble materia de la reivindicación no entró a formar parte del patrimonio de la sociedad conyugal Bolaños-González y que tampoco pertenecía al momento de incoarse la acción a la herencia de Bolaños, pero no cita disposición alguna como quebrantada por la sentencia.

Cargo 8º — Transcribe apartes de la sentencia de segunda instancia en que el Tribunal estimó que el contrato de venta celebrado entre Bolaños y Cadena por medio de la escritura número 89, quedó perfeccionado en la fecha de este instrumento y dice que la consideración del Tribunal de que la tradición quedó legalmente hecha mediante la inscripción de la escritura el 7 de marzo de 1938, está demostrando la errónea apreciación de la prueba, pues "existe una adulteración con respecto al certificado presentado por la parte demandada y una contradicción con respecto a los certificados presentados por la parte demandante, porque la escritura 89 se registró en el año de 1940, el 16 de marzo, después del fallecimiento del señor Lisímaco Bolaños, y por consiguiente después de disuelta la sociedad conyugal. Léase el fallo de Palmira y mi prueba de ambas instancias". Finalmente considera que el Tribunal incurrió en aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 752 y 752 del C. C.

Se considera:

Como fácilmente se comprende por el resumen que antes queda hecho, ninguno de los cargos que el recurrente propone da asidero para que la Corte adelante el estudio de las cuestiones de fondo que determinaron la decisión del Tribunal sentenciador, debido a que las acusaciones se resienten de la falta completa de técnica y de las fórmulas esenciales en el planteamiento de las causales de casación. En este recurso no basta, como lo ha resuelto la Corte, alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de que se trata.

Para que la demanda de casación merezca atención se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que esa impugnación se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse o modificarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520, la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido.

Esta Sala constantemente está recordando el principio de que el recurso de casación por la causal 1ª es siempre y en todo caso por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De allí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, cuando esta vio-

lación es indirecta, como resultado de un error de derecho en la apreciación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados ni demostrados por el recurrente, según así ha sido decidido en constante jurisprudencia

Las fallas fundamentales de que adolece el recurso que se considera y que por lo que antes se ha expuesto determinan su ineficacia, pueden resumirse así: los cargos 1º y 4º se formulan contra la sentencia de primera instancia, que no está sometida al recurso extraordinario de casación, ya que éste sólo procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores, las cuales puntualiza el artículo 519 del Código Judicial; y aun cuando el recurrente dice que los reparos que hace a la sentencia del Juzgado le caben también a la del Tribunal, ya se ha visto por la transcripción que arriba se hizo, que los fundamentos de una y de otra son totalmente distintos; en los cargos 5º, 6º y 8º se acusa la sentencia por deficiente, errónea o indebida apreciación de pruebas, a muchas de las cuales se alude en abstracto, pero ni se dice en qué clase de error se incurrió por el sentenciador ni lo demuestra como evidente en el caso de que se alegue el de hecho, contraviniéndose así la regla que consagra el numeral 1º del artículo 520 del C. J., y el cargo 7º se contrae a criticar apartes de la sentencia del Tribunal, sin citar cuáles disposiciones sustantivas resultaron violadas ni, de consiguiente, el concepto en que lo hubieren sido, y éstos son requisitos de indispensable cumplimiento cuando se invoca la causal primera, cuya omisión acarrea la invalidez del cargo. (Artículos 520, numeral 1º, y 531 del C. J.)

En consecuencia, en presencia del escrito de casación que se comenta, falto de requisitos formales y sustanciales de forzosa observancia en demanda de esta índole, cabe rechazar, por mal formulados, todos los cargos que se proponen.

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 de fecha diez y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el presente negocio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA DE UNA FINCA RAIZ PERTENECIENTE A UNA SOCIEDAD CONYUGAL ILIQUIDA E HIPOTECADA Y VENDIDA POR EL MARIDO SIN INTERVENCION DE SU MUJER, PARA PAGAR DEUDAS DE AQUEL

De las obligaciones contraídas bajo el imperio de la legislación anterior sigue siendo deudor, como lo dijo la Corte en reciente sentencia de casación, el marido y para el pago de ellas siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectos por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para 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 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. Es cierto que al partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros; pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

José María Núñez, estando a la sazón casado católicamente con Carmen Payán se declaró, por medio de escritura pública número 318 de 6 de abril de 1929, deudor de Samuel Nicholls por la cantidad de $ 600.00 y para responder de esa obligación constituyó en el citado instrumento hipoteca en favor del acreedor sobre un inmueble de propiedad de la sociedad conyugal. Ese crédito le fue adjudicado a Teresa López viuda de Nicholls en la sucesión de su marido, y como no le fuera oportunamente cubierto, en ejercicio de las acciones real, hipotecaria y personal propuso juicio ejecutivo contra José María Núñez, en libelo de 24 de junio de 1931, dirigido al Juez del Circuito de Buga. Trabada y adelantada la ejecución, en sentencia de 16 de abril de 1932 el Juzgado decretó el remate del inmueble hipotecado y perseguido, y durante cinco veces consecutivas se abrió la subasta pública del bien, sin que en ninguna de esas ocasiones se hubiera presentado postor alguno. En esa situación, José María Núñez y Luis Mario Rengifo, a quien la viuda de Nicholls le había hecho dentro de la ejecución cesión del crédito hipotecario, otorgaron la escritura pública número 879 de 7 de julio de 1943, de la Notaría 1ª de Buga, por medio de la cual Núñez hizo, entre otras, las siguientes declaraciones:

"**Séptimo.** — Que por medio de este instrumento, y hechas las declaraciones anteriores, transfiere a título de venta real y efectiva, al señor don Luis Mario Rengifo Domínguez el inmueble, casa y solar ya alinderado, con todas sus anexidades y sin reservarse nada, entendiéndose que la venta se hace por los linderos ya dados, y advirtiendo que la pared, o porción de ella, que linda con Ismael Tello, es medianera con éste por virtud de un contrato particular con él celebrado".

"**Octavo.** — Que esta venta la hace por la cantidad de mil trescientos pesos ($ 1.300.00) moneda legal, valor éste que cubre íntegramente el crédito hipotecario que actualmente grava el inmueble descrito, y que el señor Rengifo Domínguez persigue por medio del juicio ejecutivo de que se hizo mención".

Y a su vez Rengifo declaró lo siguiente:

"**Primero.** — Que acepta el contrato de venta contenido en este instrumento, en la forma y términos prescritos".

"**Segundo.** — Que el valor del inmueble que compra corresponde exactamente al valor del crédito hipotecario, que en el Juzgado Civil de este Circuito cobra al vendedor señor José María Núñez".

"**Tercero.** — Que por medio de este instrumento, declara cancelada la hipoteca que grava el inmueble que compra, hipoteca que consta en la escritura número trescientos diez y ocho (318) de seis (6) de abril de mil novecientos veintinueve (1929), otorgada en esta Notaría.

"**Cuarto.**—Que está en posesión del inmueble, con todas sus anexidades, y que en esta misma fecha ha presentado al Juzgado Civil del Circuito, el memorial de desistimiento del juicio ejecutivo que adelanta contra el vendedor José María Núñez, en su calidad de subrogatario de la señora Teresa López de Nicholls, debidamente aceptado por el Juzgado, y cuya cesión se notificó legalmente al vendedor Núñez.

"**Quinto.**—Que en el valor del crédito hipotecario, están incluídos los intereses del mismo, las costas del juicio, y que es éste el valor que de común acuerdo han convenido los exponentes para otorgar este instrumento".

Leído el instrumento a los otorgantes, éstos lo aprobaron y lo firmaron. En cumplimiento de ese contrato, Núñez y Rengifo desistieron del juicio ejecutivo en escrito de 7 de julio de 1943, en el cual manifestaron que ese desistimiento, que fue aceptado por el Juzgado en auto de la misma fecha, lo hacían "por haber arreglado satisfactoriamente la acreencia cuya cobranza se hacía ejecutivamente".

La controversia

Alegando que el contrato consignado en la escritura número 879 se llevó a efecto sin su consentimiento, Carmen Payán de Núñez propuso ante el Juez Civil del Circuito de Buga demanda ordinaria contra José María Núñez y Luis Mario Rengifo para que se declarase que el inmueble aludido pertenece a la sociedad conyugal Núñez-Payán y para que se condenase al demandado Rengifo a restituírlo a dicha sociedad conyugal.

Esa demanda fue decidida por el Juzgado mediante sentencia absolutoria fechada el 18 de octubre de 1944, de la cual apeló la actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, entidad ésta que la confirmó en sentencia de 22 de octubre del siguiente año.

Como fundamentación de esa decisión consideró el Tribunal, en síntesis, que la Ley 28 de 1932 en ningún caso exoneró de sus obligaciones a los deudores ni privó de sus garantías a los acreedores, que habían llegado a serlo antes de la vigencia de esa Ley, y que siendo Núñez el deudor y respondiendo de la deuda no solamente con el bien afecto a ella sino con todos los que administrara, era a él y no a otro a quien había que exigirle judicialmente el cumplimiento de la obligación, y agregó que la transacción efectuada por la escritura número 879 no fue sino la solución o pago del crédito demandado.

A la actora se le concedió en contra de esa sentencia recurso de casación, el que, apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y debidamente tramitado, se procede a decidir hoy.

Dos cargos se formulan contra la sentencia, y por razón de orden lógico la Sala comienza su estudio por el segundo de ellos, en el que el recurrente dice, en síntesis, lo siguiente:

Que el sentenciador incurrió en violación de los artículos 1849 y siguientes, 1687 y siguientes, y 1672 y siguientes del Código Civil por error de derecho en la apreciación de la prueba contenida en la escritura pública número 879 de 7 de julio de 1943, pues en concepto del recurrente ese documento contiene únicamente un contrato de compraventa puro y simple aun cuando el precio se hubiere destinado a pagar el crédito hipotecario que pesaba sobre el bien vendido, pues esa destinación posterior a las primeras cláusulas del acto traslaticio del dominio, en nada modifican la sustancia del contrato pactado, y que al deducir el Tribunal de ese instrumento contratos distintos al que claramente en él se contiene, incurrió en error de derecho al apreciar la prueba y en el quebranto de las referidas disposiciones.

Se considera:

Es de advertir en primer lugar que el recurrente incurre en un notorio error de técnica de casación en el planteamiento del cargo, que por sí solo determina su ineficacia, pues alega como error de derecho lo que no podría constituír sino uno de hecho. El primero se produce cuando a una prueba no se le asigna el valor que conforme a la ley le corresponde, y es notorio que en esa falta no ha incurrido el sentenciador, ya que a la escritura pública número 879, que está debida-

mente otorgada y registrada, no le ha desconocido el valor de prueba plena que las leyes le reconocen. Y como lo ocurrido es que el Tribunal, interpretando los términos del instrumento, ha encontrado que éste contiene un contrato de naturaleza distinta al que el recurrente cree hallar en él, el error en que en dicha interpretación hubiere incurrido sería de hecho, como invariablemente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, y ese error sólo da cabida al recurso de casación cuando como tal se alega y se demuestra de manera evidente.

Además, aun cuando los otorgantes hablan de compraventa en la escritura, no cabe la menor duda de que atendiendo a la naturaleza propia del contrato allí consignado, éste no es otro que una típica dación en pago, como así da a entenderlo el Tribunal y lo reconoció expresamente el recurrente en su alegato de 2ª instancia cuando después de transcribir la cláusula 8ª, dijo textualmente: "Realmente, señor Magistrado, lo que hubo entre Núñez y Rengifo fue una dación en pago..." (cuaderno número 1, fl. 41 v.). Y esto es así, porque hay dación en pago cuando el acreedor consiente en recibir del deudor cosa distinta de aquella a que el último se ha obligado, extinguiéndose con ello la obligación, y en el caso de autos esto es precisamente lo acontecido, desde luego que el acreedor Rengifo, en pago y en lugar de la deuda que por suma de pesos le tenía contraída Núñez, recibió de éste el inmueble materia de la litis, produciéndose en esa forma la extinción de la obligación.

Fuera de esto, caso de encontrarse justificado el error alegado él no habría tenido incidencia sobre la sentencia, pues ya se trate de dación en pago o de compraventa, una y otra entrañan un acto de disposición que, dadas las circunstancias en que se produjo, las consecuencias jurídicas serían las mismas, en atención a lo que hoy dispone el artículo 1º de la Ley 68 de 1946.

Las breves consideraciones que quedan expuestas, dejan ver que, por cualquier aspecto que se examine, el cargo en estudio es ineficaz.

Finalmente alega el recurrente que estando debidamente establecido en autos que el inmueble que se reivindica pertenece a la sociedad conyugal ilíquida Núñez-Payán y que aquél fue vendido por Núñez sin intervención de la mujer, al negar la reivindicación propuesta para la sociedad conyugal, el sentenciador violó los artículos 946, 950, 961, 1774, 1781, 1796, 1871 del Código Civil y 7º de la Ley 28 de 1932.

Invoca en su favor la jurisprudencia sostenida en varias sentencias por la Corte, y según la cual se ha reconocido la viabilidad y procedencia de la acción reivindicatoria, cuando quiera que el marido, sin la intervención y consentimiento de la mujer, ha dispuesto de bienes inmuebles pertenecientes a las sociedades conyugales que la Ley 28 de 1932 encontró formadas.

Agrega, por último, que el crédito contenido en la escritura número 318, no era una deuda social sino del interés exclusivo del cónyuge deudor, y que las pruebas traídas al proceso no establecen ninguno de los casos generales del artículo 1796 del C. C.

La Corte considera:

El caso que aquí hoy se plantea es idéntico en su fondo al decidido por esta Sala, entre otras sentencias, en la de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL, y recaída en negocio proveniente del Tribunal Superior de Barranquilla, y como ahora no se proponen razones distintas de las que la Corte tuvo en cuenta al proferir aquella providencia, le será suficiente para decidir el presente recurso reproducir los motivos que entonces le sirvieron de fundamento. Allí dijo la Sala:

"Hasta el 1º de enero de 1933, fecha de vigencia de la Ley 28 de 1932, la mujer casada era **alieni juris** y el marido su representante legal y jefe de la sociedad conyugal, cuyo patrimonio era de él ante terceros. Todo esto cesó con esa Ley que dio a la mujer plena capacidad, que autorizó la liquidación provisional de la sociedad y que facultó a cada cónyuge para administrar y enajenar libremente los bienes que adquiriera bajo esa Ley, inclusive los que tal liquidación, en su caso, le adjudicara.

"Por vía de doctrina hubo de indagarse y establecerse lo atañadero en el nuevo estatuto a los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal para dicho 1º de enero de 1933, y así se halló que su administración y enajenación requieren el concurso de ambos consortes y que, por ende, adolece del correspondiente defecto una venta de bienes de esa clase hecha bajo la Ley 28 por el marido solamente, cual si subsistiera la situación anterior. Hallóse primeramente en esas ventas nulidad, al punto de que se tuvo esta acción por ne-

cesaria para que, en prosperando, la sociedad conyugal pudiese consecuencialmente recuperar sus bienes, y como era lógico dentro de ese concepto, se exigía la intervención del marido en esos pleitos como parte contratante que era en el contrato cuya nulidad se demandaba.

"Posteriormente vino a reconocer que esos contratos no son nulos puesto que el artículo 1871 del C. C. declara la validez de la venta de cosa ajena y cabalmente esto son tales enajenaciones hechas por el marido de bienes que no son suyos sino de una sociedad cuya representación y jefatura ya no tiene; y se reconoció que, si conforme a ese artículo los derechos del verdadero dueño quedan a salvo, a la sociedad conyugal tales ventas no le son oponibles y ella puede ejercitar directamente la acción reivindicatoria contra el poseedor que se defenderá con su compra, título que no puede oponerle válidamente por lo que acaba de decirse, a más de ser posterior al de la sociedad, no destruído ni cancelado por esa venta. Y entonces, así las cosas, ya no fue de requerirse la presencia e intervención del marido en el pleito, exigida antes por tratarse de nulidad, ni hubo por qué demandar ésta para obtenerla como puerta de entrada para la reivindicación, la que prosperó en llenándose los elementos aludidos, o sea, los que configuran esta acción, a saber: dominio de la sociedad demandante y posesión del comprador o sus sucesores sobre la misma cosa singular cuya posesión pretende respaldar el demandado con su compra al solo marido, repítese que inoponible al demandante.

"Si indiscriminadamente a todo acto dispositivo del marido solo respecto de bienes sociales bajo la vigencia de la Ley 28 hubieran de aplicarse las conclusiones de que se habló en el capítulo primero de este fallo, o mejor dicho, si a la luz de ellas hubieran de juzgarse aquellos actos, sin lugar a distinguir entre ellos, la decisión quedaría ya sencillamente pronunciada.

"Pero acontece que si todo acto del marido solo sobre transferencia de tales bienes, ya vigente la Ley 28, se tuviese, ante solo eso, incluído en la tesis aquí memorada, con sus indicadas consecuencias, prescindiendo de su fuente, de sus modalidades y de su finalidad, se caería en grave error, porque nada es más ocasionado a errar que la prescindencia de las características y peculiaridades de un asunto o tema dado y la formación de concepto por las solas apariencias.

"Así, por ejemplo, con fundamento en la tesis ya expresada, se ha atacado el juicio ejecutivo en que se han rematado bienes sociales y señaladamente se ha atacado su remate, porque éste y esa tramitación se han seguido contra el marido únicamente. Otro tanto en casos de juicio especial de venta de cosa hipotecada en que no fue citada la mujer.

"Tal el pleito en que esta Sala dictó sentencia el 10 de julio de 1941 (G. J. Tomo LI, págs. 798 a 804). Allí se hace presente que en el régimen legal anterior el marido era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción entre las sociales, las personales suyas, las personales de la mujer o contraídas por ella con autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por ambos; y que el marido era el deudor único 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.

"En seguida se lee en ese fallo: 'Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de la Ley 28 de 1932 que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o 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 qué ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la legislación matrimonial anterior, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectos por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para 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'.

"Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros; pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la Ley 28 de 1932. Es una visible equivocación tratar el problema de este pleito a la luz de la doctrina acogida por esta Sala en su sentencia de 20 de octubre de 1937, aducida por el Tribunal como fundamento de su sentencia, y conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer, sin concurrencia del otro, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada, por adquisiciones verificadas con anterioridad al 1º de enero de 1933. Esta interpretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la Ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y dispositivas de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos, ni hace referencia a las cargas de la sociedad existente hasta entonces. Otra cosa sería si se tratara, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada.

"Esta doctrina se sostuvo en la sentencia de 29 de marzo de 1944 (G. J. Tomo LVII, págs. 133 a 136); y se ha sostenido en las de 15 de octubre y 21 de noviembre del año en curso, no publicadas aún en la Gaceta.

"De esta última se transcriben por los peritos los siguientes párrafos:

"No se trata de un acto jurídico personal del marido, destinado, ya bajo el imperio de esta Ley, a crear derechos que pudieran afectar el patrimonio preexistente de la sociedad conyugal no liquidada al inaugurarse el nuevo sistema legal, sino de los efectos de un contrato celebrado por el marido bajo leyes que lo capacitaban para hacerlo y que se prolongan sobre el límite temporal de los dos regímenes matrimoniales. No se está en presencia de ninguna situación jurídica creada por el ejercicio ilegal de abolidos poderes maritales que pudiera comprometer los derechos de la mujer como interesada en el patrimonio de una sociedad conyugal ilíquida, sustraída a la disposición arbitraria del marido, sino del cumplimiento de una obligación social por la vía legalmente adecuada de la acción real hipotecaria a que dio lugar el ejercicio del derecho del acreedor de demandar su ejecución forzada, en lo cual no puede verse sin error jurídico e inadecuación de términos, un acto dispositivo del marido.

"La sentencia de quince de octubre de mil novecientos cuarenta y seis dice:

"Los créditos mencionados nacieron a la vida jurídica por virtud de la anterior legislación matrimonial. Constituyen, por tanto, derechos adquiridos en favor de terceros acreedores, y ninguna disposición legal los puede afectar o lesionar, en fuerza de la garantía que consagra el artículo 30 de la Constitución Nacional, según el cual los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Es cierto, además, que los derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la ley nueva, conforme lo ordenan los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887; pero no es menos evidente que, siguiendo el mandato de esos mismos textos legales, la aplicación de la ley nueva debe hacerse sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto".

"Cita los artículos 1796 del C. C., cuyo numeral 2º dispone que la sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido o la mujer con su autorización o de la justicia, no personales de aquélla, y el artículo 2488 de esa obra, según el cual el acreedor puede perseguir la ejecución de toda obligación personal sobre los bienes todos, raíces o muebles, presentes o futu-

ros del deudor, salvo sólo los no embargables, y agrega: "Y si, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, forzoso es concluír que a los contratos de..... se incorporaron, desde el momento en que se celebraron, los derechos que conferían las dos disposiciones legales primeramente citadas, o sea, en concreto, que la sociedad conyugal les pagara el monto de las deudas con ellos contraídas y que los mismos acreedores pudieran hacerlas efectivas sobre los bienes presentes y futuros de la misma sociedad conyugal. Y esto no podía ser de otro modo, porque si los particulares contratan en consideración a las leyes vigentes, no sería justo alterar los efectos que tuvieran a la vista al celebrar el contrato, sometiéndolos a las leyes posteriores que no les era dable conocer ni prever".

"En el presente pleito no se trata de remate en las aludidas condiciones; pero sí de dación en pago con iguales antecedentes. Recordando que en la venta forzada el juez representa al dueño como tradente, según el artículo 741 del C. C., se ve entre aquellos remates y un arreglo o convenio directo del acreedor con el deudor la más marcada analogía, que en el fondo es igual por diferenciarse tan sólo en el procedimiento. Y recordando, de otro lado, el derecho que al acreedor concede el C. J. en su artículo 1195, de obtener la adjudicación de los bienes, en llenándose los requisitos allí exigidos, resalta más esa igualdad".

"Y si se advierte que esta última disposición ampara al dueño con lo que establece sobre avalúo y subasta, es de considerarse que en el caso de tal arreglo directo, en cuanto el precio efectivo de los bienes que se dan en pago sea en su favor a superior al monto total del crédito el mismo día, hay un derecho del dueño — aquí la sociedad conyugal — en razón del exceso; pero en manera alguna nada que invalide el traspaso, salvo tan sólo que la cuantía o gravedad de aquél determine lesión enorme".

La anterior solución jurisprudencial que la Corte ha proferido en casos análogos al presente, encuentra hoy su pleno respaldo y confirmación en lo estatuído en el artículo 1º de la Ley 68 de 1946, por medio del cual el legislador, interpretando la Ley 28 de 1932, dispuso que las sociedades conyugales que ésta encontró formadas y que no hubieren sido liquidadas siguen sometidas al régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933. Por consiguiente, sea que el presente caso se decida conforme al criterio trazado por la jurisprudencia o los dictados de la nueva ley citada, el resultado es siempre al que ahora se llega.

Todo lo dicho demuestra que el cargo en estudio no puede prosperar.

En mérito de las precedentes razones, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA.—RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO—LA CULPA, ELEMENTO VITAL DE LA RESPONSABILIDAD

1.—En el caso del proceso en manera alguna puede hacérsele decir a la sentencia acusada que la responsabilidad que se debate en este caso es personal y directa, por haber expresado tesis incuestionable de que aunque la responsabilidad indirecta recae en persona distinta de la autora del daño, es indispensable siempre buscar la culpa original, porque sea quien quiera la persona sobre la cual ha de recaer la obligación de indemnizar, la culpa es la fuente indispensable de toda responsabilidad, directa o indirecta.

2. — La dificultad de determinar exactamente la separación entre la responsabilidad generada en el hecho del hombre, en su conducta, y la que nace del hecho de las cosas, ha existido realmente en la jurisprudencia francesa porque según el artículo 1384 del Código Civil Francés toda persona es responsable no sólo del daño causado por el hecho propio sino también del proveniente del hecho de aquellas personas por quienes debe responder, o de las cosas que tiene a su cuidado. La supresión, en nuestro Código Civil, de la última parte de este artículo sobre la cual se ha edificado en Francia una teoría general sobre presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas, lo mismo que la presencia de textos especiales referentes a daños de este origen, limitan el campo de responsabilidad y no permiten la elaboración de una doctrina semejante. — Este concepto confusionista contraría el fundamento tradicional de la responsabilidad civil en la legislación colombiana, en que la culpa, factor esencialmente humano puesto que lo constituye un error de conducta, es la condición vital de la responsabilidad. Suprimir la noción de culpa en el mecanismo de la responsabilidad equivale a adoptar inconsideradamente la teoría del riesgo, que fuera de casos concretos y excepcionales, no tiene cabida en nuestra legislación y ha sido rechazada por la jurisprudencia nacional. Otra cosa son las innovaciones jurisprudenciales sobre presunciones de culpa, para efectos exclusivamente probatorios; pero la ley exige siempre culpa original, probada o presunta. Tratándose de cosas accionadas por la mano del hombre, es la actividad del agente la verdadera causa del daño, es su conducta, culpable o inculpable, la que es preciso examinar y calificar para deducir jurídicamente la responsabilidad, directamente si se trata del hecho propio o contra la persona que legalmente debe responder de la culpa. En este último caso, la jurisprudencia colombiana, apoyada en el artículo 2347 del C. C., cuyos términos sí dan base suficiente, ha estructurado una teoría general de responsabilidad por el hecho ajeno, fundada y regulada por las nociones de vigilancia, elección y autoridad, dentro de la cual se ha tratado y consagrado la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios causados por los errores de conducta de sus funcionarios en la actividad de los servicios públicos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

El hecho originario de este juicio sobre responsabilidad civil tuvo ocurrencia en esta ciudad el 26 de agosto de 1943. Refieren los autos que en las primeras horas de la noche de este día, Carlos Solorza González, empleado de la Empresa del Tranvía Municipal, como cobrador del carro número 56, conducido por el motorista Alfonso Roa, se hallaba en el suelo, detrás del carro, ocupado en conectar el troley con el cable aéreo, en el extremo oriental de la Avenida Santiago de Chile, en la curva que hace la ferrovía sobre la carrera séptima, cuando fue machucado por el carro número 68 que marchaba en la misma dirección conducido por el motorista Jorge Mendoza, que

chocó contra el tranvía estacionado en la oscuridad por la desconexión del troley. El herido Solorza fue llevado inmediatmente a la Clínica de Peña, donde falleció al día siguiente a causa de una hemorragia interna por ruptura de los vasos ilíacos, de origen traumático.

El Municipio pagó oportunamente a los deudos del empleado el valor del seguro colectivo como indemnización por el accidente de trabajo.

Las autoridades correspondientes iniciaron las diligencias legales en la averiguación de la posible responsabilidad penal de los motoristas Mendoza y Roa por la muerte de Solorza, las que terminaron con sobreseimiento definitivo, proferido por el Juzgado 3º Superior de Bogotá, de fecha 15 de marzo de 1944, confirmado por el Tribunal Superior, en el cual se dice que "por parte de Roa y Mendoza no hubo negligencia, descuido o impericia en el manejo de los tranvías ya que el accidente por el cual perdió la vida Solorza se debió a la fatalidad; y así, no se estructura en contra de los sindicados en este proceso los elementos constitutivos que integran el delito culposo".

Ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito, Carlos Solorza y Bárbara González de Solorza, cónyuges entre sí y padres de la víctima, por medio de apoderado, demandaron en juicio ordinario al Municipio de Bogotá, representado por su Personero Delegado en lo Civil, para que se declare:

"a) Que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable, por el hecho de la cosa en su condición de guardián jurídico de ella, o por la culpa originada en el hecho de sus dependientes en la Empresa del Tranvía Municipal, con ocasión del servicio prestado por éstos al Municipio de Bogotá, quien es el patrón, por el daño material y moral causado a mis poderdantes a causa del accidente de tránsito acaecido en esta ciudad el 26 de agosto de 1943, a consecuencia del cual perdió la vida Carlos Alberto Solorza González, hijo de los demandantes;

"b) Que el Municipio de Bogotá debe pagar a los demandantes en dinero, junto con sus intereses legales, el valor de tales perjuicios materiales y morales, cuya cuantía será fijada en el curso de este juicio, o en el de las diligencias que precedan para el cumplimiento de la sentencia".

Surtido el traslado legal de la demanda, que no fue contestada, y los demás trámites de la instancia, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 28 de febrero de 1945, en la cual declara que el Municipio demandado, como empresario del Tranvía Municipal, "es civilmente responsable por culpa civil extracontractual originada en el hecho de las cosas, de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por el accidente de tránsito" y lo condena, en consecuencia, a su pago en la cuantía que se determine de acuerdo con el artículo 553 del C. J. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes llevó el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial donde se surtió el segundo grado del juicio, que finalizó con la sentencia de 13 de noviembre de 1945, en que se revocó la recurrida y en su lugar se denegaron los pedimentos de la demanda y se absolvió totalmente al Municipio de Bogotá. También sin costas.

En su exposición de motivos comienza el Tribunal por recordar que es incuestionable en derecho y en doctrina que las personas jurídicas de derecho público son también responsables civilmente por las culpas de sus agentes o empleados cometidas en el funcionamiento de los servicios públicos y procede luego a examinar si en el caso en estudio se halla probatoriamente establecida la existencia de un perjuicio causado por un hecho constitutivo de culpa de que deba responder civilmente el demandado. En orden a la primera condición de la responsabilidad, estima el sentenciador que con la muerte misma del joven Solorza, acreditada inequívocamente, se halla demostrada la realidad objetiva de un hecho en sí mismo dañoso. Pero examinando la conducta del demandado en relación con la inculpación que se le hace en la demanda y frente a los hechos demostrados en los autos, encuentra el Tribunal que falta el segundo elemento esencial —la culpa— porque el sobreseimiento definitivo en favor de los empleados del Municipio prueba de manera inobjetable que en el accidente que causó la muerte a Solorza González no medió ligereza, imprevisión, descuido, falta de destreza en el manejo de los carros, ni siquiera contravención a reglamentos de policía y tránsito, de modo que en la presente acción de responsabilidad civil indirecta que se pretende derivar del mismo hecho así calificado judicialmente, debe descartarse toda consideración de culpa probada al apreciar la conducta de los motoristas, ni se puede hallar

tampoco la base de la acción en una culpa presunta, porque en este proceso civil no hay fundamento probatorio ninguno que permita hacer, respecto de los empleados municipales inculpados, una apreciación diferente a la que en su oportunidad hicieron los funcionarios de la jurisdicción penal ya que aquí no se produjeron pruebas diferentes del sobreseimiento mismo, que expresamente descarta la culpa como causa del accidente y lo achaca completamente a la fatalidad, dejando así sin base la presunción de culpa que establece el artículo 2356 del C. C.

El recurso

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. la parte demandante interpuso contra esta sentencia definitiva de segunda instancia el recurso de casación que hoy se decide después de tramitado legalmente.

Formula la demanda los cargos que en seguida se enuncian compendiadamente:

Violación por indebida aplicación de los artículos 2341, 2347, 2356 y 633 del C. C. y 80 de la ley 153 de 1887, porque el Tribunal "los considera rigiendo la situación de este pleito, cuando ellos se refieren a circunstancias distintas e inconfundibles entre sí". Se trata aquí de un caso de responsabilidad directa, pero en el supuesto de que se tratara para el Municipio de Bogotá de la responsabilidad por el hecho del empleado, la disposición sería el artículo 2349 del código citado, a la luz del cual no es necesario probar la culpa del patrón, cuya responsabilidad la establece la ley, sino simplemente la culpa del empleado, que puede resultar acreditada, según los principios generales, de manera presunta según la interpretación jurisprudencial que se ha dado al artículo 2356 del C. C. que se refiere a hechos de suyo demostrativos de culpa, y "dentro de cuya norma encaja la responsabilidad por el hecho de las cosas". El accidente de tránsito que ha originado este litigio debe considerarse como un caso de responsabilidad refleja por el daño causado por el hecho de la cosa puesto que en el mecanismo de la ocurrencia es notorio que la causa primaria y esencial de la injuria fue el tranvía mismo que escapó al control y guarda material de su conductor en forma que la actividad o factor humano queda relegado a segundo plano. "El Tribunal —dice la demanda— incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios que transcribe en su sentencia, porque no tuvo en cuenta esa circunstancia del daño que fue causado por un hecho de la cosa: el conductor del tranvía no pudo dominarlo, éste escapó a su control. En este caso en realidad no viene habiendo una culpa presunta, sino que la culpa consiste precisamente en la circunstancia de no haber podido el conductor del tranvía controlarlo, y debido a ello éste causó el daño; la culpa consiste, pues, en la pérdida del control de la cosa que produjo la lesión. Incurrió en error de derecho a consecuencia del anterior manifiesto error de hecho del Tribunal, porque no le dio a esa prueba y a la de la providencia penal de sobreseimiento definitivo, el mérito de plena prueba de que el hecho de la cosa fue el que causó el perjuicio... De tal manera que el Tribunal, al considerar exonerado de responsabilidad al Municipio de Bogotá por la circunstancia de que se demostró que los conductores del tranvía no incurrieron en culpa, está violando el artículo 2356 que establece una presunción de que para destruirla no basta la inexistencia de la culpa".

Afirma el recurrente que el Tribunal se equivocó al decidir sobre las relaciones entre la jurisdicción civil y la penal, porque consideró, sin fundamento, que la legislación colombiana subordina la primera a la segunda, cuando es evidente la independencia de la acción civil, basada en la culpa civil, con respecto a la acción penal. "El Tribunal violó los artículos 27, 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal —dice la demanda— por cuanto que prescindió para su consideración, que no es la situación de hecho, como erróneamente lo afirma, la que debe variar para que no haya interferencia o contradicción en lo civil de lo resuelto en lo penal, sino que ese examen del sobreseimiento debe hacerse con el criterio de que lo que vincula al Juez civil son las circunstancias necesarias y ciertas del contenido de la relación jurídico-penal. Incurrió, pues, en error manifiesto de hecho el Tribunal porque admitió como causa jurídica de exoneración de responsabilidad la fatalidad, elemento éste, por cierto completamente extraño a las materias civiles y también a las penales. No eran una condición necesaria y cierta de la relación jurídico-penal las circunstancias que configuran en este caso concreto la culpa, no intencional, por el hecho de la cosa... El mero incumplimiento de la obligación de guarda, no acompañado de culpas personales del guardián o de su empleado, nunca constituyó una

infracción penal. Al sobreseer no tiene el Juez penal por qué descartar la culpa en la guarda..."

Considera la Sala:

Como se ve en la síntesis que se hizo de la parte motiva del fallo acusado, el Tribunal sin apartarse de las soluciones que la jurisprudencia ha venido estableciendo al respecto, planteó y decidió el caso de autos dentro de las normas que gobiernan la responsabilidad civil indirecta por el hecho ajeno, según las cuales y con base en la culpa por mala elección y por falta de control y vigilancia, se ha aceptado la que corresponde a las personas jurídicas de derecho público por los actos nocivos y culposos de sus agentes y dependientes. Con ningún fundamento puede afirmarse, como lo hace el recurrente, que la sentencia desconoce el hecho de que las disposiciones que forman el título 34 del libro 4º del C. C., reguladoras de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, se dividen, por materias, en tres grupos de tratamiento diferente: los que establecen la responsabilidad delictual y cuasidelictual por el hecho propio (2341, 2345, 2356); las que regulan la misma responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro (2346, 2347, 2348, 2349 y 2352), y la que se refiere a la responsabilidad refleja por el hecho de las cosas animadas e inanimadas (2350, 2351, 2353, 2354 y 2355). No falló aquí el Tribunal con aplicación de las reglas que gobiernan la responsabilidad directa como ya se dijo. Los referentes a ésta aparecen citados en su sentencia como las fuentes legales de la obligación indemnizatoria que se demanda, cuando dice, copiando una jurisprudencia de esta Sala: "Las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de faltas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 del C. C.), y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado (artículo 2341 ibídem). En manera alguna puede, pues, hacérsele decir a la sentencia acusada que la responsabilidad que se debate en este caso es personal y directa, por haber expresado con la referida cita legal la tesis incuestionable de que aunque la responsabilidad indirecta recae en persona distinta de la autora del hecho dañoso, es indispensable siempre buscar la culpa original, porque sea quien quiera la persona sobre la cual ha de recaer la obligación de indemnizar, la culpa es la fuente indispensable de toda responsabilidad, directa o indirecta.

Con ocasión del primer cargo de violación de ley sustantiva, por aplicación impertinente de las disposiciones del título 34 del C. C. por desconocimiento de las circunstancias particulares del caso, formula el recurrente la acusación, con base en la causal 2ª del artículo 520 del C. J., de que el Tribunal incurrió en incongruencia al cambiar la acción dando aplicación a artículos que tutelan situaciones distintas de las que se han planteado en el juicio. No es clara la acusación que se refiere a la aplicabilidad de textos legales en razón de la calidad de directa o indirecta de la responsabilidad de que se trata, porque ambas se aceptan y defienden al mismo tiempo en la demanda de casación, sin contar que es inútil el ataque porque la absolución no se vincula a este problema, sino a la inexistencia de la culpa, que deja sin fuente jurídica la responsabilidad de cualquier especie que sea; pero en todo caso el cargo por inconsonancia, involucrado contra la preceptiva del recurso con la causal primera, es completamente infundado, porque estando la decisión dentro de las cuestiones propuestas en la demanda, la procedencia de las disposiciones legales aplicadas por el Tribunal sentenciador, es punto que no puede considerarse sino dentro de la causal primera, por quebranto de ley sustantiva.

Las circunstancias especiales en que tuvo ocurrencia el accidente de tránsito originario de este pleito, descritas en el primer párrafo de esta decisión, no permiten catalogarlo doctrinariamente como un caso de responsabilidad por el hecho de las cosas, que requiere, según los expositores, que el daño sea el resultado inmediato del propio dinamismo de la cosa o del efecto de las leyes físicas que obran sobre ella, y no como aquí ocurre, que el hecho dañoso producido con la cosa es propiamente como una prolongación pasiva de la actividad humana que la gobernaba. En las expresiones "daño causado con la cosa" y "daño causado por la cosa" se caracterizan estos dos casos generadores de responsabilidad, propuestos acumulativamente en el primer pedimento de la demanda y confusamente tratados en la sentencia de primera instancia.

El recurrente en casación propugna nuevamen-

te la tesis de que se trata de responsabilidad del Municipio de Bogotá por el hecho del tranvía y en su condición de guardián jurídico de él, para sostener que procede la condena a pesar de haberse demostrado la inexistencia de culpa personal de los empleados municipales. La dificultad de determinar exactamente la separación entre la responsabilidad generada en el hecho del hombre, en su conducta, y la que nace del hecho de las cosas, a que alude el recurrente, ha existido realmente en la jurisprudencia francesa, porque según el artículo 1384 del C. C. F. toda persona es responsable no sólo del daño causado por el hecho propio sino también del proveniente del hecho de aquellas personas por quienes debe responder, o de las cosas que tiene a su cuidado. La supresión, en nuestro código civil, de la última parte de este artículo sobre la cual se ha edificado en Francia una teoría general sobre presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas, lo mismo que la presencia de textos especiales referentes a daños de este origen, limitan el campo de esta responsabilidad y no permiten la elaboración de una doctrina semejante. Este concepto confusionista contraría el fundamento tradicional de la responsabilidad civil en la legislación colombiana, en que la culpa, factor esencialmente humano puesto que lo constituye un error de conducta, es la condición vital de la responsabilidad. Suprimir la noción de culpa en el mecanismo de la responsabilidad equivale a adoptar inconsideradamente la teoría del riesgo, que fuera de casos concretos y excepcionales, no tiene cabida en nuestra legislación y ha sido rechazada por la jurisprudencia nacional. Otra cosa son las innovaciones jurisprudenciales sobre presunciones de culpa, para efectos exclusivamente probatorios; pero la ley exige siempre culpa original, probada o presunta. Tratándose de cosas accionadas por la mano del hombre, es la actividad del agente la verdadera causa del daño, es su conducta, culpable o inculpable, lo que es preciso examinar y calificar para deducir jurídicamente la responsabilidad, directamente si se trata del hecho propio o contra la persona que legalmente debe responder de la culpa. En este último caso, la jurisprudencia colombiana, con apoyo en el artículo 2347 del C. C. cuyos términos sí dan base suficiente, ha estructurado una teoría general de responsabilidad por el hecho ajeno, fundada y regulada por las nociones de vigilancia, elección y autoridad, dentro de la cual se ha tratado y consagrado la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios causados por los errores de conducta de sus funcionarios en la actividad de los servicios públicos. Dentro de los lineamientos y exigencias de esta doctrina jurídica aparece elaborada la sentencia del Tribunal, que negó la responsabilidad porque no halló culpa, probada ni presunta, en la conducta de los empleados municipales.

Carece de importancia práctica y de trascendencia para la decisión del recurso, la erudita exposición en que se engolfa el recurrente sobre la presunción de culpa en relación con los artículos 2347 y 2349 del C. C., porque siendo la culpa la base imprescindible de toda acción sobre responsabilidad civil y fundándose el fallo acusado en la inexistencia de este elemento vital, a ninguna conclusión aprovechable conduciría la dilucidación de los puntos que propone la demanda.

Respecto del cargo relativo a la influencia que el Tribunal dio al sobreseimiento definitivo proferido por la jurisdicción penal en favor de los motoristas de los tranvías, Mendoza y Roa, hay que descartar desde luego la imputación de error de derecho en la estimación de esa providencia cuyo mérito legal de plena prueba aparece expresamente reconocido en la sentencia. Y descartar también del cargo los artículos 27 y 29 del C. de P. P. cuyas disposiciones hacen referencia a casos y situaciones completamente extraños al que se considera y confronta en este proceso.

Por lo que toca al artículo 28 del código precitado, la sentencia recurrida asienta expresamente que la ausencia de responsabilidad de los empleados del tranvía municipal, declarada con autoridad de cosa juzgada en el auto de sobreseimiento definitivo dictado en su favor y traído a los autos con las formalidades legales, "no se funda en ninguna de los ocurrencias taxativamente señaladas en el artículo 28 citado.... Mas de lo resuelto por la justicia penal sí se deduce y de manera categórica, y ese fue el motivo del sobreseimiento, que no sólo no se demostró la existencia de culpa alguna a cargo de los motoristas, sino que expresamente se descartó de la conducta de éstos, factor alguno que hubiera podido configurar en ellos esta figura de la ley... Aquí ocurre que la situación de hecho que relatan los autos y la que encontraron los falladores en el proceso penal para considerar exentos de culpa a los conductores de los carros del tranvía es exactamente igual, la misma: y no ha tenido ninguna varia-

ción, porque al juicio civil no se trajo prueba nueva diferente y que arroje elemento de juicio para en él fundar estimación contraria, es decir, que hubo negligencia, o descuido, o imprevisión o alguna violación de los reglamentos del tránsito... Si en este proceso no hay base ninguna que permita hacer apreciación diferente a la que en su tiempo hicieron los funcionarios de la acción penal, ya que no se trajeron pruebas que lleven a convicción contraria, es imperativo determinar que lo impuesto, establecido y decidido en el fallo penal se ha hecho intocable para el Juez Civil, porque de lo contrario se violaría el principio de orden público enunciado antes, que establece, que no es concebible que funcionarios de igual categoría y autoridad aunque de rama jurisdiccional distinta, al estudiar pruebas exactamente iguales, pueda el uno encontrar responsabilidad en donde el otro no la halló, más, si el primero descartó la responsabilidad imputada para atribuír el hecho acaecido, presunta fuente, a la fatalidad".

Ningún reparo de ilegalidad puede hacerse a estas consideraciones que llevaron al Tribunal a concluír que la decisión de un Juez Penal, debe valer completamente como una presunción de verdad y de acierto sobre la calificación jurídica de los hechos examinados y juzgados de acuerdo con la ley, en forma que si en un proceso civil se va a resolver sobre esos mismos hechos, la sentencia penal debe producir todos sus efectos, mientras pruebas nuevas y distintas no vengan a demostrar "que el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, donde los jueces civiles podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa". En sentencia de 30 de septiembre de 1946, inédita aún, puede verse la doctrina de la Corte sobre el alcance del artículo 28 del C. de P. P. El cargo que se estudia no da base, por las razones en que se apoya la sentencia para dilucidar, desde un punto de vista general, la cuestión de la independencia de las acciones civil y penal en materia de indemnización de perjuicios o la subordinación de la primera a la segunda, que es lo aceptado por esta Sala, según las nuevas disposiciones sustantivas y de procedimiento penal.

Ningún fundamento tiene la acusación de que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al estimar el sobreseimiento definitivo "porque admitió como causa jurídica de exoneración de responsabilidad a la fatalidad, elemento éste, por cierto, completamente extraño a las materias civiles y también a las penales". La causa exonerativa, tanto en la investigación criminal como en este proceso civil, edificado sobre el mismo acervo de pruebas, es la ausencia de culpa, que deja sin fuente legal la responsabilidad demandada. La palabra fatalidad, usada por el Juez penal después de descartar todo error de conducta inductivo de culpa, es una de las muchas que se emplean para significar los acontecimientos que se cumplen más allá de la previsión humana y que conllevan las características jurídicas de la fuerza mayor o del caso fortuito. Finalmente, el reparo que se hace consistir en que el sobreseimiento no pudo recaer sobre culpa en la guarda, que es la base de la acción civil, trae nuevamente la consideración de la responsabilidad por el hecho de las cosas, aspecto éste que ya fue examinado y hallado improcedente.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 13 de noviembre de 1945, 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.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION

El artículo 739 del C. C. contempla separadamente en sendos incisos que a la edificación hecha por persona distinta del dueño del terreno se haya procedido sin el consentimiento de éste, caso en el cual él tiene derecho a hacer suyo el edificio mediante las indemnizaciones establecidas sobre la reivindicación, o a obligar a aquella persona a pagarle el justo precio del terreno e intereses; o que sea hecha a ciencia y paciencia del dueño del terreno, caso en el cual "será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio"... Por su lado, el artículo 970 de ese código confiere al vencido el derecho de retención de la cosa hasta que se le haga o se le asegure el pago de lo que tuviere derecho a reclamar en razón de expensas y mejoras.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de junio de 1946, confirmatoria de la del Juzgado 1º Civil de este Circuito de 3 de marzo de 1945 que decretó la reivindicación demandada por Ana Lucía Caicedo de Armas contra Luis J. Suárez del inmueble que hoy lleva el número 14-29 de la carrera 20 de esta ciudad.

Según certificado del Registrador (cuaderno 6º, folios 36 y 37), el lote de terreno con las piezas existentes en él que compraron Angel María y Carlos Caicedo en 1902 y que por compra de la cuota de éste en 1903 quedó siendo íntegramente de Angel María, lo vendió éste a Maximino Bermúdez en 1912 con casa de habitación constante de cuatro piezas construídas por el vendedor, y por escritura número 98, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito el 19 de enero de 1914, lo vendió Bermúdez con esa edificación a Ana Lucía Caicedo Riaño, hoy la señora de Armas demandante, para entonces menor representada por su padre, el prenombrado Angel María Caicedo.

Acompañando en legal forma esta escritura, la Caicedo por medio de abogado entabló demanda de reivindicación contra Suárez como poseedor. El libelo señala los linderos y advierte que "dentro de éstos se encuentran seis piezas y una enramada que forman el apartamento distinguido con el número 14-29 de la carrera 20 de esta ciudad, apartamento que se encuentra en la finca de propiedad de mi poderdante y que es el que pido que se me sea restituído". Solicita también pago de frutos desde que el demandado posee, e indemnización de perjuicios y costas.

La demanda se notificó a Suárez el 23 de mayo de 1944. Contestó oponiéndose y excepcionando de prescripción extraordinaria, a favor de la posesión ejercida por él desde sus compras a Waldina Herrera, de que se hablará en seguida, y de la posesión, que agrega a la suya, ejercida por la Herrera en lapso que llevaba treinta años ya cuando se otorgaron las escrituras aludidas, que son: Número 2003 de 22 de septiembre de 1938, número 3242 de 18 de octubre del mismo año y número 672 de 12 de marzo de 1941. Por medio de estos instrumentos hizo Waldina Herrera a Suárez estas enajenaciones, en su orden: a) Del derecho de dominio y posesión de ella "sobre una pieza y local de habitación edificada por la otorgante en terreno del señor Angel María Caicedo, hoy su sucesión, ubicada en esta ciudad, marcada en la actualidad con el número 14-27 de la carrera 20". En seguida expresa la alinderación y agrega: "La referida edificación la levantó la exponente previa licencia que le concedió el nombrado señor Angel María Caicedo para construírla sobre su terreno, edificación que levantó a sus propias expensas en el año de 1926, y desde entonces se halla en quieta y pacífica posesión de la mencionada edificación....; y que desde la misma fecha de la venta "hace entrega real y material al comprador de la edificación vendida". b) Del derecho de dominio y posesión que la exponente tiene sobre una pieza de habitación... Las suso-

dichas edificaciones fueron levantadas por la otorgante en terreno del señor Angel María Caicedo, hoy de su sucesión..." Luego expresa linderos y medidas y forma de edificaciones y solar, y agrega: "Esta forma de edificación rara y caprichosa la hizo levantar la exponente, previa licencia que le concedió el finado señor Angel María Caicedo, de donde era dueña y poseedora que ha sido y lo es Waldina Herrera, subsistiendo por un período mayor de veinte años en la casa número 14-29, y las edificaciones las levantó a sus propias expensas y con dineros de su propiedad desde el año de 1917 y desde ese entonces se halla en quieta y pacífica posesión de la mencionada edificación". En seguida cita las declaraciones de testigos, que en la escritura anterior había citado, sobre que ella levantó esas edificaciones, y cita la escritura número 2747 de 12 de septiembre de ese año (1938) por medio de la cual las protocolizó. Adelante declara que "hace entrega real y material al comprador de las edificaciones vendidas".

c) En la última de aquellas escrituras —la de 1941— comienzan por citar la de octubre de 1938 para recordar que en ella la Herrera vendió a Suárez su derecho en tres piezas que construyó a sus expensas, y repite que ello fue "con conocimiento y consentimiento expreso del señor Angel María Caicedo, dueño y señor del terreno sobre el cual levantó la vendedora las mejoras". Agregan que aclaran aquel contrato en la forma que detallan, "porque la vendedora transmitió a Suárez sin reserva ni limitación alguna" el pleno dominio y posesión "sobre las mejoras a que este instrumento se refiere". Insiste en que las aludidas tres piezas las edificó la Herrera "a sus expensas en el mes de junio de 1917". Igualmente, diciendo aclararla, citan la referida escritura de septiembre de 1938 para advertir que lo vendido en ella "no fue una pieza, como allí se dice, sino seis piezas que la compareciente también edificó a sus expensas sobre una parte del terreno de propiedad del mismo Angel María Caicedo". Adelante expresa los linderos. La escritura de 1941 que se está citando, contiene esta declaración: "Y para que Luis J. Suárez sea el dueño y poseedor, no solamente de las mejoras vendidas, sino también de todas las acciones y derechos que tenga y pueda tener la compareciente Waldina Herrera, le transfiere por medio de este instrumento esos derechos y acciones para que ejercite ante las autoridades de policía y las autoridades civiles las acciones que crea le favorezcan y amparen en los derechos adquiridos", y del propio modo, al referirse a la escritura de septiembre y corregirla diciendo que lo vendido en ella fueron seis piezas, agrega que por esto "se cree obligada a hacer en favor de Suárez dicha aclaración para que se le considere y respete como señor y dueño de las seis piezas mencionadas; esto, porque la vendedora le cedió y transfirió la propiedad y el dominio a Suárez R. de las seis piezas mencionadas sin reserva ni limitación alguna y que de igual manera le transmite por medio de este instrumento todos los derechos y acciones que tenga y pueda tener la compareciente vendedora sobre las seis piezas a que se ha hecho referencia para que pueda, si llegare el caso, iniciar, seguir y terminar la acción o acciones que surjan del presente título y de la escritura que por medio de esta escritura se aclara".

El Juzgado, hallando la concurrencia de los elementos que configuran la acción reivindicatoria, la decreta, rechazando la prescripción con que el demandado excepciona y reconociéndole, tanto su buena fe, de suerte que no lo condena en frutos sino desde la contestación de la demanda, cuanto su derecho sobre las mejoras y con él el de retención hasta que se le paguen o se le asegure su importe. El Tribunal confirmó abundando en los mismos conceptos que condujeron al Juez a esta forma de decisión, los que se resumen así: la actora ha justificado ser dueño y el demandado es poseedor de unos mismos bienes que, por lo demás, tienen la singularidad requerida por el artículo 946 del C. C.

Nada de esto es discutido por las partes. Su discusión versa sobre la posesión que el demandado sostiene que entre él y su vendedora han ejercido por lapso que sobradamente completaba los treinta años de ley cuando se notificó la demanda. Sobre este pie, como atrás ya se dijo, levanta Suárez prescripción adquisitiva. El Tribunal no la encuentra, porque lo hecho y ocupado por la Herrera, lo vendido por ella a Suárez y lo ocupado por éste desde sus compras son exclusivamente las edificaciones, que son accesorias del suelo, y no éste; de manera que la situación de las partes queda establecida como manda la ley al condenar a Suárez a entregar el suelo a su dueña la demandante y con él, como sobra decirlo, las edificaciones, pero no sin pagárselas previamente o asegurarle su pago.

La Sala observa desde luego a estos respectos

que el artículo 739 del C. C. así lo dispone, contemplando separadamente en sendos incidentes que a la edificación hecha por persona distinta del dueño del terreno se haya procedido sin el conocimiento de éste, caso en el cual él tiene derecho a hacer suyo el edificio mediante las indemnizaciones establecidas sobre la reivindicación, o a obligar a aquella persona a pagarle el justo precio del terreno e intereses; o que sea hecha a ciencia y paciencia del dueño del terreno, caso en el cual "será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio...." Por su lado, el artículo 970 de ese Código confiere al vencido el derecho de retención de la cosa hasta que se le haga o se le asegure el pago de lo que tuviere derecho de reclamar en razón de expensas y mejoras.

El abogado de Suárez acusa de violación de los artículos 2531 y 778 del C. C. por no haberse aplicado al desechar la excepción de prescripción, sin embargo de estar comprobada, por lo cual acusa también de error en la apreciación de las correspondientes pruebas, en virtud del cual se llegó a aquel quebrantó. Ese error, según él, consiste en que el Tribunal estima que la declaración de Waldina Herrera de haber edificado en terreno de Angel María Caicedo debe tomarse como reconocimiento por ella del dominio de la actual demandante; de que aquél pasa por alto la sostenida afirmación de la Herrera sobre su posesión, y de que olvida que ella transfirió a Suárez, no sólo las edificaciones, sino todo otro derecho, entre los cuales está el de adquirir por prescripción mediante esa posesión de ella de que es continuador Suárez.

El artículo 778 del C. C. no puede entenderse quebrantado, pues establece la potestad de agregar el poseedor actual a su propia posesión la de sus antecesores, y el Tribunal no niega ni desconoce esa potestad, sino que, entrando en el fondo, no halla posesión ni en Suárez ni en su vendedora sobre el terreno que junto con las edificaciones forma la finca de que se trata.

Y de que no ha habido tal posesión del suelo responden con suma claridad las mismas escrituras públicas otorgadas por la Herrera y Suárez que éste acompañó a su contestación de la demanda y que aquí se han transcrito en lo pertinente. Leyéndolas se ve que de manera reiterada la Herrera pone presente en todas ellas su reconociminto de que el suelo pertenece a persona distinta de ella, sin que a este reconocimiento tan expreso como sostenido pueda oponerse la circunstancia de nombrar como dueño a Angel María Caicedo y no a Ana Lucía Caicedo, porque se tiene, de un lado, que la Herrera inequívocamente ha reconocido que el suelo no es suyo, y de otro lado, que Ana Lucía Caicedo comprueba ser su dueño. Así, para la situación jurídica que se contempla no importa que la Herrera en aquel reiterado reconocimiento del dominio ajeno nombrara a Angel María y no a Ana Lucía como dueño, máxime si se recuerda que Angel María lo fue por algún tiempo y que cuando más tarde entró a serlo Ana Lucía, él hubo de seguir al frente de la finca como representante legal de su hija, que era menor.

No sobra advertir que la aseveración de la Herrera de haber poseído desde 1908 no se compagina con su expresa declaración en dichas escrituras de que levantó las mencionadas edificaciones en 1917 unas y en 1926 otras y con ser de 1938 la escritura de protocolización de las declaraciones de testigos sobre que ella construyó esas obras. Con esto se significa que, aunque hubiera habido posesión, no habría prescripción por no haberse completado el lapso de tiempo necesario.

Pero, se repite, no hubo posesión. Esta es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, según el artículo 762 del C. C., y según el artículo 775 del mismo, es mera tenencia la del que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Por tanto, si la Herrera ha reconocido en los términos claros y reiterados antedichos que el terreno en que levantó las edificaciones no es suyo, mal puede entenderse que fuera poseedora de él; y no es la mera tenencia sino la posesión lo que permite ganar por prescripción el dominio de los bienes.

Tratándose de la finca urbana de que se trata, no hay lugar a duda de que lo principal es el terreno y lo accesorio son las edificaciones. Así se ve en el Título de la Accesión, de que aquí se citó el artículo 739. Como es natural, en este pleito se ha distinguido entre uno y otras, teniendo presente que, si su conjunto forma la finca, cada uno de esos elementos tiene su tratamiento propio, que es el que establece el artículo 739 citado.

En suma, la sentencia del Tribunal, que no quebranta el dicho artículo 2531, porque simplemente se deniega a encontrar respecto del suelo una prescripción que no existe, atiende en legal forma al dominio del suelo en la demandante, a su

derecho de hacer suyas las edificaciones y, por lo mismo, acoge la acción reivindicatoria entablada por aquél, y al propio tiempo deja a salvo el derecho del demandado como comprador de tales edificaciones, levantadas por persona distinta del dueño.

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 dieciocho de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE UNA SOCIEDAD DE HECHO POR CONCUBINATO

La doctrina y la jurisprudencia francesas, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicios por la ruptura de un concubinato no originado en seducción dolosa, le ha concedido, para compensarse de los cuidados y desembolsos o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción de IN REM VERSO, que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción PRO SOCIO para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto de las sociedades de hecho, cuando se encuentran reunidas las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos las relaciones intersexuales. La Sala de Casación Civil ha aceptado la posibilidad de las sociedades de hecho entre concubinos dentro de las condiciones y límites que se expresaron en el fallo de fecha 30 de noviembre de 1935.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Hechos

En 1904, Lucía Ceballos —27 años, viuda de Cayetano Ramírez— "se unió maritalmente al señor Miguel Welfor Rojas" en el municipio de Yotoco y con él vivió ininterrumpidamente treinta y cuatro años, hasta junio de 1938, en que murió. Rojas llevó a esta unión cuatro hijos habidos por él en Sofía Cañizales y una finca de ocho plazas con cultivos de café, pastos y caña, ubicada en la vereda de Muñecos del municipio de su residencia, y algunos semovientes, y Lucía "dos novillonas cargadas, de excelente raza", con el propósito de acrecentar el exiguo capital con que iniciaban su común vivir y que fueron, andando los días, la base de la prosperidad de que después gozaron y que les permitió criar y levantar adecuadamente los hijos, no sólo los adoptados de una unión anterior, sino los siete que procrearon en los años de su convivencia, hasta muy avanzada la juventud de todos. Explica la amante supérstite que su convivencia con Rojas "no tenía como fin exclusivo el ejercicio de la facultad procreadora, sino que muy especialmente se dirigía a constituír una cédula (sic) en que lo fundamental era criar esos hijos y formar un patrimonio o haber común para conseguirlo, y tener beneficios que en el futuro, avanzando hacia la vejez, les permitiese mirar con tranquilidad la vida", y dice que fuera de los deberes maternales y hogareños se ocupó también en labores de ordeño, fabricación de queso, cuido de animales domésticos, hacer y servir la alimentación de peones, plantar y cuidar sementeras y cultivos y otros semejantes con que se vinculó a la actividad de su compañero, a quien ayudó y orientó con sus buenos consejos y opiniones.

Todos los bienes que a su muerte dejó Rojas fueron adquiridos onerosamente, "merced al esfuerzo de ambos, a la ayuda mutua y al común propósito de trabajo y prosperidad que a ambos animó", y sin embargo, en el testamento que otorgó y conforme al cual se ha bierto su juicio mortuorio, dejó todo su patrimonio a sus once hijos, "pero nada dejó ni dijo respecto de la con quien había adquirido, mejorado y acrecentado esos mismos bienes".

Consideró Lucía Ceballos "que merced al concubinato y mediante las condiciones en que se unieron y vivieron, se formó realmente una verdadera sociedad de hecho" entre ella y Miguel Rojas, por la múltiple actividad común en negocios de agricultura y ganadería y por el halago de los beneficios futuros, y como entre ellos no medió ajuste de cuentas, liquidación, ni división del patrimonio común, con acción de socio, ante

el Juzgado Civil del Circuito de Buga, en libelo de fecha 29 de enero de 1943, demandó a Guillermo, Milcíades, Miguel Angel y María Rojas Cañizales, y Angélica, Jorge Enrique, Mario, Hipólito, Lucrecia, Octaviano y Emma Rojas Ceballos, herederos representantes del extinto Miguel Welfor Rojas, para que se declare:

"1º—Que entre el señor Miguel W. Rojas y la señora Lucía Ceballos v. de Ramírez existió una sociedad de hecho en el lapso comprendido de 1904 a 1938, a cuya disolución, por muerte de él, quedaron como bienes y beneficios de la actividad social los bienes que se enumeraron y especificaron en el hecho octavo de esta demanda;

"2º—Que por efecto del fallecimiento del socio Rojas, la asociación se disolvió, y

"3º—Que debe procederse inmediatamente a la liquidación de esa sociedad por partes iguales".

Con la oposición de los demandados a las pretensiones de la actora y su negativa de los hechos fundamentales de la acción, se trabó este litigio, cuya primera instancia fue sentenciada por el Juzgado del Circuito el 12 de diciembre de 1944, en forma totalmente absolutoria. Sin costas.

La sentencia acusada

Al término de la actuación correspondiente al segundo grado a que dio lugar la apelación interpuesta por la demandante contra la decisión del Juzgado, el Tribunal Superior del Distrito de Buga, en providencia del 28 de agosto de 1945, confirmó la sentencia recurrida. Nada dijo sobre costas.

En una corta motivación enumera el Tribunal los hechos que alcanzaron realidad probatoria en el proceso, y analizándolos en relación con la sociedad de hecho a cuya existencia y liquidación se refiere la demanda, encuentra que ellos no integran los elementos jurídicos indispensables para concluír en la existencia contractual de una compañía de tal especie. "De todo aquello no se desprende —dice la sentencia— que entre Rojas y la Ceballos hubiera existido una sociedad comercial con fines mera o exclusivamente económicos y que su convivencia hubiera sido el resultado de un pacto tácito en orden a conseguir esos fines.... Para que una sociedad, sea ella de hecho, exista, debe concurrir en los presuntos socios el ánimo de formar o establecer esa sociedad; tiene que haber también una relación jurídica de igualdad entre los socios; el negocio o actividad comercial o económica será común, y de alguna manera existirá el aporte, siendo común el riesgo, por lo cual resulta incuestionable la participación en las ganancias y en las pérdidas. Nada de ello aparece establecido en este juicio, fuera del hecho neto de que la señora Ceballos hizo vida marital durante treinta y cuatro años con Miguel W. Rojas, tiempo en el cual procrearon siete hijos y ella le ayudó, dependiendo de él como concubina, como si fuera una buena mujer legítima. En ninguna parte se demostró que el aporte de las dos novillonas se hubiera hecho con el objeto de formar una sociedad comercial. Tales semovientes, con sus aumentos, constituían y pueden constituír su patrimonio propio sin que pueda afirmarse que fue un aporte a una sociedad cuya existencia de ninguna manera puede aceptarse".

El recurso

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. interpuso la parte demandante el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Se acusa la sentencia de ser violadora de los artículos 2083 del C. C. por infracción directa, y 2082 y 1524 del mismo por aplicación indebida e interpretación errónea, "porque existiendo en autos, en relación con la sociedad de hecho constituída entre el señor Rojas y la señora Ceballos, la prueba plena de todas las circunstancias constitutivas de las sociedades de hecho, y no apareciendo, en cambio, de autos, ninguna de las que pudieran hacerla legalmente nula, el Tribunal fallador, no obstante, la desconoce, y porque la causa de la asociación no fue el concubinato, sino el acrecentamiento del patrimonio familiar, ni ha existido tampoco universalidad de bienes, pues, si tal se sostuviese, ninguna asociación sería posible, ya que ellas se refieren no sólo a las utilidades, sino a los bienes que con ellas pueden adquirirse". No alude la demanda a ninguna prueba en concreto, ni particulariza tampoco ninguna estimación probatoria del Tribunal. Se limita a una breve página de consideraciones generales sobre la manera como se cumplieron y desarrollaron las relaciones de los dos amantes, para afirmar que su unión no puede considerarse exclusivamente sentimental sino destinada a la formación de un patrimonio común, creado por el esfuerzo mutuo, y concluye así: "¿No laboraba Rojas con su acatada compañera, como si fuesen esposos? ¿Cuál la prueba de que él la considerase como una simple sirvienta a sueldo, o como una sierva, supuesto inadmisible ante la ley colombiana? Al contrario; él y ella figuraban ante

todos y por todo concepto en un mismo pie de igualdad, análogo al de los cónyuges, no sólo en las preeminencias del hogar, sino en cuanto a los negocios se refiere, ya que es hecho ampliamente probado que ella lo reemplazaba en sus ausencias del trabajo, supervigilaba con él a los trabajadores de sus empresas o negocios, y le daba frecuentes y acertados consejos que éste seguía siempre con deferencia y efectivo provecho".

Considera la Corte:

La doctrina y la jurisprudencia francesas, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicios por la ruptura de un concubinato no originado en seducción dolosa, le han concedido, para compensarse de los cuidados y desembolsos o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción **in rem verso**, que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción **pro socio** para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto de las sociedades de hecho, cuando se encuentran reunidas las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos las relaciones extramatrimoniales.

Esta Sala de Casación Civil, en sentencia del 20 de noviembre de 1935 (G. J. Tomo XIII, página 476), siguiendo de cerca la jurisprudencia de los tribunales franceses y a su comentarista el profesor Marcel Nast (G. J. Tomo citado, página 153), ha aceptado la posibilidad de las sociedades de hecho entre concubinos dentro de las condiciones y límites que en ese fallo se expresaron cuidadosamente, con ocasión de un caso análogo a éste. Allí se dijo:

"Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: **Primera:** Las que forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. **Segunda:** Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un gran conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

"Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman **sociedades creadas de hecho o por los hechos**—, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho; en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

"De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito.

"Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones: 1ª Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2ª Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3ª Que la colaboración entre ellos se desarrolle en pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4ª Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios...

"Si la sociedad —lo que es muy frecuente— se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales:

"1ª Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, **pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubi-**

nato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;

"2ª Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

En presencia de los hechos concretos tal como aparecen establecidos en este proceso, no es posible deducir en realidad la existencia de los elementos vitales para que jurídicamente pueda aceptarse una sociedad de hecho dentro del concubinato habida entre Lucía Ceballos y Miguel Rojas. En la manera general e indiscriminada como se ven sus relaciones a la luz de las pruebas aducidas no se puede distinguir ni aislar el elemento aporte con la singularidad y determinación necesarias, ni deducir tampoco inequívocamente el consentimiento recíproco con ánimo de asociación económica que debe resultar evidente aunque implícito en el sentido de conjunto de los hechos específicos de cooperación para lucrar. La vida en común de estos amantes discurre, según las noticias del proceso, lejos de toda intención contractual, y la solidaridad y atención de las actividades comunes de recíproco beneficio que ha demostrado Lucía Ceballos, no son sino las que corresponden ordinariamente a la mujer en las uniones amorosas, no constitutivas ni reveladoras por sí solas de un propósito preconcebido de asociación económica.

De no exigirse para casos como éste de acción **pro socio** entre concubinos, la especificación de actividades de cooperación en una explotación común y la singularización y determinación de los aportes hechos con ánimo de asociación económica, que permitan configurar independientemente del concubinato una sociedad de hecho, se llegaría a la injurídica aceptación, contra la ley y la doctrina, de que puede existir sociedad a título universal o sociedad universal de ganancias, cuando la única posibilidad excepcional a este respecto la constituye la sociedad entre cónyuges. Sobra advertir que la posibilidad de que exista una compañía o sociedad en el hecho y por los hechos dentro de un concubinato, no da base a pensar porque sería jurídica y moralmente imposible, en una sociedad conyugal de hecho, como parece darlo a entender el recurrente cuando aduce al abono de sus tesis la marcada analogía del caso con lo que acontece entre cónyuges. La sociedad conyugal no se origina en el consentimiento particular; se forma fuera de la zona contractual del derecho privado, dentro de la institución familiar que corresponde al orden público, como una consecuencia legal del matrimonio, que es su fuente y su antecedente ineludible.

Este aspecto, lo mismo que el de la ilicitud de la causa, que ha propuesto el recurrente con la formulación del cargo por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 2082 y 1524 del C. C., realmente carecen de importancia para la decisión del recurso, porque nada en relación con ellos estatuye ni dice la sentencia del Tribunal, que no tuvo oportunidad de llegar a su consideración porque se detuvo en el punto de la inexistencia de la sociedad de hecho para cuyo reconocimiento y liquidación se ha iniciado la acción.

Por lo demás, el cargo referente a la cuestión fundamental de la coexistencia de los factores jurídicamente estructurales de la sociedad de hecho, a que la Sala se ha referido globalmente, adolece de una falla sustancial de técnica legal en su formulación, porque siendo esta conclusión el resultado de un estudio de pruebas, la sentencia no puede acusarse sino por violación indirecta de la ley sustantiva, como consecuencia de errores de hecho o de derecho en su estimación. Las cuestiones probatorias no pueden plantearse ante la Corte con el estilo y pretensión de un alegato de instancia para revivir ante ella el litigio en busca de una nueva calificación general probatoria del proceso.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 28 de agosto de 1945, 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.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE NULIDAD DE UNA LEGITIMACION

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la señorita María Elena Alfonso Ortiz, contra la sentencia que decidió la segunda instancia del juicio ordinario sobre impugnación de legitimación propuesto contra ésta por Eugenia Alfonso Bermúdez y otros.

Antecedentes

El día 4 de marzo de 1916, el señor Severiano Alfonso contrajo matrimonio católico con la señora Eudocia Bermúdez. De esta unión nacieron Eugenia, María Luisa, Leonilde, María Alicia y Alejandro Alfonso Bermúdez.

El 2 de noviembre de 1920, nació una niña que fue bautizada en el mes de octubre como **hija legítima** de Severiano Alfonso y Juana Olimpia Ortiz. El acta correspondiente se sentó en la Parroquia de Las Nieves de Bogotá el 5 de septiembre de 1939, en virtud de sentencia y mandato del Tribunal Eclesiástico de Bogotá, de fecha 22 de agosto de dicho año.

El 1º de enero de 1930 falleció la señora Eudoxia Bermúdez y algunos años después, el 30 de julio de 1932, Severiano Alfonso contrajo matrimonio católico con Juana Olimpia Ortiz.

La correspondiente partida de este nuevo vínculo contraído por Alfonso se sentó en la Parroquia de Anolaima el 1º de septiembre de 1939, en virtud de sentencia y mandato del Tribunal Eclesiástico de Bogotá, de la cual se ha hecho mérito. Del texto de la partida se destaca la siguiente declaración: "por este matrimonio y por reconocimiento expreso y canónico de los contrayentes, quedó legitimada María Elena, nacida el 2 de noviembre de 1920 y bautizada en Las Nieves de Bogotá en el mes de abril de 1921".

El día 15 de julio de 1939 falleció en esta ciudad el señor Severiano Alfonso.

En libelo repartido al Juzgado Tercero del Circuito en lo Civil de Bogotá, Eugenia, María Luisa, Leonilde, María Alicia y Alejandro Alfonso Bermúdez, los tres primeros mayores de edad y los dos últimos menores adultos, demandaron a María Elena Alfonso Ortiz, por la vía ordinaria, para que se declare que ésta "no puede ser tenida como hija legítima de Severiano Alfonso, o en otras palabras, que la legitimación hecha por Severiano Alfonso de María Elena Ortiz, no tiene efecto legal alguno, por ser contraria a derecho, y porque tan sólo puede considerarse a María Elena Ortiz o María Elena Alfonso Ortiz, como hija natural de Juana Olimpia Ortiz e hija adulterina de Severiano Alfonso".

La demandada contestó oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas. Cumplido el trámite de rigor el Juez de primera instancia puso fin a ella por medio de la sentencia de fecha 28 de marzo de 1944, accediendo a lo pedido sin hacer especial condenación en costas.

La sentencia recurrida

La Ortiz apeló para ante el Tribunal Superior de Bogotá, donde se confirmó la sentencia de primer grado por medio de fallo que lleva fecha 24 de septiembre de 1945.

Las razones expuestas para sustentar esta providencia pueden resumirse en los siguientes términos:

"La legitimación puede atacarse por varios aspectos y con acciones diversas, a saber:

"1ª Impugnando la filiación, afirmando que el demandado no ha podido tener por padre o por madre a los legitimantes, o sea en los casos del artículo 248 del C. C., acción que debe hacerse valer por los ascendientes del padre o madre legitimantes dentro de los sesenta días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación, o por quienes prueben un interés actual en ello, dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron tal interés y pudieron hacer valer su derecho.

"2ª Por medio de la acción de nulidad de la legitimación, la cual puede ser absoluta, relativa o revestir la modalidad de la simulación. Esta acción se rige en cuanto a su personería y prescripción por las disposiciones comunes.

Pregunta luego el Tibunal: "¿Los demandantes qué acción promovieron? No la de impugnación de estado civil, porque no atacan la filiación paterna de María Elena. Esta cuestión es ajena al litigio. De ahí que no haya lugar a estudiar la prescripción, o por mejor decir, la caducidad invocada por el demandado".

Interpretando, pues, la demanda, el sentenciador de segundo grado consideró que se trataba de una acción de nulidad de la legitimación.

El recurso

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la demandada. En esta Corte se ha cumplido el trámite correspondiente y pasa, por consiguiente, a resolverse.

Causales alegadas

El recurrente ataca la sentencia con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., por considerar que hubo indebida aplicación del artículo 248 del C. C., falta de aplicación del 2545, ibídem y del 593 del C. J.

Desarrolla sus cargos en los siguientes términos:

El artículo 248 del C. C., a la letra dice: "En los demás casos podrá impugnarse la legitimación probando alguna de las causas siguientes:

"1ª Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante.

"2ª Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante; sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18, De la maternidad disputada.

"No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; éstos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquéllos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho".

En concepto del recurrente la frase "no serán oídos contra la legitimación", está diciendo claramente que es un imperativo para el fallador no oír a las personas a que se refiere la primera parte del inciso transcrito, cuando no promueven su acción dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer sus derechos. Ahora bien: en el expediente hay constancia de que transcurrió un lapso mayor de trescientos días entre el conocimiento que los interesados tuvieron de la legitimación y la acción instaurada. Luego el Tribunal no ha debido oírlos, porque la acción estaba prescrita.

Opina el recurrente en su segundo cargo que se violó el artículo 2545 del C. C. por cuanto el Tribunal declaró no probadas las excepciones y sostuvo en su fallo que no se trataba de un caso de prescripción sino de caducidad, sin tener en cuenta que la prescripción es una especie de caducidad, desde luego que aquélla está comprendida en ésta.

Por último, en su tercer cargo, ataca la sentencia por no haber aplicado el artículo 593 del C. J. y haber fallado sin tener en cuenta la confesión hecha en la demanda de que "sólo han venido a tener conocimiento del acto contrario a derecho de la legitimación de María Elena Ortiz, hoy María Elena Alfonso Ortiz, con motivo de la muerte de don Severiano Alfonso y por causa del juicio de sucesión". Considera el recurrente, que así quedó establecida la fecha desde la cual tuvieron interés los actores en promover la acción de impugnación de què se trata en este juicio.

Se considera:

De las vías posibles para atacar el acto de la legitimación, o sea, cuando se impugna la filiación, en el caso de que el demandado no haya podido tener por padre o madre a los legitimantes (artículo 248 del C. C.), o cuando se demanda la nulidad de la legitimación, el Tribunal, interpretando la demanda, consideró que en el presente asunto se trataba no de una acción de impugnación de estado, sino de una de nulidad del reconocimiento.

Apreciado el problema como nulidad, el sentenciador de segundo grado desarrolló todos sus razonamientos en tal sentido y, en consecuencia, aplicó las disposiciones legales pertinentes que regulan los casos de nulidad de la legitimación, sin tener en cuenta, como era lógico, las disposiciones sobre impugnación de estado, por ser extrañas a la acción propuesta o que en concepto del Tribunal, se habían propuesto.

No viene al caso, por consiguiente, como lo propone el actor en el recurso, estudiar si transcurrieron los términos para **impugnar la legitimación,** porque tal ataque está fuera de lugar, desde luego que no se enfocó en la sentencia una acción de impugnación sino una de nulidad.

Naturalmente, si el Tribunal erró en la interpretación de la demanda, si tomó un camino distinto del que en realidad propuso el demandante, entonces correspondía al recurrente atacar la sentencia por error de hecho en la apreciación de la demanda, y lograr, por este medio, en caso de éxito, que se casara el fallo. Al no haberse procedido así, la Sala sólo podría estudiar los reparos que se enderecen a la aplicación, interpretación o no aplicación de la ley, enfrente de la acción propuesta o que el Tribunal entendió que se había propuesto.

Carece, pues, de objeto el ataque a la providencia recurrida por indebida aplicación de disposiciones legales pertinentes a la impugnación de un estado civil, cuando el fallo recayó sobre una acción de nulidad de legitimación.

Sentencia

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 4 de septiembre de 1945, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Eugenia Alfonso Bermúdez y otros contra María Elena Alfonso Ortiz.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

1.—El recurso de casación no es medio hábil para formular por primera vez objeciones que no se presentaron en la oportunidad correspondiente. La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado invariablemente en este sentido.

2.—A propósito de la tesis sostenida por la recurrente de que a cada heredero ha debido adjudicarse en cada uno de los bienes de la sucesión una cuota proporcional a su derecho herencial, la Corte, en relación con ese punto, ha dicho lo siguiente: "La regla octava del artículo 1394 si por una parte establece que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino también la semejanza, por otra no preceptúa, ni podría hacerlo, que en toda partición de bienes a todos los herederos se les adjudique una cuota en todos y cada uno de los bienes, porque esto además de ser impracticable en muchas ocasiones podría redundar hasta contra la administración económica de los fundos. Esa regla está condicionada a la equivalencia y semejanza de los lotes, y salvado este principio el partidor no está obligado a adjudicar todos los bienes de una sucesión en común y proindiviso".

3.—Sabido es que en la violación de la ley puede incurrir el sentenciador de tres maneras completamente diferentes: a) por infracción directa; b) por errónea interpretación; c) por aplicación indebida, por lo cual la Corte ha exigido constantemente como condición indispensable para la viabilidad del recurso de casación, que el recurrente, cuando invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., indique no sólo las disposiciones legales sustantivas que estima infringidas sino también el concepto en que lo han sido, y que cuando ese deber no se cumple o no se acierta por el recurrente al cumplirlo, la Sala no puede tener en cuenta una acusación en esas condiciones propuesta, porque de hacerlo equivaldría a tanto como a considerar y resolver un cargo no alegado en realidad o distinto del alegado, cosa que es manifiestamente contraria a la índole propia del recurso.

4.—Las reglas contenidas en los numerales 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil no tienen, como se desprende de su propio tenor literal, "el carácter de normas o 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 la pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición".

5—Cuando el cargo se propone por el concepto de haber incurrido el sentenciador en error de hecho es preciso, como lo enseña el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., que el recurrente además de alegar el error pruebe que es manifiesto, citando con claridad y precisión los elementos de convicción que lo demuestren.

6.—Cuando el recurrente invoca la violación de ley sustantiva tiene el deber de citar los textos legales de esa naturaleza que considere quebrantados por la sentencia.

Ese deber no se cumple mediante la sola cita de principios generales de derecho, sino con la de los textos positivos que los consagran.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En el juicio de sucesión testamentaria de Angel María Uribe Restrepo las asignatarias Rafaela Uribe Tovar, Laura Uribe T. de Bernal y María Francisca Uribe T. de Lemus, en sendos escritos presentados el ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, objetaron el trabajo de partición que con fecha 18 de septiembre del mismo año había presentado el partidor ante el Juez del conocimiento, que lo era el 8º Civil del Circuito de Bogotá.

Surtida la tramitación de esas objeciones, el Juzgado las decidió en providencia del 17 de octubre de 1944, aceptando algunas de ellas; declarando no probadas otras y ordenando rehacer la partición. El doctor José María Sáenz, cesionario de la asignataria Mercedes Uribe Tovar, apeló de ese proveído para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el cual decidió la alzada en la providencia de cuatro de abril de 1945, mediante la cual reformó la apelada en el sentido en que allí consta.

En cumplimiento de esas resoluciones, el partidor presentó un nuevo trabajo el 8 de junio siguiente y el Juez del conocimiento, con fecha 13 del mismo mes, le impartió su aprobación por encontrarlo ajustado exactamente a lo que había sido resuelto.

Las señoras Rafaela Uribe Tovar y María Francisca Uribe de Lemus, se alzaron en contra de esa decisión, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 23 de noviembre de 1945, por encontrar también que la partición fue reformada en los términos ordenados.

Las mismas citadas señoras Rafaela y María Francisca Uribe Tovar, han recurrido en casación, en contra de esa última sentencia, y como la tramitación propia de este recurso extraordinario se encuentra agotada, es del caso resolver lo que corresponde.

Recurso de casación propuesto por Rafaela Uribe Tovar

Esta recurrente invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., y para fundamentar la última, que es la que se estudia en primer término, dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por ella, por cuanto en la objeción décima hecha a la primitiva partición solicitó que se le adjudicara una cuota proporcional a su derecho en la finca "El Picacho" y que en el nuevo trabajo de partición no se le hizo adjudicación alguna de ese inmueble.

El cargo es notoriamente improcedente.

La décima de las objeciones formuladas por la recurrente, en la cual encuentra apoyo la acusación que ahora se estudia, fue declarada infundada o "inaceptable" por el Juzgado, en la sentencia que sobre aquéllas recayó, y como la recurrente no apeló en contra de esa decisión, hay que entender que, al no agotar en defensa de sus puntos de vista los recursos jurisdiccionales que la ley le brinda, abandonó la objeción o que desistió tácitamente de ella, colocándola fuera del debate, por lo cual hoy no puede reproducirla en casación. Esta solución ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte.

Con apoyo en la causal primera, la recurrente formula cinco cargos contra la sentencia, los cuales se consideran en el mismo orden en que vienen propuestos.

Cargo primero

Se señala como violado directamente el artículo 1387 del C. C. por cuanto existiendo un juicio ordinario contra la sucesión, instaurado por María F. Uribe vda. de Lemus para que se declare la nulidad del testamento, se practicó y aprobó la partición, que era prematura conforme a lo dispuesto en el texto legal que viene citado. Para destacar la improcedencia del cargo es suficiente observar que la recurrente no hizo objeción alguna a la partición con base en el hecho referido y que el recurso de casación no es medio hábil para formular por primera vez objeciones que no se presentaron en la oportunidad correspondiente. La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado invariablemente en este sentido.

Cargo segundo

Se estiman violados directamente y aplicados indebidamente los artículos 1155, 1008, 1411, 1391,

1392, 1394 (ordinales 7º y 8º), 1395, ordinal 3º, 1397, 1401 y 1406 del C. C. En desarrollo del cargo dice la recurrente lo siguiente:

"En el trabajo de partición (folios 25 y siguientes del cuaderno número 20) se excluyó a unos herederos de su derecho a determinados bienes. Por ejemplo, en la finca 'El Picacho' se excluyeron a Rafaela Uribe Tovar y a Roberto Uribe Tovar. De otra parte, las adjudicaciones hechas allí sobre los bienes de la sucesión no guardan proporción con los derechos que corresponden realmente a cada heredero. Así, en la casa del Barrio de Santa Bárbara se adjudicó a la señora María Francisca Uribe v. de Lemus que tiene dos derechos, el de ella y el de la señora María Uribe v. de Pabón, una proporción menor a la adjudicación que en la misma casa se hizo a Roberto Uribe que tiene solamente un derecho.

"Ahora bien: a José María Sáenz, que tiene más derechos, se le adjudicó una suma menor que la que le correspondía proporcionalmente en el mismo inmueble referido, en relación con Rafaela Uribe que tiene menos derechos que Sáenz. Como esta finca del Barrio de Santa Bárbara está embargada para el pago de las deudas a Clavijo y Pineda, resultaría que la señorita Rafaela quedaría gravada con una mayor parte de esas deudas sucesorales; pues aunque el artículo 1402 del C. C. da al asignatario que sufra evicción derecho para resarcirse, esa futura acción no lo libraría de las molestias inherentes al pleito, y su demanda al cabo del tiempo podría resultar baldía por insolvencia de los copartícipes u otra razón pertinente al caso".

Seguidamente presenta un cuadro que en sentir de la recurrente demuestra cómo en cada uno de los inmuebles de la sucesión no se adjudicó a cada uno de los herederos un derecho equivalente a su respectiva cuota.

Se considera:

Las objeciones quinta y décima en que la recurrente hizo valer en contra de la primitiva partición las mismas razones que ahora le sirven de fundamento a la precedente acusación fueron negadas por el Juzgado en la providencia de diez y siete de octubre de 1944, y como contra esta decisión la recurrente no interpuso recurso alguno, hay que entender que ella, al no agotar durante las instancias del juicio todos los medios ordinarios de defensa que la ley le brinda, hizo abandono o desistió tácitamente de las referidas objeciones, por lo cual los puntos a que éstas se concretaron quedaron fuera del debate y no pueden, en consecuencia, ser reproducidos eficazmente en casación.

De otro lado, el reparo que ahora se hace sobre que la casa del Barrio de Santa Bárbara está embargada para atender al pago de la deuda de los señores Clavijo y Pineda, y que esto podría cercenarle o perjudicarle los derechos de la recurrente en atención a que se le adjudicó en ese bien una cuota mayor que a otros copartícipes, no fue materia de las objeciones a la primitiva partición y no es de recibo en casación, porque como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, este recurso extraordinario no es medio hábil para que un interesado haga valer por primera vez objeciones contra el trabajo de partición, porque éstas tienen como única oportunidad legal para proponerse el término del traslado que de aquél da a las partes el Juez (artículo 964 del C. J.) y desde cuando se ejercita ese derecho quedan fijados para los copartícipes los puntos de controversia sobre el particular.

No obstante que lo antes expuesto es suficiente para rechazar el cargo que se estudia, a mayor abundamiento no sobra recordar, a propósito de la tesis sostenida por la recurrente de que a cada heredero ha debido adjudicarse en cada uno de los bienes de la sucesión una cuota proporcional a su derecho herencial, que la Corte en relación con ese punto ha dicho lo siguiente:

"La regla octava del artículo 1394 si por una parte establece que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino también la semejanza, por otra no preceptúa, ni podría hacerlo, que en toda partición de bienes a todos los herederos se les adjudique una cuota en todos y cada uno de los bienes, porque esto además de ser impracticable en muchas ocasiones podría redundar hasta contra la administración económica de los fundos. Esa regla está condicionada a la equivalencia y semejanza de los lotes, y salvando este principio el partidor no está obligado a adjudicar todos los bienes de una sucesión en común y proindiviso". (Sentencia de 28 de abril de 1938, Tomo 46, pág. 323).

No prospera el cargo.

Cargo tercero

Se señalan como violadas, por infracción directa, las disposiciones en el cargo anterior citadas, por cuanto dice que: 1º La hijuela de deudas no

fue adjudicada ni a los herederos en general ni a ninguno en particular; 2º Tampoco se ordenó el remate de los bienes señalados para el pago de tales deudas, y 3º En la partición se omitió hacer la distribución de los frutos de los bienes herenciales, y que a pesar de todo eso, aquélla fue aprobada, sin tener en cuenta lo que las aludidas normas prescriben.

Se observa:

El cargo está indebidamente formulado.

En efecto, la mayoría de las disposiciones a que alude la recurrente son impertinentes ya que no tienen relación alguna con la acusación, y los artículos 1411 y ordinal 3º del 1395 del C. C., que sí serían pertinentes, no han podido ser violados directamente por el Tribunal. No lo ha sido el primero de ellos, porque ni en la partición ni en la sentencia que la aprueba, se ha hecho ni sostenido nada que tienda a contrariar el principio legal consagrado en dicha disposición de que los herederos responden de las deudas hereditarias a prorrata de sus cuotas. En aquellos actos apenas se destinó un lote de bienes herenciales para cubrir el pasivo de la sucesión, sin que a ninguno de los herederos en particular se le haya asignado una porción de las deudas superior o inferior a la cuota que legalmente le corresponde. Ni mucho menos el numeral 3º del artículo 1395 del C. C. ha podido ser directamente infringido, porque en la partición no consta siquiera que se haya hecho adjudicación alguna de frutos entre los herederos, y faltando esa adjudicación no existe base para sostener que el texto en mención haya sido directamente quebrantado.

Ahora, sabido es que en la violación de la ley puede incurrir el sentenciador de tres maneras completamente diferentes: a) por infracción directa; b) por errónea interpretación, y c) por aplicación indebida, por lo cual la Corte constantemente ha exigido como condición indispensable para la viabilidad del recurso de casación que el recurrente, cuando invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., indique no sólo las disposiciones legales sustantivas que estima infringidas sino también el concepto en que lo han sido, y que cuando ese deber no se cumple o no se acierta por el recurrente al cumplirlo, la Sala no puede tener en cuenta una acusación en esas condiciones propuestas, porque de hacerlo equivaldría a tanto como a considerar y resolver un cargo no alegado en realidad o distinto del alegado, cosa que es manifiestamente contraria a la índole propia del recurso.

De allí, pues, que para rechazar el cargo en estudio a la Corte le sea suficiente haber demostrado que el fallador no ha podido incurrir a la violación de la ley por el concepto en que acusa la recurrente.

Cargo cuarto

Se dice que han sido directamente quebrantados los artículos 1392 del C. C. y 959 del C. J. por cuanto el partidor no se ajustó al inventario para elaborar el segundo trabajo de partición, pues estimó en $ 3.555.00 el valor de los semovientes y herramientas a que se alude, cuando en la diligencia de inventarios que figura a fls. 74 y ss. del cuaderno principal consta que el avalúo que a tales bienes se dio es el de $ 2.555.00, por lo cual el acervo hereditario vino a subir a la cantidad de $ 36.403.69 en lugar de $ 35.403.69 que es el monto real y efectivo. Se alega también que la violación de dichas normas proviene del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar los aludidos elementos probatorios.

La Corte considera:

El cargo precedente es notoriamente infundado, pues una simple operación aritmética de suma de las distintas partidas en que fueron avaluados los semovientes y herramientas a que se refiere la recurrente demuestra que el valor total de esos bienes asciende según el propio inventario a la cantidad de $ 3.555.00 y no a la de $ 2.555.00, y como en la segunda partición el partidor tomó en cuenta la primera de esas cantidades y no la última, es claro que su nuevo trabajo lo ajustó rigurosamente al inventario, acatando así, y no quebrantando, las normas de los artículos 1392 del C. C. y 959 del C. J.

Cargo quinto

Se afirma, en síntesis, que las disposiciones a que se refiere el cargo anterior han sido violadas, por cuanto el partidor incluyó en la partición créditos a cargo de la sucesión que según las cuentas del albacea estaban ya cubiertas total o parcialmente y adjudicó a Roberto Uribe Tovar una suma de dinero como existente al momento de la partición, cuando en realidad no existía, con lo cual se vino a afectar el derecho de los herederos.

También la improcedencia de este cargo se destaca ante la sola observación de que las disposiciones que como quebrantadas se citan no guardan relación alguna con los fundamentos de la acusación, pues aquéllas regulan una materia totalmente distinta, como es el deber que tiene el partidor de proceder a la adjudicación de las especies tomando como base el valor de la tasación por peritos, salvo que los coasignatarios legítima y unánimemente convengan en otra o en que se liciten las especies. Luego dichos artículos no han podido ser violados con ocasión de las fallas que la recurrente imputa a la partición.

De otro lado el coasignatario Roberto Uribe no ha objetado la partición ni ha elevado en su contra queja alguna, y como la recurrente tampoco tiene su representación en el juicio, el reparo que ella formula por aquél es totalmente inadmisible.

Se rechaza el cargo.

Recurso de casación de María Francisca Uribe v. de Lemus

Invoca también las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J.

Con fundamento en la última dice la recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por ella, porque dejó de decidir sobre la tercera de las objeciones que propuso contra la partición tendiente a que ésta se reforme en la adjudicación que le fue hecha por carecer de igualdad en relación con las de los demás herederos y que sin embargo de que dicha objeción fue admitida por el Juzgado, el que reconoció la necesidad de rehacer el trabajo, eso no se llevó a efecto en la partición confirmada por la sentencia del Tribunal.

Se considera:

En la tercera de las objeciones en referencia, la recurrente se quejó de que en la partición le había "sido adjudicado la mayor parte" de su derecho en la finca 'El Picacho', en compañía o proindiviso con un copartícipe que es su contendor en el juicio ordinario que ella había iniciado para que se declarara la nulidad del testamento, cosa que no le convenía porque la colocaba en condiciones de inferioridad no sólo con respecto a ese litigio sino también con los demás interesados o herederos, por lo cual la hijuela que se le formó carecía de equidad. Esa objeción fue aceptada por el Juzgado, el que ordenó rehacer la partición, y también fue tomada en cuenta en el nuevo trabajo, como se ve de los siguientes datos: en la partición objetada le correspondía a la recurrente como monto total de sus derechos en la sucesión la suma de $ 4.391.76 y para cubrirle esta suma se le adjudicó en la finca "El Picacho" un derecho proindiviso por $ 3.098.43, es decir, que cerca de las tres cuartas partes del valor de aquéllos, le fueron cubiertas con la adjudicación que en dicha finca se le hizo. En la nueva partición, el monto de la hijuela de la recurrente asciende a la cantidad de $ 5.390.13 y para cubrirle ese valor se le adjudicó, entre otros bienes, un derecho en el citado inmueble por la suma de $ 2.500.00, lo que equivale a menos de la mitad del monto de aquélla. Se ve, pues, claro que si en la primitiva partición se le adjudicó a la recurrente, como ella lo expresó en la aludida objeción tercera, "la mayor parte" de su derecho en la finca "El Picacho", en el mismo trabajo rehecho, la adjudicación que en ese bien se le hizo le cubre la menor parte de su derecho, como que ni siquiera llega a la mitad. Y como por otro lado, el Juzgado no determinó ni precisó la cuota exacta que del derecho total de la recurrente debía adjudicársele en la citada finca, la manera ya relatada como el partidor tomó en cuenta el reclamo de aquélla, deja ver que no existe la inconsonancia que es motivo del cargo que se estudia, el que por tanto se rechaza.

Dentro de la causal primera, la recurrente propone contra la sentencia los cargos que en seguida se estudian:

Primer cargo

Se señala como violado el artículo 1387 del C. C. por cuanto se aprobó la partición sin haberse decidido por la justicia ordinaria el juicio instaurado por la recurrente contra la sucesión para que se declare la nulidad del testamento otorgado por el causante señor Uribe Restrepo, y se agrega, en resumen, que esa violación proviene de que el Tribunal "no apreció o apreció erradamente los instrumentos comprobantes de las notificaciones a los demandados en el juicio de nulidad del testamento y de la contestación aducida por uno de los demandados, el doctor Rafael Madero, visible a los fls. 1 a 7 del cuaderno número 17", de los cuales se deduce, en contrario de lo que sobre el particular estimó el Tribunal, que aunque uno de los que figuran como demandados aún no estuviera notificado de la demanda, la relación jurídico procesal se encontraba trabada

entre las partes litigantes, y que por lo tanto debió haberse suspendido la partición.

Se considera:

Para negar la objeción que propuso la recurrente con fundamento en la existencia del juicio ordinario aludido, el Tribunal se remitió a las razones que sobre el particular expuso en providencia ejecutoriada de 25 de junio de 1943, recaída en el incidente que entabló la señora Uribe v. de Lemus para que se suspendiera el juicio sucesorio, por estar pendiente el ordinario en referencia. Allí, interpretando el artículo 1387 del C. C., sostuvo, en síntesis, el Tribunal la tesis de que para la aplicación de ese texto no basta el hecho de la presentación de una demanda ordinaria sino que era necesario que estuviera trabada la litis, cosa que jurídicamente no ocurre sino desde la notificación de la demanda a todos los que integran la parte demandada, y que como en el caso de autos esa circunstancia no se cumplía porque una de las personas que forman dicha parte no estaba notificada del auto de admisión de la demanda, la relación jurídico procesal no tenía aún existencia, por lo cual era inaplicable el artículo 1387. La recurrente no discute en casación la interpretación que el Tribunal le dio a esta disposición, sino que sostiene, como se ha visto, que ella debió aplicarse en atención a que la relación jurídico procesal que echó de menos el Tribunal se encuentra ya constituída, debido a que la demanda había sido notificada a varios de los demandados, aunque no a todos, y uno de ellos, el doctor Madero, la había contestado; pero la Corte no comparte estos conceptos, porque si, conforme al artículo 202 del C. J., se llama **parte** al litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones y si en el caso de autos, una de las personas que figuran como demandados no ha sido aún notificada de la demanda, no puede admitirse que **la parte demandada** esté notificada, y que tenga existencia la relación jurídico procesal, ya que, como es sabido, ésta no nace sino a partir del momento en que queda notificada a las partes la demanda.

Lo dicho implica que el cargo en estudio debe ser rechazado.

Cargo segundo

Dice en resumen la recurrente que aun cuando las adjudicaciones en la partición hayan seguido los avalúos dados a los bienes inventariados, y se hayan señalado a los herederos las cuotas correspondientes a sus derechos en esos bienes, sin que se les adeude un centavo, dada la ubicación especial de éstos y la distinta tasa de valorización que tienen, resulta que por no haberse hecho la partición adjudicando a todos los herederos cuotas proporcionales a sus derechos en todos los bienes, se ha mejorado a unos a costa y con menoscabo de otros, siendo en realidad manifiesta la desigualdad de la partición. Agrega que a ella se le adjudicaron cuotas desproporcionadas a sus derechos en bienes de naturaleza y calidad económicamente inferior, y de todo ello deduce que la sentencia que aprobó la partición "violó directamente los artículos 1008, 1155, 1394, ordinales 7º y 8º, y 1401 del C. C. Añade que al no tomar en cuenta la circunstancia de diversidad de naturaleza y calidad económica de los bienes, el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto y quebrantó por aplicación indebida las referidas disposiciones.

Se considera:

En el incidente de objeciones propuesto por la recurrente no aparece ninguna en que quede comprendida la acusación que ahora formula en casación contra la partición, por lo cual el cargo es inadmisible, según así lo tiene decidido la Corte en constante y reiterada jurisprudencia.

De otro lado, y en cuanto el cargo se propone por violación directa de la ley, debe recordarse que las reglas contenidas en los numerales 7º y 8º del artículo 1394 del C. C., no tienen, como se desprende de su propio tenor literal, "el carácter de normas o 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 la pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria

de la partición". (Casación, 12 de febrero de 1943, página 23, Tomo LV).

Además, por lo que respecta a la acusación en cuanto en ella se sostiene que las referidas disposiciones fueron también quebrantadas como consecuencia del error de hecho manifiesto que se imputa al sentenciador, debe anotarse que está mal formulada, puesto que cuando el cargo se propone por ese concepto es preciso, como lo enseña el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., que el recurrente además de alegar el error pruebe que es manifiesto, citando con claridad y precisión los elementos de convicción que lo demuestren, y en el caso de autos no se ha cumplido con ese deber, desde luego que la recurrente ni siquiera ha citado las pruebas —si es que ellas existen— que justifiquen que los bienes herenciales tienen una tasa de valorización y un rendimiento económico distintos.

Finalmente, los artículos 1008 del C. C., que define qué es heredero; 1155, que consagra la distinción entre heredero y legatario, y 1401, que establece el efecto retroactivo de la partición, no han podido ser violados ni directa ni indirectamente con ocasión de los reparos que a la partición hace la recurrente en la acusación que se considera.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

Cargo tercero

Se alega como "violada directamente por la sentencia recurrida la regla jurídica de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa ajena, con base en las disposiciones de la Ley 153 de 1887, citadas arriba" (artículos 5º, 8º y 48), porque no se aplicó, debiendo haberse aplicado, ya que a la recurrente "se le adjudicó una cuota proporcionalmente inferior de su derecho en el bien más valorizado que es la casa de San Victorino y la mayor parte de él en los bienes menos valorizados (o cuya tasa de valorización es menor) o que se han desvalorizado relativamente", resultando con ello menoscabado su derecho en beneficio de los demás copartícipes.

La Sala considera:

1º Los reparos que le sirven de apoyo a esta acusación no caben dentro de ninguna de las tres objeciones alegadas por la recurrente contra la partición. Esto acarrea su inadmisibilidad, desde luego que, como se ha repetido ya, el recurso de casación no es medio hábil para proponer objeciones que no se hicieron valer en la única oportunidad que la ley brinda para ello, es decir, dentro del término del traslado que de la partición da a los interesados el Juez (artículo 964 del Código Judicial).

2º La primera causal de casación, con apoyo en la cual se formula el cargo que se estudia, es la de violación de la ley sustantiva (artículo 520, numeral 1º del C. J.) y el recurrente cuando la invoca tiene el deber de citar los textos legales de esa naturaleza que considere quebrantados por la sentencia. Ese deber no se cumple mediante la sola cita de principios generales de derecho, sino con la de los textos positivos que los consagran, y en ninguna de las disposiciones que como quebrantadas se señalan, se encarna o contiene el principio del enriquecimiento injusto.

3º El cargo también está mal planteado, porque ha debido proponerse, y no se propuso, por violación de la ley sustantiva proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de las pruebas de donde se deduzca que los bienes adjudicados tienen una tasa mayor o menor de valorización o que se han desvalorizado.

Se rechaza el cargo.

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 de fecha veinte y tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas a los recurrentes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen, en su oportunidad.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE INEXISTENCIA DE UN CONTRATO POR SIMULACION Y DE RESTITUCION DE BIENES

En el caso del proceso no cumplió el Tribunal sentenciador la plenitud de los deberes legales que le imponen los artículos 466 y 471 del Código Judicial, porque la parte resolutiva de su decisión la limitó a revocar la sentencia apelada, sin llegar a resolver también en ella sobre la cuestión principal materia del pleito, por lo cual en realidad no profirió la sentencia que debía reemplazar la revocada. En la parte motiva consideró el Tribunal que tanto la acción principal como la subsidiaria de nulidad son infundadas; pero en la resolutiva no desprendió la totalidad de las consecuencias que de allí se derivaban, puesto que no hizo el debido pronunciamiento sobre las acciones propuestas; es decir, que se quedó a medio camino y no llegó a la meta legal obligada. Y si, como es sabido, en la parte resolutiva es donde se concentra el imperio de toda resolución judicial, lógica y prácticamente cabe concluir que en el caso de autos no existe sentencia de segunda instancia, y que no puede haber casación, por sustracción de materia. Todo ello determina, con forzosa consecuencia, que el recurso que se considera es inadmisible.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Con fundamento en las consideraciones que en seguida se exponen, se procede a decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia de fecha 25 de septiembre de 1946, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario propuesto en nombre de la sucesión de Josefa Gordillo de Garnica, por Eusebia Garnica de Campos y Arquimedes Triana Garnica, contra Pedro Arias Ortiz.

En ese juicio, incoado ante el Juez del Circuito de El Espinal, se pidió por el actor que se declarase que es "inexistente por simulación el contrato de compraventa que reza la escritura pública número 249 de 1º de junio de 1940 otorgada en la Notaría de Girardot" con respecto al lote de terreno denominado "La Reforma" que allí se describe; que se condenase al demandado a la restitución de dicho lote junto con sus frutos naturales, o que, en subsidio de la petición principal, "se declare nulo por causa de dolo el contrato de compraventa" consignado en el mencionado instrumento.

Llegada la oportunidad correspondiente, el Juez del conocimiento, en sentencia de 21 de agosto de 1945, declaró la nulidad "por causa de dolo" del contrato y condenó al demandado a la restitución del terreno junto con los frutos naturales.

Apelada esa sentencia por el reo, el Tribunal de Ibagué profirió la de 25 de septiembre citada, en la cual dijo en la parte resolutiva lo siguiente:

"En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo apelado. No es el caso de condenar en costas".

Salta a la vista que, dada la forma decisoria adoptada en la precedente transcripción, el Tribunal de Ibagué no cumplió como juez de segunda instancia la plenitud de los deberes legales que le imponen los artículos 466 y 471 del Código Judicial, porque la parte resolutiva de su decisión la limitó, como se ha visto, a revocar la sentencia apelada, sin llegar a resolver también en ella sobre la cuestión principal materia del pleito, por lo cual en realidad no profirió la sentencia que debía reemplazar la revocada. En la parte motiva consideró el Tribunal que tanto la acción principal como la subsidiaria de nulidad son infundadas; pero en la resolutiva no desprendió la totalidad de las consecuencias que de allí se derivaban, puesto que no hizo el debido pronunciamiento sobre las acciones propuestas; es decir, que se quedó a medio camino y no llegó a la meta legal obligada. Y si, como es sabido, en

la parte resolutiva es en donde se concentra el imperio de toda resolución judicial, lógica y prácticamente cabe concluír que en el caso de autos no existe sentencia de segunda instancia, y que no puede haber casación, por sustracción de materia. Todo ello determina, como forzosa consecuencia, que el recurso que se considera es inadmisible.

Con ocasión de un caso semejante al que aquí ocurre, la Corte expuso con amplitud las razones que derechamente conducen a la conclusión antes anunciada, y en esa vez se dijo lo que en seguida se reproduce y acoge:

"La Sala, sin embargo, para decidir el recurso, no éntra a la consideración de las cuestiones propuestas por los cargos de la demanda, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal no le da base y materia para edificar un estudio de casación, recurso extraordinario éste en virtud del cual y con el fin principal de unificar la jurisprudencia, permite la ley que puedan acusarse algunas de las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores en segunda instancia.

"Se llaman sentencias las resoluciones de carácter judicial cuando 'deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario'. (Artículo 466 C. J.).

"Al tenor del artículo 471 del C. de P. C., 'las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión". En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada una de las partes, todo bajo esta fórmula: 'Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley'. Las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

"Por virtud del sistema procedimental de las dos instancias se origina el recurso de apelación que es el más importante de los medios legales para la impugnación de las decisiones judiciales, y de acuerdo con el derecho procesal el resultado de la apelación, cuando el recurso no tiene buen éxito, es la confirmación de la resolución apelada; o su revocación o su reforma cuando el recurso prospera, pero en este caso con el pronunciamiento por parte de la superioridad jerárquica de la correspondiente resolución sustitutiva de la reformada o revocada.

"El recurso de casación no es una tercera instancia, donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación por sustracción de materia jurídica. Y éste es el caso de autos, porque el Tribunal de Pamplona dejó de cumplir su obligación legal de sentenciar el pleito limitándose a revocar la sentencia de primer grado sin pronunciar la sustantiva. Aquí no hay, por tanto, sentencia definitiva de segunda instancia, o materia casable. Y no se diga que la resolución de que se trata contiene en su motivación la exposición del negocio en forma que ofrece los elementos para deducir la fórmula decisoria como conclusión de esos razonamientos, porque la parte motiva es apenas, dentro de la estructuración legal de la sentencia, la base de justificación e interpretación de la resolutiva que es donde se concentra el imperio de la resolución judicial determinando la situación jurídica en que quedan las partes como consecuencia del pleito".

No se plantea de esta manera en casación una cuestión o problema que excediera jurisdiccionalmente los límites del recurso por no haber sido propuestos por el recurrente. El caso es tan inusitado y anómalo que no cabe dentro de ninguno de los motivos legales del artículo 520 del C. J. No se trata de un defecto del fallo por vicio de fondo o por quebranto de los principios del procedimiento que por no plantearse en la demanda del recurso no pudiera considerarse oficiosamente por la Sala. Lo que pasa es que no hay sentencia que pueda acusarse porque el Tribunal no dictó fallo.

"Y bien explicable resulta que este vicio esencial, debido a injustificable descuido del Tribunal, no hubiera sido descubierto con ocasión de la admisibilidad del recurso, que era la mejor oportunidad para hacerle producir sus consecuencias legalmente ineludibles. Oculto como estaba por las apariencias formales, sólo al buscar la de-

cisión del Tribunal sobre la cuestión controvertida para considerar los cargos ha podido verse que en realidad el pleito no está decidido en segunda instancia". (Casación, 13 de marzo de 1946, Tomo LX, págs. 142 y 143).

Por lo expuesto, se declara inadmisible el recurso de casación de que se ha hecho mérito en el encabezamiento de esta providencia y se ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para que se pronuncie en forma legal la decisión contra la cual se interpuso.

Notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCIONES REIVINDICATORIA, DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, ETC.—PRESUPUESTO PROCESAL DE LA LEGITIMACION EN CAUSA. REQUISITOS DE LA POSESION

1.—Efectivamente el fallo favorable al demandante en un juicio de reivindicación no le crea o confiere título, sino que le reconoce el que haya presentado, después de estudiarlo en sí y de confrontarlo con los que haya aducido el reo; claro que esto último ocurre cuando esta parte litigante presenta títulos. La decisión se limita a los contendores y a su situación recíproca. Así puede suceder y en realidad no es infrecuente que suceda, que el reivindicante que ha vencido a un poseedor es vencido ulteriormente por un tercero a quien asiste mejor derecho, sin que pueda oponérsele aquel primer triunfo, tanto por lo que acaba de decirse, cuanto porque él no fue parte en el juicio en que se dictó tal fallo. Al propio tiempo es de recordarse que la ley da validez a la venta de cosa ajena, no sin dejar a salvo los derechos del verdadero dueño. (Artículo 1871, C. C.), lo que concurre a evidenciar que si en un juicio dado el comprador de una cosa la obtiene en reivindicación a favor de ese título contra un poseedor que no aduce ninguno o los presenta inferiores, ese triunfo no merma ni destruye el derecho del verdadero dueño, en el evento de que ulteriormente resulte aquella adquisición ser de cosa ajena, pues ese verdadero dueño podrá, a su turno, triunfar sobre aquel comprador temporalmente victorioso por enfrentársele con mejor derecho, a más de que la aludida sentencia no tiene alcance contra él por no haber sido parte en el aludido primer pleito.

2.—En el presupuesto procesal la legitimación en causa de una y otra de las partes contendoras es elemento primordial, por cuanto significa su capacidad de obrar tanto en el ataque como en la defensa, su personería sustantiva. A tanto llega como decisivo este factor, que no hay lugar a abordar en la sentencia el fondo de los problemas controvertidos mientras ambas personerías no estén provistas o revestidas de tal legitimación. En la acción reivindictoria se determina la personería del actor por el dominio y por la posesión la del reo.

3.—CORPUS ET ANIMUS, según la teoría clásica, han de concurrir necesariamente para poderse entender que hay posesión. Nuestro Código Civil la define diciendo que es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño". Y corroborando la exigencia de este ánimo dice en su artículo 787: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya..." Por su lado en su artículo 775 define la mera tenencia diciendo que es la que se ejerce sobre una cosa, "no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño". Cita en seguida como ejemplos de mera tenencia la del acreedor prendario, el secuestre y demás allí relatados, y se cierra con su inciso 2º en estos términos: "Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno". Sabido es, y con toda claridad se destaca en la confrontación de estas disposiciones, que la diferencia entre la mera tenencia y la posesión estriba en el ánimo de dueño, indispensable en ésta y ausente en aquélla. El ANIMUS DOMINI, pues, decide de si en un caso dado se trata de posesión o no.

De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado, si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tener-

se por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión.

4.—En cuanto a costas en el recurso es de seguirse la práctica establecida con apoyo en el artículo 5757, numeral 2º in fine, del C. J., según la cual la acogida de cargos doctrinarios del recurrente lo libra de esa condenación aunque no alcancen a invalidar la sentencia recurrida.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Januario Sarmiento Q. demandó a la South American Gulf Oil Company, en vía ordinaria, para que se la condene: 1º A restituírlo en el dominio y posesión, con entrega material, de la porción de tierra integrante de los predios San Antonio y Guarín retenidos por esa compañía con la construcción y servicio en ellas, en sus respectivas zonas, de un sector de su carretera, líneas telefónicas y acueducto, predios y zona que el libelo determina; 2º A pagarle, en subsidio, si por tratarse de tierras destinadas a obras declaradas de utilidad pública, no hay lugar a la reivindicación, "el arrendamiento correspondiente, por concepto de ocupación, retención y utilización pasada, presente y futura" de dichas zonas; 3º A indemnizarle todos los otros daños y perjuicios que el libelo enumera en sus hechos fundamentales, inclusive frutos civiles y naturales y lucro cesante de dichos predios o dicha parte de ellos, y 4º "Las costas procesales y demás prestaciones a que hubiere lugar". La indemnización suplicada en el punto 3º la estima en $ 25.000 y lo que en la súplica 2ª llama **arrendamiento,** lo estima a razón de $ 250 mensuales cada sector de dichos predios. Estas cifras las subordina a lo que señale un avalúo pericial.

Admitida la demanda por el Juzgado del Circuito Civil de Ocaña y notificada el 4 de noviembre de 1940, una vez surtida la tramitación legal, se dictó allí sentencia absolutoria, sin costas, el 30 de agosto de 1941. Apelada por el actor, previa la actuación de ley, la confirmó el Tribunal Superior de Pamplona en la de 15 de noviembre de 1945, contra la cual el demandante interpuso casación, recurso que, debidamente preparado, hoy se decide.

El Juzgado fundó su decisión en la falta de pruebas. El Tribunal, ante el cual sí hubo labor probatoria, funda su confirmación en que el demandante no ha justificado ser dueño. Conceptúa que si la grande extensión de tierras de que hace parte la que forma la materia del pleito, se considera como no perteneciente al Estado, ello es o sería en fuerza de la concesión hecha por la Corona de España en 1802 a la señora Rafaela Peinado de Vila, y agrega que lo que como título de cuerpos ciertos, de predios delimitados y singulares presenta el demandante, son instrumentos que no acreditan sino la adquisición de derechos herenciales en favor de sus tradentes que los derivan de esa señora a través de varias generaciones, y que no aparecen seguidas todas las respectivas causas mortuorias ni menos, coronadas con partición de bienes en forma de redondear y presentar la aludida singularización y su correspondiente registro.

En siete capítulos reparte sus cargos el recurrente. Se resumen así:

1º Sobre la finca San Antonio obra la escritura número 11 de 17 de enero de 1915, en que Guillermo Hoyos transfirió a Francisco Galán la finca y los derechos allí determinados, y la número 317 de 21 de julio de 1920 que contiene la venta de Galán a Januario Sarmiento alusiva a derechos herenciales; pero, aclarada como fue por ambos en la número 16 de 4 de febrero de 1938 en el sentido de expresar que lo vendido fue aquella finca por sus linderos como cuerpo cierto, acredita la adquisición por Sarmiento de una cosa singular; y por lo que hace al terreno denominado Guarín, Sarmiento aduce la escritura número 498 de 5 de septiembre de 1923 en que como cuerpo cierto y señalando sus linderos se lo vende Ana Josefa Amaya, quien dice que lo hubo en la sucesión de José Julián Morinelli. El recurrente acusa de error en la apreciación de estas escrituras por no haber reconocido el Tribunal que comprueban la adquisición de cuerpos ciertos, y de consecuencial quebranto del artículo 3º de la Ley 200 de 1936, de los artículos 762, inciso 2º, 946,

947 y 950 del C. C., por no haberlos aplicado a pretexto de no haber acreditado Sarmiento su dominio y por haber negado la reivindicación. Acusa también de quebranto de los artículos 1757 a 1759 del C. C. y 630 y 636 del C. J., en lo relativo al error de apreciación de pruebas.

2º La adjudicación a Rafaela Narcisa Peinado de Vila hecha por la Corona Española en 1802 acredita que desde entonces los terrenos adjudicados salieron del poder del Estado, lo que libra de tener que presentar el dueño actual la cadena completa de títulos; de suerte que el Tribunal, al exigirla, a pesar de obrar en autos la prueba de esa adjudicación, incurrió en error de apreciación y consecuencialmente violó las citadas disposiciones sustantivas.

3º Si en esa situación tendría que reputarse acreditado el dominio de Sarmiento, aun en juicio con el Estado, más claramente lo está en juicio entre particulares como el presente en que el actor aduce tal prueba y el reo no le opone ninguna, de donde se deduce que con el error de no dar a los títulos de Sarmiento su valor legal, el Tribunal violó los citados artículos 762, 946 y 950, dejando de aplicarlos. En este capítulo agrega el recurrente la cita de otros elementos probatorios concurrentes a demostrar el dominio del demandante, como certificaciones del registrador, pago de impuestos, declaraciones de testigos sobre su posesión material, contratos de arrendamiento, etc.

4º Violación de las mismas disposiciones citadas, en cuanto el Tribunal se resiste a reconocer el dominio de Sarmiento sobre cuerpos ciertos a pretexto de no estar liquidada la sucesión de la señora Peinado de Vila y de que los antecesores de Sarmiento vendieron derechos hereditarios, de donde el Tribunal, mirando a la posibilidad de otros herederos y condueños, niega a Sarmiento su acción, cual si ésta confiriera con su sentencia un título de dominio **erga omnes** y el fallo no se refiriera simplemente a la situación respectiva de los litigantes personalmente considerados. De ahí deduce nuevo argumento para sostener que se dejaron de aplicar indebidamente los dichos artículos 946, 950 y 762, inciso 2º.

5º Al quebranto de esas disposiciones agrega el de los artículos 742, 743, 752 y 767 del C. Civil, por no haberse aplicado y el 757 por haberse aplicado sin ser el caso, cargo que funda en el error de apreciación de las dichas escrituras, por no reconocer el Tribunal que acreditan la adquisición de cuerpos ciertos, establecida desde luego en la compra del terreno Guarín y, respecto de San Antonio, por la citada escritura de aclaración o corrección de la primera de Galán a Sarmiento en que se habló de derechos hereditarios. De ese error y del nacido de tomar sólo en parte una carta de Sarmiento que habla también de derechos, surge aquel quebranto, cuya razón fundamental es el desconocimiento de que como cuerpo cierto adquirió el demandante esas fincas.

6º Desacertó el Tribunal desconociendo al actor, no sólo su carácter de dueño actual, sino que entrara a ser poseedor de esos bienes y negándole, además, hasta sus actos de tenencia, no obstante las pruebas respectivas que el recurrente cita, y por eso se violaron los artículos 775 y 777 del C. C.

7º La demanda afirma y las pruebas de Sarmiento acreditan en su favor posesión inscrita de más de veinte años y material de más de treinta años al agregar a la suya la de sus predecesores, y el Tribunal le niega la prescripción adquisitiva por no hallar este expreso pedimento en la demanda y por estimar que la prescripción no puede invocarse como título sin estar ya judicialmente declarada. El recurrente contradice estas razones y acusa de violación de los artículos 2518, 2528 y 2531 del C. C. por no haberse aplicado.

Se considera:

El Tribunal observa que la escritura de 21 de julio de 1920 no puede entenderse como de compraventa de un cuerpo cierto, porque lo que a Sarmiento transfiere Galán es "la totalidad de los derechos y acciones herenciales que tenga adquiridos y que a cualquier título le pertenezcan en las respectivas sucesiones sobre un globo de terreno denominado San Antonio, situado en jurisdicción del Municipio de Teorama, cultivado de pastos y otros plantíos, así demarcado...." Añade allí Galán que le transfiere igualmente la totalidad de "los derechos y acciones herenciales que en general tengo adquiridos y que me pertenezcan en las respectivas sucesiones, vinculados en un globo de terreno situado en el mismo Municipio de Teorama a uno y otro lado del río Catatumbo, así demarcado... "Adelante dice: "Que hubo los expresados acciones y derechos herenciales, más los que me correspondan como poseedor y cultivador de tales terrenos, los cuales derechos transfiero igualmente al señor Sarmiento, por compra hecha de ellos a los señores Luis Felipe García, Daniel Vila Conde y Agustín Vila S.,

según consta en las escrituras públicas..." A continuación relata las varias sucesiones a que se refieren esos derechos herenciales, remontándose a las de las personas que allí nombra como nietos de la señora Rafaela Narcisa Peinado de Vila.

En relación con algunas sugestiones del Tribunal, se anota de paso que para cuando se otorgó la escritura de Galán a Sarmiento que acaba de transcribirse en lo pertinente, no se había celebrado entre la Nación y la Compañía aquí demandada contrato alguno y que el que celebraron y adelante se discriminará es del año de 1931. Al cabo de casi dieciocho años de otorgada aquella escritura, los mismos Galán y Sarmiento, diciendo aclararla, manifiestan que desde entonces, es decir, desde 1920, lo que contrataron o quisieron contratar fue la compraventa de San Antonio como una finca singular y citan sus linderos y añaden que en esa finca, así como en la denominada Guarín, ejerció Galán toda clase de actos positivos de dominio por más de cinco años hasta que en 1920 le hizo entrega material a Sarmiento.

El terreno denominado Guarín aparece transferido como finca singular a Sarmiento en escritura de 5 de septiembre de 1923 por Ana Josefa Amaya, quien dice haberlo adquirido por adjudicación en la mortuoria de José Julián Morinelli. La objeción del Tribunal sobre este título consiste en que en la mortuoria de Morinelli no hay tal adjudicación y sólo aparece inventariado como bien relicto el consistente en dos títulos de baldíos por un total de ciento sesenta hectáreas en el Catatumbo, y se resiste a aceptar la transformación de una cuota herencial en esos títulos indeterminados en una finca singular.

Otros reparos formula; pero los que acaban de indicarse son los decisivos para que se denegara a tener por comprobado el dominio de Sarmiento sobre los terrenos mencionados como cosa singular y, por tanto, su calidad de dueño de la faja de esos predios ocupada por las obras de la Compañía. De la falta de tal comprobación dedujo la absolución de ésta.

Los cargos del recurrente convergen todos a la acción reivindicatoria y en suma la acusación se condensa en que al no decretar esa acción se violaron las disposiciones sustantivas que la establecen; y como el fundamento de la negativa es el antedicho sobre ausencia de dominio del actor, el recurrente pone todo su empeño en demostrar que ese dominio está acreditado y en que el Tribunal llega a la conclusión a que llegó por error en la apreciación de las pruebas de ese dominio.

Así se presentan, pues, dos cuestiones distintas aunque íntimamente relacionadas entre sí, a saber: si efectivamente está acreditado en este pleito y en relación con la Compañía el dominio de Sarmiento y si por estarlo, caso afirmativo, se debió decretar la reivindicación demandada y, por ende, al no decretarla, se violaron las disposiciones sustantivas de cuyo quebranto se acusa el fallo recurrido y ha de rompérsele y reemplazársele.

Cuanto a la primera de esas cuestiones, se observa que efectivamente el fallo favorable al demandante en un juicio de reivindicación no le crea o confiere título, sino que le reconoce el que haya presentado, después de estudiarlo en sí y de confrontarlo con los que haya aducido el reo, claro que esto último ocurre cuando esta parte litigante presenta títulos. La decisión se limita a los contendores y a su situación recíproca. Así puede suceder y en realidad no es infrecuente que suceda que el reivindicante que ha vencido a un poseedor es vencido ulteriormente por un tercero a quien asiste mejor derecho, sin que pueda oponérsele aquel primer triunfo, tanto por lo que acaba de decirse, cuanto porque él no fue parte en el juicio en que se dictó tal fallo.

Al propio tiempo es de recordarse que la ley da validez a la venta de cosa ajena, no sin dejar a salvo los derechos del verdadero dueño (C. C., artículo 1871), lo que concurre a evidenciar que sí en un juicio dado el comprador de una cosa la obtiene en reivindicación a favor de ese título contra un poseedor que no aduce ninguno o los presenta inferiores, ese triunfo no merma ni destruye el derecho del verdadero dueño, en el evento de que ulteriormente resulte aquella adquisición ser de cosa ajena, pues ese verdadero dueño podrá, a su turno, triunfar sobre aquel comprador temporalmente victorioso por enfrentársele con mejor derecho, a más de que la aludida sentencia no tiene alcance contra él por no haber sido parte en el aludido primer pleito.

Todas estas reflexiones demuestran que no es fundada la negativa del Tribunal en el presente juicio, en cuanto se deriva de la posibilidad o probabilidad de haber interesados distintos, puesto que si, por seguirse las causas mortuorias que echa menos o por cualquiera otra circunstancia, los predios en cuestión resultan verdaderamente

pertenecer a personas diferentes de Sarmiento, el derecho de ellas en nada se desvirtúa ni sus acciones se embotan porque en este pleito en que no han sido parte y en que se contempla y decide únicamente la situación recíproca de sus dos contendores o, mejor, la de Sarmiento ante la Compañía, se conceptúa que él demuestra aquí ser dueño.

Se justifica, pues, el cargo de error en la apreciación de las citadas escrituras, en cuanto el Tribunal desconoce que dentro de esta causa y a la luz de ellas el demandante acredita haber adquirido sendos cuerpos ciertos. Es de advertirse que en la segunda instancia se identificó y precisó la faja de ellos o, por mejor decir, de la finca formada por su conjunto, ocupada por las obras de la Compañía a que se refiere o de que se queja la demanda.

Procede ahora avocar la segunda cuestión antedicha, o sea, si ese error ha producido la violación de las disposiciones legales sustantivas que el recurrente le asigna como consecuencia, en cuanto impuso la negativa de la reivindicación por falta de aplicación de las mismas. En otras palabras: si la corrección de ese error determina que esa acción se decrete.

En el presupuesto procesal la legitimación en causa de una y otra de las partes contendoras es elemento primordial, por cuanto significa su capacidad de obrar tanto en el ataque como en la defensa, su personería sustantiva. A tanto llega como decisivo este factor, que no hay lugar a abordar en la sentencia el fondo de los problemas controvertidos mientras ambas personerías no estén provistas o revestidas de tal legitimación.

En la acción reivindicatoria se determina la personería del actor por el dominio y por la posesión la del reo.

Corpus et animus, según la teoría clásica, han de concurrir necesariamente para poderse entender que hay posesión. Nuestro C. Civil la define diciendo que es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño". Y corroborando la exigencia de este ánimo, dice en su artículo 787: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya..." Por su lado en su artículo 775 define la mera tenencia diciendo que es la que se ejerce sobre una cosa, "no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño". Cita en seguida como ejemplos de mera tenencia la del acreedor prendario, el secuestre y demás allí relatados, y se cierra con su inciso 2º en estos términos: "Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Sabido es, y con toda claridad se destaca en la confrontación de estas disposiciones, que la diferencia entre la mera tenencia y la posesión estriba en el ánimo de dueño, indispensable en ésta y ausente en aquélla. El **animus domini,** pues, decide de si en un caso dado se trata de posesión o no.

De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencillo sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión.

Eficaz para ese estudio es en el presente caso la aludida Ley 80 de 1931, de 20 de junio, aprobatoria del contrato celebrado el 3 de marzo del mismo año por las compañías denominadas Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company con el Gobierno Nacional sobre explotación de petróleo nacional de yacimientos del Norte de Santander, así: la primera de ellas como sujeto de la concesión que allí se otorga para la explotación de los terrenos allí mismo determinados y la explotación de las fuentes de petróleo que en ellos se hallen y pertenezcan a la Nación, y la segunda, como empresa transportadora de los petróleos que aquélla extraiga y como constructora del oleoducto correspondiente. La Nación les concede el derecho de ocupar y utilizar la grande extensión de terreno aludida, cuyos linderos se especifican, y en especial las faculta para construír allí oleoductos, estaciones de bombeo, carreteras, caminos de herradura, líneas telegráficas y telefónicas, estaciones inalámbricas

con los accesorios que estos servicios requieran, con derecho de abandonar cualquiera obra construída para el servicio del transporte del petróleo en cuanto se hiciere innecesaria al efecto y de sustituírla, así como para modificar las rutas cuando lo estimen conveniente, pues la concesión incluye "los derechos y servidumbres que estime (la Gulf) necesarios o convenientes para la cumplida ejecución del contrato en todo lo que se refiere a las obras de construcción de dicho oleoducto con sus servicios accesorios y a su completo funcionamiento para el transporte del petróleo". (Cláusula VI).

Esta cláusula (VI), se abre con estas palabras: "Decláranse de utilidad pública los trabajos y las obras que son objeto de este contrato y todos los demás que a juicio de la Colombian o de la Gulf tengan que ejecutar para su debido cumplimiento".

La cláusula XII establece pacto de reversión en forma de que los pozos y sus equipos, enseres y maquinarias de exploración, explotación, refinación y transporte, los oleoductos y plantas, tanques, estaciones de bombeo y almacenamiento, los ferrocarriles, cables aéreos, carreteras y demás caminos y los medios de locomoción, telégrafos, teléfonos, estaciones inalámbricas, "es decir, todo lo que entonces se halle en uso para la ejecución del presente contrato con todos sus accesorios y dependencias, pasará al dominio de la Nación, a título de reversión, sin pago de indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación o por parte de ésta a favor de las compañías contratantes. Ese **entonces** se refiere al vencimiento del contrato; pero los demás incisos de esa cláusula prevén igual situación en el caso de declaratoria de caducidad y también en el de renuncia contemplado en la cláusula XIII.

Como ya se dijo, quedó precisada la faja o porción de la finca total formada por el conjunto de San Antonio y Guarín que la Compañía ha ocupado y utilizado con sus obras y para ellas. No hay discusión entre las partes sobre que tales obras y los correspondientes actos de la Compañía se han ejecutado por ella en virtud del referido contrato y se encaminan a cumplirlo.

En vista de este hecho inequívoco y de lo que el contrato establece en sus varias estipulaciones, de las cuales se han citado y parcialmente transcrito las de mayor pertinencia al pleito, no puede menos de reconocerse que en realidad la Compañía no ha procedido en todo ello con ánimo de apropiarse el suelo que ha ocupado y utilizado en tal pie y con esa finalidad. Así, el precedente análisis justifica la declaración de ella cuando dice que "en ningún momento ha ocupado terrenos en la región objeto del litigio con ánimo de dueña o con intención de apropiárselos"; y que "únicamente ha ejercitado los derechos de servidumbre de oleoducto, carretera y teléfono que le fueron otorgados por el contrato celebrado con la Nación y estrictamente en cuanto han sido indispensables al servicio de la industria del transporte de petróleo que le fue asignada en él".

Si el elemento **animus domini** no acompaña a aquellos actos, ellos no constituyen posesión, y si la Compañía no es poseedor, no es el obligado a responder de acción reivindicatoria. Esto significa que tal acción no puede acogerse y que, por tanto, el Tribunal no violó las disposiciones legales en cuyo quebranto funda el recurrente su ataque.

Sobre la base de la transcrita declaración de utilidad pública y previendo la posibilidad de que en la zona que escogiera la Compañía para sus mencionadas obras ocurriera la necesidad de expropiar, se estipuló que a ello procedería el Gobierno Nacional a solicitud de las compañías, de cuyo cargo serían las costas judiciales y el pago de las indemnizaciones correspondientes. El demandante se queja de que no ha habido tal pago, ni tal juicio, ni siquiera la aludida solicitud de la Compañía.

Al respecto se observa: lo que pueda hallarse de indebido o culposo en esta abstención, dando por sentado que merezca estos calificativos, no es materia de la litis, al menos y cardinalmente desde el punto de vista de si se violaron por el Tribunal las referidas disposiciones legales por no decretar la reivindicación, que es en el que se sitúa la demanda de casación a que debe concretarse la Sala. Como queda aquí ampliamente relatado, el Tribunal se fundó en no estar acreditado el dominio de Sarmiento y el recurrente deduce de ahí aquel quebranto; y la Sala no lo halla porque, aunque por distinto camino, llega también a la conclusión de que aquellas disposiciones legales no son aplicables. Esa vía distinta es la que corresponde al estudio de la personería sustantiva de la parte demandada, la que falta por la circunstancia decisiva de no ser poseedor. Así las cosas, a tales conclusiones no obsta que debiera haber adquirido la Nación el suelo de que aquí se trata, expropiándolo legalmente y, por tanto,

mediante indemnización, antes de que la Compañía lo ocupase y utilizase para sus obras. Si el derecho de propiedad privada así lo exigía, otra cosa muy distinta es que a esa ocupación y utilización la Compañía procediera con ánimo de dueño, y bien se ha visto que en la ausencia de tal ánimo está la clave de su mencionada falta de personería para responder de la acción reivindicatoria.

Determinando esa falta la inaplicabilidad de las disposiciones legales de cuyo quebranto acusa el recurrente cabalmente por no haberse aplicado, es claro que el recurso no puede prosperar.

Así se explica por qué no se ha considerado el litigio y en especial el recurso, a la luz de consideraciones de otra índole, como serían éstas: declaradas de utilidad pública las obras desde antes de emprenderse y asumida por la Nación la obligación de expropiar las propiedades particulares que se interpusieran en la vía que se escogiese para ellas, cabe preguntar si les es dado a los dueños respectivos exigir la restitución, la entrega material de su suelo o sólo su valor y si ha de entenderse que la predestinación legal de ese suelo a una finalidad de utilidad pública implica limitación de ese derecho privado y lo convierte en el equivalente de la tierra en dinero, teniendo en cuenta que la propiedad es constitucionalmente una función social y que en todo tiempo el interés privado ha tenido que ceder al interés público.

Si la Sala hubiera tenido que entrar en estas consideraciones para decidir el recurso, no habría dejado de reclamar por la falta del juicio de expropiación y de las garantías que con él conserva el derecho de dominio.

En tal evento habría sido del caso traer a relación estos detalles: con un natural anhelo de lucro, venturosamente no reñido con el interés patriótico, un numeroso personal acudió cuando la Gulf emprendió sus obras a ofrecerle solícitamente facilidades y servicios. Lisonjeras perspectivas se abrían al país y, por lo que mira a esa región, hasta entonces aislada y amenazada por las incursiones de tribus tenazmente belicosas, había el halago de su incorporación al progreso general.

En lo atinente a este proceso son prueba de esa buena voluntad y acucia las cartas de Sarmiento oportunamente aducidas. En ellas, junto con la oferta de suministro de víveres en elevada cantidad para el cual solicitaba el correspondiente contrato y la concesión de un crédito para emprender en los correspondientes cultivos, habla Sarmiento de las obras ya adelantadas por la Compañía y de ocupación para ellas de San Antonio y Guarín con permiso de Sarmiento; habla también de qué ocurrió la posibilidad de cambio de ruta y la vuelta a la anteriormente señalada, acerca de lo cual dice: a la Compañía, que le solicita encarecidamente "abstenerse de la nueva ocupación de dichos terrenos o vegas, en cuanto éstas no le sean rigurosamente necesarias e indispensables a la ejecución de sus trazados y trabajos del oleoducto y carretera, pues que en este caso, si le fueren indispensables, las ofrezco y pongo nuevamente a sus órdenes, con igual buena voluntad que lo hice anteriormente". Y añade: "Si hubiere de necesitarlas y ocuparlas, para lo cual queda nuevamente autorizada la Compañía, se prevenga entonces a la persona que haya de realizar aquellos trabajos se sirva determinarlos y localizarlos, siquiera sea provisionalmente, dentro del menor término de tiempo posible, en la extensión y área privilegiadas — hasta de treinta metros de cada lado de la ruta — de que pudiera necesitarse". Y adelante, después de pedir el cercamiento de esa zona para poder aprovechar toda excedencia libre, dice: "si la Compañía necesita de distinta, mayor extensión superficiaria de terreno dentro de mis predios para campamentos, bodegas, estaciones de bombas, etc., se sirva igualmente noticiarme con antelación, para determinar la porción correspondiente de común acuerdo y fijar previamente las indemnizaciones legales. En todo caso, deseo servir, y en ninguno, ser un obstáculo a los planes, finalidades e intereses de la Compañía, con la cual yo hubiera trabajado en años anteriores".

Esta carta es de 15 de febrero de 1938. En la de 5 de enero de 1939 en que se queja de la ocupación de las mejores tierras de San Antonio y Guarín y "lo que es más", de haberse visto "privado de beneficiarme de las excedencias libres de dichas tierras, contiguas a las zonas de los trazados y rutas del oleoducto y carretera en construcción" por falta del cercamiento solicitado, sin que se le hayan pagado las indemnizaciones correspondientes, formula nueva solicitud al respecto, y añade: "Para concluír, quiero significar a ustedes que al señor E. B. Martin, ingeniero jefe de la Compañía en el sector de construcción del oleoducto y de una carretera dentro de mis

predios de San Antonio y Guarín, he reiterado personalmente y por escrito, como antes lo hubiera hecho con el señor W. A. Ford a tiempo de su ocupación, en el año pasado..... no sólo mi consentimiento, sino mi autorización y facultad expresas para disponer, como sus contratistas y subcontratistas, de aquellas tierras y sus bosques, residuos de pastos, sementeras y materiales, en la forma, términos y cantidades que existan y pueda necesitarlos la Compañía, en mi propósito de no entorpecer ni embarazar, ni dificultar en modo alguno sus trabajos".

No podrían, en el evento antedicho, descuidarse estos antecedentes de la ocupación y utilización referidas, producidos, como sobra decirlo, antes de la demanda.

En el encabezamiento de este fallo se resumió la intención o parte petitoria de la demanda. Para mayor precisión a continuación se transcribe. Sarmiento formula sus súplicas de condena a cargo de la Compañía así: "1º A restituírme en el dominio, posesión y entrega material de la porción de tierra integrante de mis predios de San Antonio y Guarín, o sean las vegas y zonas de terreno retenidas actualmente por dicha Compañía con la construcción y servicio en ellas de un sector de su carretera, oleoducto y líneas telefónicas..... 2º A satisfacer y pagarme en subsidio, si se tratare de tierras no reivindicables por encontrarse en tierras destinadas a obras de utilidad pública, aunque ellas no han sido legalmente expropiadas ni indemnizadas previamente, el arrendamiento correspondiente por concepto de ocupación, retención y utilización pasada, presente y futura de esas tierras y vegas por la Compañía, a razón de $ 250.00 oro legal mensuales cada sector de dichos predios ocupados con aquellos servicios por la Compañía, o lo que se justiprecie judicialmente; 3º A indemnizarme todos los otros daños y perjuicios enumerados en los demás puntos y ordinales de mi demanda, que — inclusive los frutos civiles y naturales de mis predios en el tiempo de retención de la Compañía y el lucro cesante de ellos o parte de éstos — estimo en la cantidad de $ 25.000.00 oro legal o en la que se justiprecie legalmente por peritos".

Formula como súplica final (la cuarta) la de condenación en costas a cargo de la Compañía. Como la demanda no prosperó en Juzgado ni Tribunal, y como el recurso naturalmente nada reclama al respecto, esto es, porque tal condena no se hiciese, apenas se cita esta cuarta petición de la demanda para completar el relato.

Queda visto que la demanda contempló la contingencia de que la solicitud de restitución no prosperara por no ser reivindicables las tierras en fuerza de la declaración de utilidad pública; pero no para deducir de ahí algo distinto de las súplicas subsidiarias sobre arrendamientos y perjuicios. Así pues, no hubo, por ejemplo, una petición sobre pago de la tierra y no fue dado al sentenciador considerar este problema ni, menos, decidirlo.

La demanda de casación se concreta a la acción reivindicadora, es decir, a la primera súplica del libelo inicial. Respecto de las súplicas subsidiarias no formula cargo alguno, ya que no lo es la mera alusión que puede entenderse hecha a ellas cuando incidentalmente dice que por el error de apreciación de las pruebas del dominio de Sarmiento negó el Tribunal todas las peticiones de la demanda. Si, v. gr., hubiera acusado por quebranto de disposiciones legales sobre arrendamiento, palabra de que se vale el actor para precisar su primera petición subsidiaria, habría tenido que estudiarse si se pactó o no ese contrato o a la luz de su reglamentación habría de resolverse este pleito y en qué forma, etc.; y si se hubiera acusado por quebranto de disposiciones relativas a indemnización de perjuicios, v. gr., habría habido que estudiar ante todo si Sarmiento los ha recibido con las obras de la Compañía o si lo han beneficiado, como ella sostiene, y en todo caso se habría previsto lo que fuese de lugar; y del propio modo, si otras fueran las leyes de cuya violación se acusara, hubieran sido otros los motivos, no sólo el primero del artículo 520 del C. J., el que se hubiera invocado.

Cuanto a costas en el recurso, es de seguirse la práctica establecida con apoyo en el artículo 575, numeral 2º **in fine** del C. J., según la cual la acogida de cargos doctrinarios del recurrente lo libra de esa condenación aunque no alcancen a invalidar la sentencia recurrida.

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 Pamplona el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. — NULIDAD DEL PROCESO

1.—La nulidad sólo se causa por quebrantos sustanciales en la normal constitución o secuela del juicio, como la desintegración del elemento personal de la acción, o la ineficacia de la relación procesal; la ley determina por ello en forma precisa los distintos casos en que el proceso es nulo, protegiendo simultáneamente el derecho de defensa y la firmeza del juicio en cuya estabilidad y fallo está interesado el normal desarrollo de la vida jurídica, comoquiera que la prolongación indefinida de los litigios atenta contra la certeza del derecho.

2.—Los artículos 964, 965 y 941 del Código Judicial son preceptos cuya transgresión no apareja la de normas que consagren derechos subjetivos principales y, por tanto, no pueden tenerse en cuenta para el recurso de casación.

3.—La transgresión de los artículos 632 y 635 del Código Judicial no conlleva tampoco la casación de un fallo, comoquiera que su quebranto aislado no basta a la prosperidad del recurso, sino que es necesario, además, que aquél haya conducido, por error de hecho o de derecho, a vulnerar un precepto sustancial.

4.—El artículo 982 del Código Judicial no es susceptible de quebranto en una sentencia aprobatoria del acto por el cual se parte la herencia; dicho precepto sólo es aplicable en los juicios mortuorios para decidir sobre la inclusión en los inventarios de deudas a cargo de la sociedad conyugal o del causante que no hayan sido aceptadas o reconocidas, de tal suerte que, una vez agotada la etapa procesal relativa al inventario y aprobado éste, precluye para los interesados la posibilidad de controvertir dentro del mismo juicio la regular o anómala presencia de cualquier crédito en el pasivo sucesoral relacionado en el inventario. Es éste la pauta necesaria a que la partición debe ajustarse, y, por tanto, el acuerdo entre ésta última y la diligencia de inventario, lejos de ser motivo razonable para acusar el acto aprobatorio de la partición indica apenas el inadmisible propósito de volver a discutir ante la Corte puntos ya decididos en una esfera procesal agotada.

5.—El artículo 1414 del Código Civil reglamenta cómo operan la confusión y la compensación en el caso del heredero que sea acreedor o deudor del causante; este precepto, restrictivo de los efectos de tales medios de extinguir las obligaciones, tiende a evitar que el heredero situado en alguna de tales posiciones pueda llegar a encontrarse en mejor o peor condición en frente a los demás partícipes. Lo estaría en mejor cuando, siendo deudor, la confusión obrara en forma completa aun en el caso de que los bienes no fueran suficientes para pagar el pasivo, privando así a los copartícipes de la cuota que pudiera llevar en el crédito a cargo del heredero; estaría en peor condición cuando, siendo acreedor, por virtud de la compensación total no pudiera ser titular del crédito respectivo en frente de los coherederos hasta concurrencia de la cuota que a cada uno correspondiera en la deuda hereditaria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En auto fechado el diez de junio de mil novecientos treinta y siete el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, tras largo y accidentado trámite, decretó la partición de los bienes en las sucesiones acumuladas de los cónyuges Antonio Puentes y Concepción Puentes de Puentes; la primera de estas causas mortuorias se declaró abierta desde el 25 de febrero de 1925, y la segunda desde el 8 de junio de 1931; en ellas fue reconocido el interés de los hijos legítimos co-

munes de los dos causantes, Clemencia, Demetrio, Arquimedes, Nicasia, Buenaventura, Inés y Librada representada por su descendencia legítima; todos estos herederos, a excepción de Arquimedes, enajenaron sus derechos sucesorales, de tal suerte que en el momento de partir los bienes relictos eran titulares de la comunidad herencial el dicho Arquimedes y los cesionarios Joaquín Cabrera, Jerónimo Bahamón, Bernardino Cardoso y Baltasar Vargas; practicada la partición por Santiago Sánchez Soto, designado al efecto, la objetó Bernardino Cardoso por diversos aspectos de los cuales algunos fueron aceptados por el Juez; apelada la respectiva providencia el Tribunal Superior de Neiva decidió favorablemente al objetante otros de los reparos presentados por él a la partición, y, en consecuencia, ordenó rehacerla en consonancia con lo decidido por el Juzgado y por el mismo Tribunal; como hubiera fallecido el partidor fue reemplazado por Alfonso Tobar y Tobar, quien presentó el nuevo trabajo el 20 de noviembre de 1944; el Juzgado en fallo proferido el 22 de febrero de 1945 aprobó la partición por hallarla en un todo de acuerdo con las instrucciones impartidas por él, y por el Superior; Bernardino Cardoso apeló de dicha sentencia, la cual fue confirmada por el Tribunal con fecha diez de julio del mismo año; contra esta última interpuso Cardoso recurso de casación que, concedido, admitido por la Corte, y debidamente tramitado, se procede a resolver.

El fallo acusado

El Tribunal para pronunciar sentencia aprobatoria de la partición tuvo en cuenta que ella se ajustaba a lo decidido al solucionar las objeciones del recurrente al trabajo primitivo; de esta suerte el radio del recurso está circunscrito por dos factores, a saber: la conformidad de la partición con las objeciones que prosperaron, y las razones porque no tuvieron éxito las restantes, pues lo demás del trabajo no fue controvertido en la segunda instancia, ni puede ser en consecuencia materia de la casación.

Dentro de este orden de ideas conviene examinar el auto que ordenó rehacer la partición; está fechada el 28 de septiembre de 1939, y en él se resolvió: que el crédito a cargo de Buenaventura Puentes se distribuyera a prorrata entre todos los partícipes, con lo cual se rechazó la pretensión de Cardoso respecto a que fuera adjudicado exclusivamente al heredero deudor; que se reconociera en la partición el monto íntegro de los gastos ocasionados por la secuela completa de los juicios acumulados, con lo cual prosperó la objeción sexta; que se distribuyera entre todos los partícipes el inmueble de que trata la partida 79 de los inventarios correspondientes a la mortuoria de Antonio Puentes, y los derechos territoriales a que se refiere la partida 3ª de los mismos inventarios, solución acorde con parte de la objeción séptima; que los bienes destinados al pago del pasivo no se adjudicaran a un solo partícipe, con lo cual prosperó parcialmente la objeción octava.

Ya otras objeciones habían sido despachadas favorablemente por el Juez de primera instancia: en tal virtud se habían ordenado la prescindencia del crédito a cargo de Salvador González; la deducción de la suma de $ 1.90 del crédito a cargo de María de Jesús Suárez; la sustitución del nombre de María Antonia Bravo, hija de Librada Puentes, en su hijuela por el de Bernardino Cardoso; y la adjudicación a éste último de una fracción de terreno cercana a la ciudad de Neiva.

En cuanto a las objeciones que no hallaron éxito y que son tema implícito de la sentencia recurrida y materia de la casación, se irán poniendo presentes a medida que vaya siendo necesario al desatar el recurso.

Los cargos

La demanda contiene dos capítulos, llamados primero y segundo cargo que serán materia de examen separado.

Primer cargo.—Con base en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial el recurrente ataca el fallo del Tribunal alegando vicio de nulidad no ubicado dentro de los taxativamente previstos por la ley, y cuyos fundamentos de hecho son:

Con fecha 13 de noviembre de 1942 Alfonso Tobar y Tobar, nombrado partidor por auto del veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, suscitó ante el Juez del conocimiento una consulta motivada porque Bernardino Cardoso solicitaba una licitación de especies con base en la regla 1ª del artículo 1394 del Código Civil; la consulta recibió el trámite del caso pero al decidirla se observó que Tobar y Tobar no había tomado posesión de su cargo en forma legal deduciéndose de ello que carecía de facultad para promover ante la justicia dudas atinentes a la

partición de la herencia. Más tarde, el 18 de agosto de 1944, se posesionó el dicho Tobar, retiró el proceso, y lo devolvió con el trabajo correspondiente el 20 de noviembre del mismo año.

El recurrente considera que por no haberse dado solución a la solicitud por él propuesta antes de que el partidor se posesionara de su cargo, la partición está viciada de nulidad.

El cargo es totalmente baldío; la consulta de Tobar fue legalmente despachada, y no habiéndose repetido cuando ya tenía carácter oficial dentro de la mortuoria, ni habiéndosele suscitado de nuevo por la parte interesada lo que extemporáneamente le había sometido, no era el caso de tramitar previamente a la partición incidente alguno.

Desde otro punto de vista la pretermisión del trámite en que el cargo se fundamenta no induce nulidad en la actuación; dicho fenómeno sólo se causa por quebrantos sustanciales en la normal constitución o secuela del juicio, como la desintegración del elemento personal de la acción, o la ineficacia de la relación procesal; la ley determina por ello en forma precisa los distintos casos en que el proceso es nulo, protegiendo simultáneamente el derecho de defensa, y la firmeza del juicio en cuya estabilidad y fallo está interesado el normal desarrollo de la vida jurídica, comoquiera que la prolongación indefinida de los litigios atenta contra la certeza del derecho.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Bajo este epígrafe, y con fundamento en la causal primera, el recurrente formula numerosos ataques a la sentencia del Tribunal; como se presentan en forma desordenada y conjunta que dificulta su estudio, la Sala los ha individualizado para examinarlos separadamente, y sólo agrupa los que merezcan tratamiento similar en casación.

a) Violación directa del art. 965 del Código Judicial: violación directa "por aplicación indebida" de los artículos 964, inciso 4º, y 965 del Código Judicial; violación directa del artículo 941 del Código Judicial; violación, consecuencial a errores de hecho y de derecho, de los artículos 635, 982 y 632 del Código Judicial.

Se considera:

Sin que sea menester penetrar en las razones que sustentan estos cargos, su sola consideración basta para rechazarlos; en efecto:

Los artículos 964, 965, y 941 del Código Judicial, son preceptos que señalan trámites y formalidades que han de observarse en el curso del juicio mortuorio, y cuya transgresión no apareja la de normas que consagren derechos subjetivos principales; como es bien sabido la causal primera de casación está instituída exclusivamente respecto de la ley llamada sustantiva, o sea la destinada a originar derechos u obligaciones; dentro de tal categoría no se hallan los preceptos que gobiernan la forma enteramente material de los trámites; es claro que dentro del derecho instrumental se hallan disposiciones sustanciales encaminadas a dar estructura a las bases de procedimiento indispensables para que el desarrollo del juicio no contradiga las formas cuya observancia prevé la Constitución; pero la diferencia entre éstas y las que consagran meras ritualidades se destaca por la materia y la finalidad que respectivamente regulan.

Es doctrina reiteradamente expuesta por la Corte que, conforme al texto literal de la ley, no son de recibo en casación los cargos originados en quebranto de normas simplemente descriptivas del curso externo de los juicios civiles, y, por tanto, los que se enuncian respecto de los ya aludidos artículos deben rechazarse.

La transgresión de los artículos 632 y 635 del Código Judicial de los cuales el primero enseña cuándo el instrumento público hace plena prueba, y el segundo cómo se acredita la suficiencia de un título registrado, por sí sola no conlleva la casación de un fallo, comoquiera que su quebranto aislado no basta a la prosperidad del recurso, sino que es necesario además, que aquél haya conducido, por error de hecho o de derecho, a vulnerar un precepto sustancial.

El artículo 982 del Código Judicial regulador de la prueba atinente al mérito ejecutivo no es susceptible de quebranto en una sentencia aprobatoria del acto por el cual se parte la herencia; dicho precepto sólo es aplicable en los juicios mortuorios para decidir sobre la inclusión en los inventarios de deudas a cargo de la sociedad conyugal o del causante que no hayan sido aceptadas o reconocidas, de tal suerte que, una vez agotada la etapa procesal relativa al inventario y aprobado éste, precluye para los interesados la posibilidad de controvertir dentro del mismo juicio la regular o anómala presencia de cualquier crédito en el pasivo sucesoral relacionado en el inventario. Es éste la pauta necesaria que a la partición debe ajustarse, y por tanto el acuerdo en-

tre ésta última y la diligencia de inventario, lejos de ser motivo razonable para acusar el acto aprobatorio de la partición, indica apenas el inadmisible propósito de volver a discutir ante la Corte puntos ya decididos en una esfera procesal agotada.

Estos cargos se rechazan.

b) Violación por interpretación y aplicación errónea de "los textos o reglas del Título 10, Libro 3º del Código Civil".

Hasta la saciedad la Corte ha repetido, en estrecha consonancia con la ley, que los cargos en casación deben ser formulados con indicación precisa de la norma que se reputa violada, sin que sea posible señalar como tal un cuerpo entero de la legislación contentivo de preceptos si bien relativos a la misma materia, regulatorios de casos diferentes.

Si esta práctica del recurrente fuera de recibo, bastaría citar como violado todo el Código Civil, para que la Corte se diera a la tarea de buscar el precepto contra el cual pudiera militar el cargo, y de asignarle a éste el fundamento que no le pudo señalar el recurrente por la forma global e indiscriminada de la acusación.

El cargo se rechaza.

c) Violación de los artículos 1343, 1393, y 1394 del Código Civil por errónea interpretación y por aplicación indebida; de los artículos 1387 y 1388 del Código Civil por aplicación indebida; violación directa de los artículos 1392 y 1016 del Código Civil, y del artículo 1392 ibídem por error de hecho en la apreciación de pruebas con quebranto del artículo 632 del Código Judicial.

Todos estos cargos reposan sobre una misma circunstancia: el recurrente se queja de que "el sentenciador al resolver que la simple relación de unos créditos en los inventarios equivale a inclusión de los mismos" incurrió en las transgresiones que se dejan enunciadas; así el cargo en cuanto a los artículos 1345, 1393 y 1394 del Código Civil se funda en que para formar hijuela de deudas se supone que los créditos sean ciertos; el relativo a los artículos 1387 y 1388 halla base en "la necesidad de que la partición se contraiga sobre bienes que pertenecen exclusivamente a la sucesión"; el cargo respecto de los artículos 1392 y 1016 se origina en que el partidor no puede liquidar sino "los bienes que figuren válidamente en el inventario", y en que el partidor no podía "verificar las bajas correspondientes" porque "no estaban reconocidas legalmente como tales dichas deudas"; la queja relativa al artículo 1392 del Código Civil reposa en que se incurrió en error al no ver "que las deudas relacionadas a favor y a cargo de la sucesión habían sido objetadas".

Fácilmente se observa que la aplicación indebida de los artículos 1387, 1388, 1343, 1393 y 1394 del Código Civil, y la interpretación errónea de los tres últimos, no han podido realizarse en la sentencia del Tribunal sino como efecto de algún error en la apreciación de los elementos demostrativos de los créditos a que alude el recurrente, o al menos, de la diligencia de inventarios; no obstante el cargo no se plantea sobre esa base, lo cual le resta la posibilidad de prosperar por cuanto la Corte no puede apartarse de la acusación y del concepto en que ella se funda.

La misma observación cabe respecto de la violación directa de los arts. 1016 y 1392 del Código Civil que invoca el recurrente, se dirige contra el reconocimiento de los mismos créditos que motivan los cargos anteriores, y, por tanto, tiene que partir forzosamente de un error no alegado que, en caso de haber ocurrido, eliminaría la noción de quebranto directo de la ley.

En cuanto a la transgresión del artículo 1392 del Código Civil, como consecuencia de error de hecho y de derecho con menoscabo del artículo 632 del Código Judicial se observa: no se precisa el cargo como interpretación errónea o aplicación indebida consecuencial del error sin que sea posible a la Sala suplir la deficiencia de la acusación emprendiendo un examen de oficio para inquirir el posible fundamento del cargo.

Por tanto, éste, como los demás aludidos en este aparte, se rechazan.

d) Violación por interpretación errónea del artículo 1414 del Código Civil, y por aplicación indebida de los artículos 1625, 1518 y 1583 del Código Civil.

Estos cargos se formulan sobre la base de que en la partición se distribuyó entre todos los copartícipes el crédito a cargo del heredero Buenaventura Puentes, lo cual estima irregular el recurrente quien considera que la adjudicación ha debido hacerse sólo al deudor, a fin de "consumar la confusión" del crédito sobre la cuota herencial correspondiente a aquél.

El artículo 1414 del Código Civil reglamenta cómo operan la confusión y la compensación en el caso del heredero que sea acreedor o deudor

del causante; este precepto, restrictivo de los efectos de tales medios de extinguir las obligaciones, tiende a evitar que el heredero situado en alguna de tales posiciones pueda llegar a encontrarse en mejor o peor condición en frente a los demás partícipes. Lo estaría en mejor cuando, siendo deudor, la confusión obrara en forma completa aun en el caso de que los bienes no fueran suficientes para pagar el pasivo, privando así a los copartícipes de la cuota que pudieran llevar en el crédito a cargo del heredero; estaría en peor condición cuando, siendo acreedor, por virtud de la compensación total no pudiera ser titular del crédito respectivo en frente de los coherederos hasta concurrencia de la cuota que a cada uno correspondiera en la deuda hereditaria.

El Tribunal, en el caso de autos, no interpretó erradamente la norma de que se trata, sino que por el contrario, se sujetó a sus términos y a su finalidad.

La aplicación indebida de los artículos 1625, 1518 y 1583 del Código Civil que el recurrente imputa a la sentencia se presenta sólo como consecuencial de la errada interpretación del artículo 1414; habiéndose concluído que ella no ocurrió, este aspecto del cargo queda sin fundamento alguno.

Por lo dicho se rechazan los que acaban de examinarse.

c) Violación directa de las reglas 3ª, 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil, e indirecta consecuencial de haberse omitido la apreciación de pruebas.

La Corte ha sostenido, sin que se vea razón para modificarlos ahora, los siguientes conceptos aplicables sólo al caso de violación directa:

"Las reglas contenidas en los artículos 3º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, como se desprende de su propio tenor literal, en que se usan expresiones como "si fuere posible", "se procurara", "posible igualdad", etc., no tienen el carácter de normas o 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 pretendida violación directa de un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición".

En cuanto a la transgresión consecuencial a errores en la apreciación de pruebas se tiene:

A) El recurrente considera que un primer yerro probatorio, cuyo efecto concreto no determina como apreciación indebida o apreciación errónea, estriba en haberse aprobado la partición sin advertir la presencia del trámite concerniente a la licitación pedido por el partidor. Ya se vio, al examinar el primer cargo, que la solicitud del recurrente fue extemporánea, como tal decidida oportunamente, y no reiterada cuando el partidor se había posesionado ya, y estaba, por consiguiente, en la posibilidad legal de suscitar ante el Juez la duda o consulta correspondiente.

Carece, en consecuencia, el cargo, de toda firmeza pues el Tribunal no podía tener en cuenta para fallar actuaciones prematuras y resueltas desfavorablemente por esa circunstancia.

B) El otro error de que el recurrente se querella, sin destacarlo como de hecho o de derecho, y sin determinar tampoco la especie de transgresión legal por él causada, es el de haberse aprobado una partición en la cual se adjudican bienes inexistentes.

El error reside, según el recurrente, en que los ganados que figuran en el inventario fueron vendidos, de lo cual hay prueba en el proceso, que fue menospreciada por el Tribunal.

Es obvio que el precio por el cual se realizó la enajenación de los ganados reemplaza a éstos para los fines de la adjudicación, lo que impide que pueda hablarse de bienes inexistentes como quiera que dicho precio equivale a los ganados mismos; el Tribunal, pues, no dejó de apreciar la prueba de la venta, cuando aprobó la partición sobre la base del inventario.

Fallo

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida o sea la que en este juicio profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva con fecha diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, notffíquese, cópiese e insértese copia del fallo en la **Gaceta Judicial.**

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION. — APRECIACION DE PRUEBAS. — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. — La errónea apreciación de pruebas no es por sí sola motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que tratándose del examen y estimación de pruebas, sólo cuando aparezca un error de hecho manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley sustantiva, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, prospera el recurso de casación. Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y mientras no se demuestre el error en que se incurrió al apreciarlas, la Corte tiene que respetar su criterio, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una nueva instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. De aquí que, en materia de pruebas, haya dicho la Corte que es prerrogativa exclusiva del sentenciador apreciarlas ampliamente; que en ello entra, como elemento principal, su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley y que sólo en caso de error evidente podría ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación.

2. — No basta la declaración de dos o más testigos para que se tenga como plena prueba lo afirmado por ellos; es necesario que los testimonios reúnan las condiciones exigidas por la ley y que se ciñan en sus deposiciones a los preceptos que el legislador ha señalado como requisitos para que sean atendidos los testimonios. Además, la ley ha concedido al juez determinadas facultades de apreciación que dependen de su criterio y que no es posible desechar sino cuando se ha cometido error evidente de hecho o de derecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1945 del Tribunal de Pereira, dictada en el juicio ordinario seguido por la sucesión de José Abelardo Muñoz contra Betsabé Arenas.

Antecedentes

El día 21 de julio de 1943, ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá, presentó demanda por medio de apoderado la señora María Agripina Muñoz, para que con citación y audiencia de la señora Betsabé Arenas se declarara que el dominio de un inmueble denominado "La Vega", ubicado en el paraje de "La Bella" y alinderado como se expresa en el punto primero del libelo de demanda, pertenece a la sucesión intestada e ilíquida de José Abelardo Muñoz, representada por la actora, en su calidad de hermana natural. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que la demandada restituyera a la nombrada sucesión la posesión del inmueble, libre de gravámenes, condiciones resolutorias, etc., y que se ordenara la cancelación del registro de la escritura de venta de Betsabé Arenas a su hijo Miguel Angel Arenas, y la inscripción del remate efectuado posteriormente por aquella en el juicio especial de venta de bienes hipotecados propuesto por la Arenas contra el mismo hijo a quien acababa de venderle. Se pidió, por último, que se condenara a la demandada al pago de las prestaciones civiles como poseedora de mala fe y a cubrir las costas del juicio.

Los hechos en que se apoyó la acción, pueden sintetizarse así: Que José Abelardo Muñoz adquirió por escritura número 302, de 10 de agosto de 1936, de la Notaría de Calarcá, el dominio sobre el bien que se describe en el ordinal primero de la demanda; que Muñoz murió en Calarcá, el

1 de enero de 1942, siendo Agripina Muñoz su heredera a título de colateral; que el causante poseyó hasta su muerte en forma quieta y pacífica el inmueble en referencia; que al verificarse el secuestro del patrimonio relicto de José Abelardo Muñoz en el juicio de sucesión del mismo, se opuso a ello Miguel Angel Arenas, quien presentó como fundamento de su oposición la escritura número 417 otorgada en la Notaría de Armenia, por la cual Betsabé Arenas, su madre, dijo venderle el predio de "La Vega"; que Betsabé Arenas nunca tuvo la posesión material, ni la inscrita, a pesar de lo cual, muerto Muñoz, resolvió presentarse como dueña ante los herederos de aquel; que la venta que hizo Betsabé a su hijo, la constitución del gravamen hipotecario en favor de aquella y el posterior juicio real de cobro, no son otra cosa que habilidosas maniobras tendientes a un solo fin: crear un título para presentar a la Arenas como poseedora inscrita del inmueble.

Admitida la demanda, se corrió el traslado correspondiente, dentro del cual la demandada contestó negando la mayor parte de los hechos y alegando que ha poseído quieta y pacíficamente el inmueble en mención desde el año de 1936, y que las mejoras existentes dentro de la propiedad, inclusive la casa de habitación, fueron hechas a sus propias expensas. Se opuso a que se accediera a las peticiones del actor y alegó como excepciones las que resultaren probadas en el curso del juicio.

Agotado el trámite de primera instancia, el Juez Civil del Circuito de Calarcá falló el pleito el día 3 de julio de 1944, en el sentido de declarar probada la excepción de falta de personería sustantiva de María Agripina Muñoz, quien en desacuerdo con lo resuelto, apeló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, donde se decidió el negocio por providencia de fecha 13 de diciembre de 1945, en que se revocó la del inferior y en su lugar se dispuso lo siguiente:

1º Que la sucesión ilíquida de Abelardo Muñoz es dueña del inmueble denominado "La Vega", ubicado en el municipio de Calarcá.

2º Que Betsabé Arenas debe restituír a la mencionada sucesión, representada por Agripina Muñoz, el inmueble descrito, junto con sus frutos naturales y civiles producidos desde la fecha de la contestación de la demanda.

3º Que la demandada tiene derecho a cobrar las mejoras útiles que compruebe haber puesto en el referido lote desde el día de la muerte de Abelardo Muñoz hasta la fecha de la contestación de la demanda.

El Tribunal fundó su decisión en que se habían demostrado los tres elementos indispensables para que prosperara la acción reivindicatoria: el dominio del actor, por medio de la escritura número 302 de 10 de agosto de 1936, concatenada con la partida de defunción de Muñoz y las pruebas de que la actora es heredera. La posesión de la demandada, por cuanto este elemento no ha sido objeto de discusión en el juicio, está plenamente probado y se aceptó por parte de Betsabé Arenas. En cuanto a que la cosa que se reivindica ha de ser singular y determinada, o sea lo relativo a la identidad del bien materia del pleito, el Tribunal estimó que estaba demostrada por la confesión de la demandada y por medio de la inspección ocular llevada a cabo el 22 de febrero de 1944.

Reunidos así, en concepto del fallador de segunda instancia, los elementos esenciales de la acción reivindicatoria, ésta debe prosperar.

No satisfecha la demandada con la decisión anterior, interpuso recurso de casación. El negocio ha sido tramitado en esta Corte de acuerdo con la ley y pasa, en consecuencia, a decidirse.

Causales alegadas

El recurrente acusa la sentencia con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser violatoria de la ley, ya por mala apreciación de las pruebas, ora por falta de apreciación de algunas de ellas, ya por omisión de las mismas, lo que a su juicio, llevó al Tribunal a cometer errores de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos.

Presenta su reparo en dos apartes: uno referente a los errores de hecho cometidos en la apreciación del acervo probatorio que obra en los autos y otro relativo a los errores de derecho que se produjeron por la misma estimación.

Al desarrollar el cargo de su primer capítulo incurrió el recurrente en un grave error de técnica, que hace imposible su estudio, puesto que, aun cuando hizo un análisis de las declaraciones que entiende mal apreciadas y critica la estimación del instrumento público hecha por el Tribunal, olvidó señalar la disposición o disposiciones sustantivas infringidas y el concepto en que lo fueron.

La errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley.

"Una demanda de casación — ha dicho la Corte — limitada a acusar por dicho error, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo precedente que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y, que, aun demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto".

En el segundo capítulo de su demanda de casación el recurrente ataca la sentencia por error de derecho en la apreciación del acervo probatorio y desarrolla sus cargos así:

a) Error de derecho en la apreciación de los testimonios rendidos por Camilo Ospina, Marco Antonio Morales, Gregorio Bonilla, José Acevedo y Alberto Tribiño, tendientes a demostrar que la señora Betsabé Arenas es la dueña de las plantaciones de café y plátano que existen sobre el terreno en litigio y de la casa de habitación construída allí. Dice que de acuerdo con la ley, el testimonio de dos o más personas que concuerden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba, a pesar de lo cual, en el caso en estudio, el Tribunal no les reconoció tal valor con violación de los artículos 593, 697, 601 y 472 del C. J.

b) Acusa el fallo del Tribunal por error de derecho al declarar probado el dominio en favor de la sucesión de Abelardo Muñoz por medio de la escritura número 302 de 10 de agosto de 1936, que se menciona en el aparte respectivo, concordada con la partida de defunción y las pruebas de que Agripina Muñoz es heredera. Considera que en el expediente está demostrado que la posesión de Betsabé Arenas fue anterior al año de 1936 y que antes de ese año plantó las mejoras que constituyen la finca. Por lo tanto la prueba que la parte demandante ha debido aducir para comprobar el dominio es la exigida por el artículo 4º de la ley 200 de 1936, disposición violada por el Tribunal al declarar probado el dominio en la forma anteriormente descrita.

Se violó también el artículo 1757 del C. C. al dar por demostrado el dominio sin que por la demandante se hubiera exhibido la prueba suficiente de la tradición.

c) Incurrió — dice — igualmente en error de derecho el sentenciador de segunda instancia al estimar como indicios que la posesión de la Arenas sobre la finca únicamente arranca de la muerte de Abelardo Muñoz, pues los hechos que el Tribunal tomó como indicios de la posesión de este último no se refieren a ella en forma alguna, no provienen del demandado y no son propiamente en la forma en que los indica el Tribunal. Señala como violados los artículos 664, 665 y 666 del C. J.

d) Igualmente se acusa por cuanto en concepto del recurrente el fallo del Tribunal estimó como prueba de la posesión de Abelardo Muñoz sobre el terreno en litigio, la de una escritura que no obra en autos, o sea la escritura de compra de Muñoz a Bohórquez, con lo cual se violaron los artículos 593 del C. J. y 1757 del C. C.

e) Finalmente vuelve el recurrente sobre la prueba de testigos y considera que se desestimaron varias declaraciones que demostraban la posesión de la demandada, con lo cual se violaron los artículos 762, 765, 673 y 685 del C. C.

Se considera:

Del resumen que se acaba de presentar de las alegaciones hechas contra la sentencia en este nuevo motivo alegado, se deduce que el actor acusa el fallo por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial practicada en el proceso y por error de derecho en la estimación de la escritura pública por la cual Abelardo Muñoz compró a José Bohórquez y en la aceptación de algunos indicios.

Al hacer el Tribunal la crítica de la prueba testimonial practicada durante el juicio y a que se refiere el recurrente, dedujo que los testigos deponen sin exactitud y de manera incompleta; que no dan la razón de su dicho, como lo exige el artículo 688 del C. J., pues no expresan por qué les consta lo que aseveran. Refiriéndose a la posesión alegada por la Arenas con anterioridad a la compra realizada por Muñoz, el Tribunal halló que los testigos señalan "equivocada o maliciosamente", una posesión anterior a la designada y sostenida por la demandada, pues los declarantes sostienen que tal posesión se remonta al año de 1934, y la Arenas afirma que su posesión data simplemente del año de 1936.

La Corte, en repetidos fallos ha dicho que tra-

ándose del examen y estimación de pruebas, sólo cuando aparezca un error de hecho manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley sustantiva, o un error de derecho que implique ese mismo quebrántamiento, el recurso de casación prospera. Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y mientras no se denuestre el error en que se incurrió al apreciarlas, la Corte tiene que respetar su criterio, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una nueva instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. De aquí que en materia de pruebas la Corte haya dicho que es prerrogativa exclusiva del sentenciador apreciarlas ampliamente; que en ello entra, como elemento principal, su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley y que sólo en caso de error evidente podría ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación. En otro caso, dijo también la Sala, "que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba testimonial y esta apreciación no puede variarse por la Corte sino en casos de error evidente". (Casaciones de 15 de febrero de 1932 y 17 de mayo de 1933).

En el caso en estudio no encuentra la Sala error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial comentada. Las razones aducidas por el juzgador de segunda instancia están ceñidas a la ley cuando rechaza la prueba por no reunir las condiciones legales y especialmente por estar en oposición con la afirmación de la misma demandada, en cuyo favor fue presentada.

No basta la declaración de dos o más testigos para que lo afirmado por ellos se tenga como plena prueba; es necesario que los testimonios reúnan las condiciones exigidas por la ley y en sus deposiciones se ciñan a los preceptos que el legislador ha señalado como requisitos para que los testimonios sean atendidos. Además, la ley ha concedido al juez determinadas facultades de apreciación que dependen de su criterio, y que no es posible desechar sino cuando se ha cometido error evidente de hecho o de derecho, calidad esta última que no aparece demostrada en el caso en estudio.

En cuanto al cargo de que se tuvo como prueba de la posesión de Abelardo Muñoz sobre el terreno en litigio "una escritura que no obra en autos o sea la escritura de compra de Abelardo a José Bohórquez", la Sala encuentra que simplemente hubo por parte del Tribunal un error, sin trascendencia alguna, en la cita de las escrituras. En efecto, por escritura número 302 corrida en la Notaría de Calarcá el 10 de agosto de 1936, Abelardo Muñoz compró a Gregorio Valbuena el bien que se demarca en el ordinal primero de la demanda. En esta escritura consta que Valbuena le compró a José Bohórquez, por instrumento número 118 de 1935 el bien en referencia. Al citar el Tribunal la escritura 302 se confundió y presentó a Bohórquez como vendedor del causante y no a quien realmente lo fue, es decir a Gregorio Valbuena.

Respecto del argumento de que la prueba que ha debido exigir el Tribunal para aceptar el dominio de la actora es la señalada en el artículo 4º de la ley 200 de 1936, se observa lo siguiente:

La disposición citada contempla situaciones en orden a la propiedad particular y privada de predios rústicos e incultos, en cuanto trata, entre otras cosas, de resolver sobre el dominio particular frente a la ocupación por colonos, y no es aplicable, por tanto, al caso del pleito, en que se ventila una cuestión sobre reivindicación que no encaja en los términos de la norma legal en referencia.

No debe perderse de vista, además, que este cargo y el referente a la apreciación de algunos indicios, tiene como base la prueba de la posesión que se trató de establecer con los testimonios rechazados por el Tribunal. Descartada la prueba testimonial, los ataques a la sentencia por mala apreciación de las pruebas que se acaban de citar, pierden todo sentido y carecen de importancia, por depender íntima y substancialmente de la eficacia de la declaración de los testigos.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 13 de diciembre de 1945, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario seguido por la sucesión de José Abelardo Muñoz contra Betsabé Arenas.

Sin costas por no haberse causado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL

El artículo 12 de la ley 45 de 1936 ha sido y sigue siendo para la Corte la enumeración o elenco de las personas que pueden incoar tales juicios, redactada en la forma en que siempre se hacen las listas. Ese artículo no exige que todas las tres personas de que habla hayan conjuntamente de demandar o de intervenir en la causa; y así como cuando el hijo mismo o su representante legal es el demandante, no tiene por qué caber o exigirse que también intervenga quien haya cuidado de su crianza o educación, tampoco tiene por qué reclamarse en ese evento o en el de ser esta última persona el demandante, la intervención adicional del Ministerio Público. En suma: la circunstancia de figurar el Ministerio Público en la lista de quienes pueden ser parte en los juicios de filiación natural no puede entenderse como orden de que ineludiblemente en todo caso haya de serlo, y de otro lado el concepto de que no hay orden legal en este sentido se corrobora con la prescripción contenida en el inciso 2º del artículo 12, en vista de la salvedad con que concluye.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Carmen Rosa Alvarado Mesa por medio de apoderado, como representante legal de sus menores hijos Rosario y Pedro Vicente Rueda Alvarado, entabló el presente juicio para que se declare que estos menores son hijos naturales del señor Pedro Vicente Rueda y que, por tanto, "tienen derecho de recoger el patrimonio sucesoral de éste en la forma prevenida por la Ley 45 de 1936".

Dirige su demanda contra el Municipio de Bogotá y pide que la causa se surta con citación y audiencia del Personero Municipal en representación de esa entidad y como Agente del Ministerio Público.

El Juzgado 8º Civil de este Circuito, tramitada la instancia, en sentencia de 22 de junio de 1945 hizo las declaraciones pedidas. Por apelación del Personero se surtió la segunda instancia a la que puso término el Tribunal Superior en fallo confirmatorio de 24 de agosto de 1946 contra el cual aquel funcionario interpuso casación, recurso que, sustanciado debidamente, hoy se decide.

Estimando comprobados los elementos constitutivos de la calidad de hijos naturales de Pedro Vicente Rueda en los menores en cuyo nombre se demanda esta declaración judicial, el sentenciador la pronunció con su obligada consecuencia respecto de vocación herencial. También halló comprobado que el Municipio de Bogotá, último domicilio del finado Rueda, obtuvo declaración de heredero de éste y orden de secuestro de sus bienes en su causa mortuoria, seguida en el Juzgado 7º Civil de este Circuito.

La Procuraduría General de la Nación, que lleva la voz del Municipio ante la Corte (C. J., artículo 175, numeral 5º, y Ley 19 de 1937, artículo 1º, inciso final), por medio del Procurador Delegado en lo Civil fundó oportunamente el recurso. Aduce como único cargo el de haberse incurrido en la causal 3ª de nulidad de las establecidas para todos los juicios en el artículo 448 del C. J. El motivo es, pues, el sexto de los del artículo 520, **ibidem.** Dice que en los juicios de filiación natural precisamente ha de ser parte el Ministerio Público y que, siendo el agente de éste ante el Tribunal Superior su Fiscal, según el artículo 176, **ibidem,** ordinal 1º, por no haber intervenido este funcionario ante esa entidad es nulo todo lo actuado en la segunda instancia, sin que valga en contrario la presencia en ella del Personero Municipal, porque su representación del Municipio como parte demandada no se extiende a su calidad de Agente del Ministerio Público.

Se considera:

La estrecha vinculación entre las acciones ejercidas no impide distinguirlas, pues que efectivamente son dos: la de filiación natural y la de petición de herencia. Esta última va dirigida contra el Municipio por haber obtenido en la causa

mortuoria de Rueda declaratoria de heredero, como se habría dirigido contra cualquiera otra persona natural o jurídica a cuyo favor se hubiera pronunciado tal declaración. A ese respecto el Municipio figura como demandado y es inobjetable que su representación la llevara el Personero Municipal, no sólo en la primera instancia, sino también en la segunda, a favor de la facultad excepcionalmente concedida al de Bogotá por la citada Ley 19 de 1937, invocada por él apenas subió el expediente al Tribunal. El Procurador Delegado nada objeta sobre esto en su demanda de casación. Su reparo versa sobre lo relativo a la otra acción, o sea, a la filiación natural, para la cual echa menos la intervención del Fiscal como Agente del Ministerio Público cuyo puesto quedó vacío en la segunda instancia, ya que, como tal, no puede entenderse reemplazado por el Personero.

El todo de esta cuestión, suscitada una vez más ahora por el Procurador Delegado, consiste en decidir si en los juicios de filiación natural ha de intervenir el Ministerio Público ineludiblemente. El lo sostiene así y en su respaldo invoca, a más de consideraciones de orden público que miran a la trascendencia de lo atañedero al estado civil, el texto del artículo 12 de la citada Ley 45, en cuanto asigna al Ministerio Público la calidad de parte. Esta disposición dice en su inciso 1º: "Son partes en los juicios sobre filiación: el hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza y educación del menor, y el Ministerio Público".

Esta disposición ha sido y sigue siendo para la Sala la enumeración o elenco de las personas que pueden incoar tales juicios, redactada en la forma en que siempre se hacen las listas. Así, por ejemplo, procedió el Código Civil en su artículo 1040 y después, en su reemplazo, el 85 de la Ley 153 de 1887, para designar las personas llamadas a suceder abintestato, y no por figurar todas allí ha de pensarse que la ley exige el concurso de todas sin exclusión de unas a otras, sin gradación u ordenación entre ellas.

Ese artículo 12 autoriza para demandar: a) Al hijo por sí mismo o por medio de su representante legal, según sea capaz o incapaz; b) A quien haya cuidado de su crianza o educación, y c) Al Ministerio Público; pero no exige que todos tres hayan conjuntamente de demandar o de intervenir en la causa; y así como cuando el hijo mismo o su representante legal es el demandante, no tiene por qué caber o exigirse que también intervenga quien haya cuidado de su crianza o educación, tampoco tiene por qué reclamarse en ese evento o en el de ser esta última persona el demandante, la intervención adicional del Ministerio Público.

De paso se observa que tal como está redactada la Ley 45, si se entendiera que el artículo 12 requiere la intervención del Ministerio Público, no puede a ciegas afirmarse que sea en coadyuvancia y no pueda ser en oposición; y en este último evento no cabría el calificativo de parte junto con cualquiera de dichas personas, porque el vocablo **parte** implica sostenimiento de unas mismas pretensiones (C. J., artículo 212).

El inciso 2º del mismo artículo 12 dice: "Las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público". Esto hace ver de manera clara que la ley misma contempla casos en que el Ministerio Público no las siga, esto es, que no ordena la intervención del mismo en todo caso.

Las leyes pertinentes señalan las condiciones que debe llenar una persona para ser Agente del Ministerio Público, según la gradación que ellas establecen para estos cargos. Entre tales requisitos podrán dispensar en unos casos y exigir en otros el de que sea abogado titulado el funcionario respectivo; pero, de todos modos, es de reconocerse que quien está desempeñando válidamente las funciones a que se alude, no tiene por qué entenderse descalificado para llenarlas en el caso singular de un juicio de filiación natural, al punto de que se haya necesitado ley expresa para no considerarlo en el deber de ser abogado titulado.

Dícese esto, porque el recurrente estima que la frase final del artículo 12 ya transcrita: "salvo cuando las siga el Ministerio Público", no significa que unas veces pueda seguirlas y otras no, sino tan sólo que exonera al respectivo Agente del requisito de ser abogado.

En concepto de la Sala, para el legislador basta la calidad de Agente del Ministerio Público cuando éste es el que sigue la acción, y cuando el demandante no es tal Agente sino otra de las personas capacitadas al efecto por el artículo 12 en cita, no pudiendo suponérselas a ciegas investidas de las calidades necesarias para litigar, les impone aquel requisito. Forma pues dicho inciso

segundo dos clases distintas, según se trate o no de tal Agente. Cuando es éste el demandante, su calidad responde; cuando no lo es, la falta del concomitante respaldo obliga a que un abogado titulado intervenga.

En suma: la circunstancia de figurar el Ministerio Público en la lista de quienes pueden ser parte en los juicios de filiación natural, no puede entenderse como orden de que ineludiblemente en todo caso haya de serlo, y de otro lado el concepto de que no hay orden legal en este sentido, se corrobora con la prescripción contenida en el inciso segundo del artículo 12, en vista de la salvedad con que concluye.

Cuando la Sala ha llamado la atención sobre que en los juicios de impugnación de la legitimidad de un hijo la ley no establece la intervención del Ministerio Público, no lo ha hecho para reclamar o sugerir que se establezca, sino simplemente como precedente de singular significación, en cuanto, siendo esos juicios también de trascendencia para la sociedad, no se ve por qué en tan largo tiempo que llevan de existencia el legislador no exija en ellos esa intervención y en los de filiación natural, de creación reciente, sí la imponga. Y esta reflexión de orden analógico concurre a disipar la duda que cupiera, a pesar de lo antedicho, sobre si el artículo 12 tantas veces citado contiene o no la orden que le halla el recurrente.

Si el Municipio de Bogotá había adelantado la causa mortuoria del señor Rueda como ya se dijo y si el presente juicio se encamina a que la herencia de este señor no vaya a aquél sino a la de los demandantes como sus hijos naturales, la demanda tenía que dirigirse contra el Municipio. Debiendo ser llamado, lo fue. De otro lado, como queda visto, el Ministerio Público no tenía por qué serlo. Así, pues, no se incurrió en la causal de nulidad indicada por el recurrente, que es la 3ª del artículo 448 del C. J. y consiste en "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". Esto significa que ese cargo único no prospera o, lo que es lo mismo, que la sentencia recurrida no puede romperse, sin lugar a considerar los problemas de fondo, resueltos en ambas instancias del modo uniforme antedicho, porque no los ha puesto sub judice ante la Corte la demanda de casación.

Con todo, es procedente agregar estas breves consideraciones: el Código Civil da alcance **erga omnes** al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo (artículo 401), por excepción al alcance limitado a las partes que a las sentencias corresponde; pero cuando se ha llenado, entre otros requisitos, el de que se haya pronunciado contra legítimo contradictor (artículo 402), que lo es el hijo contra el padre o el padre contra el hijo en la cuestión de paternidad y en la de maternidad el hijo contra la madre o ésta contra él (artículo 403). Así las cosas, se cae de su peso que cuando no ha intervenido en la causa el legítimo contradictor, el fallo tiene sólo efecto entre las partes, tal como preceptúan los artículos 473 y 474 del C. J.

Se recuerda que de conformidad con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, a los casos de filiación natural son aplicables los artículos 401, 403 y 404 del C. C.

Es de observarse cómo ante estas consideraciones no es acertado ni era necesario el empleo de la locución **legítimo contradictor** con que el libelo inicial califica al Municipio aludiendo a la súplica sobre filiación.

Los temas de que acaba de hablarse se estudiaron con el mayor detenimiento en la sentencia de 1º de octubre de 1945 (G. J., Tomo LIX, páginas 682 a 703) y sobre ellos volvió la Sala en igual sentido del aquí recordado, en fallo de 28 de junio de 1946 (G. J., Tomo LX, páginas 715 a 720).

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 veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. pd.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Cuando se demuestra error en la apreciación de las pruebas apenas se ha abierto la puerta de entrada, apenas se han puesto los cimientos y queda por recorrer el camino, por erigir la obra, vale decir, por formular el recurso. Estos conceptos, impuestos por el artículo 520 en su numeral 1º y por el artículo 532 del C. J., se han expuesto en diversos fallos de la Sala.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín confirmatoria de la de 14 de septiembre de 1945 en que el Juzgado 3º Civil de ese Circuito absolvió al demandado de los cargos de la demanda, la cual es la incoada en julio del año anterior por Pedro A. Arenas como padre legítimo del menor Gilberto contra el Municipio de Medellín sobre indemnización de "los perjuicios materiales y morales ocasionados por la pérdida sufrida por el menor Arenas a consecuencia de la herida por estallido de un fulminante, de los dedos pulgar, índice y cordial con sus respectivos metacarpianos". Según ella, ese fulminante fue descuidadamente abandonado por obreros del Municipio cerca del sitio donde éste construyó un tanque, y el 6 de diciembre de 1943 el niño Arenas, atraído por el brillo y creyendo que era un juguete, lo recogió y el estallido le hizo perder dicha parte de la mano izquierda.

El Tribunal deriva la absolución de no estar acreditado que el fulminante fuera precisamente de esa obra del Municipio, pues hay otras en la misma región, y de no haberse comprobado tampoco que estuviera donde lo halló Gilberto por haberlo dejado allí obreros del Municipio, máxime habiendo sido esto en la vía pública.

El recurrente afirma que no está comprobado que hubiera otras obras en los alrededores del tanque y sí, con testigos, que ésta fue única en esa región o sector, por lo cual, estando demostrada también la obra misma con inspección ocular y la propiedad del Municipio sobre el tanque con la respuesta de la demanda, es clara su responsabilidad por el descuido de los obreros de su dependencia.

El recurrente se detiene a analizar en tal sentido la prueba testimonial, la inspección ocular y la respuesta de la demanda, y acusa de error en la apreciación de estas pruebas; pero, en vez de deducir de ese error el quebranto de disposiciones legales sustantivas, esto es, de las que confieren y reconocen y aseguran los derechos, de suerte que por desconocer la sentencia alguno que sí existe o atribuír uno inexistente, una o más de estas disposiciones resultan transgredidas, lo que hace es simplemente citar los artículos 632, 668, inciso 1º, 697 y 730 del C. J. como violados.

Esta cita es muy lógica para reforzar el concepto de error en la apreciación de las pruebas, al punto de que si este concepto se compartiera por la Sala al estudiarlas, sería cabalmente por ordenar lo que ordenan sobre ellas los artículos citados.

Ahora bien, el recurrente invoca el motivo 1º del artículo 520 de ese Código, motivo que consiste en "ser la sentencia violatoria de ley sustantiva", a lo que puede llegarse directa o indirectamente; esto último cuando la violación proviene de error en la apreciación de las pruebas; pero en todo caso ese motivo consiste en violación de ley sustantiva.

Aquí habrían podido, por ejemplo, señalarse como violados los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C. Nada de esto hizo. Se limitó a citar los que, en su caso, justificarían su afirmación sobre error de derecho en la apreciación de las pruebas. Bien se ve que este error, aunque estuviese demostrado, no podría por sí solo determinar la infirmación de la sentencia recurrida, siendo así que no se invoca contra ella sino el citado motivo 1º y siendo así que éste consiste, repítese, en violación de ley sustantiva.

Apenas habrá para qué decir que la Sala no

entiende ni da a entender que en el Código de Procedimiento no quepan disposiciones sustantivas o desconozca que efectivamente las hay, sino que encuentra que las citadas por el recurrente apenas inician la acusación, sin que la completen o, más precisamente, sin que la formulen. Cuando se demuestra error en la apreciación de pruebas apenas se ha abierto la puerta de entrada, apenas se han puesto los cimientos, y queda por recorrer el camino, por erigir la obra, vale decir, por formular el recurso. Estos conceptos, impuestos por el citado artículo 520 en su motivo 1º y por el artículo 531 del C. J., que dice qué debe contener la demanda de casación, se han expuesto en diversos fallos de esta Sala y obligan en el caso presente a reconocer que no habiendo efectivamente tal demanda, no puede infirmarse la sentencia del Tribunal.

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 veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD POR SIMULACION DE UNOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—TECNICA DE CASACION.—EL INTERES JURIDICO PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION DE SIMULACION

1.—Siendo el objeto especial de la casación la unificación de la jurisprudencia en cuanto a la interpretación o aplicación de la ley, es indispensable, como en innumerables ocasiones lo ha repetido la Corte, que el recurrente cite la disposición o disposiciones violadas y el concepto de dicha violación.

2.—Para incoar cualquier acción ante la justicia o para contradecirla tiene que haber interés. Todo sujeto poseedor de un derecho regularmente constituído, cualquiera que sea —contratante, heredero o tercero— puede hacer declarar judicialmente la simulación de un acto cuyo carácter ficticio le ocasione o pueda ocasionarle perjuicios. Esto no constituye más que la aplicación del antiguo apotegma "sin interés no hay acción", pues el interés constituye la condición específica de toda acción y donde no se da tampoco es posible accionar en juicio, siendo su razón que los individuos no acudan a los Tribunales por simple malicia o por placer, o sin necesidad alguna. Son, pues, requisitos indispensables para intentar una acción de simulación: a) Un derecho existente regularmente constituído por parte del actor, y b) Que el mismo pueda ser afectado por el acto aparente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

María del Tránsito Romero, vecina del Municipio de Panqueva, en el Departamento de Boyacá, contrajo segundas nupcias con el señor Isaías Rojas.

No existiendo otro asignatario forzoso que su cónyuge, pues la mencionada señora no tuvo descendientes y al momento de su muerte ya habían fallecido sus padres, otorgó testamento abierto, instituyendo como heredero universal a su marido, acto que se consignó en instrumento público número 441 de 1935 de la Notaría Segunda del Circuito de El Cocuy.

Más tarde, por escritura pública número 198, otrgada en la misma notaría el 1º de junio de 1937, la citada Romero de Rojas, hizo escritura de venta de todos sus haberes a Baldomero Correa.

Una vez muerta Tránsito, su comprador se apresuró a vender los mismos bienes al esposo de aquélla, señor Ismael Rojas, hecho que se consumó por medio de la escritura pública número 490 de 2 de diciembre de 1938.

Posteriormente el doctor José Abelardo García O. adquirió por compra a varios sobrinos de la mencionada Tránsito Romero, los derechos que pudieran corresponderles como tales en la mortuoria de su tía, quien como ya se dijo, falleció sin dejar descendientes ni ascendientes.

Afirmando García, en su carácter ya dicho de cesionario de los derechos herenciales de los sobrinos en la mortuoria de la señora Romero de Rojas, que el testamento era nulo por haber sido obtenido mediante fuerza y engaño y que había sido revocado tácitamente al disponer la causante antes de morir de todos sus bienes y que la escritura de traspaso hecha por la Romero a Correa y por éste al cónyuge supérstite, no tenía otro objeto que disimular un contrato de compraventa entre cónyuges, compareció ante el juez del Circuito de El Cocuy en demanda contra Baldomero Correa e Ismael Rojas, para que en sentencia definitiva se declarara la nulidad por simulación de los contratos de compraventa de que se ha hablado y la nulidad absoluta o relativa del testamento en cuestión.

Como consecuencia de la nulidad de las ventas pidió en el punto cuarto de su demanda "que la posesión de los bienes relacionados (los que fueron materia de los contratos atacados) quedara

en poder o en manos de los herederos de la nombrada señora Tránsito Romero".

También pidió, como solicitud subsidiaria, que se declararan resueltos los contratos de compraventa consignados en las escrituras números 198 y 490 de 1937 y 1938, respectivamente, por falta de pago del precio o precios que figuran en dichos contratos, pues, dice el actor, no hubo entrega de los valores de las ventas por la misma razón de que se trataba de actos simulados.

Sentencia de primera instancia

El Juez único del Circuito de El Cocuy, ante quien se propuso el pleito, decidió la primera instancia por providencia de fecha 6 de septiembre de 1943, por la cual negó las declaraciones pedidas.

La sentencia recurrida

Apelada la sentencia por el demandante, los autos subieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, donde al final de la segunda instancia se decidió el negocio con fecha 5 de abril de 1945, revocando en parte la providencia recurrida.

El Tribunal declaró nulos los contratos celebrados entre la Rojas y Correa y el efectuado entre éste último y el cónyuge supérstite, por considerar que tales actos sólo tuvieron por objeto consumar una venta de la esposa al marido, contra la prohibición expresa del artículo 1852 del C. C.

Declaró válido el testamento por no haberse demostrado ninguno de los hechos contra él aducidos.

Como consecuencia de la nulidad de las ventas y teniendo en cuenta la validez del testamento y la petición hecha por el demandante de que decretada la nulidad de aquéllas los bienes debían volver a poder de los herederos, el Tribunal dispuso que los bienes en cuestión, pertenecen a la sucesión testamentaria de la señora Tránsito Romero, representada por sus herederos y deben a ella ser entregados tres días después de la ejecutoria del fallo.

El Tribunal fundó su negativa sobre la nulidad del testamento en que las declaraciones de los testigos aducidas para demostrar la fuerza y el engaño empleados por Rojas para que su mujer le instituyera heredero fueron ineficaces en la comprobación de tales circunstancias. Además, como lo observa el mismo juzgador, entre el otorgamiento del testamento y la muerte de la testadora, medió un lapso suficiente para que la citada señora hubiera podido exteriorizar en forma solemne y pública el engaño de que había sido víctima, y la forma como se le hizo otorgar aquel acto, máxime si se tiene en cuenta, como aparece de autos, que la Romero estuvo fuera del hogar algún tiempo con posterioridad al otorgamiento de su testamento.

En cuanto a la revocación tácita que se hace surgir del hecho de que la testadora, con posterioridad al otorgamiento del testamento vendió sus bienes, dice la sentencia lo siguiente:

"Es bien sabido que una memoria testamentaria no se revoca sino por otra del mismo género, porque las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen. Cosa muy distinta es lo que establece el artículo 1193 del C. C., desde luego que allí se refiere es a casos de un simple legado". Más adelante agrega: "Cabe, además, observar que el heredero es instituído no solamente para recoger determinado bien sino que es, por otra parte, representante de la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y así la simple enajenación de un bien no puede revocar tal institución".

El recurso de casación

Del fallo de segunda instancia recurrió el demandante en casación. En esta Corte el expediente ha sufrido la tramitación de rigor y ha llegado la oportunidad de dictar sentencia, lo cual procede la Sala a verificar mediante las consideraciones que pasan a expresarse:

Se acusa el fallo por las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., o sea por violación de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y por no estar la sentencia en consonancia con las peticiones que fueron materia del litigio.

Causal primera.—Sostiene el recurrente que la sentencia violó los artículos 1746, 1523, 1852 y 2º de la ley 50 de 1936, por falta de aplicación o indebida aplicación.

Cargo primero.—Afirma que en la providencia del Tribunal existe "un manifiesto desacuerdo o contradicción entre la parte motiva del fallo y la resolutiva". 'Si la nulidad alegada en el juicio —dice— cabe dentro de lo preceptuado en el artículo 2º de la ley 50 de 1936 que cita el Tribunal y que exclusivamente contempla la nulidad abso-

luta, se violó dicha disposición al declarar en definitiva la nulidad relativa, cuyos efectos son enteramente distintos. Sostiene, también, que por cuanto no se declaró la nulidad absoluta se violó el artículo 1852 del C. C.

Segundo cargo.—Ataca la sentencia igualmente por cuanto el Tribunal en la parte resolutiva dispuso "que los bienes deben volver a la sucesión testada de Tránsito Romero, es decir, agrega, al patrimonio de Isaías Rojas, autor del fraude a la ley y a cuyo favor se constituyó el testamento acusado.

Señala como violados por tal aspecto los artículos 1746 y 1523 del C. C., el primero en lo que respecta al derecho que da a las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícitos; y el segundo, porque habiendo un contrato ilícito en lo prohibido por la ley, el Tribunal, olvidando tales preceptos ordenó que los bienes volvieran a poder del autor del fraude a la ley. Por consiguiente, "no tuvo en cuenta la definición y el alcance del objeto ilícito".

Para el recurrente, el Tribunal aplicó correctamente el artículo 1852 del C. C. en cuanto declaró la nulidad de los contratos que tendían a traspasar al marido los bienes de su mujer, pero se separó, dice, de ese derrotero cuando en lugar de "imponer las sanciones debidas a la violación de la ley" y que eran motivo del juicio, resolvió que la nulidad recaía, no sobre el autor del fraude a la ley, sino a su favor y en contra del demandante, pues a tal consecuencia lleva su orden de que los bienes que fueron materia de los contratos anulados "pertenecen a la sucesión de Tránsito Romero y a ella deben volver y ser entregados".

Sostiene que los bienes deben retornar a la sucesión intestada de la señora Romero de Rojas y no a la testamentaria.

Cargo tercero. — Funda su argumentación en esta parte de su ataque a la sentencia en que el testamento otorgado por la Romero de Rojas a favor de su consorte quedó sin efecto en cuanto a los inmuebles mencionados en dicha escritura. Que habiendo salido del patrimonio de la testadora los bienes en virtud de la enajenación, "tales bienes no pueden ser objeto de asignaciones testamentarias por sustracción de materia".

"Si el testamento fuera válido, agrega por último, Rojas quedaría como heredero para todos los efectos legales, pero no para recibir contrariando disposiciones legales, los bienes que salieron del patrimonio de la testadora y que fueron objeto de los contratos anulados".

Se considera:

En el presente juicio se propusieron dos acciones: la relativa a la nulidad del testamento, para la cual tenía interés el actor como cesionario de herederos abintestato, a los cuales correspondía la herencia al declararse sin efecto la última voluntad de la causante, y la acción de nulidad de las ventas realizadas por la esposa a favor de su marido mediante la intervención de un tercero.

La decisión favorable de la primera solicitud hubiera dado origen al interés del actor para demostrar la nulidad de los actos que tuvieron por objeto la venta de bienes entre cónyuges expresamente prohibida por la ley, materia de la segunda acción incoada.

En el orden de estudio de las acciones propuestas, correspondía al sentenciador examinar en primer término lo relacionado con la nulidad del testamento, pues de que tal declaración prosperara, dependía que se pudiera estudiar, lo relacionado con la nulidad de la venta entre los cónyuges, ya que para ejercitar tal acción era necesario establecer ante el juez el derecho o interés del actor.

Declarada la validez del testamento no le era posible al juzgador, por falta de interés en el demandante, entrar a conocer de la petición de nulidad, que se subordinaba, por decirlo así, al éxito de la primera.

El Tribunal, con todo, a pesar de haber declarado la validez del testamento y desconocido, por consiguiente, el derecho en el demandante para pedir la nulidad de actos relacionados con la herencia, decidió sobre la nulidad de los contratos celebrados entre la señora Romero de Rojas y Baldomero Correa y entre éste y el marido de aquella, y la sentencia, en ese sentido no fue apelada por los demandados. No está, pues, a estudio de la Corte la legalidad del proveído en tal aspecto.

Esto sentado, sería suficiente para rechazar los cargos propuestos contra la sentencia en la parte referente a la anulación de los contratos de compraventa atrás comentados, en cuanto dispuso que los bienes materia de aquellas operaciones volvieran a la sucesión testamentaria de Tránsito Romero. El actor en el pleito carece de interés

jurídico para demandar en casación la revisión de tales actos.

Considera el recurrente que entre la parte motiva de la sentencia y la resolutiva existe un completo desacuerdo, pues a pesar de considerar nulos los contratos de compraventa que tenían por objeto traspasar bajo una forma simulada los bienes raíces de la mujer al marido, en el fallo se dispuso que tales bienes debían ser entregados a la sucesión testamentaria de Tránsito Romero, con lo cual venía a beneficiarse el marido a pesar de la ilicitud de los contratos de compraventa de que se ha hecho mérito.

Carece de fundamento legal el anterior cargo, pues no se encuentra relación entre la institución de heredero hecha en el testamento con respecto a la validez de los contratos celebrados entre los cónyuges por interpuesta persona ni disposición alguna de carácter legal que faculte al actor para hacer tal solicitud.

Anulados los contratos de venta, los bienes volvían a su estado anterior, es decir, a la propiedad de la testadora y por virtud del testamento que fue declarado válido, los bienes pasan a poder del heredero instituído en el testamento.

Por la misma razón debe rechazarse la acusación presentada contra la misma sentencia en cuanto se declaró, dice el cargo, la nulidad relativa de los referidos traspasos de bienes entre los cónyuges, pues, como se expuso al principio de esta providencia, el actor carece de interés jurídico con respecto a tales actos, ya que dejó de tenerlo una vez declarada la validez del testamento que dejaba sin valor sus pretensiones a la sucesión intestada.

Pero hay algo más: la sentencia no habló de nulidad relativa, sino que consideró que la simulación que tuvo por objeto el traspaso de bienes al marido, era simulación relativa ya que las partes se propusieron realizar el acto secreto del traspaso bajo la apariencia de los contratos de compraventa de que se ha hablado.

En el último cargo repite el argumento expuesto en la demanda y que rebatió con éxito el Tribunal de que la venta de los bienes de la testadora dejó sin efecto el testamento. Este cargo debe rechazarse porque el recurrente no mencionó las disposiciones violadas, ni el concepto en que lo fueron.

Siendo el objeto especial de la casación la unificación de la jurisprudencia en cuanto a la interpretación o aplicación de la ley, es indispensable, como en innumerables ocasiones lo ha repetido esta Corte, que el recurrente cite la disposición o disposiciones violadas y el concepto de dicha violación.

Por lo expuesto se rechazan los cargos.

Causal segunda

Sostiene, por último, el recurrente que en la sentencia existe inconsecuencia entre lo pedido y lo fallado. Dice textualmente:

"En la declaración cuarta de la parte resolutiva de la sentencia acusada el Tribunal dispuso que los bienes que fueron objeto de los contratos anulados pertenecen a la sucesión testada de Tránsito Romero y que a ella deben ser entregados dentro del tercero día. Esta declaración podía haberse hecho, por ser absolutamente igual, a favor del demandado Isaías Rojas ordenando le sean entregados los bienes en referencia, ya que él es el único heredero testamentario de la causante, hecho más que constatado en el juicio, y así se patentizaría más la conclusión, rayana en absurdo, de que las declaraciones condenatorias del fallo recaen en beneficio del demandado y en contra del demandante".

"Aquí se salió el sentenciador abiertamente del contexto de la demanda, resolvió un punto que en ella no se pidió, o mejor, se concedió lo pedido por el demandante pero a favor del demandado, y así se incurrió en la causal segunda de casación. Parece que hubiera habido demanda de reconvención, pues solamente en virtud de ella y de petición del contrademandante podía hacerse recaer a su favor la nulidad de los contratos acusados en la demanda".

Se considera:

El actor en el pleito señor García, como cesionario de los sobrinos de la señora Romero de Rojas, demandó la nulidad del testamento y la de los contratos celebrados por interpuesta persona entre los cónyuges; y como natural consecuencia, que esos mismos bienes volvieran al patrimonio de la sucesión intestada de la señora Tránsito Romero.

La entrega de los bienes es una consecuencia lógica y natural de la nulidad decretada. Declarados sin efecto los contratos, los bienes materia de ellos no podían permanecer en el patrimonio del último adquirente sino que al tenor del ar-

tículo 1746 del C. C., las cosas debían ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es decir, los bienes enajenados deben reintegrarse al patrimonio de la primitiva vendedora, señora Romero de Rojas, y como para la fecha de la sentencia ya había fallecido ésta, debían volver a la sucesión, que por efectos del testamento declarado válido, era sucesión testamentaria.

No hay, pues, exceso en la decisión del Tribunal, pues no se condenó a más de lo pedido. Lo que sucedió fue que era inútil e ineficaz para los fines propuestos la decisión del Tribunal, puesto que aun cuando se declare la nulidad de las ventas, esta situación no podía beneficiar a quien no tenía interés en el acto.

El Tribunal ha debido estudiar, en primer término lo relativo a la nulidad del testamento, pues solamente si hubiera prosperado tal súplica, habría nacido para el demandante el interés jurídico para solicitar la nulidad del acto simulado, prohibido por las leyes como era la venta entre cónyuges. Anulada la memoria testamentaria, la sucesión debía regirse por las disposiciones señaladas por la ley cuando el difunto no ha dispuesto de sus bienes, o si dispuso, como sería el caso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones (artículo 1037 del C. C.) y entonces sí aparecía el derecho de los herederos intestados para demandar la nulidad de los otros actos.

Para incoar cualquier acción ante la justicia o para contradecirla, tiene que haber interés. Todo sujeto poseedor de un derecho regularmente constituído, cualquiera que sea — contratante, heredero o tercero — puede hacer declarar judicialmente la simulación de un acto, cuyo carácter ficticio le ocasione o pueda ocasionarle perjuicios. Esto no constituye más que la aplicación del antiguo apotegma "sin interés no hay acción", pues el interés constituye la condición específica de toda acción y donde no se da, tampoco es posible accionar en juicio, siendo su razón, que los individuos no acudan a los Tribunales por simple malicia o por placer, o sin necesidad alguna.

Son, pues, requisitos indispensables para intentar una acción de simulación: a) Un derecho existente regularmente constituído, por parte del actor; y b) Que el mismo pueda ser afectado por el acto aparente.

En el caso en estudio el derecho surgía de la desaparición del testamento ya que entonces la sucesión era intestada y entre las personas llamadas a suceder se encontraban los sobrinos de la causante que representa el actor. Vendidos los bienes en la forma simulada en que se hizo, el contrato oculto, el traspaso de bienes de la mujer al marido, era un acto nulo por ilícito y cuya nulidad daba por resultado que los bienes volvieran al patrimonio de la causante.

Pero declarado el testamento válido, el único interesado en la mortuoria de la señora Romero era su esposo como su heredero testamentario.

Fallada la nulidad de los contratos entre los esposos y aceptada la legalidad de la disposición de última voluntad, no era posible ordenar que los bienes pasaran a la sucesión intestada, pues sería un contrasentido considerar válido el testamento y a la vez ordenar la devolución de los bienes a la sucesión intestada que no existía.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 5 de abril de 1945, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario seguido por José Abelardo García O. contra Baldomero Correa y otro.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — El Secretario, Pedro León Rincón.

REIVINDICACION. — PRUEBA DEL MATRIMONIO

El acta de matrimonio es la prueba principal del vínculo. Además de las actas del registro sobre el hecho del matrimonio la ley permite que se demuestre ese estado civil con cierta clase de pruebas que sólo se admiten cuando se justifica plenamente o que no existen, ni en el registro civil ni en los parroquiales del lugar donde debió constituírse el estado civil respectivo, o que aunque existen los libros, no se encuentra en ellos la partida correspondiente.

Al tenor del artículo 395 del C. C. resulta que los medios destinados a suplir las pruebas principales del estado civil son: ya directos, es decir, demostrando hechos que acrediten su adquisición; ya indirectos, o sea, dando la prueba de la posesión del estado civil respectivo.

La simple referencia hecha en la escritura de compra de que la adquirente era mujer casada, no es prueba suficiente del estado civil. Podría ser un indicio que en forma alguna acreditaría el hecho del matrimonio, cuya prueba está especialmente reglamentada por la ley. Es verdad que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, pero para poder reconocer en juicio la existencia de tal sociedad es necesario demostrar el vínculo matrimonial, ya con la prueba principal, como sería el acta de matrimonio, o con las pruebas supletorias del caso. Pero omitida tal prueba el juez no puede dar por establecido el hecho con la simple referencia que de él se haga en un instrumento público, no destinado a demostrar tales circunstancias.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por la señora Helena T. Colina de Balcázar, en el juicio ordinario de reivindicación de un inmueble urbano situado en Puerto Colombia, Departamento del Atlántico, seguido por ésta contra Eduardo Visbal ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla.

Son antecedentes del presente litigio los siguientes:

1.—El 27 de diciembre de 1912, se extendió en la Notaría Segunda de Barranquilla la escritura número 1388, por medio de la cual Francisco Castro vendió a la señora Josefa D. Prenk de Colina un inmueble urbano alinderado como allí se expresa. Se consignó en dicho instrumento que la señora Prenk de Colina era, al momento de celebrar el contrato, mujer casada y que adquiría con permiso y consentimiento de su esposo Eduardo Colina, quien la asistió en el acto y firmó con ella el respectivo contrato.

2.—Murió la señora Prenk de Colina y su hija Helena T. Colina inició ante el Juez Tercero Civil de Barranquilla, la correspondiente causa mortuoria. En tal juicio y con fecha 23 de marzo de 1939, se expidió "decreto de posesión efectiva de la herencia en favor de la señora Colina de Balcázar, en su calidad de única heredera de la causante y en relación con el referido inmueble". Tal decreto fue inscrito en la Oficina de Registro del Circuito de Barranquilla el día 13 de abril del citado año, bajo la partida número 18, página 16, tomo I, del libro de registro de causas mortuorias.

3. — El expediente respectivo que contiene el juicio de sucesión de la señora Josefa Prenk de Colina, fue protocolizado en la Notaría Segunda del mismo lugar por medio del instrumento público número 1046 del mes de julio de 1939.

4.—Consta también que por escritura número 1208 de 1º de diciembre de 1932 de la Notaría Segunda de Barranquilla, Miguel y Helena Colina, diciéndose hijos de Eduardo Colina, vendieron a Eduardo A. Visbal, "los derechos herenciales que a los exponentes corresponden o puedan corresponderles como hijos legítimos de su finado padre señor Eduardo Colina, vinculados en el inmueble antes referido", que es el mismo que en la sucesión de la señora Prenk de Colina, se adjudicó a su hija.

5.—El 29 de junio de 1942 Helena T. Colina de Balcázar demandó a Eduardo Visbal, para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

Que el inmueble ubicado en el Municipio de Puerto Colombia, Departamento del Atlántico, a que se refieren los títulos acompañados a la demanda, le pertenece y debe serle restituído por el demandado, así como los frutos naturales y civiles, a contar del mes de enero de 1933, hasta el día de la entrega.

Para sustentar el derecho de dominio que alega, y demandar la correspondiente entrega de la cosa objeto del pleito, presentó la demandante copia registrada del decreto de posesión efectiva de la herencia y el título de su causante o sea la escritura número 1388 de 1912 ya citada.

6.—El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas, afirmando que había comprado el predio mediante escritura pública número 1208 de 1932, y por haber usucapido, dice, el mismo inmueble, que ha venido poseyendo desde la fecha en que los herederos Colina se lo transfirieron en dominio y propiedad.

7.—Tanto en la sentencia de primera instancia, como en la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, que conoció del negocio en grado de apelación, se absolvió al demandado de los cargos propuestos.

El Tribunal fundó su decisión, que confirmó la del inferior, en que para reivindicar es condición esencial la de que quien ejercita la acción de dominio acredite ser dueño de la cosa, y que la actora no demostró tal carácter. Expresa que como claramente se desprende de la escritura Nº 1388 de 1912, la señora Prenk de Colina, madre de la demandante, cuando lo adquirió estaba casada con Eduardo Colina y, por lo tanto, existía ya la sociedad Colina-Prenk. Que el inmueble materia del pleito fue adquirido a título oneroso y vino por lo tanto a formar parte del haber de la sociedad conyugal al tenor del artículo 1781, inciso 5º del C. C.

"La sociedad conyugal —dice el Tribunal—termina por la disolución del matrimonio, por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, etc., según lo estatuye el artículo 1820 del C. C. y la muerte de uno de los cónyuges, por sí solo causa automáticamente, la disolución del vínculo (artículo 152), y en consecuencia, la de la sociedad conyugal".

"Disuelta la sociedad, queda ésta en estado de liquidación y el cónyuge supérstite no puede disponer libremente de los bienes comunes pues éstos 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".

La demandante presentó copia del decreto de posesión efectiva de la herencia expedido a su favor como única heredera de la causante. Pero en concepto del Tribunal la causante no era dueña exclusiva del bien ya que éste pertenecía a la sociedad conyugal, que no se había liquidado (artículo 1155 del C. C.).

Termina el fallo con la declaración de que no siendo la señora Prenk de Colina dueña exclusiva del inmueble que adquirió durante la sociedad conyugal y para ésta, mal podía transmitir por herencia a su hija el total de la finca. Que para poder reivindicar es condición esencial la de que quien ejercita la acción acredite ser dueño de la cosa, conforme lo estatuye el artículo 946 del C. C., lo cual no pudo acreditar la demandante.

El recurso

No satisfecha con el resultado de su litigio la actora interpuso recurso de casación, el cual fue concedido y tramitado en la Corte. Siendo la oportunidad legal, la Sala procede a decidirlo.

Causales alegadas

El apoderado de la recurrente ataca el fallo del Tribunal con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., haciendo varios cargos, de los cuales la Sala escoge el que considera fundado.

Dice el recurrente: no probada, como no lo está, la existencia de la sociedad conyugal Colina-Prenk, todo el razonamiento del Tribunal desaparece, ya que la demandante recibió por herencia de su madre, lo que ésta había adquirido.

"El fallo de segunda instancia — continúa — parte de la base de que el bien raíz ingresó a la comunidad conyugal Molina-Prenk. La única referencia que existe en el proceso tocante a la existencia de dicha comunidad, es la de la escritura número 1388 de 27 de diciembre de 1912. Pero esta referencia no prueba la existencia de la sociedad conyugal, ya que ésta es obligado efecto del matrimonio, según el artículo 180 del C. C., de modo que la prueba de la sociedad no puede

ser otra que la prueba del matrimonio. En el juicio no figura, ni la prueba principal, ni la supletoria a que se refieren los artículos 22 de la ley 57 de 1887, 396 del C. C., 18 y 19 de la ley 92 de 1938".

Expresa que como el Tribunal se basó en la existencia de la sociedad conyugal y como no aparece la prueba del matrimonio, que sería la única demostración hábil, el juzgador de segunda instancia "incurrió en manifiesto error de hecho, que lo condujo a admitir la existencia de la sociedad, la entrada del predio al haber común y demás consecuencias relativas a la liquidación de aquella, quebrantando así indirectamente los artículos citados antes y con ello negó la reivindicación e infringió, además, los artículos 946 y 950 del C. C."

Al final de su demanda resume los cargos insistiendo de nuevo en que no está demostrada la existencia de la sociedad conyugal, que se cometieron errores de derecho "al apreciar el título de 1912 y el decreto de posesión efectiva de la herencia". Y dice: "La sentencia, como corolario de cada motivo alegado, violó los preceptos sobre reivindicación, particularmente los artículos 946, 947, 950 y 951 del C. C. Son las disposiciones violadas de carácter sustantivo. Sin los errores de hecho y de derecho y sin el quebrantamiento de tales preceptos de la ley, se habría accedido a las peticiones de la demanda".

La Corte considera:

El Tribunal dio por establecido en la sentencia que la Sra. Helena Prenk de Colina era mujer casada para la fecha en que adquirió por medio de la escritura pública número 1388 de 1912 la finca de cuya reivindicación se trata, por el simple hecho de que en el acto de firmar la escritura la compradora declaró que estaba unida en vínculo matrimonial con Eduardo Colina y obraba con consentimiento de su esposo, quien encontrándose presente la autorizó para el caso, firmando con ella el instrumento.

En el juicio no se encuentra la partida del matrimonio a que se hace referencia en la memorada escritura de compra.

La convención matrimonial, es decir, el acuerdo entre los contrayentes de tomarse por marido y mujer y de unirse ante la autoridad competente a título de esposos, se hace constar en un acta del registro de estado civil, el acta del matrimonio.

Esta acta es la prueba principal del vínculo. Además de las actas del registro sobre el hecho del matrimonio, la ley permite que se demuestre tal estado civil con cierta clase de pruebas que sólo se admiten cuando se justifica plenamente o que no existen, ni en el registro civil ni en los parroquiales del lugar donde debió constituírse el estado civil respectivo, o que aunque existen los libros, no se encuentra en ellos la partida correspodiente.

Al tenor del artículo 395 del C. C. resulta que los medios destinados a suplir las pruebas principales del estado civil son: ya directos, es decir, demostrando hechos que acrediten su adquisición; e indirectos, o sea dando la prueba de la posesión del estado civil respectivo.

La simple referencia hecha en la escritura de compra de que la adquirente era mujer casada no es prueba suficiente del estado civil. Podría ser un indicio que en forma alguna acreditaría el hecho del matrimonio, cuya prueba está especialmente reglamentada por la ley.

Es verdad que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, pero para poder reconocer en juicio la existencia de tal sociedad es necesario demostrar el vínculo matrimonial, ya con la prueba principal, como sería el acta de matrimonio, o con las pruebas supletorias del caso.

Pero omitida tal prueba, el juez no puede dar por establecido el hecho con la simple referencia que de él se haga en un instrumento público, no destinado a demostrar tales circunstancias.

La sentencia se apoya en la existencia legal de la sociedad conyugal, porque se considera que la finca fue adquirida para tal sociedad cuando celebró la señora Prenk el contrato de compra, pero no se demostró el matrimonio, que sería la única prueba de la comunidad conyugal. El Tribunal incurrió así en manifiesto error de derecho, que lo condujo a admitir la existencia de la sociedad, la entrada del predio al haber común y demás consecuencias relativas a la liquidación de aquella, quebrantándose indirectamente los artículos 22 de la ley 57 de 1887, 398 del C. C. y 18 y 19 de la ley 92 de 1938, lo cual condujo al Tribunal a negar la reivindicación demandada, infringiendo por ello los artículos 946 y 950 del C. C., por lo cual la sentencia debe casarse.

Como fundamento de la providencia que ha de reemplazar la proferida por el Tribunal, se hacen las siguientes consideraciones:

Como claramente se deduce de los artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C., son indispensables tres elementos para que prospere la acción de reivindicación: a) Dominio por parte del demandante; b) Posesión por parte del demandado; c) Cosa singular, derecho real de dominio o cuota determinada en una cosa singular, siempre que ésta sea materia de reivindicación. Si falta cualquiera de tales elementos, la acción no puede prosperar.

De los instrumentos públicos presentados por la demandante, se desprende que ella es la propietaria del bien que se reivindica, por haberlo adquirido por herencia de la madre señora Helena Prenk de Colina, o sea por uno de los modos señalados por el C. C. en sus artículos 673 y 1008.

Que su causante adquirió ese mismo bien por compra hecha por medio de la escritura número 1388 de 1912.

En contra de estos títulos presenta el demandado la escritura número 1208 de 1º de diciembre de 1932, de la Notaría Segunda de Barranquilla, por la cual Helena y Miguel Colina, diciéndose hijos legítimos de Eduardo Colina expresaron vender a Eduardo Visbal los derechos herenciales que afirmaron les correspondían, por muerte de su padre, en el mismo inmueble.

Acerca de este título es de notar que no se estableció el carácter de hijos de los vendedores con respecto al señor Colina, pues no se adujo copia de las partidas de nacimiento, ni la del matrimonio de sus padres. Vendieron derechos y acciones en la mortuoria de don Eduardo, de quien se dicen hijos, pero sin presentar, por otra parte, su partida de defunción.

En presencia, pues, de los títulos presentados por una y otra parte para sostener sus opuestas pretensiones, necesariamente deben prevalecer los del demandante que acreditan la adquisición del dominio por uno de los modos establecidos por el C. C.: la sucesión por causa de muerte, y la de su antecesor en el dominio por la tradición que del mismo bien le hizo a la causante Francisco Castro.

Respecto del segundo elemento, posesión del demandado, es un hecho aceptado en el pleito.

En lo que hace referencia al tercer requisito para que la reivindicación prospere, o sea la identidad de la cosa demandada, se estableció en la segunda instancia, por medio de la inspección ocular practicada sobre el inmueble en litigio, con peritos ingenieros, quienes conceptuaron sobre la correspondencia entre el bien demandado y el ocupado por el señor Eduardo Visbal.

Establecido, pues, que el bien reivindicado es un cuerpo cierto, que la actora es titular del derecho de dominio sobre él y que carece de la posesión de la cual disfruta el demandado, la acción debe prosperar.

En cuanto a la excepción de prescripción alegada, es de notar que el demandado no demostró haber poseído por el lapso legal necesario para justificar la usucapión, así como tampoco que esa posesión reuniera los demás requisitos que exige la ley. Se sabe, por ejemplo, que hoy es poseedor, pero se ignora desde cuándo, pues no está demostrado que la posesión comenzara el mismo día en que adquirió en compra los derechos y acciones de Helena y Miguel Colina en la mortuoria de su padre, pues en tal instrumento no se expresó que se hacía entrega del bien reivindicado al comprador, sino que el citado Visbal simplemente acepta el traspaso de derechos herenciales. Tampoco están probadas las demás excepciones alegadas.

En cuanto a las prestaciones demandadas, debe considerarse a Visbal como poseedor de buena fe, pues la Sala no encuentra base probatoria suficiente para considerar desvirtuada la presunción de buena fe, con que favorece al poseedor el artículo 762 del C. C.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 19 de septiembre de 1945, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y revocando la de primera instancia falla este pleito así:

Primero.—La señora Helena T. Colina v. de Balcázar es propietaria de "una casa de .....madera y barro, con sus anexidades y dependencias, junto con su respectivo solar, situada en Puerto Colombia, Municipio del mismo nombre, en la acera septentrional de la calle número 2, cuyas medidas y linderos son los siguientes: por el norte, veinte metros, con predio que es o fue de Eleuterio Orozco; por el sur, quince metros con cincuenta centímetros, con predio que es o fue de Domingo Ortega; por el este, diecisiete metros con cincuenta centímetros, linda con predio

que es o fue de Manuel Barros, o Barrios; y por el occidente, mide dieciocho metros y linda con la línea férrea".

Segundo.—Condénase a Eduardo Visbal a restituír, dentro del sexto día de la ejecutoria de esta sentencia a la señora Helena T. Colina v. de Balcázar, el inmueble que acaba de mencionarse, con los frutos correspondientes a partir del día 23 de junio de 1944, fecha de la contestación de la demanda, cuya cuantía se fijará conforme al artículo 573 del C. J.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario.

COSA JUZGADA EN LO PENAL.—SU INFLUENCIA EN EL PROCESO CIVIL.—SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL MIENTRAS SE FALLA EL PENAL

1.—El art. 28 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el 437 ibídem, configura el tránsito a lo civil de la cosa juzgada en lo penal, o, en otros términos, reconoce el principio de unidad de la jurisdicción; según éste las normas que atienden a separar los procedimientos en cuanto a lo civil y a lo penal estriban sólo en una distribución de trabajo, pero no en la distinta naturaleza de los fenómenos SUB JUDICE en uno u otro caso. Desde este punto de vista cuando los hechos controvertidos se desarrollan, dentro de la órbita del derecho privado, el brazo penal de la jurisdicción permanece ajeno del todo al litigio y éste se tramita por jueces civiles, en consonancia con los preceptos correspondientes; pero cuando el hecho, por intencional o por culpable, produce un efecto objetivo que a más de constituír una transgresión del derecho ajeno, implica la de las normas de conducta exterior que garantizan la estabilidad social, el Juez competente para conocer de esta última, de oficio, y en acción pública, es el penal a quien se ha confiado la tarea de hacer eficaces los preceptos represivos, vinculando a ella la de titular el interés individual lesionado por el hecho antisocial, en virtud de lo que los procesalistas llaman "fuero de atracción". El Juez penal, en tales circunstancias, tiene en sus manos no sólo la función que habitualmente le es propia, sino la excepcional de garantizar la efectividad de los derechos civiles que hallan fuente en el hecho punible desde el punto de vista del derecho penal; los actos procesales concluídos dentro de la sumaria y dentro de la causa criminal deben encaminarse, como es obvio, al logro de la doble finalidad; las providencias definitivas proferidas hacen tránsito a cosa juzgada en los diversos aspectos ofrecidos por el proceso, dentro de los límites legales, y con las excepciones consagradas por los preceptos respectivos.

La cosa juzgada consiste en hacer indiscutible la voluntad de la ley afirmada en la sentencia; si el juez halla o no error de conducta conforme a las normas positivas, o encuentra intención de dañar, en consonancia con las mismas, esa afirmación de la voluntad de la ley que configura la culpa o el delito intencional, es igualmente eficaz dentro de la órbita privada como en la pública, porque no es viable modificar la naturaleza del acto punible en frente de sus posibles consecuencias civiles o penales para hacerle producir efectos variables. Como dentro del ordenamiento jurídico el interés individual cede al público o general, la cosa juzgada lleva impreso el mismo principio, de donde resulta, como lo afirma Lalou, que el orden público se opone a que se rechace en interés privado lo que se ha juzgado en interés social.

2.—Estima la Sala que la suspensión de que trata el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal debe iniciarse desde el momento en que pudiera establecerse colisión entre el fallo civil y el penal ulterior, o en otros términos, desde antes de que se profiera sentencia de primera instancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En sentencia fechada el doce de febrero del año en curso, la Corte casó la proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y al fallar en instancia halló que no existía en el proceso prueba adecuada sobre la firmeza del auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Superior del Distrito de Pereira a favor de Francisco Benjumea; con el fin de suplir esa deficiencia en auto para mejor proveer fechado el veintiseis de marzo último, ordenó se librara despacho al indicado Juez Superior para que remitiera copia de la providencia recaída en

el grado de consulta correspondiente a dicho sobreseimiento; al diligenciar el respectivo despacho el secretario del Juzgado certifica que no se surtió la consulta.

La razón para que se omitiera llevar a conocimiento del Tribunal el proveído de que se trata estriba en que "en esa época los sobreseimientos definitivos no eran consultables", opinión que acaso pudiera reputarse vinculada a las providencias según las cuales la Sala Penal de la Corte se había considerado sin facultad legal para revisar en grado de consulta los autos de sobreseimiento definitivos proferidos por los Tribunales Superiores, doctrina que rectificó luego esa misma Sala; no obstante, la primitiva tesis fue claramente ubicada por la Corte en su propia competencia, y, en manera alguna en la de los Tribunales Superiores para decidir en el grado dicho sobre los sobreseimientos definitivos originados en Juzgados Superiores o de Circuito. En efecto: por medio de Acuerdo número 170 del tres de abril de mil novecientos cuarenta y uno, la Sala Penal de esta Corporación expresó los siguientes conceptos: "Tal declaración (la de incompetencia para conocer de las aludidas consultas), obliga solamente a la Corte, comoquiera que está concretada al radio de su competencia, sin que en modo alguno se refiera a la de los Tribunales, cuyo capítulo de atribuciones contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de esta Sala".

Sobre estas bases puede considerarse que la no consultabilidad de los autos de sobreseimiento definitivo proferidos por los jueces superiores o de circuito no ha sido propiamente jurisprudencia de la Corte, y que cuando alguno de esos funcionarios omitió dar cabida a la consulta, incurrió en yerro individual desconociendo "una institución procesal según la cual la ley, con la finalidad de que la providencia sea revisada en la jerarquía inmediatamente superior, suple por razones de orden público, en forma indirecta, la omisión voluntaria o involuntaria de las partes en el proceso". (GACETA JUDICIAL, Tomo LIX, página 973).

Fijadas así las posibles causas que influyeron para que el auto proferido por el Juzgado Superior de Pereira no fuera consultado con el Superior, aparece indudable que dicha providencia aún no está en firme y que, por tanto, no es dable tenerla en cuenta para los efectos del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

Este precepto, en acuerdo con el 437 ibídem, configura el tránsito a lo civil de la cosa juzgada en lo penal, o, en otros términos, reconoce el principio de unidad de la jurisdicción; según éste, las normas que atienden a separar los procedimientos en cuanto a lo civil y a lo penal, estriban sólo en una distribución de trabajo pero no en la distinta naturaleza de los fenómenos sub judice en uno o en otro caso. Desde este punto de vista cuando los hechos controvertidos se desarrollan dentro de la órbita del derecho privado, el brazo penal de la jurisdicción permanece ajeno del todo al litigio y éste se tramita por jueces civiles, en consonancia con los preceptos correspondientes; pero cuando el hecho, por intencional o por culpable, produce un efecto objetivo que a más de constituír una transgresión del derecho ajeno, implica la de las normas de conducta exterior que garantizan la estabilidad social, el Juez competente para conocer de ésta última, de oficio, y en acción pública, es el penal a quien se ha confiado la tarea de hacer eficaces los preceptos represivos, vinculando a ella la de tutelar el interés individual lesionado por el hecho antisocial, en virtud de lo que los procesalistas llaman "fuero de atracción". El Juez penal, en tales circunstancias, tiene en sus manos no sólo la función que habitualmente le es propia, sino la excepcional de garatizar la efectividad de los derechos civiles que hallan fuente en el hecho punible desde el punto de vista del derecho penal; los actos procesales concluídos dentro de la sumaria y dentro de la causa criminal deben encaminarse, como es obvio, al logro de la doble finalidad; las providencias definitivas proferidas hacen tránsito a cosa juzgada en los diversos aspectos ofrecidos por el proceso, dentro de los límites legales, y con las excepciones consagradas por los preceptos respectivos.

La cosa juzgada consiste en hacer indiscutible la voluntad de la ley afirmada en la sentencia; si el juez halla o no error de conducta conforme a las normas positivas, o encuentra intención de dañar, en consonancia con las mismas, esa afirmación de la voluntad de la ley que configura la culpa o el delito intencional, es igualmente eficaz dentro de la órbita privada como en la pública, porque no es viable modificar la naturaleza del acto punible en frente de sus posibles consecuencias civiles o penales para hacerle producir efectos variables. Como dentro del ordenamiento jurídico el interés individual cede al público o general, la cosa juzgada lleva impreso el mismo

principio, de donde resulta, como lo afirma Lalou, que el orden público se opone a que se rechace en interés privado lo que se ha juzgado en interés social.

Se hacen más claras aún estas consecuencias de la unidad de jurisdicción si se considera que el fundamento de la cosa juzgada no se constituye en una presunción de verdad derivada de la vieja sentencia de Ulpiano: "res judicata pro veritate habetur"; es de recibo corriente en el comercio jurídico contemporáneo que este fundamento hipotético no concuerda con la realidad, no sólo por su naturaleza conjetural sino porque lo contradicen las normas legales que crean los medios de impugnación respecto de la cosa juzgada; los recursos extraordinarios, la posibilidad de controvertir en procedimiento ulterior lo decidido en fallo firme dictado en ciertos juicios especiales, indican que la ley no presume veracidad en la cosa juzgada. El fundamento de ésta estriba en el agotamiento de la jurisdicción en el Estado cuando ya la ha ejercido íntegramente, ora respecto de los hechos delictuosos, como contrarios al orden establecido, ora en relación con las consecuencias civiles e individuales que comportan; el artículo 473 del Código Judicial parece estar inspirado en esta idea cuando dice que la sentencia firme hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria. Realmente esta especie de nulidad "absoluta" en materia procesal no puede identificarse con alguna de las causales que el mismo Código señala taxativamente como capaces de viciar el juicio; la que más se le asemeja es la incompetencia de jurisdicción, pero no se identifica con ella porque la nulidad instituída en el artículo 473 no es saneable jamás, al paso que sí lo es en principio la procesal originada en la incompetencia aun cuando, según las voces de la ley, la jurisdicción sea improrrogable. La diferencia cardinal reside en que al obrar en contradicción con la cosa juzgada, el juez carece de jurisdicción porque el Estado la ha perdido y no puede comunicársela para su ejercicio, mientras que al actuar desoyendo la gradación de la competencia, el juez sí tiene la jurisdicción que corresponde al Estado pero la está ejerciendo irregularmente.

La circunstancia de que el estatuto procesal penal expedido en 1938 diera cabida práctica a la unidad de la jurisdicción ha traído, como es obvio, discrepancias doctrinarias, interpretaciones disímiles, y resultados variables. Los funcionarios del ramo penal en su gran mayoría continúan creyendo que su papel termina en tanto así lo indiquen las necesidades represivas, y olvidan que en sus manos tienen también la eficacia de los derechos individuales; en ocasiones la deficiencia en la investigación, la prolongación del trámite, el sobreseimiento proferido sólo en atención a los efectos penales, destruyen el derecho individual porque conllevan una situación de consecuencia irreparable en el campo de los derechos civiles, no suficientemente meditada en acuerdo con ellos; el caso de autos es elocuente ejemplo de cómo un funcionario penal, sobresee definitivamente a favor de una persona, no se cuida de rodear de firmeza procesal su fallo, y archiva el expediente y con él la posibilidad de reparación patrimonial para la familia de la víctima; es posible, claro está, que los fundamentos de dicha decisión se mantengan incólumes una vez consultados con el Superior pero, mientras ello no suceda, no podrán considerarse útiles sus consecuencias para todos los efectos legales.

Tales razones impedían al Juez de primera instancia proferir fallo en este juicio porque estando pendiente la sumaria contra Francisco Benjumea no podía juzgar en interés individual lo que no había terminado de juzgarse en lo social; al obrar así apenas hubiera dado cumplimiento al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, norma inspirada también en los principios que configuran la idea de unidad de jurisdicción.

El precepto citado ordena la suspensión del juicio civil o administrativo en cuyo desenlace pueda influír el fallo que se dicte en una actuación penal; con fundamento en él, y en casos como el presente, algunos funcionarios y corporaciones judiciales se han considerado en presencia de una excepción dilatoria de fondo, la de petición antes de tiempo, y la han declarado probada en la sentencia. Un estudio más cuidadoso puede conducir a otra solución; en efecto:

Como ya se dijo, el artículo 11 citado, es una consecuencia de la forma como en la legislación nacional se realiza el concepto unitario de la jurisdicción; de esta suerte al interpretarlo ha de tenerse en cuenta que el factor suspensivo de la actividad civil, es la jurisdicción misma, y que, por tanto, ella no puede emplearse civilmente mientras penda el trámite penal porque ello contrariaría el principio recogido por la ley; ésta, en consecuencia, no puede referirse sólo a una simple suspensión material o de trámite, sino de la competencia del funcionario civil para decidir un

proceso paralelo a otro penal sobre los mismos hechos, o al menos sobre la misma fuente de derechos civiles y de responsabilidades penales. La suspensión prevista por la Ley obra entonces como inhibitoria de jurisdicción para el fallo, y acarrea la imposibilidad de estimar probada una excepción constituída precisamente por el ejercicio doble de la facultad jurisdiccional en un caso concreto. Desde otro punto de vista, esa forma de solucionar el litigio civil es gravoso para las partes porque les apareja la necesidad de iniciar por segunda vez el proceso civil, una vez que haya culminado el penal impeditivo de que sobrevenga fallo de fondo en el primero; es necesario, pues, que la suspensión no apareje esa carga y que permita el acceso al juicio civil de los instrumentos que contengan lo decidido en lo penal en oportunidad adecuada para que puedan ser tenidos y contradichos como pruebas.

El período probatorio de la presente causa civil se inició en el primer grado por auto del veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, y durante el término hábil para pedirlas se solicitó por la parte demandada la práctica de varias consistentes en allegar al juicio instrumentos públicos, entre ellos la copia del auto de sobreseimiento dictado por el Juez penal; estima la Sala que la suspensión de que trata el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal debe iniciarse desde el momento en que pudiera establecerse colisión entre el fallo civil, y el penal ulterior, o en otros términos, desde antes de que se profiera sentencia de primera instancia. En consecuencia la dictada en este juicio por contradecir la norma de que se viene haciendo mérito, es ilegal por prematura, y debe revocarse para atender en su lugar el mandamiento dicho.

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, y decidiendo en instancia la presente causa, REVOCA por prematuro el fallo proferido en ella con fecha dieciocho de mayo de mil novecientos cuarenta y tres por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, y en su lugar DECLARA SUSPENDIDO este juicio a partir del auto de citación para sentencia dictado en la primera instancia.

La suspensión cesará tan pronto como por providencia firme se decida definitivamente la sumaria iniciada, o la causa penal, contra Francisco Benjumea por razón de la muerte de Manuel José o Manuel de Jesús Zapata.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

José Antonio Montalvo (con salvamento de voto)—**Pedro Castillo Pineda**—**Ricardo Hinestrosa Daza**—**Alvaro Leal Morales**—**Hernán Salamanca. Manuel José Vargas**—**Pedro León Rincón**, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL Dr. JOSE ANTONIO MONTALVO

Con todo el respeto debido a mis distinguidos colegas de Sala, tengo que manifestar mi disentimiento respecto del fallo que precede.

Se dice en él que la idea de que no son consultables los autos de sobreseimiento definitivo proferidos por jueces de circuito o por jueces superiores "no ha sido jurisprudencia de la Corte", pues, aun cuando en el año de 1940 se pronunció en tal sentido, la Sala de Casación Penal rectificó o varió en el año de 1945 esa doctrina; porque aun la antigua Sala había ya, en Acuerdo número 170 de 3 de abril de 1941, precisado o concretado que la declaración hecha por ella de incompetencia para conocer de consultas relativas a autos de sobreseimiento, proferidos por Tribunales Superiores, tan sólo obligaba a la propia Corte"; y que cuando algún juez superior o de circuito ha omitido consultar con el Tribunal el auto de sobreseimiento, ha incurrido en yerro individual, "desconociendo una institución procesal según la cual la ley, con la finalidad de que la providencia sea revisada en la jerarquía inmediatamente superior, suple por razones de orden público, en forma directa, la omisión voluntaria o involuntaria de las partes en el proceso".

Estos últimos conceptos son de la Sala de Casación Penal, en providencia de 15 de octubre de 1945, en la cual varió la anterior doctrina sobre no consultabilidad de los autos de sobreseimiento.

En el Acuerdo número 170 fechado el 3 de abril de 1941, la Sala de Casación Penal, integrada por los mismos Magistrados que venían sosteniendo la no consultabilidad de los autos de sobreseimiento, se dijo lo siguiente:

"Tal declaración obliga solamente a la Corte, comoquiera que está concretada al radio de su competencia, sin que en modo alguno se refiera a la de los Tribunales, cuyo capítulo de atribuciones contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de esta Sala". (G. J. Tomo 51, páginas 94 a 99).

Más adelante se dice en ese mismo Acuerdo que no ha entendido la Corte "al manifestarse legalmente inhibida para revisar por consulta los autos de sobreseimiento pronunciados por los Tribunales Superiores con aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal, que hubiera establecido un precedente general aplicable, por analogía, a las providencias similares de los jueces superiores y de circuito".

De estos pasajes del Acuerdo número 170 se ha tomado pie para pensar que la propia Sala de Casación Penal que había propugnado la tesis de no consultabilidad de los sobreseimientos, admitió más tarde, en el memorado Acuerdo, que los Tribunales sí deben conocer, por consulta, de los autos de sobreseimiento proferidos por jueces superiores o de circuito.

Como miembro entonces de la Sala que aprobó tal Acuerdo, el suscrito debe aclarar posibles equívocos acerca del mismo.

En primer lugar, las providencias de inhibitoria no las profirió la Sala Penal como Tribunal de casación, de manera que esos fallos no estaban llamados a tener alcance doctrinario o jurisprudencial, sino que fueron dictados con el criterio y el sentido de responsabilidad de un Tribunal de instancia. Por consiguiente la Sala de Casación Penal no estaba dando normas, casi me atrevo a decir que no podía darlas, a los Tribunales y jueces inferiores acerca de la manera como ellos hubieran de resolver ese determinado problema de Derecho Procesal, máxime cuando él implica posibles responsabilidades penales por abuso de jurisdicción o por indebida declinatoria de la misma.

Esto mismo que acabo de estampar aquí es lo dicho por la Sala Penal en el traído Acuerdo número 170 del año de 1941:

Allí no se niega, pero tampoco se acepta que los Tribunales de Distrito Judicial tengan facultad legal para conocer por consulta de los autos de sobreseimiento que dicten los jueces.

En tal Acuerdo se limita la Corte: 1º a conceptuar sobre cambio de radicación de un proceso por delitos cometidos en la Tesorería Municipal de Cartagena; 2º a observar que las disposiciones legales relativas a competencia legal de la Corte no son idénticas a las que rigen para los Tribunales; 3º a reafirmar la independencia de éstos

para decidir en cada caso particular sobre la cuestión, pues mal podría la Corte pretender darles normas generales obligatorias; 4º a defenderse del cargo, inepto por cierto, que pretendía hacerle el Procurador Delegado, de ser ella responsable de la impunidad de múltiples delitos de peculado cometidos en el Departamento de Bolívar merced a la no consultabilidad de los sobreseimientos. El Acuerdo número 170 reduce a la nada la injusta imputación, haciendo ver cómo de cuarenta y ocho (48) denuncias de peculado en Bolívar, solamente en un caso se abstuvo el Tribunal Superior de Cartagena de conocer la consulta del sobreseimiento.

Las salvedades hechas en el Acuerdo número 170, y la circunstancia de que la Corte sólo se hubiera pronunciado acerca de su propia competencia para resolver las consultas de sobreseimiento, no disminuye la fuerza de los razonamientos expuestos en providencias anteriores y posteriores a tal Acuerdo, sobre la tesis de no consultabilidad de aquéllos.

El suscrito, al menos, no ha encontrado ni en la nueva doctrina adoptada por la Sala de Casación Penal (15 de octubre de 1945), ni en la sentencia que hoy profiere la Sala de Casación Civil, razones de suficiente valor para desvirtuar la tesis que podría enunciarse en dos proposiciones, así:

1ª Es aconsejable, y aun más, puede considerarse de imperiosa necesidad que los autos de sobreseimiento definitivo, por su trascendencia sobre todo tratándose de ciertos delitos, sean sometidos a consulta con el Superior;

2ª Pero desde el punto de vista de la ley escrita, y a pesar de aquella conveniencia y necesidad, hay que concluír que el nuevo Código de Procedimiento Penal prescindió de establecer el segundo grado de la jurisdicción para el sobreseimiento, omisión que no es subsanable por la vía interpretativa, ya que es privativo de la ley determinar lo relativo a competencia.

Al suscrito, como Magistrado que era de la Sala de Casación Penal cuando se planteó, se discutió largamente y se decidió por fin acerca de la no consultabilidad de los autos de sobreseimiento, le correspondió ser ponente de la providencia que profirió aquella Sala con fecha 3 de diciembre de 1940, por medio de la cual se declaró la Corte inhibida para conocer de aquella clase de consultas.

La misma doctrina expuesta en ese fallo fue sostenida por aquella Sala con posterioridad al Acuerdo número 170 de 3 de abril de 1941.

La providencia de 3 de diciembre de 1940 dice, en lo pertinente, así:

"Aduce el señor Procurador, muy interesantes argumentos para demostrar la trascendencia del auto de sobreseimiento definitivo y la imperiosa necesidad de que sea consultado.

'La Corte abunda en esas mismas opiniones, pero discrepa del señor Procurador en cuanto este alto funcionario les atribuye fuerza desde el punto de vista de la ley escrita, mientras que para esta Sala aquellas argumentaciones valen —y mucho— pero sólo con el criterio **de jure condendo.**

'Observa el señor Agente del Ministerio Público que el auto de sobreseimiento, equivale a una sentencia definitiva y cita en su apoyo la autoridad del profesor napolitano Marsico y la clasificación que éste hace de las sentencias en "sustanciales" y "procesales".

"Muy interesante la disertación del señor profesor Marsico. Ocurre, sin embargo, que la ley procesal colombiana ha adoptado una clasificación diferente, pues el artículo 156 de la Ley 94 de 1938 define como auto interlocutorio, y por oposición a las sentencias, "el que califica el mérito del sumario".

"De modo que éste es un punto resuelto en forma nítida por el Código de Procedimiento Penal.

"El señor Procurador reconoce que en el nuevo Código no existe disposición que de modo expreso haga consultable el sobreseimiento; pero se apoya en ciertas alusiones de algunos artículos de aquel Código que, en sentir de la Procuraduría, sugieren la consultabilidad de esas providencias.

"Cita el mismo funcionario los artículos 430, 410, 153 de la Ley 94 de 1938. Ya la Corte, con el interés que el problema requiere, había estudiado, despacio y antes de dictar su auto de fecha tres de junio del presente año las disposiciones a que alude el señor Procurador, y muchas otras del mismo Código, relacionadas con el asunto de que se trata: verbi gracia, los artículos 42, 44, 182, 191, 192, 196, 441, 538 y siguientes, y algunos más.

'A través de ese estudio, la Sala ha llegado a la conclusión de que para conocer de la consulta de sobreseimiento, ante la falta de reglas expresas habría que acudir a una inadmisible escala de analogías.

'En primer lugar, el Código nada proveyó sobre sustanciación de segunda instancia de la consulta

de autos interlocutorios, y sería preciso suplir, por analogía el trámite correspondiente, acudiendo no se sabe si a las reglas que la ley da para surtir la consulta de sentencias, o a las normas sobre apelación de autos interlocutorios.

"En segundo lugar, sería inaceptable el supuesto de que deba someterse a consulta todo auto de sobreseimiento definitivo, si se tiene en cuenta que ni aun las sentencias absolutorias están siempre sujetas a ese medio de revisión.

"Habría que ponerle alguna limitación a la consultabilidad de los sobreseimientos y al crear esa regla obraría la Corte de modo arbitrario, atribuyéndose la función del legislador.

"Por último: la jurisdicción no es asumible por analogía, ya que los agentes del Poder Público sólo pueden ejercer funciones que les haya conferido expresamente la ley, máxime si se trata de las que implican mando o autoridad en lo judicial.

"En las actas de la Comisión que elaboró el Código de Procedimiento Penal se encuentra un proyecto de artículo según el cual el sindicado respecto de quien se sobreseyera sería puesto en libertad con fianza **"mientras se surte la consulta del sobreseimiento"**, pero lo cierto es que en el proyecto definitivo presentado a las Cámaras, resultó suprimida tal frase en ese artículo, que llevaba el número 411 y vino a ser el 410 de la Ley 94 de 1938. (V. páginas 71 a 81 del Tomo III y 113 del Tomo VIII, "Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal").

"Esto es muy significativo si se tiene en cuenta que la Comisión redactora del Código consideró también otra fórmula que dice así:

"Artículo. El sobreseimiento dictado por los juzgados de circuito o los superiores, en los negocios en que deba procederse de oficio, será consultado al Tribunal Superior respectivo; y los dictados por los jueces municipales a los jueces de circuito". (V. página 111, Tomo III, Actas de la Comisión)".

"No aparece que esa fórmula hubiese sido aprobada por la Comisión, ni quedó incluída en el proyecto.

"Y en todo caso, ella no hablaba de los sobreseimientos proferidos por los Tribunales Superiores, quizá con la idea de que la categoría de esas entidades y la circunstancia de que dictan el respectivo auto en Sala de Decisión habrían de ser garantía suficiente de acierto.

"No es, pues, la Corte sino el legislador quien debe proveer acerca de la consultabilidad del sobreseimiento. Con ánimo de colaborar en ese sentido, esa Sala redactó, el veintitrés de septiembre, un mensaje al Congreso Nacional, que fue enviado por conducto del Presidente de la Corte, en el cual se plantea la necesidad de reformas al nuevo Código de Procedimiento Penal, entre ellas, la relativa a la consulta de los sobreseimientos.

"En resumen: no existiendo declaración expresa del legislador en el sentido de que la Corte deba revisar, por consulta, los autos de sobreseimiento, de hacerlo así se arrogaría, a pretexto de tenerla implícita, una potestad que la ley no le ha dado".

Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

José Antonio Montalvo

ACCION SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES MEDICOS. — ACUMULACION DE ACCIONES.— TECNICA DE CASACION

La violación de la ley, por el concepto en que se la acusa en el caso del proceso, puede realizarse en una de estas tres formas: PRIMERA. Cuando —entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho— se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas, contrarias a las queridas por la ley. SEGUNDA. Cuando sobre la base de un error manifiesto de hecho, se aplica la respectiva disposición legal, y TERCERA. Cuando la indebida aplicación proviene de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. El recurrente ha omitido decir por cuál de esas tres formas de aplicación indebida se ha llegado al quebranto de las disposiciones del Código Judicial que vienen citadas, pero es manifiesto que ese quebranto no ha podido ocurrir por la primera, desde luego que en este pleito se contempla un caso de acumulación de acciones en una misma demanda, materia ésta que es la regulada por el artículo 209 del C. J. Entonces, la acumulación sólo podría encajarse dentro de alguna de las dos formas restantes de aplicación indebida, o sea por haberse incurrido en un manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, o en uno de hecho en la apreciación de la demanda; pero en cualquiera de estos casos para que el recurso pudiera prosperar, habría sido necesario —como lo manda el ordinal 1º del artículo 520 ibídem— que el recurrente hubiera alegado y demostrado el error, y que éste, alegándose el de hecho, resultara de modo manifiesto en los autos, y como esa formalidad indispensable no se ha cumplido, la acusación no puede ser viable.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá y en libelo fechado el 18 de marzo de 1944, los doctores Miguel Jiménez López, Alfonso Tarazona y Héctor Roa Martínez propusieron, por medio de apoderado, juicio ordinario para que con audiencia de las señoras Cecilia Salazar de Owen y María Salazar de Umaña, en su calidad de herederas del General Víctor Manuel Salazar y en representación de la sucesión de éste, se declare que las demandadas están solidariamente obligadas a pagar en dinero efectivo a los demandantes el valor de los servicios profesionales por éstos prestados al General Salazar, durante su última enfermedad; para que se les condene a las mismas en su referido carácter de herederas o a la sucesión del General Salazar representada por ellas a pagar al doctor Jiménez López la cantidad de $ 1.200.00, al doctor Tarazona $ 6.000.00 y al doctor Roa Martínez $ 500.00 por concepto de honorarios profesionales de médicos, o a pagarles a los mismos profesionales las sumas que en el curso del juicio se determine con arreglo a la ley. En subsidio pidieron los actores que las condenaciones referidas se profirieran expresamente contra la sucesión del General Salazar, representada por sus herederas.

Como hechos fundamentales de la demanda se expusieron, entre otros, los que en seguida se resumen: El doctor Tarazona prestó al General Salazar cuidadosa atención médica desde el día 7 de enero de 1943 hasta el 7 de marzo del mismo año, practicando ciento treinta visitas en el domicilio del General Salazar, de las cuales fueron veinte nocturnas de una a dos horas; doce en días feriados, quince en juntas médicas y de ellas doce previo llamamiento a altas horas de la noche y otras durante el día; que el doctor Tarazona hizo un estudio muy especial y delicado, dada la dificultad que presentó el caso en principio y la trascendencia del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad: que desde el día 31 de enero hasta el 6 de marzo de 1943 se solicitó diariamente al doctor Jiménez López para que fuera a

ver y a recetar al General Salazar, con la sola interrupción de dos días en que estuvo el referido médico fuera de Bogotá; que en muchos de esos días hizo dos o más visitas, las más de ellas en junta con el otro médico tratante, doctor Tarazona y en ocasiones con otros facultativos; que el doctor Jiménez López tuvo que asistir además a los actos notariales que otorgó el enfermo en sus últimos días y acompañarlo al gabinete de radiografía en la Clínica Central, diligencias éstas que implicaron largas sesiones; que el doctor Roa Martínez inició sus trabajos médicos el 24 de enero de 1943, haciendo una visita urgente nocturna y asistiendo en junta con los otros médicos en los días 24 y 27 de enero, cuatro, seis y diez de febrero de 1943, y que además hizo varias extracciones de sangre para análisis.

Tramitada la demanda en legal forma, el Juez del conocimiento la decidió en sentencia de 6 de junio de 1945, en cuya parte resolutiva reconoció "la excepción de inepta demanda, que se encuentra justificada en autos, por haberse acumulado en ella subjetiva y objetivamente, contra la ley procedimental, varias acciones, lo que impide que el Juzgado se pronuncie sobre los extremos pedidos y debatidos por los litigantes".

El apoderado de los actores apeló de esa decisión y el Tribunal Superior de Bogotá, al cual le correspondió conocer del recurso, cerró la segunda instancia del proceso con la sentencia de 21 de marzo de 1946, por medio de la cual confirmó la apelada, sin costas.

Sirvieron de fundamento a esa sentencia las razones que en seguida se copian:

'Estima el Tribunal que el señor Juez del conocimiento está en lo cierto cuando afirma que en este proceso confluye "una indebida acumulación de acciones". Se trata, evidentemente, de actores que estimando que la parte demandada les debe a cada cual honorarios separados, no uno común e indivisible, han hecho causa mutua o se han unido en un mismo libelo, pero para controvertir, cada cual, sobre el valor, causa y razón de la acreencia que sin vinculación contractual vino a surgir a favor de cada uno de los demandantes, obligaciones que en su fondo no niegan las demandadas pero cuyo **quantum** sí discuten por separado a cada uno de los médicos que quisieron unirse en la demanda. No existió, como lo dice la parte demandada "un contrato común del cual emanaran las obligaciones que se pretende establecer, para que pudieran acumularse en una misma demanda las tres acciones que se ejercitan. Mediaron por el contrario, tres contratos distintos, o lo que es lo mismo, tres causas diversas que deben establecerse por separado y que no dan margen a reunirlas o acumularlas en una misma demanda, porque en ausencia del requisito de una "causa común" que configura la unidad de prestaciones, no puede hablarse de "parte litigante" cual la define el artículo 202 del C. J. y conforme al artículo 209 del mismo Código, la acumulación sólo procede cuando las varias acciones las ejerce una misma parte demandante, contra una misma parte demandada. En el caso de autos, en el que la acción de cada médico tuvo una causa diferente, no existe en realidad una sola parte demandante sino tres partes demandantes distintas, lo cual contraría la unidad que debe haber en la demanda y choca abiertamente con las disposiciones y las doctrinas citadas".

Luego expresó algunas ideas en relación con la procedencia y fundamento de la acumulación de acciones o de procesos, y después de sostener que distintos demandantes pueden unir sus acciones en un solo proceso "siempre que la causa de pedir en todas ellas sea una misma", o en que "haya entre los actores vínculos de solidaridad contractual" en relación "con el hecho fuente de la obligación que se demanda, es decir, cuando la comprobación de un solo o mismo hecho es lo que evidencia la fuente de la obligación que demanda cada uno de los actores", agregó textualmente:

"En el presente caso tres profesionales sin vinculación de ningún género fueron contratados, cada uno por separado y en su tiempo, para atender un mismo enfermo, y lo fueron en forma absolutamente independiente el uno del otro. No fue a los tres profesionales de consuno y que hoy demandan, los contratados por los familiares del General Salazar, cada uno prestó sí su colaboración con los demás, pero, se repite, sin vinculación ninguna en cuanto hace al pago futuro del honorario respectivo, porque la cuenta de uno de los médicos nada tiene que ver con la del otro, como lo evidencia el hecho de que las defensas o excepciones que procedan contra uno de los demandantes pueden no ser propias para el otro, ya que la suerte del cobro iniciado por el doctor Jiménez López, por ejemplo, nada tiene en el hecho ni en el derecho que ver con la que cobra el doctor Tarazona ni la de éste con la del doctor Roa Martínez".

"La causa de pedir en cada uno de los deman-

dantes es distinta. Simplemente el pago de un servicio profesional separado y distinto es lo que piden los profesionales, son prestaciones distintas las que ellos demandan, que tienen entre sí, de común, un servicio similar, pero prestado en forma, tiempo y condiciones diferentes. No hay unidad de prestaciones en las acciones demandadas, y no habiéndola, no hay tampoco de crédito ni de interés que es lo que hace posible la figura jurídica que ha venido estudiándose con el nombre de acumulación de acciones".

El apoderado de los actores interpuso el recurso de casación que hoy se decide después de haber sido tramitado en legal forma.

En el capítulo segundo de la demanda de casación titulado **"Violación de los artículos 2069, 2144 y 2152 del Código Civil"** principia el recurrente por transcribir lo que disponen los citados textos legales y aparte de la sentencia de segunda instancia y luégo al explicar por qué considera que la sentencia del Tribunal "quebranta ostensiblemente los preceptos citados del Código Civil" dice, en resumen, que los demandantes atendieron al General Salazar en su última enfermedad y con ocasión de ella, conjuntamente; que los servicios de las profesiones y carreras, entre ellas la medicina, se sujetan a las reglas del mandato y que como puede haber uno o más mandatarios, "es claro desde el punto de vista jurídico que los médicos que han atendido a un mismo enfermo y respecto de una misma dolencia pueden cobrar conjuntamente su remuneración, porque da también la circunstancia de que entre las obligaciones del mandante está la enumerada en el ordinal 3º del artículo 2184 del C. C. que dice: el mandante es obligado..... a pagar la remuneración estipulada o usual". Advierte que los tres médicos establecieron entre sí una absoluta unidad de acción que se acordaba en las juntas médicas y procedieron con la más perfecta solidaridad científica, lo que les determinaba la solidaridad jurídica para cobrar conjuntamente sus emolumentos y después dice que "si el General Salazar o los miembros de su familia no hubieran tenido fe en la solidaridad de los profesionales que atendían al ilustre enfermo, si cada uno hubiera podido proceder por su cuenta, sin común acuerdo y sin solidaridad científica, es elemental que se habrían atenido al médico que a su juicio estuviese actuando con acierto y habrían prescindido del servicio de los otros médicos" y que es insensato afirmar, como lo hace el Tribunal, que aquellos frente al caso del General Salazar procedían sin vinculación alguna. Y después de transcribir apartes de la sentencia de 2 de junio de 1938 proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte y de invocar la norma contenida en el artículo 472 del C. J., agrega lo siguiente:

"Como síntesis de todo lo que dejo dicho, creo tener derecho para afirmar que la sentencia del Tribunal que tengo acusada ante la Corte, quebranta los artículos ya citados del C. Civil" y que como consecuencia de lo expuesto, "ha habido también aplicación indebida al caso del pleito de lo dispuesto en los artículos 202 y 209 del C. J.", por todo lo cual solicita que la Corte infirme el fallo acusado y dicte en su lugar la sentencia correspondiente.

Para resolver se considera:

Es de anotar, en primer lugar, que el recurrente no cita expresamente, como lo manda el artículo 531 del C. J., la causal que aduce para pedir la infirmación del fallo acusado; pero que la Corte, supliendo la omisión en que al respecto se ha incurrido y tomando en cuenta los fundamentos en que se apoya el cargo único que aquél propone en su demanda, entiende que la causal que se ha querido invocar es la prevista en el numeral 1º del artículo 520, ibidem, o sea la de violación de la ley sustantiva.

De otro lado, los artículos 2152 del C. C., que establece que "puede haber uno o más mandantes y uno o más mandatarios"; 2144, que prescribe que "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato", y 2069, que dispone que "los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas", no resultan quebrantados por ningún concepto por la sentencia acusada, pues los fundamentos que la sustentan y la conclusión que de éstos se desprendió, en manera alguna contrarían, desvirtúan o desconocen las normas que consagran los transcritos textos legales. No ha sido violado el artículo 2152, porque el sentenciador no ha estimado que sea un imposible legal que el demandado y con motivo de la misma enfermedad que padecía, pudiéra haber contratado dos o más profesionales médicos para que concurrieran a prestarle sus servicios; por el contrario, como fundamento del fallo se ha consagrado la consi-

deración de donde se desprende que para el sentenciador sí es legalmente viable semejante estipulación, desde luego que ha admitido que "en el presente caso tres profesionales" "fueron contratados" "para atender a un mismo enfermo"; pero que lo fueron "cada uno por separado y en su tiempo" y "en forma absolutamente independiente el uno del otro", que "la causa de pedir en cada uno de los demandantes es distinta", que "no hay unidad de prestaciones" y que "no habiéndola, no hay tampoco de crédito ni de interés, que es lo que hace posible la figura jurídica" de la acumulación de acciones. No desconoce, pues, el sentenciador la doctrina del artículo 2152, ni el desconocimiento que se le imputa tiene operancia en su decisión. Mucho menos resultan quebrantados los artículos 2069 y 2144, porque estas disposiciones en sí mismas no pueden ser susceptibles de sufrir quebranto, si no en cuanto el sentenciador para estudiar y decidir sobre el contrato materia de este pleito hubiera dejado de aplicar las normas que conforme a dichas disposiciones lo gobiernan o hubiera aplicado otras que no son pertinentes, y entonces para que el cargo resultara legalmente eficaz habría sido preciso que la cita de aquellos textos estuviera complementada con la de los que consagran las normas dejadas de aplicar o aplicadas indebidamente. Nada de esto ha ocurrido en la presente acusación, y como no son más que las disposiciones referidas las que como quebrantadas vienen señaladas, huelga la consideración de otros temas que plantea la demanda de casación, porque de ellos — de encontrarse fundados — no se deduciría la violación de las mencionadas disposiciones que no guardan relación con esos temas, sino la de otras que no han sido citadas.

Igualmente se sostiene que como consecuencia de las razones que sustentan el cargo, ha habido también aplicación indebida al caso del pleito de los artículos 202 y 209 del Código Judicial.

Sobre este particular debe recordarse que la violación de la ley por el concepto indicado puede realizarse en una de estas tres formas:

Primera. — Cuando — entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho — se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas, contrarias a las queridas por la ley;

Segunda. — Cuando sobre la base de un error manifiesto de hecho, se aplica la respectiva disposición legal, y

Tercera. — Cuando la indebida aplicación proviene de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. (Casación, 4 de abril de 1936, G. J. número 1911, pág. 797).

El recurrente ha omitido decir por cuál de esas tres formas de aplicación indebida se ha llegado al quebranto de las disposiciones del Código Judicial que vienen citadas; pero es manifiesto que ese quebranto no ha podido ocurrir por la primera, desde luego que en este pleito se contempla un caso de acumulación de acciones en una misma demanda, materia ésta que es la regulada por el artículo 209 del C. J. Entonces, la acusación sólo podría encajarse dentro de alguna de las dos formas restantes de aplicación indebida, o sea por haberse incurrido en un manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, o en uno de hecho en la apreciación de la demanda; pero en cualquiera de estos casos para que el recurso pudiera prosperar, habría sido necesario — como lo manda el ordinal 1º del artículo 520, ibidem, — que el recurrente hubiere alegado y demostrado el error, y que éste, alegándose el de hecho, resultare de modo manifiesto en los autos, y como esa formalidad indispensable no se ha cumplido, la acusación no puede ser viable.

Finalmente resta agregar que dados los puntos de vista en que se colocó el sentenciador, según los cuales en el presente caso no es procedente la acumulación de acciones en el mismo proceso porque no concurre identidad ni en la persona de los demandantes, ni en la causa o hecho de la demanda ni en las prestaciones que se reclaman, la acusación para ser eficaz ha debido proponerse, y así no se propuso, por violación del artículo 209 del C. J. derivada de error de hecho en la interpretación de la demanda o de las pruebas traídas al proceso, encaminándola a demostrar que sí existe identidad en todos o en alguno de aquellos elementos constitutivos de la acción, o por el mismo motivo y por interpretación errónea del artículo 209 del C. J., para que así a la Sala le hubiera sido posible examinar si era o no procedente la acumulación de acciones que los recurrentes propusieron en su demanda.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

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 de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio.

Con costas a cargo de los recurrentes.

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

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO CIVIL

Por medio de un cambio de Notas Diplomáticas se convino entre Colombia y la Santa Sede que los bautizados católicamente pueden ser admitidos a contraer matrimonio civil si se separan de la Iglesia y siempre que la apostasía quede idóneamente probada; para lo cual acordaron que la única prueba fehaciente de tal apostasía será la que estableció luégo la ley 54 de 1924 y tal como allí aparece, es decir, constante de cuatro requisitos, a saber: una manifestación escrita de los contrayentes al juez en que expresen haber dejado de pertenecer a la Religión Católica; la inserción de dicha manifestación en el edicto que el juez publica antes del matrimonio; la comunicación que el juez hace al respectivo Ordinario de la apostasía de los presuntos contrayentes, aviso que debe darse con un mes de anticipación al matrimonio; y la ratificación de la apostasía, que los contrayentes han de hacer ante el juez y los testigos en el acto mismo del matrimonio. De esto se deduce que un matrimonio civil de personas bautizadas católicamente en la celebración del cual se han omitido los requisitos que dispone la ley 54 de 1924, en desarrollo del acuerdo celebrado entre Colombia y la Santa Sede sobre interpretación del artículo 17 del Concordato, es un acto en el cual se han contravenido las formas, solemnidades y requisitos que para la existencia jurídica del matrimonio civil exige el Código Civil, del cual es parte la ley 54 de 1924.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Milcíades Quimbaya, por medio de apoderado, demandó — ante el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá — a Cecilia Molina de Quimbaya, a fin de que se declare nulo el matrimonio civil contraído por demandante y demandada el 8 de abril de 1938.

Se fundó la demanda en que no obstante ser bautizados católicamente Milcíades Quimbaya y Cecilia Molina, el Juez 2º Civil Municipal de Bogotá procedió a la celebración del matrimonio sin que en el edicto que precede a dicho acto se insertara la declaración de los futuros cónyuges de haberse separado formalmente de la Iglesia Católica, y sin que se comunicara al Ordinario eclesiástico tal noticia; y en que del acta de matrimonio tampoco aparece que los contrayentes ratificaran su separación de la Iglesia Católica.

La demandada se opuso a las peticiones del libelo; y surtidos los trámites de la primera instancia, el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá negó la demanda de nulidad del referido matrimonio civil.

La sentencia recurrida

Apelado por la parte demandante el fallo del Juez, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó por medio de la sentencia sobre la legalidad de la cual va la Corte a pronunciarse ahora.

El juzgador de segunda instancia, luego de transcribir los hechos enunciados en el libelo y las respuestas de la parte demandada acerca de tales hechos, como también la contestación dada por el Personero Municipal de Bogotá al descorrer el traslado del mismo libelo, expone el problema jurídico que éste plantea, y a continuación copia los pasajes de la sentencia del Juez sobre tal cuestión, conceptos que al parecer acoge totalmente pues no hace salvedad ninguna, bien que después de la transcripción agrega algunos párrafos, ya del mismo Tribunal, de que adelante se hablará.

La sentencia del Juez, prohijada por el Tribunal, dice lo siguiente:

"La legislación española que rigió entre nosotros sancionaba únicamente el matrimonio católico en conformidad con el derecho eclesiástico al respecto. Vino después la ley sancionada el 20 de julio de 1853, que no reconocía sino el matrimonio regido por las leyes civiles, es decir, que implantó el régimen del matrimonio civil obligato-

rio para todos los asociados sin distinción de ninguna clase, régimen que continuó, con algunas modificaciones, bajo la ley de 8 de abril de 1856. Posteriormente, en la época de los Estados Soberanos de la Federación, el Código Civil de Cundinamarca adoptó el régimen del matrimonio facultativo, reconociendo tanto el matrimonio canónico como el civil y dejando a voluntad de los individuos el contraerlo canónica o civilmente. Vino el año de 1864 y la ley volvió al régimen del matrimonio civil obligatorio, presentándose entonces un conflicto entre este sistema y el anterior del matrimonio facultativo, con ocasión del cual se pronunciaron dos tendencias sosteniendo una la admisión del matrimonio sólo como institución legal, emanada y sancionada exclusivamente por la ley civil y considerando otra el matrimonio eclesiástico como delito de amancebamiento, definido y castigado por el Código Penal. Luego, el Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873 y adoptado por la República por la Ley 57 de 1887 (artículo 1º) estatuyó en su artículo 115: El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniera a tales formas, solemnidades y requisitos. Esta disposición reconoce el matrimonio civil celebrado según las formas, solemnidades y requisitos de nuestro código, para toda clase de personas, sin distinguir entre bautizados, católicos o no católicos.

"Las leyes 57 (artículos 12 y 19) y 153 (artículo 5º) de 1887 reconocieron con efecto retroactivo el matrimonio católico celebrado en cualquier tiempo con todos los efectos civiles y políticos consiguientes.

"En esta forma quedaron reconocidos en nuestra legislación los dos matrimonios: el civil según las disposiciones del Código Civil y el católico para todos los efectos civiles correspondientes.

"Posteriormente se expidió la ley 35 de 1888 según la cual los que profesan la religión católica, cuando quieran contraer matrimonio, deben hacerlo conforme a las disposiciones del Concilio de Trento que requieren entre otros requisitos la presencia del párroco. Estas disposiciones del Concilio Tridentino han sido modificadas en el sentido de que los que profesan el catolicismo, pueden, en circunstancias especiales, contraer matrimonio ante dos testigos sin necesidad de la presencia del párroco requerida por el Concilio de Trento. De manera que hoy los que profesan la religión católica pueden contraer matrimonio sin conformarse a las disposiciones de dicho Concilio. De suerte que el artículo 17 de la Ley 35 de 1888 debe entenderse en el sentido que al referirse a las disposiciones del Concilio de Trento quiso aludir a la ley eclesiástica vigente, que en tiempo de ese Concilio era la expedida por éste, pero que posteriormente ha sido modificada y en la ley de la iglesia en vigencia.

"De consiguiente según el citado artículo 17 los que profesan la religión católica, si contraen matrimonio deben sujetarse a la ley eclesiástica que esté rigiendo. Reconoció, pues, nuestra ley civil el matrimonio canónico para los que profesan el catolicismo.

"Fue así como quedaron reconocidos en nuestra legislación el matrimonio católico para los que profesan la religión católica y el civil para todos los demás asociados.,

"Vino entonces el conflicto entre la autoridad civil y la potestad eclesiástica. Esta ha sostenido que para pertenecer a la iglesia católica como súbdito o sujeto de las obligaciones eclesiásticas, basta haber sido bautizado válidamente, desde luego que el bautismo imprime carácter indeleble de cristiano y de súbdito de la iglesia católica cuando se recibe dentro de su seno; que para ser miembro de la iglesia además del bautismo se requiere estar sometido a la autoridad legítima eclesiástica, profesar el dogma en su totalidad, practicar el culto y obedecer a las autoridades constituídas; que esta calidad de miembro de la iglesia se pierde, entre otras cosas, por cisma notorio, o sea, cuando pública y sostenidamente se niega la obediencia a las autoridades legítimas eclesiásticas, (caso parecido se presentó entre nosotros con motivo de la discusión en las Cámaras de la última reforma concordataria) y que, aun en este caso de separación pública y notoria, la Iglesia y solamente ella puede declarar al sismático exento de su jurisdicción.

"Según esto si un católico acude para contraer matrimonio al Juez Civil, éste no tiene autorización para acceder a la demanda, aunque los contrayentes manifiesten que no profesan la religión católica, ya que esta simple manifestación privada no puede poner fuera de la jurisdicción eclesiástica a los contrayentes y por lo tanto el juez se ve impedido para acceder a la celebración del

matrimonio por ser obligatorio el matrimonio católico para los que profesan el catolicismo, según el artículo 17 de la citada ley.

"De su lado las autoridades civiles consideran que aun admitiendo el carácter indeleble que imprime el bautismo según el dogma católico, el bautismo solo no da el carácter de profesante de la religión católica en un miembro de la sociedad civil a quien no puede considerarse con esa calidad por el Estado, en una cuestión de fuero interno como lo es profesar una religión, sino por la práctica externa objetiva y palpable, por medio de hechos tangibles que demuestren la profesión de la fe católica, sin que sea suficiente el hecho del bautismo católico. De esta suerte, si los contrayentes no profesan el catolicismo o profesan otra religión o no profesan ninguna y así lo manifiestan y comprueban ante el juez, éste debe acceder a la demanda y proceder a la celebración del matrimonio, sin que en tal intervención judicial sea indispensable la intervención de la jurisdicción eclesiástica para declarar exentos de ella a los contrayentes.

"Esta interpretación dada por las autoridades civiles acerca del sentido del artículo 17 de la Ley 55 de 1888, en sus palabras "todos los que profesan la religión católica", es a juicio del Juzgado, la más ajustada al sistema de nuestra legislación en esta materia, que reconoce tanto el matrimonio eclesiástico como el matrimonio civil con los mismos efectos civiles y políticos y que prescribe que la legislación canónica es independiente de la legislación civil y no forma parte de ésta. (Artículo 16, Ley 153 de 1887).

"Como estas dos pretensiones de las potestades civil y eclesiástica dieron lugar a conflictos con el Arzobispo y a dificultades relativas al fuero interno de los contrayentes, vino la Ley 54 de 1924 a establecer que las disposiciones de la Iglesia Católica sobre matrimonio no obligan cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la religión católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del derecho canónico.

"La declaración, agregó dicha ley, de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez Municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato y se expresará en ella la época en que se separaron de la Iglesia y de la religión católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el Juez inmediatamente al Ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al Ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva .(Artículos 1º y 2º de la ley citada).

"Como se ve, al decir la ley 54 de 1924 que el matrimonio en el caso del artículo precedente "no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comucada oficialmente al Ordinario" estableció una prohibición para celebrar el matrimonio, pero no una causal de nulidad del matrimonio. Estableció una formalidad para que pueda la Iglesia oponerse al matrimonio civil: Esta disposición es parecida a la del artículo 123 del C. C. que dice que no podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según los artículos...", y la falta de esta formalidad no la erigió en causal de nulidad el artículo 140 del C. C.

"La nulidad absoluta se configura cuando falta un elemento esencial al contrato. Impera en todo caso la regla que no hay nulidad sin texto. A pesar de las oposiciones el matrimonio ha podido celebrarse irregularmente, sea en el fondo, sea en la forma, con inobservancia de las condiciones exigidas, pero no podrá declararse la nulidad si no está erigida la irregularidad expresamente en causal de nulidad. De lo cual se desprende que si una ley posterior al Código Civil o al artículo 13 de la Ley 57 de 1887 viene y exige una formalidad para la celebración del matrimonio y la falta de esa formalidad no se erige en causal de nulidad, no podrá sostenerse que como la ley que exigió la formalidad es posterior, era imposible al legislador anterior erigirla en causal de nulidad; el argumento no tiene fuerza alguna, pues si el legislador que implantó la nueva formalidad hubiera querido erigir su violación en causa de nulidad, así lo habría dispuesto.

"El legislador ha reducido lo más posible los casos de nulidad del matrimonio. Se ha mostrado más riguroso en esta materia que para los ac-

tos jurídicos ordinarios. Por ello, cuando el matrimonio es irregular en la forma y en el fondo, no hay nulidad si ésta no está determinada expresamente por la ley".

El recurso de casación

La parte actora recurrió en casación y acusa la sentencia del Tribunal por el primero de los motivos enúnciados en el artículo 520 del Código Judicial. La demanda de casación se divide en cinco capítulos, tendientes todos ellos a fundar el recurso en la mencionada causal 1ª.

Pueden sintetizarse así los cargos contra el fallo recurrido:

A) Violación del artículo 1740 del Código Civil por no haberlo aplicado al caso del pleito, pues dicha disposición establece: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes"; y como en la celebración del matrimonio civil de Milcíades Quimbaya y Cecilia Molina se omitieron varios de los requisitos exigidos por la Iey 54 de 1924 para que personas católicas puedan contraer matrimonio civil, el matrimonio fue nulo y, al no reconocerlo así, la sentencia quebranta el artículo 1740 de aquel Código.

B) Violación del artículo 6º del Código Civil según el cual son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley; y como el matrimonio Civil Quimbaya-Molina se contrajo con tra expresa prohibición del artículo 17 del Concordato, que es un tratado público aprobado por ley, "artículo apenas modificado por la referida Ley 54 de 1924", la sentencia del Tribunal, que se negó a declarar nulo aquel matrimonio, quebranta el mencionado artículo 6º del Código Civil;

C) Violación del artículo 1519 del C. C. el cual dispone: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación". Como el Concordato y sus reformas, aprobadas por leyes, forman parte del derecho público de Colombia", la violación de las mismas necesariamente debe tener la sanción de nulidad, nulidad que para el caso de que trata la sentencia recurrida, aparece establecida "con carácter de generalidad" por los artículos 6º y 1519 del Código Civil, y en la parte final del artículo 1518 del mismo Código";

D) "Violación de la ley proveniente de la falta de apreciación del acta de bautismo del actor", pues siendo Quimbaya bautizado católicamente, para él "eran de obligatorio cumplimiento no sólo las disposiciones de la Ley 54 de 1924 sino todas las disposiciones canónicas que rigen sobre la materia". Y si el Tribunal sentenciador consideraba que no era posible declarar la nulidad impetrada, en último caso "ha debido declararse inhibido para fallar el negocio, remitiéndolo entonces a los Tribunales eclesiásticos para que resolvieran caso tan grave.

Examen de los cargos

La legislación colombiana reconocía y regulaba el matrimonio civil, sin tener en cuenta que los contrayentes fuesen católicos o no; pero en el Concordato celebrado por la Santa Sede con el Estado colombiano, que además tiene fuerza de ley como que fue aprobado por la 35 de 1888, se estableció lo siguiente: "El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la Religión Católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento.

Como el C. Civil aceptaba y regulaba el matrimonio civil; y como el matrimonio católico está regulado por la legislación de la Iglesia, solían presentarse situaciones conflictivas, verbi gracia en caso de que un juez autorizara y presenciara la celebración de un matrimonio entre personas que simplemente le manifestaban haber dejado de ser católicas, pues podía más tarde una de ellas contraer matrimonio católico con una tercera, sin que para ello obstara aquel matrimonio civil, puesto que la Iglesia no considera válido el matrimonio meramente civil contraído por católicos.

Para obviar problemas como el que se acaba de enunciar se llevó a cabo entre Colombia y la Santa Sede, muchos años después de aprobado el Concordato, un cambio de notas diplomáticas y, en cumplimiento de lo convenido en ellas, se expidió la Ley 54 de 1924, según la cual dos personas bautizadas católicamente y que pretendan contraer entre sí matrimonio meramente civil pueden hacerlo, si declaran "que se han separado formalmente de la Iglesia Católica".

Mediante lo dispuesto por la Ley 54 de 1924, "quedaron reconocidos en nuestra legislación, como lo dice la sentencia del Juez acogida por el

Tribunal, el matrimonio católico para los que profesan la religión católica y el civil para todos los demás asociados".

La copiosa documentación que sobre este punto reposa en el Ministerio de Relaciones Exteriores, —notas cruzadas entre éste y la Legación Colombiana en el Vaticano y entre el Vaticano y nuestra Legación—, muestran cómo el Negociador colombiano sostuvo ante la Secretaría de Estado de la Santa Sede, que la expresión del Concordato: "los que profesan la Religión Católica" no se refiere a los simples bautizados; de donde deducía que la única prueba fehaciente de que alguien ha dejado de pertenecer a la Religión Católica no puede ser sino su propia confesión o declaración al respecto.

La Secretaría de Estado, en **Pro memoria** fechada el 13 de diciembre de 1923 dijo al Diplomático Colombiano que el matrimonio celebrado ante el párroco es válido para la Iglesia y para el Estado; y en cambio el celebrado sólo ante el juez "es ciertamente inválido para la Iglesia Católica (canon 1099 del Código de Derecho Canónico"); y en vista de ello propuso que los que se separen de la Religión Católica, para contraer matrimonio lo hagan ante el párroco y testigos, aunque sin ceremonia o rito religioso alguno. A este propósito habla del peligro de que alguno casado civilmente se case más tarde católicamente con otra persona.

No aceptó la fórmula el Representante de Colombia, en razón de la incompatibilidad del sacerdocio con funciones civiles (artículo 54 de la Constitución); y conceptuó, en nota al Ministerio de Relaciones Exteriores, que las uniones así contraídas no se podrían considerar ni como civiles ni como canónicas.

Esa nota del Ministerio de Relaciones Exteriores fechada el 20 de noviembre de 1923 transcribe la fórmula propuesta por el Cardenal Gasparri, Secretario de Estado, y que dice lo siguiente:

"El Gobierno por su parte dicta un Decreto en el cual prescribe a los jueces que no admitan a los apóstatas a celebrar matrimonio civil si la apostasía no está idóneamente probada". Luego agrega: "Esta prueba debe resultar: 1º De una declaración de los apóstatas hecha ante Notario y remitida al Ordinario a lo menos un mes antes del matrimonio; 2º De la confirmación de dicha declaración hecha ante el juez y los testigos el día del matrimonio". Y termina: "Si no se tiene esta prueba de la apostasía, el juez no podrá en ningún caso asistir al matrimonio". Y en seguida advierte que la Santa Sede por su parte daría instrucciones a los Ordinarios para lo de su cargo.

Por fin: en notas posteriores cruzadas entre la Legación de Colombia y la Secretaría de Estado de la Santa Sede, se precisa la negociación en términos que son textualmente los consignados en la Ley 54 de 1924.

En resumen: por medio de un cambio de notas diplomáticas se convino entre Colombia y la Santa Sede que los bautizados católicamente pueden ser admitidos a contraer matrimonio civil si se separan de la Iglesia y siempre que la apostasía quede idóneamente probada; para lo cual acordaron que la única prueba fehaciente de tal apostasía será la que estableció luego la Ley 54 de 1924, y tal como allí aparece, es decir, constante de cuatro actos o requisitos, a saber: una manifestación escrita de los contrayentes dirigida al juez en que expresen haber dejado de pertenecer a la Religión Católica; la inserción de dicha manifestación en el edicto que el juez publica antes del matrimonio; la comunicación que el Juez hace al respectivo Ordinario de la apostasía de los presuntos contrayentes, aviso que debe darse con un mes de anticipación al matrimonio; y la ratificación de la apostasía, que los contrayentes han de hacer ante el juez y los testigos en el acto mismo del matrimonio.

De estos cuatro requisitos que el Estado Colombiano y la Santa Sede convinieron que compondrían la prueba fehaciente de que los contrayentes de matrimonio civil se han separado de la Religión Católica, en el caso de autos tan sólo se cumplió el primero de ellos, pero no se surtieron los otros tres requisitos exigidos por la Ley 54 de 1924.

Queda por examinar el punto relativo a las consecuencias jurídicas que apareje la omisión de tales requisitos.

Al principio de la presente sentencia se anotó cómo el Tribunal hubo de limitarse a transcribir el fallo de primera instancia acogiendo en su integridad, al parecer, las apreciaciones del Juez del Circuito.

Rectificadas, como quedan dichas apreciaciones, y expuesta la doctrina de la Corte sobre el sentido que los juzgadores de instancia consideran meramente formal e inocuo de los requisitos exigidos por la Ley 54 de 1924, requisitos que para la Corte tienen valor sustancial pues tal ley

debe considerarse incorporada en el Código Civil, se procede al análisis del punto tratado por el Tribunal acerca de la nulidad.

De lo anteriormente expuesto se deduce que un matrimonio civil de personas bautizadas católicamente en la celebración del cual se han omitido los requisitos que dispone la Ley 54 de 1924, en desarrollo del acuerdo celebrado entre Colombia y la Santa Sede sobre interpretación del artículo 17 del Concordato, es un acto en el cual se han contravenido las formas, solemnidades y requisitos que para la existencia jurídica del matrimonio civil exige el Código Civil, del cual es parte la Ley 54 de 1924.

La tesis del Tribunal sentenciador en lo relativo al punto de la nulidad demandada en este proceso puede concretarse así: las normas generales sobre nulidad de los contratos no son aplicables al del matrimonio civil, porque el artículo 16 de la Ley 57 de 1887 dispone:

"Fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el artículo 140 del Código y en el 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código Penal establezca".

Y como entre las causales de nulidad del matrimonio civil no figura la omisión de las formalidades previstas en la Ley 54 de 1924, tal omisión podrá quizás acarrear responsabilidad penal según el precepto legal que se acaba de transcribir, pero con base en dicha omisión no es posible declarar nulo un matrimonio civil, porque los motivos de nulidad no pueden ser tácitos sino que deben estar expresamente previstos por la ley, máxime tratándose de matrimonio: "a causa de su grande importancia, puesto que es la base de la sociedad, dice el Tribunal sentenciador, ha querido el legislador reglarlo (sic) todo sin dejar nada, ni al arbitrio de los cónyuges, ni a la interpretación de la ley".

Contra esta tesis condensada en la frase "no hay nulidad sin texto", dice la demanda de casación:

"Hay que tener en cuenta que esas disposiciones (los artículos 140, C. C., 13, L. 57 de 1887) fueron dictadas para otra época o sea cuando el matrimonio civil podía celebrarse libremente sin sujeción a las normas del Concordato y a las leyes reformatorias del mismo. Las nulidades correspondían a la legislación que entonces regía.

"Pero aceptando la norma del Tribunal que "no hay nulidad sin texto", para el caso preciso hay varios textos que establecen con caracteres de generalidad la nulidad que se está impetrando, o sean los artículos 6º del Código Civil, 1519 de la misma obra y 1518 del C. C....."

Sobre este punto considera la Corte:

Al establecer los artículos 140 de ese Código y el 13 de la Ley 57 de 1887 las causales de nulidad del matrimonio civil; y al disponer el artículo 16 de la Ley 57 que fuera de dichas causales no hay otras que invaliden el contrato matrimonial, no se previó — ni se podía prever — que más de treinta años después habría de adelantarse una gestión del Gobierno Colombiano ante la Santa Sede, que culminó con el cambio de notas diplomáticas en virtud del cual convinieron las Altas Partes Contratantes en que los bautizados, si apostatan, podrían contraer válidamente matrimonio civil, siempre que la apostasía quede "idóneamente probada". Acerca de la idoneidad de la prueba debatieron en dilatada correspondencia el Representante Diplomático de Colombia y el Secretario de Estado de la Santa Sede, hasta acordar los requisitos mínimos para establecer el hecho de la apostasía, requisitos que son los consignados en la Ley 54 de 1924.

El 5 de diciembre de 1924 fue sancionada la Ley 54 de ese año; y con fecha 13 del mismo diciembre el Nuncio apostólico dirigió a los Obispos de Colombia una circular en que les transcribe las instrucciones de la Santa Sede referentes al acuerdo concluído entre ella y el Gobierno colombiano sobre la interpretación del artículo 17 del Concordato.

De manera que el acuerdo diplomático sobre aclaración o interpretación del Concordato, ha sido aplicado y explicado por las dos partes, así: por el Estado Colombiano, en la Ley 54 de 1924; y por la Santa Sede, en las instrucciones a que acaba de aludirse, acordes con lo convenido en el cambio de Notas diplomáticas y con lo dispuesto en dicha ley.

La ley dice cómo debe proceder el juez antes de autorizar un matrimonio civil entre personas bautizadas católicamente; y la Santa Sede estatuye sobre las medidas que debe tomar la autoridad eclesiástica, como previas e indispensables, a la celebración del matrimonio civil.

No se trata de formalidades protocolarias, ni meramente adjetivas o externas, separadas y absolutamente independientes entre sí, que correspondan a cada una de las dos potestades en el respectivo campo de incumbencia. La manifestación escrita que los aspirantes a contraer matrimonio civil le hagan al juez de que han abandonado la Religión Católica, tiene que insertarse en el edicto que precede a la celebración de dicho acto civil, para dar conocimiento a los posibles interesados de aquella declaración; y al Ordinario diocesano se le comunica no por simple cortesía ni solamente para los efectos previstos en el Derecho Canónico, sino también para evitar que más adelante los contrayentes pretendan casarse católicamente con terceros.

A partir de la Ley 54 de 1924 sólo pueden contraer matrimonio civil los que nunca han sido católicos o aquellos que lo fueron pero que se han separado formalmente de la Iglesia y de la Religión Católicas; y el hecho de tal separación o apostasía no puede entenderse efectuado sino mediante el cumplimiento de los requisitos estatuídos por dicha Ley 54.

En el caso de que trata la sentencia recurrida se cumplió solamente uno de ellos, pero dejaron de llenarse los otros tres, de manera que no se estableció "idóneamente la apostasía". Ahora: si sólo habiendo apostatado podían Quimbaya y Cecilia Molina contraer matrimonio civil; y si no es posible considerarlos como apóstatas por no haberse cumplido los requisitos que para ello exige la Ley 54 de 1924, al decidir el Tribunal sentenciador que es válido aquel matrimonio civil, quebrantó esta ley, que no permite a los apóstatas contraer matrimonio civil sino en el caso de que la apostasía se produzca de la manera y mediante los requisitos que esa misma ley establece; y quebrantó el artículo 17 del Concordato (que hace parte del Código Civil), porque, dejando de aplicarlo, decidió que es válido un matrimonio que al tenor de ese artículo no puede producir efectos civiles, por haberse celebrado entre personas que profesan la Religión Católica, pues hay prueba fehaciente de que una de ellas al menos fue bautizada católicamente, y no apostató en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley 54 de 1924.

Prospera, pues, el recurso. Y como al invalidar la sentencia del Tribunal debe la Corte dictar el fallo que ha de reemplazar al infirmado, los considerandos que preceden sirven también de fundamento a la sentencia de instancia que va a proferir la Corte, y, además, lo que a continuación se dirá.

El artículo 16 de la Ley 153 de 1887 dice que "la legislación canónica es independiente de la civil, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

Podría concluírse que al tenor de esta disposición, los jueces sólo pueden estimar que personas bautizadas católicamente han dejado de pertenecer a la Iglesia Católica, cuando según las normas de la legislación canónica deba considerarse efectuada tal separación.

No es indispensable, sin embargo, invocar a este respecto el acatamiento que el legislador colombiano ha querido dispensar al Derecho Canónico, porque el mismo legislador, en ejercicio de la soberanía nacional, expidió la Ley 54 de 1924, que dispone cómo se demuestra que una persona se ha separado formalmente de la Iglesia y de la Religión Católica, y cuáles son los requisitos necesarios para que personas bautizadas católicamente puedan contraer matrimonio civil.

Los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924 son del tenor siguiente:

"Artículo 1º No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo XVII del Concordato cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la iglesia y de la religión católicas, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del Derecho Canónico.

"Artículo 2º La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez Municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato, y se expresarán en ella la época en que se separaron de la Iglesia y de la religión católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el Juez inmediatamente al Ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al Ordinario dejando cons-

tancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva".

La última de las disposiciones transcritas prohibe, pues, celebrar el matrimonio civil, mientras no transcurra un mes desde el día en que la declaración de apostasía hecha por los contrayentes haya sido comunicada oficialmente al Ordinario por el juez. Y al obrar contra esa prohibición legal, como ocurrió en el caso de que se trata, el contrato adolecía de objeto ilícito (artículo 1523 del Código Civil).

Por otra parte, faltó un requisito que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie (artículo 1740 del mismo Código), pues para que personas que han profesado la Religión Católica puedan contraer válidamente matrimonio civil se requiere que apostaten de dicha religión en la forma puntualizada por el artículo 2º de la Ley 54 de 1924, requisitos que para el matrimonio civil Quimbaya-Molina no se cumplieron.

El artículo 1º de la Ley 54 de 1924 es simplemente permisivo (no es un precepto imperativo); y el artículo 2º impone condiciones tales a la permisión, que si no se cumplen a cabalidad, ésta se torna en prohibición, al quebrantar la cual, el acto adolece de objeto ilícito, es decir, nulo, por ir contra prohibición legal; y es también nulo, por haberse efectuado sin un requisito (el de la apostasía "idóneamente" producida), exigido por la ley como indispensable para el acto o contrato y, de consiguiente, para la validez del mismo.

Sobre los puntos de que trata el artículo 151 del Código Civil no es el caso de resolver, porque en cuanto al castigo de que allí se habla, no hay elementos en el proceso que indiquen la comisión de un hecho delictuoso; y respecto de los demás puntos, ni se surtieron incidentes, ni hay en los autos material para "determinarlos con toda precisión", como lo exige aquella disposición legal. En lo relativo a prestación de alimentos se observa que a folios 17 del cuaderno en que se tramitó el respectivo incidente, obra un memorial de desistimiento por arreglo entre las partes.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá fechada el dieciocho de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco; y, revocando la de primera instancia que profirió el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 1944, DECLARA NULO con nulidad absoluta el matrimonio civil de Milcíades Quimbaya y María Cecilia Molina, contraído ante el Juez 2º Civil Municipal de Bogotá el ocho de abril de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas.

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

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO Dr. HERNAN SALAMANCA

Para poner a salvo mi voto en la sentencia que antecede, que respetuosamente considero equivocada, trato de recordar, sintéticamente, las razones que expuse durante las deliberaciones de la Sala.

Todo el régimen de la nulidad, que es la sanción que ampara la organización jurídica, pertenece al orden público, y las leyes que la establecen y gobiernan, por su propia naturaleza y por ser contentivas de una sanción, están sometidas a interpretación restricta que excluye de manera absoluta toda aplicación extensiva o analógica. Y respecto de ningún acto jurídico tienen más rigidez y operancia estos principios que en relación con el matrimonio —más institución jurídica que simple contrato de derecho civil— porque es el cimiento de la organización social y la fuente más abundante de las relaciones de derecho. La necesidad imperiosa de hacer excepcionalmente estable este contrato familiar indujo al legislador a establecer, exclusivamente para él, el régimen de las nulidades únicas y expresas, con el objeto de sustraer su validez y su estabilidad del régimen general de las nulidades virtuales por contravención a disposiciones expresas de la ley, impidiendo de esta manera que quedara expuesto como cualquier otro acto jurídico a las conclusiones, no siempre acertadas y socialmente aconsejables, de la libre interpretación de los jueces en el análisis de la eficacia y validez de los negocios jurídicos.

Champeau y Uribe, después de enumerar las causales legales, dicen a la página 205 de su Tratado de Derecho Civil Colombiano, tomo I: "Tales son los casos de nulidad absoluta del matrimonio, y la enumeración de ellos es limitativa, así como la de los de nulidad relativa. En materia de matrimonio no hay nulidades virtuales, según resulta del artículo 16 de la ley 57 de 1887, que reemplaza al 147 del Código:

"Fuera de las causas de matrimonios civiles enumeradas en el artículo 140 del Código y el 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código Penal establezca.

"Principio de grande importancia es éste, del cual hemos hecho ya varias aplicaciones. Sin embargo, no hay que exagerar el alcance del artículo. No puede referirse sino a las disposiciones anteriores a él; si una ley posterior establece nuevos casos de nulidad, el texto que estudiamos no será motivo para dejar de aplicar la nueva disposición; lo que sí deberá exigirse es que se haya decretado formal y terminantemente la nulidad".

Y don Fernando Vélez en el Tomo I de su Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, a la página 123, comentando el citado artículo 16 de la ley 57 de 1887, dice: "Este principio modifica de una manera sustancial el derecho común que acepta como nulidad toda contravención a ley prohibitoria (artículo 6º), aunque la nulidad no esté expresamente determinada por la ley. Tratándose del matrimonio, a causa de su grande importancia, puesto que es la base de la sociedad, ha querido el legislador reglarlo todo, sin dejar nada, ni al arbitrio de los cónyuges, ni a la interpretación de la ley. De ahí que el matrimonio no pueda anularse sino en virtud de nulidades **expresamente** indicadas por la ley, y no de acuerdo con motivos que pudieran tomarse como nulidades **tácitas**".

A la luz de estos principios, que fue la que alumbró la sentencia de segunda instancia casada por la Corte, la decisión acertada del caso es obvia y trivial: las omisiones aducidas como motivo de la nulidad matrimonial no están erigidas como tales de manera expresa en la ley 54 de 1924 que las estableció, ni en ninguna otra, y por tanto no pueden producir la nulidad matrimonial. La calidad y sentido que a tales omisiones corresponde es de "faltas en su celebración", cuyas consecuencias son distintas de la nulidad, ya conforme al artículo 16 de la ley 57 de 1887, como a la luz del artículo 6º del C. C. que establece la nulidad como sanción tácita de la violación de la ley, "si en ella misma no se dispone otra cosa".

Si dentro del sistema legal de las nulidades taxativamente expresadas en la ley, que rige exclusivamente, como se vio, la anulación del matrimonio, es improcedente la demanda que se trata, no lo es menos dentro del sistema general de las nulidades virtuales, suponiendo que no sea desacertado plantear y decidir la cuestión litigiosa en este campo.

Para que no fuera improcedente la casación por quebranto de los artículos 6º y 1523 del C. C. sería preciso que se tratara de un acto jurídico, en general, o de un contrato, expresamente prohibido por la ley. Sin la prohibición no hay por donde llegar al objeto ilícito que en esa ocurrencia es la causa de la nulidad absoluta. Bien sabido es que los actos que pueden ejecutarse o realizarse cumpliendo ciertos requisitos o formalidades, no son **prohibidos**, son **permitidos**. Los primeros son los que no pueden ejecutarse en ningún caso ni bajo ningún respecto. Con estos dicen relación las llamadas leyes prohibitivas; las que definen y gobiernan los actos permitidos son leyes imperativas. En ninguna parte existe la prohibición de celebrar el contrato matrimonial civil. La ley 54 de 1924 está muy lejos de ser prohibitiva del matrimonio civil, porque precisamente lo que ella estatuye es que los bautizados en el seno de la Iglesia Católica pueden contraer ese matrimonio si declaran que se han separado de la Iglesia y de la Religión Católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los cuales están en todo caso sometidos a las prescripciones del derecho canónico.

Entonces, si el matrimonio civil no es un contrato prohibido para los católicos, sino autorizado o permitido con el requisito de la apostasía, probada con la declaración personal y escrita de los contrayentes, está fuera de lugar jurídico el tratamiento de la nulidad por objeto ilícito consistente en la celebración de un contrato prohibido por las leyes.

Pero como la sanción de las leyes imperativas, tal como la 54 de 1924, puede también ser la nulidad absoluta cuando el requisito o formalidad omitido lo ha establecido la ley en consideración a la naturaleza o especie del contrato, sólo falta analizar este último aspecto de la nulidad del matrimonio Quimbaya-Molina, para lo cual conviene un rápido recuerdo de los antecedentes de la llamada Ley Concha.

Antes de 1924 no podía ser nulo el matrimonio civil de católicos. Estos, de acuerdo con el artículo 17 del Concordato de 1887, deben contraer matrimonio por los ritos tridentinos mientras profesen la religión católica. Esta condición de profesar la religión fue objeto de interpretaciones diversas contra la tesis de la Iglesia que sostenía que profesan la religión los bautizados aunque de hecho se hayan separado por abandono de las prácticas religiosas. Jueces hubo que autorizaron el matrimonio civil de bautizados católicamente, lo cual dio lugar a que las autoridades eclesiásticas aplicaran la sanción de excomunión, inclusive al funcionario del Estado. Para armonizar las dos potestades acerca de este punto se dio misión al doctor José Vicente Concha, Ministro ante la Santa Sede, quien planteó la negociación en el sentido de reducirla a determinar la prueba de la apostasía, esto es, de que se había dejado de profesar la religión católica. Para el doctor Concha, por tratarse de una cuestión de fuero interno, de libertad espiritual, la única prueba conducente e idónea debía ser la confesión del interesado. Se aceptó la tesis del negociador colombiano y el acuerdo quedó consignado en la ley citada, según la cual, como ya se vio, los bautizados en el seno de la Iglesia Católica pueden casarse civilmente si declaran que se han separado formalmente de la Iglesia, y de la Religión, con las excepciones ya vistas.

Estatuyó asimismo la ley que la declaración de apostasía debe hacerse por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez respectivo, en la solicitud que hagan para la celebración del contrato civil con la expresión de la época en que se separaron de la Iglesia. Tal declaración se inserta en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunica por el Juez inmediatamente al ordinario eclesiástico y debe ratificarse por los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no podrá verificarse sino transcurrido el término de un mes desde el día en que la declaración ha sido comunicada oficialmente al ordinario.

Para calificar jurídicamente esta serie de requisitos desde el punto de vista de su capacidad invalidadora en caso de omisión, es necesario ver si están establecidos en consideración a la naturaleza o especie del contrato matrimonial. La primera impresión es que no tienen esa calidad radical, si se recuerda que el propósito que cuajó en la ley 54, fue meramente el de determinar la forma de probar la apostasía para el efecto de justificar ante la Iglesia, los contratantes de matrimonio civil bautizados, el hecho de no contraer matrimonio de conformidad con los ritos del Concilio de Trento. Pero es posible una tesis intermedia, discriminando, desde el punto de vista de la trascendencia y sentido que corresponde a cada una, de las formalidades aludidas. Y entonces puede considerarse como requisito sustancial del contrato civil de matrimonio de personas bauti-

zadas católicamente, la apostasía, esto es, su declaración escrita de separarse de la Iglesia, o de no profesar la religión católica, según los términos del artículo 17 del Concordato de 1887. Hasta ahí puede entenderse que se trate de una formalidad establecida en consideración del contrato matrimonial, pensando que la apostasía es la condición esencial que da acceso a los bautizados al matrimonio civil. Dentro del conjunto de esos requisitos se ve claramente separables, la apostasía, probable con la declaración escrita ante el Juez, y el resto, destinadas todas a la publicación o promulgación de la apostasía con finalidades exclusivamente de carácter canónico. Está claro, y todos los comentadores de la ley 54 lo afirman, que el aviso que el Juez debe dar al ordinario eclesiástico, como el término judicial de treinta días no tiene otro objeto que el de que dicho ordinario esté en posibilidad de cumplir las instrucciones dadas al respecto por la Santa Sede a los Obispos colombianos, en el sentido de que deben llamar a los presuntos contrayentes para excitarlos a que renuncien a su proyecto pecaminoso, y para que, si no se logra la renuncia, puedan proceder a excomulgarlos con excomunión mayor, cuyo levantamiento se reserva el Soberano Pontífice. Todas estas formalidades para dar publicidad a la apostasía persiguen la finalidad religiosa de someter a los apóstatas a una legítima coerción espiritual que los vuelva al seno de la Religión y les evite los castigos de Dios y de la Iglesia; pero en el estricto campo del derecho civil no pueden estimarse como requisitos establecidos por la ley en consideración a la naturaleza o especie del contrato matrimonial. Su insignificancia desde este punto de vista la revela la circunstancia de que no pueden usarse para impedir el matrimonio, pues la insistencia de los contrayentes los reduce al fin y al cabo a efectos meramente religiosos.

Hoy no existe, por razones de forma, otra causal de nulidad del matrimonio civil que la consistente en no celebrarse ante el Juez y los testigos competentes (art. 13, ley 57 de 1887). Los requisitos formales sobre publicidad de la apostasía a que estoy aludiendo, los estableció la ley, como sin lugar a duda resulta del sentido de las negociaciones concordatarias y de su propia finalidad, con fines religiosos en consideración a la calidad de sacramento que corresponde al matrimonio católico; pero es evidente que no se les puede catalogar, según el artículo 1741 del C. C., como formalidades prescritas para el valor del matrimonio en consideración a la naturaleza jurídica de este contrato civil, con lo cual no puede vérseles ninguna conexidad.

La falta de la apostasía declarada por escrito ante el Juez sí podría usarse para negar a los bautizados el derecho a casarse civilmente. Pero resulta que en este caso Quimbaya y la Molina cumplieron a cabalidad esta formalidad haciendo por escrito la declaración requerida por la ley, y hasta produjeron prueba testimonial al respecto.

En la convención reformatoria del Concordato de 1887, suscrita en Roma en 1942 entre los representantes de Colombia y la Santa Sede, aprobada por el Congreso colombiano en la ley 50 de ese año, se introdujo, en materia matrimonial, la innovación consistente en suprimir la obligatoriedad del matrimonio religioso para los que profesan la Religión Católica, es decir, se adoptó el sistema de matrimonio facultativo, lo que implica la supresión de la necesidad de apostatar y demás formalidades a que se refiere la ley 54 de 1924. Es cierto que esta reforma carece de imperio y aplicación porque en el artículo 15 de la ley que la aprobó se dice que la convención entrará en vigor en la fecha del canje de las ratificaciones, que no se ha verificado todavía. Pero la aduzco simplemente como antecedente doctrinario que refuerza muy significativamente la tesis con que defendí inútilmente la legalidad de la sentencia del Tribunal Superior.

Al margen de estas consideraciones sobre fundamento jurídico del fallo de la Corte, pueden anotarse serios reparos de inconveniencia a la inclinación jurisprudencial que me parece ver en la tesis triunfante, hacia la facilitación de la invalidez del vínculo matrimonial civil, legalmente idéntico en su respetabilidad y efectos al católico, al dejar a la libre interpretación de los Jueces la calificación del motivo o causa dentro de la teoría de las nulidades virtuales. Así, en este caso, la nulidad absoluta del matrimonio aparece como una sanción lógicamente desconectada y jurídicamente desmesurada en relación con las formalidades pretermitidas en que se basa; con su significación y alcance, sobre todo. Con la adopción de esta doctrina puede llegarse a no servir adecuadamente los altos fines que corresponden a la institución de la nulidad como garantía del derecho y del orden jurídico en interés de la sociedad y de la moral, porque ablanda la cepa familiar y queda expuesta a que se utilice por quienes sean capaces de usar dolosamente el matrimonio civil como medio para consumar las tradiciones del amor.

Hernán Salamanca

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — APRECIACION DEL TESTIMONIO UNICO.—ACUSACION POR ERROR. — APRECIACION DE LA PRUEBA DE INDICIOS

1.—No puede señalarse como error en la valoración del dicho de un testigo, cualesquiera que sean las condiciones externas ostentadas por la declaración, la circunstancia de que el Tribunal no le atribuya el valor máximo que pueda llegar a tener dentro del amplio margen que a la apreciación judicial deja el artículo 696 del Código Judicial: cuando este precepto dice que el testimonio único "constituye una presunción más o menos atendible", está permitiendo que el juez le dé un valor, no está ordenando que se le atribuya uno determinado y, por tanto, lo que el funcionario jurisdiccional considere en acuerdo con el dicho precepto no podrá señalarse como error, sino como expresión de su personal criterio en frente de la mayor o menor atención que libremente pudiera prestar el testimonio.

2.—La alegación por error no puede consistir simplemente en la disparidad del juicio del Tribunal con el del recurrente, sino la discrepancia con la realidad evidente, en el caso del error de hecho, o con la ley que gobierna el mérito probatorio, cuando se trata de error de derecho.

3.—Ha dicho la Corte innumerables veces que la apreciación de los indicios compete en forma exclusiva a la conciencia individual del juzgador, lo cual implica que en casación pueda variarse generalmente el proceso de convicción en virtud del cual se profirió el fallo, salvo los casos de error de hecho en la apreciación de los indicios, o su completa desconexión con lo que se pretenda establecer por ese medio.

4.—Las defensas exceptivas de un demandado pueden asumir la calidad de meras negaciones, y en tal evento, al decidir sobre la acción, se resuelve también sobre ellas, otras veces se proponen como hipótesis que de resultar probadas aparejan el desconocimiento del derecho tutelado por la acción del demandante; cuando esto ocurre el orden lógico del fallo impone el estudio inicial de la acción, pues sería absurdo acometer el de la excepción sin conocer el verdadero contenido y el alcance de aquélla; entonces sobre el hecho exceptivo sólo llega a pronunciarse el juez como consecuencia de haber hallado viable la acción, pues sólo en ese momento es oportuno verificar si la defensa es bastante para enervar la actividad actora.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En sentencia fechada el veinticinco de febrero del año próximo pasado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá el día dos de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el juicio ordinario que Simplicio Oliveros propuso contra Joaquín Arbeláez.

Los antecedentes del pleito, o elemento histórico de la acción, se resume así:

El día doce de agosto de mil novecientos treinta y nueve el menor Nelson Arbeláez, hijo del demandado, transitaba a pie por el camino del Alto del Oso que une con la ciudad de Calarcá la fracción del corregimiento de Córdoba llamada 'Limones"; sobre esa senda está situada una propiedad del demandante, y al pasar por frente a ella el menor ya nombrado echó a rodar una piedra cuyo peso aproximado era de treinta y tres libras, con el deplorable efecto de hacer blanco en el menor Elí Oliveros, hijo del demandante, quien se hallaba en la parte trasera de la casa paterna; el golpe causó en la víctima una incapacidad de sesenta y tres días, una deformidad física permanente, y un defecto funcional vitali-

cio consistente en la pérdida del movimiento regular de la pierna.

Con fundamento en estos hechos el padre del menor lesionado demandó al del agresor para que se condenara a este último al pago **in genere** de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados a los primeros por razón del accidente.

La sentencia del Juez que solucionó la primera instancia absolvió al demandado, y esa decisión fue confirmada por el Tribunal en el fallo a que se aludió al comienzo del presente. Contra la sentencia de segundo grado propuso el demandante recurso de casación, el cual se procede a resolver en seguida.

El Tribunal para impartir su confirmación a la sentencia de primera instancia, destacó que no hay prueba en el juicio sobre vínculo de parentesco entre Nelson Arbeláez y el demandante que da lugar a la posible responsabilidad del segundo por los hechos del primero; además siguió muy de cerca los razonamientos del Juez inferior los cuales transcribió en buena parte; en ellos halló base para señalar como insuficiente la prueba de los elementos axiológicos de la acción, ya que no los encontró descritos sino en el testimonio de Luis Vásquez, hermano por padre del demandante, relato al cual le denegó valor probatorio. Desde otro punto de vista el Tribunal creyó demostrado un hecho exceptivo propuesto por Arbeláez con fundamento en el último inciso del artículo 2347 del Código Civil, del cual se tratará adelante.

El recurrente formula cuatro cargos contra la sentencia en cuestión, los cuales serán materia de examen separado.

Primer cargo. — Se acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva en tanto no atribuyó a la declaración del testigo Luis Vásquez "el valor legal que tiene como presunción"; se añade que, por este aspecto, el Tribunal quebrantó los artículos 593, 594, 632, 665 y 696 del Código Judicial, y 2341 y 2347 del Código Civil.

Como fundamento de este extremo el recurrente insiste en que el Tribunal ha debido tener como presunción el testimonio del ya nombrado Vásquez, sobre cuyas condiciones se extiende para concluír que eran las más propicias para rendir declaración en este pleito por diversas circunstancias; además, considera que el juzgador de segunda instancia ha debido relacionar el indicado relato con otros elementos probatorios que, si aislados no comportaban convicción legal, unidos entre sí y al relato testimonial de que se hace mérito, sí permitían "establecer la verdad".

Se considera:

No puede señalarse como error en la valoración del dicho de un testigo, cualesquiera que sean las condiciones externas ostentadas por la declaración, la circunstancia de que el Tribunal no le atribuya el valor máximo que pueda llegar a tener dentro del amplio margen que a la apreciación judicial deja el artículo 696 del Código Judicial; cuando este precepto dice que el testimonio único "constituye una presunción más o menos atendible", está permitiendo que el Juez le dé un valor, no está ordenando que se le atribuya uno determinado, y por tanto lo que el funcionario jurisdiccional considere en acuerdo con el dicho precepto no podrá señalarse como error, sino como expresión de su personal criterio en frente de la mayor o menor atención que libremente pudiera prestar al testimonio.

La alegación por error no puede consistir simplemente en la disparidad del juicio del Tribunal con el del recurrente, sino la discrepancia con la realidad evidente, en el caso del error de hecho, o con la ley que gobierna el mérito probatorio, cuando de error de derecho se trata.

En cuanto a la desvinculación de diversos elementos de prueba que reunidos y según el recurrente hubieran podido aparejar conclusión contraria a la adoptada por la sentencia materia del recurso, se observa que, como la Corte lo tiene expuesto tantas veces, la apreciación de la certidumbre que pueda implicar la prueba indiciaria compete en forma exclusiva a la conciencia individual del juzgador, lo cual impide que en casación pueda variarse generalmente el proceso de convicción en virtud del cual se profirió el fallo; salvo los casos de error de hecho en la apreciación de los indicios, o su completa desconexión con lo que se pretenda establecer por ese medio.

El cargo en examen, por tanto, es infundado, pues por la vía que indica el recurrente no pudo llegarse a la violación de la ley.

Segundo cargo. — Se hace consistir en error de derecho al apreciar las pruebas trasladadas del juicio penal seguido contra el señor Nelson Arbeláez, violando los artículos 632, 593, 594 y 606 del Código Judicial, y dando así origen a la

transgresión de los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

Se sustenta este motivo en que a pesar de que el Tribunal reconoce en su fallo que la presente controversia no es consecuencia del proceso penal, admite sin embargo la decisión absolutoria adoptada en aquél; añade el recurrente que el Juez penal descartó la responsabilidad penal, pero reconoció expresamente la existencia del hecho culposo generador de la responsabilidad civil, y que el Tribunal al admitir lo primero, o sea la ausencia de infracción intencional, ha debido aceptar asimismo lo relativo a la culpable para fijar en ella la fuente de la obligación indemnizatoria.

Se considera:

Por regla general, dentro del concepto unitario de la jurisdicción recogido por nuestro Código de Procedimiento Penal, lo juzgado en materia penal hace tránsito a lo civil en las condiciones y con las limitaciones que la misma ley señala, de tal suerte que si de un proceso ordinario se tratara, tendría fundamento el cargo por cuanto el Juez penal, según se advierte en las copias de su providencia, enfocó exclusivamente el aspecto represivo que pudiera suscitar el hecho de Nelson Arbeláez, dejando expresamente abierto el ámbito jurisdiccional para examinar lo atinente a la culpa; como el tránsito a cosa juzgada no puede operarse sino respecto de lo ciertamente resuelto, en el caso de autos podría estimarse con fundamento que sobre la actividad culposa de Nelson Arbeláez no ha sobrevenido fallo alguno.

Empero, se opone a la aplicación de este punto de vista la circunstancia excepcional de que el proceso penal se adelantó contra un menor por el Juez con fuero privativo para conocer de causas contra los incapaces por razón de la edad, ya que en cuanto a las providencias proferidas por ese funcionario los artículos 74 del Código Penal y 621 del de Procedimiento Penal disponen que no tienen carácter definitivo, pueden ser modificadas en cualquier momento, y, en consecuencia, carecen de la calidad intrínseca que caracteriza a la cosa juzgada. De ella sólo puede hablarse cuando una voluntad de la ley adopta expresión inmodificable por medio de un acto jurisdiccional creador de situaciones jurídicas, y tan singular y destacado fenómeno jamás puede confundirse con otros que, aunque se originen en fallos exteriormente semejantes, no comporten tan definitivo resultado.

El Tribunal no erró al estimar las piezas probatorias a que el recurrente alude, ni quebrantó los preceptos probatorios que éste menciona, porque lo decidido o lo apreciado por el Juez de menores no podía ser base firme para adelantar sobre ello una acción de condena con miras patrimoniales; tampoco, por tanto, se quebrantaron por este aspecto las normas sobre culpa extracontractual citadas por el recurrente.

Tercer cargo.—Se formula diciendo que el Tribunal violó los artículos 593, 596 y 705 del Código Judicial, y 2341 y 2347 del Código Civil "al pretender que para dictar sentencia condenatoria era necesario establecer dentro del juicio la incapacidad del ofendido y la deformidad física permanente que le haya resultado, para determinar la indemnización".

Como desarrollo del cargo el recurrente, sin deducir la apreciación equivocada de ellos, se refiere a los testimonios de Luis Vásquez y de Carmen Tulia Cárdenas, y a "las copias traídas del proceso penal"; no explica el recurrente cómo pudo errar el Tribunal al no tener en cuenta dichos relatos testimoniales, ni indica tampoco las piezas tomadas del proceso seguido ante el Juez de menores que se desestimaron injustificadamente al proferir el fallo civil.

Tan deficiente acusación excusa el examen de los dichos testimonios, así como imposibilita el estudio de las copias tomadas del expediente levantado ante la justicia en lo penal, comoquiera que la Corte no puede emprender una reconstrucción de lo que hubiera debido alegarse, sino que debe sujetar su actividad al problema concreto planteado ante ella por el recurrente.

Sobra, pues, todo intento por evidenciar un error apenas insinuado en el cargo, así como cualquier razonamiento enderezado a establecer si las pruebas producidas en lo penal debían tenerse como hábiles para decidir sobre ellas la controversia civil, y, en consecuencia, se rechaza esta acusación.

Cuarto cargo.—La parte que no ha recurrido en casación estima que la sentencia del Tribunal "por dar mérito de plena prueba exculpatoria a los testimonios aducidos por el demandado Joaquín Arbeláez para demostrar la diligencia y cuidado en la educación, y vigilancia de su hijo Nelson", violó los artículos 687 y 688 del Código Judicial, y las normas contenidas en los artículos 2341, 2347 y 2348 del Código Civil.

Esta acusación tiene por fundamento que los testimonios no reúnan las condiciones legales, pues los testigos no deponen conscientemente sino que se limitan a contestar en los mismos términos empleados por el interrogatorio.

No es menester examinar el cargo para rechazarlo; la prueba bien o mal surtida a que el recurrente se refiere se presentó en apoyo de una excepción propuesta por el demandado, y ya se ha visto que la sentencia del Tribunal no se sostiene en la excepción probada, sino en no haber hallado satisfechos en este caso los elementos constitutivos de las condiciones de la acción.

Las defensas exceptivas de un demandado pueden asumir la calidad de meras negaciones, y en tal evento al decidir sobre la acción se resuelve también sobre ellas; otras veces se proponen como hipótesis que de resultar probadas aparejan el desconocimiento del derecho tutelado por la acción del demandante; cuando esto ocurre el orden lógico del fallo impone el estudio inicial de la acción, pues sería absurdo acometer el de la excepción sin conocer el verdadero contenido y el alcance de aquélla; entonces sobre el hecho exceptivo sólo llega a pronunciarse el juez como consecuencia de haber hallado viable la acción, pues sólo en ese momento es oportuno verificar si la defensa es bastante para enervar la actividad actora.

En el caso de autos la sentencia, como ya se dijo, no se sostiene sobre la excepción, sino que confirma el fallo de primera instancia absolutorio para el demandado, por las deficiencias de la acción ejercida, considerada en sí misma, y sin enfrentarla a la defensa del reo.

En tales condiciones el cargo es inoperante pues aun en el caso de que se hallara fundado, ello no incidiría en la legalidad de la sentencia recurrida.

Cómo no prospera alguna de las acusaciones formuladas contra el fallo que es materia de la casación, dicha providencia no puede invalidarse; pero no por esto deja la Sala de anotar el yerro grave en que incurrió el Tribunal sentenciador al fundamentarlo entre otras razones sobre la de no haberse probado el vínculo de consanguinidad entre el demandado y el menor Nelson Arbeláez; al folio 13 del cuaderno número 6 obran las actas demostrativas del matrimonio que contrajeron Joaquín Arbeláez y Paulina Fernández, y del nacimiento del menor ya nombrado, hijo legítimo de estos cónyuges.

La Corte se refiere a este error por considerarlo producto de una inexplicable negligencia en el examen del material de decisión, sin que reste gravedad a dicha anomalía la circunstancia de no haber sido alegada como causal de casación.

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 materia de este recurso o sea la proferida en la presente causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el día 25 de febrero de 1946.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

José Antonio Montalvo—**Pedro Castillo Pineda. Alvaro Leal Morales** — **Ricardo Hinestrosa Daza. Hernán Salamanca**—**Manuel José Vargas.**—Pedro **León Rincón,** Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y DE REIVINDICACION

1. — Sea por medio de escritura pública ante Notario, sea por licitación pública ante el juez, cuando una persona transfiere a otra una cosa por una cantidad de dinero, ésta se llama PRECIO y el contrato, COMPRAVENTA, según el texto del artículo 1849 del Código Civil.

2. — Aunque el artículo 1852 del Código Civil considera el peligro de fraude a los terceros por ventas reales o ficticias propiciadas por la intimidad de los parentescos a que se refiere, de esta circunstancia no cabe deducir argumento en el sentido en que el recurrente lo formula, cual es el de que la licitación, poniendo sobre aviso a los acreedores, evita ese peligro de secreto y de fraude, por lo cual no puede reputarse incluída en la prohibición. Aunque en verdad no puede procederse a un remate con el sigilo hasta cierto punto completo que cabe cuando se acude a Notaría, que no deja de ser oficina pública, podrá pensarse que ese preciso elemento de peligro se disminuya y aun desaparezca con la licitación; pero no que todos los demás elementos se descarten. Más todavía: aun dando por sentado que con el remate se conjure todo peligro para los acreedores, en pie quedaría el de la mujer y el de los hijos, el cual es una razón, tal vez la más poderosa, de la prohibición en estudio.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido en la primera instancia en el Juzgado 2º Civil de ese Circuito por Alfonso Londoño S., curador **ad litem** de los menores Guillermo, Bernardo y Enrique Latorre, contra los consortes Bernardo Latorre y Magola Restrepo y contra Alejandro Arango Velilla.

El 23 de mayo de 1936, ante el Notario de Río-negro, por escritura número 345, dichos menores, representados por su padre Bernardo Latorre, compraron el inmueble ubicado en Guarne y alindado: por el frente con la carretera que conduce a Medellín y por los otros lados con propiedad de la vendedora Salustiana Tangarife, con su casa de tapias y tejas, su suelo y demás anexidades.

El padre de los menores obtuvo licencia para enajenar ese inmueble en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, donde el 24 de julio de 1940 se remató por Alejandro Arango V. para la señora Magola Restrepo de Latorre, y el remate se aprobó en seguida sobre la manifestación de Latorre de haber recibido de la rematadora el precio. El 9 de septiembre de 1942 dicho Arango remató el mismo inmueble en ejecución contra Latorre y señora en el Juzgado 4º Civil de ese Circuito.

En mayo de 1943, acompañando las actas de bautismo de los prenombrados menores (1927, 1929 y 1931) y la de matrimonio de sus padres, así como el nombramiento y discernimiento del cargo de curador **ad litem** aludido, el doctor Londoño presentó el libelo de demanda en que pide la nulidad de ambos remates y de su aprobación y registro y la condena a Arango a restituírles aquel inmueble y pagarles sus frutos como poseedor de mala fe.

Arango se opuso, Latorre respondió diciendo que si el remate es vicioso, no se opone, y que sí se opone si se hizo legalmente, y la señora Restrepo de Latorre contestó diciendo que el inmueble es de sus hijos, que ella no autorizó a Arango para que por ella rematase ni pagó el valor del remate. Otro tanto dice Latorre a este respecto. Ambos convienen en que le debían dinero a Arango y éste persiguió ejecutivamente y remató para el pago la mencionada finca.

La sentencia del Juzgado, fechada el 6 de octubre de 1944, fue absolutoria. La revocó el Tri-

bunal en la de 15 de febrero de 1946, una vez tramitada la segunda instancia por apelación del curador. Declara absolutamente nulo el primer remate y condena a Arango a entregar la finca a los menores seis días después de ejecutoriado el fallo, con advertencia de que se le considerará poseedor de buena fe para las prestaciones mutuas.

Tanto el curador demandante como el apoderado de Arango interpusieron casación y oportunamente fundaron el recurso.

Estudiándolos separadamente y comenzando por el del actor, se tiene que carece de interés jurídico, por la decisiva razón de que todas sus pretensiones fueron acogidas y de que sus reparos consisten en que no lo fueron algunas de las argumentaciones que adujo; de suerte que invoca el motivo 1º del artículo 520 del C. J. para sostener que el Tribunal quebranta los artículos 6º, 1525, 1741, 1849, 1864 y 1928 del C. C., porque, aunque declaró absolutamente nulo el primer remate mencionado, no lo hizo sobre el pie de que no había habido pago del precio; que quebranta los artículos 291, 303 y 1523 de esa obra, porque dejó de declarar o, mejor dicho, de conceptuar, que la nulidad provenía de haberse pretextado utilidad o necesidad de los menores para, en realidad, aplicar sus bienes a pagar deudas de sus padres; y que quebrantó el artículo 1506 de ese Código y el 3º de la Ley 28 de 1932, porque dejó de tener en cuenta que la señora no confirió personería a Arango para rematar por ella ni ratificó lo hecho por él, y porque tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que ese remate fue en el fondo un contrato sobre inmuebles entre cónyuges.

Con buen acuerdo el Tribunal hace presente que la falta de pago del precio no produce por sí sola nulidad y que, de otro lado, esa falta está acreditada aquí por el dicho de los demandados Latorre y señora como confesión que no puede perjudicar a Arango. Además, las diligencias sobre autorización de venta de bienes de menores no están sujetas a casación, y la de que aquí se trata no ha sido materia de la demanda como súplica sobre la cual hubiera de recaer decisión, como no lo fue tampoco la representación ejercida por Arango en el primer remate, ni la falta de ratificación de la señora que alega esto a pesar de los actos suyos que implican aceptación tácita, al menos, al tenor del inciso 2º del citado artículo 1506.

El demandante pidió la nulidad de ambos remates y que Arango se tuviese como poseedor de mala fe. Como se dijo, para decretar la restitución demandada le bastó al Tribunal la nulidad del primer remate. Aquél, como recurrente, no reclama porque no se declarara la nulidad del segundo, y esto es lógico, si con la del primero fue suficiente. Tampoco reclama porque se mantuviese la presunción de buena fe en el poseedor. Repítese que reclama tan sólo porque el Tribunal no compartiera todas sus tesis, resumidas en los párrafos precedentes. Y bien se ve que el actor no puede quejarse de quebranto de disposiciones legales contra una sentencia que le decreta cuanto ha demandado y, por tanto, en manera alguna le lesiona lo que él ha suplicado como su derecho. Quien acude al Estado solicitando su intervención para que le administre justicia, en obteniendo el lleno de sus pretensiones, logra que ella se le imparta y nada más puede exigir, ningún recurso puede ejercitar en contra.

El recurso del apoderado de Arango se concreta a acusar por errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1852 del C. C., que dice: "Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia".

Esta disposición es la razón y eje de la sentencia recurrida y lo es también de la demanda que pasa a estudiarse.

Esa sentencia se resume así: el primer remate es nulo por ser la venta de un inmueble de menores a su madre legítima, y el segundo remate no es nulo, porque no se faltó a exigencia legal alguna de las que, sustantivas o adjetivas, los anulan en faltando; pero, como este remate se encaminó a traspasar a Arango lo que creía de su deudora y ella nada adquirió, pues su título es dicho primer remate nulo, poseyendo Arango sobre tal base, la reivindicación prospera, ya que se enfrenta a los menores que aducen título satisfactorio con su citada escritura de compra debidamente inscrita. Así las cosas, se imponían los artículos 946 y 950 de ese Código.

El recurrente, no sin proclamar las razones de interés privado y público justificativas del artículo 1852, hace estas salvedades, encaminadas a demostrar que no es el caso de aplicarlo y que no puede interpretarse como lo hace el Tribunal, a saber: no hubo contrato de venta en el sentido estricto de esta locución, sino remate; en éste y

en las diligencias que le precedieron los menores estuvieron amparados por el Juez; fue éste y no el padre de los menores quien transfirió; no fue éste, sino la madre, quien adquirió, y ella no ejerce ni ejercía para entonces la patria potestad. De otro lado, el peligro de terceros, tan de temerse en las aludidas ventas, no existe cuando se trata de licitación pública.

Se considera:

Dado lo que sobre tradición establece el artículo 741 del C. C., no puede desconocerse que en ese remate los tradentes fueron los menores dueños y el Juez su representante legal. Poco importa que el remate no fuera forzado, sino voluntario; ello es que por medio de él un inmueble perteneciente a unos menores se transfirió a su madre legítima. Sea por medio de escritura pública ante Notario, sea por medio de licitación pública ante el Juez, cuando una persona transfiere a otra una cosa por una cantidad de dinero, ésta se llama **precio** y el contrato, **compraventa**, según el texto del artículo 1849 del mismo Código.

El recurrente recalca sobre la diferencia de procedimiento según se trate de contrato acordado directamente entre vendedor y comprador o de subasta pública, a fin de sostener que en ésta no puede obrar la autoridad del padre y la sumisión y respeto de los hijos, consideraciones que con el concomitante peligro de desviación y de abuso es de afirmarse como motivo de la prohibición en referencia. Inaceptable también este argumento. No sólo mediante imposición personal y directa puede el padre abusar de su autoridad. Aquí, por ejemplo, ni necesitaron saber sus hijos en qué gestiones emprendía él para que la finca de ellos saliera de su patrimonio.

Indudablemente el artículo 1852 considera el peligro de fraude a los terceros por ventas reales o ficticias propiciadas por la intimidad de los parentescos a que se refiere. Pero de esta circunstancia no cabe deducir argumento en el sentido en que el recurrente lo formula, cual es el de que la licitación, poniendo sobre aviso a los acreedores, evita ese peligro de secreto y de fraude, por lo cual no puede reputarse incluída en la prohibición. Aunque en verdad no puede procederse a un remate con el sigilo hasta cierto punto completo que cabe cuando se acude a Notaría, que no deja de ser oficina pública, como son públicos los instrumentos que allí se otorgan, podrá pensarse que ese preciso elemento de peligro se disminuya y aun desaparezca con la licitación; pero no que todos los demás elementos se descarten. Más todavía: aun dando por sentado que con el remate se conjure todo peligro para los acreedores, en pie quedaría el de la mujer y el de los hijos, el cual es una razón, tal vez la más poderosa, de la prohibición en estudio. Y cabalmente éste es el caso del presente pleito, pues aquí no se ha dicho ni cabría decir que la finca de los menores se hiciera aparecer rematada para su madre por Arango con el fin de defraudar a éste como acreedor de ella y su marido.

Entonces, cuando el remate de 1940, hubo tan completo acuerdo que Arango asumió la representación de la señora para rematar para ella y se apresuró Latorre a manifestar que había recibido el precio, a fin de que aquél se aprobara. Posible es que cuando ya tuvo la señora este título cambiaran de propósito ella o su marido o ambos y que opusieran dificultades para el otro remate, al extremo de fingirse deudores de personas que con tercerías lo procastinasen; nada de esto atañe a la presente controversia. Ello es que Arango remató para sí en 1942 lo que dijo rematar para la señora en 1940.

Tampoco es aceptable el argumento que el recurrente deduce de no haber sido el padre sino la madre el rematador, tanto por lo ya dicho, cuanto porque la dependencia de la mujer respecto del marido indica la facilidad de que él se valga de ella como interpuesta persona para un fraude a la ley que quedaría autorizado si el argumento prosperase. El recurrente mismo anota que esa dependencia tiene tan hondas raíces y bases tan sólidas, a más de la netamente patrimonial, que persiste a despecho de las leyes de este orden que tanto han aliviado o enaltecido la situación y personería de la mujer casada desde este punto de vista.

Como bien observa el recurrente; la prohibición en estudio no obedece a consideraciones de capacidad o incapacidad para contratar o al solo hecho de que el padre o marido no puede contratar consigo mismo, sino a la intimidad de relaciones, a la clase de éstas con autoridad de un lado y obediencia y dependencia del otro, al conflicto entre intereses que no deben situarse en oposición si se piensa en todo lo que para la sociedad significa el hogar y la familia. La ley, velando por los **alieni juris**, dicta disposiciones encaminadas a la buena administración de sus bienes y a que éstos se conserven en su dominio.

Si hay completa analogía, por no decir identidad entre el padre y la madre en el dominio o ascendiente sobre sus hijos y en su responsabilidad moral y legal, no se ve por qué el artículo 1852, en vez de referirse a ambos, se entienda circunscrita al padre. Así, a **contrario sensu**, quedaría autorizada la compraventa entre la madre y sus hijos menores tan sólo porque ese artículo no la menciona expresamente. Cabe recordar el artículo 33 de la misma obra. Y debe recordarse también que cuando el Código se promulgó, según él los atributos de la patria potestad correspondían exclusivamente al padre, a tiempo que el marido tenía la potestad marital en la forma en que la considera en su artículo 62, juntándola en un mismo pie o concepto con la potestad patria.

Las precedentes consideraciones hacen ver que el Tribunal no interpretó con error ni aplicó indebidamente el artículo 1852. El recurso del abogado de Arango, por lo tanto, no prospera.

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 quince de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. ppdd.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y OTRAS

El Mutuo es un contrato unilateral. Como real, que también es, no se perfecciona sino por la entrega de su objeto. Sin la entrega no hay contrato y sólo por ella él existe, con ella y por virtud de ella nace. Los artículos 1546 y 1609 del Código Civil son inaplicables a un contrato unilateral.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Rafael M. Nieto demandó a Mario Cogollo para que se declaren resueltos los contratos que constan en la escritura número 238 de 28 de marzo de 1938 ante el Notario 1º de Cúcuta, así como para que se declare cancelada la hipoteca constituída allí, se anule el registro de ese instrumento como prenda industrial y se condene al demandado a pagarle los $ 18.000.00 a que ascienden los perjuicios, y también las costas procesales.

Admitida la demanda por el Juzgado 2º Civil de ese Circuito, Cogollo la contestó oponiéndose el 10 de febrero de 1944, y concluída la tramitación legal, el 16 de noviembre de 1945 se pronunció sentencia absolutoria, de que apeló Nieto y que el Tribunal Superior, surtidos los trámites de la segunda instancia, confirmó el 22 de agosto de 1946.

Contra este fallo interpuso Nieto casación, recurso que, preparado debidamente, hoy se decide.

En la citada escritura Nieto y la señora Adolfina Ramírez de Nieto, su esposa, declararon adeudar a Cogollo $ 8.000 que de él tienen recibidos en mutuo, y que le garantizan sus obligaciones con hipoteca de los inmuebles allí detallados, entre ellos un lote de terreno dentro del cual, dicen, se montará un ingenio para aserrar madera con la maquinaria que enumeran para agregar que todos estos elementos quedan comprendidos en la hipoteca, y como ésta la constituyen también sobre la casa de esa ciudad allí precisada, gravada con primera hipoteca a favor de tercero, dicen qué Cogollo queda comprometido a cancelar este gravamen. El plazo es de tres años sin interés. Cogollo compareció a aceptar.

Como razón fundamental invoca el demandante el incumplimiento de Cogollo, consistente en que no entregó toda la suma expresada y en que no canceló la aludida primera hipoteca en favor de tercero y que, por esto último, Nieto tuvo que vender en bajo precio otra casa suya para atender a esa cancelación.

También aduce entre los hechos fundamentales, como primero, el de haberse procedido "en forma simulada, cuando en realidad dicha cantidad de ocho mil pesos en moneda corriente era el valor de la maquinaria a que hace referencia la mencionada escritura, que el prestamista debía entregarle y que sólo entregó en parte en forma tardía, irregular y extemporáneamente".

Cogollo defiere al texto de la escritura para sostener que lo pactado fue el mutuo que ella reza y añade que privadamente se convino en entregas sucesivas del dinero y por eso se señaló plazo largo sin interés, a más de que en su poder quedaron los $ 1.500 de dicha primera hipoteca para cuyo pago no se señaló plazo entre él y Nieto y señora ni ellos lo requirieron. Advierte que por no haber pagado él al dueño de esa hipoteca, no ha exigido a sus deudores sino los $ 6.500 que les dio.

El Juzgado echa menos la intervención en el juicio de la señora Ramírez de Nieto y opina que sin ella adolece la demanda de ineptitud y la personería de Nieto es deficiente, porque si la acción resolutoria prosperase, no pudiendo alcanzar a la señora la sentencia por no ser parte en el litigio, unos mismos contratos resultarían a un tiempo en pie para ella y resueltos para él, es decir, para las dos personas que forman una sola parte contratante.

Además, el Juzgado reclama contra el ejercicio en una misma demanda de acciones incompati-

bles entre sí, como son la de simulación, que tiende a destruír el contrato por fingido y la de resolución que precisamente implica un contrato verdadero debidamente celebrado que se ataca por motivos sobrevinientes.

De ahí que la sentencia de primera instancia declare inepta la demanda y comprobada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y absuelva, en consecuencia, a Cogollo de los cargos de aquélla.

El Tribunal a esos respectos se limita a informar sobre lo opinado por el Juez, cuyos conceptos transcribe en parte, y por la suya afronta el problema desde un punto de vista enteramente distinto, cual es el del artículo 1609 del C. Civil, así: la convención consignada en la escritura de 1938 contiene obligaciones recíprocas, porque de un lado Nieto y señora asumieron la de devolver la suma prestada, y de otro lado Cogollo asumió la de cancelar la referida hipoteca en favor de tercero, y así las cosas, dice el Tribunal, la falta de Cogollo a esta obligación no puede alegarse por Nieto ni podría alegarse por Nieto y señora, no habiendo cumplido éstos lo de su cargo. De modo que se trata de contrato bilateral y a las pretensiones del demandante se opone la **exceptio non adimpleti contractus.**

El recurrente presenta su demanda de casación en dos capítulos que aquí para mayor claridad se estudian en orden inverso a como se traen allí, a saber:

Capítulo II. "Errada interpretación y apreciación de las pruebas". Así lo intitula, y lo divide en estos numerales:

1º Cogollo al contestar la demanda dice haber entregado a Nieto y señora $ 8.000 al firmarse la escritura, y en posiciones confiesa que no los entregó íntegramente. Esto lo acredita también la inspección ocular practicada en sus libros. El recurrente encuentra en esto "errada interpretación o apreciación", sin decir cómo ni por qué, y agrega que por ese error se violaron los artículos 606 y 607 del C. J.

2º Cogollo confiesa no haber cancelado la primera hipoteca, es decir, su incumplimiento. Esto "violó los artículos 1551 C. C. y 607 C. J.". Sin expresar razones, a esto se limita este punto.

3º "La experticia practicada en los libros del señor Mario Cogollo demuestra claramente que en ninguna época el señor Mario Cogollo dio cumplimiento a sus obligaciones. La no apreciación en tal sentido de esta prueba viola los artículos 637, 648, 641, 664 y 725 C. J." Queda transcrito íntegramente este punto tercero.

4º "La misma experticia practicada en los libros del señor Mario Cogollo comprueba plenamente que la totalidad de la suma que debía ser entregada por él se destinaba a la adquisición de la maquinaria que se menciona en la escritura número 238 de 28 de marzo de 1938. La no apreciación de esa experticia en tal sentido viola los artículos 663 y 664 del C. J. y sus concordantes. Queda transcrito íntegramente el punto 4º.

Se considera:

Como se ve, en ninguno de los cuatro puntos en que divide el Capítulo II llena el recurrente la exigencia legal de indicar en forma clara y precisa la razón de su cargo; pero se comprende obviamente que todos ellos se encaminan a demostrar que Cogollo no cumplió. Ahora bien, el Tribunal no se funda en que éste cumpliera; de suerte que no incurrió en el error que el recurrente le atribuye y, por lo mismo, no se explica por qué razón lo ataque. Cabalmente la invocación que hace el Tribunal del artículo 1609 del C. C. y los términos en que la hace, demuestran que da por sentado o reconoce ese incumplimiento y que, si no deriva de él una solución favorable al actor, es sólo porque media también incumplimiento suyo.

No siendo, pues, conducentes los cargos del Capítulo II, se rechazan.

Los del Capítulo I se formulan así: "a) Violación del derecho. b) Violación del derecho por errada interpretación de la demanda".

Este último cargo es más bien una queja porque el Juzgado entendiera que a la vez se pedía resolución y simulación. El recurrente, para corregir esa interpretación de la demanda, pone de presente de modo enfático que lo que pide en su libelo es la resolución por incumplimiento de Cogollo, y que a esto no se opone la circunstancia de que entre los hechos fundamentales figure la simulación, referente sólo a una de las finalidades del contrato: mutuo en lugar de maquinarias, según palabras del recurrente.

En este cargo no señala ninguna disposición legal como quebrantada, a pesar de que el motivo de casación aducido es el 1º del artículo 520 del C. J. que, como es sabido, consiste en "ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción

directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Aunque este defecto bastaría para rechazar el cargo o, mejor dicho, para reconocer que no lo hay, conviene observar que desde la demanda inicial ha hablado Nieto de simulación e insistido en ello al extremo de que ahora mismo en su alegato en estudio vuelve sobre el tema como se acaba de ver al transcribir el último de los cargos de su Capítulo II; y en forma un tanto vacilante, ya entre si hubo préstamo en dinero o compra de maquinaria, ya sobre si esta compra la habían de hacer Nieto y señora para que Cogollo les hiciera los pagos a los vendedores o si él directamente era el vendedor. No obstante esas vacilaciones y entremezcla, queda en claro en definitiva que lo demandado es la resolución por incumplimiento de Cogollo, y así fue como el Tribunal contempló el problema, de suerte que si negó la resolución, a pesar de hallarla procedente en cuanto el contrato en su concepto es bilateral, no accedió por el incumplimiento de la otra parte contratante, aplicando el citado artículo 1609.

Queda por estudiar el cargo a) del Capítulo I que formula el recurrente así: Violación de los artículos 1503, 1581, inc. 2º, 1568, inc. 3º, 1583, inc. 1º y sus concordantes, todos del C. Civil, porque se declara inepta la demanda por no concurrir a ella y al juicio la señora de Nieto, cual si se tratara de obligación indivisible o solidaria, sin serlo la que asumieron ellos.

El Tribunal no niega que Nieto sea persona capaz, ni que la obligación de pagar dinero sea divisible, ni que la solidaridad, en su caso, deba expresarse. Por tanto, no se ve cómo aquella exigencia implique quebranto de estas disposiciones legales. La hizo el Juez, no el Tribunal, sin conceptuar que tal obligación sea solidaria o indivisible y sin sugerir siquiera incapacidad en la persona de Nieto, sino simplemente por la consideración, ajena a esos preceptos legales, de que formando Nieto y señora una sola parte contratante, no sería lógico provocar una situación en que a la vez el contrato permaneciera en pie para la señora y quedara resuelto para su marido, ya que la sentencia no tendría alcance contra ella no siendo parte litigante.

Se rechaza el cargo.

Lo dicho hasta aquí basta para no casar la sentencia recurrida, máxime si se tiene en cuenta que el recurrente no ataca lo que viene a ser la razón decisiva y fundamento del Tribunal en relación con el artículo 1609 del C. C., acerca de lo cual la demanda de casación guarda completo silencio; pero la Sala estima necesario agregar algunas reflexiones sobre la situación jurídica de los contratos atacados y de la acción con que se les ataca.

Esos contratos son un mutuo, como principal, y como accesorio, el de hipoteca. El mutuo es un contrato unilateral. Como real, que también es, no se perfecciona sino por la entrega de su objeto, que aquí fue el dinero de Cogollo. Sin la entrega no hay contrato y sólo por ella él existe, con ella y por virtud de ella nace. No es jurídicamente admisible la acción resolutoria. Tanto el artículo 1546 como el 1609 del C. C. comienza diciendo: "En los contratos bilaterales" para establecer aquél la condición resolutoria llamada tácita y para establecer éste la mencionada excepción de contrato no cumplido. Son inaplicables, en fuerza de estas claras y consabidas nociones, a un contrato unilateral.

Así pues, si Cogollo, contrayendo la atención al caso de autos, no entregó todo el dinero, al respecto el esfuerzo procedente de Nieto y señora debía ser el de contrarrestar la plena prueba que contra ellos levanta la escritura, según el artículo 1759 del C. C., por obra de su declaración de haber recibido los ocho mil pesos; pero en acción directa, no mediante una de resolución, a la que no hay lugar, como queda dicho.

Del propio modo, si la falta de entrega total, con la cual se ata la de no haberse cancelado por pago de Cogollo la primera hipoteca, les causó perjuicios, la demanda sobre éstos no puede prosperar ni es procedente en cuanto se la formule como consecuencia de una acción resolutoria que, repítese, no cabe para un contrato de mutuo, por ser unilateral y real.

Por lo que hace a la hipoteca, hasta sobra decir que ella permanece en pie mientras así esté el contrato principal a que accede, cuando no hay razones que la afecten separada y directamente. Sabido es que cuando las hay, puede presentarse el caso de que se invalide el contrato accesorio y el principal permanezca indemne.

Perfeccionándose el mutuo por la entrega y no habiéndolo sin ésta, es claro que ni lugar hay a falta del mutuante de donde pudiera derivarse acción resolutoria. Aquí, tanto por el tenor de la escritura cuanto por la demanda que, suplicando resolución está afirmando la existencia

del contrato, precisamente ha de partirse de esta base y sería extraño considerar lo que haya de conceptuarse cuando lo contendido sea una promesa, ya por la diferencia entre lo realizado y lo meramente prometido, ya sobre todo por la que hay en la naturaleza de los dos convenios, unilateral el mutuo, bilateral la promesa de celebrarlo.

Como ya se dijo, para no casar bastaba la improcedencia de los cargos formulados; más aún: habría bastado la circunstancia decisiva de que no se ataca ni siquiera se toca lo que constituye el fundamento del fallo recurrido. Con todo, la Sala ha entrado en las adicionales consideraciones precedentes, breve resumen de trajinadas nociones de derecho, porque al limitarse a rechazar la acusación o a denegar la invalidación de ese fallo habría desatendido la finalidad doctrinal que al recurso de casación asigna su establecimiento mismo y le conservan las sucesivas leyes reglamentarias.

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 Pamplona el veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en el recurso, porque no se causaron.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Varga.s—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION. — EL INTERES JURIDICO EN LA ACCION PROCESAL. — SIMULACION

1.—Acerca del interés jurídico, fuente de legitimación y medida de toda acción procesal, según se sabe, ha dicho la Sala: "En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser, no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir—lo mismo que el perjuicio—al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro". En acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir "un estado de hecho contrario al derecho". Pero la significación y alcance de este esencial presupuesto, consagrado en las normas generales de derecho, debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal de que se trata, porque ésta es un conflicto de intereses jurídicamente regulados y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitime su acción.

2.—Tratándose de la simulación propiamente dicha, del ejercicio de su acción específica, tendiente, como se sabe, a que prevalezca el acto secreto sobre lo declarado por las partes en el público u ostensible, se ha dicho, con aplicación del principio general de que sin interés no hay acción, que puede ejercerla todo el que tenga interés jurídico en la declaración de simulación, entendiendo por tal el que resulta de la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el demandante alegue un derecho propio y actual de que es titular, y no una mera expectativa; y además un perjuicio causado directamente por la conservación del acto simulado. Esto es, según frase muy comprensiva, "un interés protegido por la ley". La diferenciación que la jurisprudencia ha establecido entre parte y tercero en los procesos por simulación tiene un fin exclusivamente destinado a fijar el límite de la libertad probatoria determinando la idoneidad de la prueba para cada una de sus situaciones. Pero en materia del interés jurídico legitimante de la acción, siempre el demandante, tercero o parte, ha de acreditarlo en relación directa y objetiva demostrando su derecho actual y propio, amenazado o impedido en su ejercicio por el acto simulado. La Corte ha venido concretando acerca de esta condición radical, la noción del interés jurídico en los diversos casos, como en la sentencia en que trató lo referente a los acreedores-terceros respecto de los actos simulados ejecutados por su deudor, la cual lleva fecha de 15 de febrero de 1940.

El concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y se condiciona con la exigencia de su licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren derechos de terceros. Desde el momento en que la simulación perjudica a éstos o defrauda la ley deja de ser lícita y pierde con-

secuencialmente, la condición jurídica el acto concertado en esa forma ficticia. Desde este ángulo de apreciación se ha considerado el ejercicio de la acción de simulación por los herederos forzosos de los simuladores y se ha aceptado, a pesar de ser sucesores a título universal, para efectos de la admisibilidad de la prueba, que tienen la calidad de terceros cuando impugnan un acto de su causante ejecutado con detrimento de sus derechos herenciales, es decir, con quebranto de la ley, para burlar derechos consagrados por ésta y amparados por reglas de orden público. Igual posición se ha aceptado para el cónyuge supérstite que impugna contratos celebrados por el muerto en fraude de los intereses de la sociedad conyugal ilíquida. Cuando el interés se vincula a un derecho herencial, el perjuicio debe estar representado por una mutilación ilegal del derecho, esto es, que el acto simulado del causante sea el impedimento para que se realice el derecho en la medida legal, como acontece cuando con contratos simulados se lesionan las legítimas de los herederos forzosos y, en general, las asignaciones que el testador es obligado a hacer y que se pueden suplir con perjuicio de sus disposiciones. En estos casos es visible el derecho actual y propio del heredero demandante, lo mismo que su perjuicio causado por la conservación del acto simulado; pero su interés jurídico para demandar la simulación realizada por su causante no se le reconoce o deduce en condición de tercero, que jurídicamente no lo es, sino como titular de un derecho consagrado en su favor por la ley y constitutivo asimismo de una limitación imperativa a la libertad de disposición del DE CUJUS, esto es, en doctrina jurídica, como heredero y por ser heredero. La ilicitud que le quita a esa simulación el amparo jurídico es la violación de la ley que establece los herederos forzosos dentro de nuestro sistema sucesoral.

Otra es la situación jurídica, para pedir la simulación, de los herederos no forzosos, los cuales no tienen interés jurídico para demandarla. Si el mero deseo de HEREDAR MAS se tuviera por legítimo interés, se iría no sólo contra la facultad de disposición que conlleva esencialmente el derecho de propiedad, sino que desnaturalizaría también la libertad de testar, en los límites en que la establece la ley, pues en realidad equivaldría a desconocer y violentar la voluntad del testador obligándole a hacer asignaciones más cuantiosas en favor de quienes no estaba obligado legalmente y a quienes sólo quiso hacer un acto de liberalidad o de beneficencia.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 777, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Neiva el 29 de diciembre de 1934, Adelaida y María Antonia Andrade Charry transfirieron, a título de venta, por el precio de $ 5.000.00, a sus sobrinos legítimos excelentísimo señor Pedro María Rodríguez Andrade, Obispo de Ibagué, presbítero Agustín Rodríguez Andrade y Concepción Rodríguez Andrade (hijos del matrimonio de Damiana, hermana de las vendedoras, con Juan Rodríguez), el derecho de dominio que proindiviso y por iguales partes tenían en un potrero llamado "Isla de la Manguita", ubicado en jurisdicción municipal de Neiva, y cincuenta hectáreas cada una de las vendedoras en los lotes números 1 y 7 que en común con su hermana Magdalena les fueron adjudicados en el juicio divisorio de "La Vega de los Andrades", en jurisdicción del municipio de Palermo, alinderados como allí se expresa. En ese instrumento se estipuló que las vendedoras se reservan para sí y para su hermana Magdalena, hasta la muerte de la última de las tres, el usufructo de los bienes vendidos.

Ocho meses después, el 14 de agosto de 1935, Adelaida Andrade soltera y sin descendientes, otorgó testamento en que instituyó herederas a sus dos hermanas María Antonia y Magdalena. A su turno el 12 de septiembre del mismo año de 1935, María Antonia Andrade también soltera y sin descendencia, otorgó testamento y en él instituyó como herederas a sus hermanas Adelaida y Magdalena.

Adelaida murió el 20 de junio de 1938, y el 19 de marzo de 1941, falleció su hermana María An-

tonia. Sus juicios mortuorios se adelantaron acumuladamente en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Neiva y en la partición correspondiente le fueron adjudicados los bienes a su hermana testamentaria Magdalena Andrade.

El 2 de diciembre de 1942 otorgó testamento Magdalena Andrade y en él instituyó como herederos en el remanente de sus bienes por partes iguales, después de pagar varios legados, a sus sobrinos Carlos Leonidas y Antonio María Andrade. Murió esta testadora el 4 de octubre de 1943, y su juicio sucesorio no ha sido iniciado aún.

Tales los antecedentes del juicio ordinario iniciado ante el Juzgado 4º de este Circuito por Carlos Leonidas y Antonio María Andrades, por medio de apoderado y en demanda de fecha 25 de abril de 1944, contra el excelentísimo señor Pedro María Rodríguez, Agustín Rodríguez y Concepción Rodríguez, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Que es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura número 777 de 29 de diciembre de 1934 de la Notaría 1ª de Neiva, registrada en la Oficina de Registro de este mismo Circuito en el libro número 1º..... por medio de la cual Adelaida y María Antonia Andrade dijeron vender a los demandados los bienes raíces ubicados en el municipio de Neiva y Palermo, determinados en la citada escritura.

"Que en realidad de verdad el contrato que la referida escritura 777 contiene, no es una venta sino una donación gratuita hecha por las personas que en ella aparecen como vendedoras y a favor de los que en la misma escritura figuran como compradores.

"Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se diga que la donación contenida en la citada escritura es nula de nulidad absoluta por no haber sido precedida de la formalidad de la insinuación, requisito indispensable para la validez de tal donación al tenor del artículo 1458 de C. C.

"Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a los demandados a restituír a las sucesiones de María Antonia y Adelaida Andrade Charry, representadas hoy por la sucesión de Magdalena Andrade Charry, de la cual son representantes mis poderdantes Carlos L. y Antonio María Andrade Salas..... todos los bienes que fueron materia del contrato contenido en la escritura 777..... con todas las accesorias y frutos que ellos hayan producido..... Que se oficie al registrador del Circuito de Neiva a fin de que cancele la inscripción de la escritura 777..... y que se condene a los demandados a pagar las costas del juicio si se oponen".

Dice la demanda que Antonio María y Carlos Leonidas Andrade Salas representan a Magdalena Andrade, y "por lo tanto, siendo éstos representantes de la representante de María Antonia y Adelaida Andrade, representan indirectamente a las citadas Adelaida y María Antonia Andrade. Es en ese carácter como comparecen en este juicio".

Los demandados, por medio de apoderado y después de un incidente inútil de excepciones dilatorias, contestaron la demanda, negando los hechos fundamentales de la acción de simulación y oponiéndose a las pretensiones porque la escritura número 777 es un título perfecto y contiene y prueba un contrato de venta realmente celebrado.

Trabada así la litis, al final del procedimiento de la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 22 de marzo de 1945, declaró "que los demandantes carecen de la acción de simulación-prevalencia y las consecuenciales que han intentado en la demanda motivo del presente litigio, la cual se deniega en todas sus partes". Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación que ambas partes interpusieron contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda instancia del juicio que finalizó en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial con la sentencia del 26 de septimbre de 1945, en la cual se revocó la recurrida y en su lugar se decidió:

"1º Declárase simulado el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número 777 de 29 de diciembre de 1934.....

"2º Declárase que el vínculo jurídico que liga a los contratantes en el contrato indicado en el numeral anterior, es el de una donación entre vivos hecha por las mencionadas señoritas Andrades a los citados señores Rodríguez Andrades".

"3º Declárase que esta donación es válida en cuanto no exceda a cuatro mil pesos; y que en tal exceso, si lo hubiere, debe ser reducida hasta esta cantidad teniendo en cuenta el valor que tuvieron las fincas para el día del contrato que se declara simulado".

"4º Declárase que los demandados señores Rodríguez Andrades están obligados, si hubiere el exceso de que se hace mérito en el numeral anterior, a restituírlo a la sucesión de Magdalena Andrade Charry representada en este juicio por los demandantes..... con sus frutos naturales y civiles correspondientes, nó sólo los que hayan podido percibir los demandados a partir del día en que los bienes del contrato simulado entraron en su poder, sino los que la parte demandante hubiera podido percibir estando los bienes en su poder, según las reglas generales. PARAGRAFO. Esta restitución se consumará una vez que quede definido o singularizado en cuerpo cierto lo correspondiente a cada una de los derechos de las dos partes, recurriendo éstas para tal efecto, en acuerdo con lo dispuesto por el artículo 550 del C. J. al correspondiente juicio divisorio..... Sin costas".

Advierte el Tribunal al comienzo de su exposición de motivos, que "antes de investigar el fondo del negocio, precisa determinar si los demandantes tienen la acción que han intentado, si tienen interés jurídico, es decir, si su personalidad sustantiva para actuar en este juicio es procesalmente aceptable". y respecto de esta cuestión esencial y previa concluye afirmativamente por las razones que expresa en los siguientes apartes: "En el presente caso, ya se vio, se trata de dos herederos que alegando que un contrato celebrado por sus causantes es simulado, solicitan de la justicia se haga esa declaración en favor de las sucesiones que dicen representan..... Si tratándose del ejercicio de la acción de simulación puede impetrarse por la misma persona que celebró o fue parte en el contrato simulado, porque su interés jurídico es incontrovertible, fuera de duda queda la consideración de que en vida, las otorgantes Adelaida y María Antonia habrían podido con plenitud suficiente demandar a sus sobrinos para que con su audiencia se declarara que el contrato de la escritura en cuestión, la número 777, fue simulado; y la sentencia pertinente habría tenido que despacharse en su favor si las pruebas del proceso hubieran llevado a la certeza del hecho jurídico invocado. Y si esto es así, consecuencialmente lo es, que los herederos de quien celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción puesto que ocupan el mismo lugar de aquel y en forma, que el interés jurídico de éstos es exactamente el mismo que tenía el causante. Es simplemente un interés heredado con sus modalidades, sus consecuencias y sus vicios el que pone en movimiento el heredero..... Las anteriores explicaciones permiten establecer que no puede llevarse al terreno de la duda el hecho de que los demandantes representan la herencia o sucesión de las contratantes vendedoras..... Como resumen de lo anterior puede concluírse que los demandantes tienen interés jurídico directo, real, actual y determinante en que se declare la simulación; que ese interés derivado de sus causantes, como que fue adquirido por herencia, debe ser protegido en la medida de la ley; y, finalmente, que los demandantes no son terceros extraños al contrato acusado porque en este juicio actúan en nombre y reemplazo de las directamente vinculadas al contrato y que por ficción de derecho representan....."

El resto de la motivación de la sentencia, referente a la prueba de la simulación y a la nulidad de la donación encubierta, no tiene interés para la decisión del recurso y por eso se prescinde de hacer su revista.

El recurso

El apoderado de la parte demandada interpuso oportunamente el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. se acusa la sentencia de ser violadora — por errónea interpretación el primero y consecuencial aplicación indebida los restantes — de los artículos 2º de la ley 50 de 1936, y 1155, 148, 1741, 1759, 1766 y 1769 del C. C.

El fundamento conceptual de la acusación se hace consistir en que los demandantes Carlos y Antonio María Andrade Salas carecen de la acción de simulación-prevalencia que han intentado porque no tienen el interés jurídico necesario para legitimar su ejercicio, demandando la declaratoria de simulación para atacar luégo por nulidad una donación que en manera alguna les irroga perjuicio. Ni considerándolos como terceros respecto del contrato de la escritura 777, ni como herederos de Magdalena Andrade, únicas posiciones jurídicas en que puede tenérseles, resulta el indispensable interés jurídico para demandar la nulidad de la donación disfrazada de venta. No son terceros interesados porque ellos no tuvieron con Adelaida y María Antonia Andrades, antes ni después de celebrado el referido contrato de venta, ninguna vinculación de derecho, contractual ni legal, que les diera la calidad de acreedo-

res que ahora estuviera sufriendo desmedro por efecto de ese contrato. Y tampoco tienen personería sustantiva o derecho de actor como herederos, porque no lo son de las vendedoras en la escritura 777, y porque "un heredero, por el hecho de serlo, no puede desconocer los contratos que celebró su causante, por lo mismo que el heredero es el continuador de las obligaciones del de cujus. El heredero, tratándose de una acción de simulación, sólo tiene personería para intentar esa acción con el fin de obtener que no se le disminuya o se le desconozca su legítima, o sea, de impedir que su causante lo desherede de hecho, sin causa".

No es necesario, por la forma en que va a ser decidido el recurso, hacer referencia a dos cargos más que con carácter de subsidiarios formula la demanda de casación.

Considera la Sala:

Acerca del interés jurídico, fuente de legitimación y medida de toda acción procesal, según se sabe, ha dicho esta Sala: "En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del código civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir — lo mismo que el perjuicio — al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro". (G. J., Tomo XLIX, pág. 848).

En acciones de esta naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir "un estado de hecho contrario al derecho". Pero la significación y alcance de este esencial presupuesto, consagrado en las normas generales de derecho, debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal de que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulados y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitime su acción.

Tratándose de la simulación propiamente dicha, del ejercicio de su acción específica, tendiente, como se sabe, a que prevalezca el acto secreto sobre lo declarado por las partes en el público u ostensible, se ha dicho, con aplicación del principio general de que sin interés no hay acción, que puede ejercerla todo el que tenga interés jurídico en la declaración de simulación, entendiendo por tal el que resulta de la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el demandante alegue un derecho propio y actual de que es titular, y no una mera expectativa; y además un perjuicio causado directamente por la conservación del acto simulado. Esto es, según frase muy comprensiva, "un interés protegido por la ley".

La diferenciación que la jurisprudencia ha establecido entre parte y tercero en los procesos de simulación tiene una finalidad exclusivamente destinada a fijar el límite de la libertad probatoria determinando la idoneidad de la prueba para cada una de esas situaciones. Pero en materia del interés jurídico legitimante de la acción, siempre el demandante, tercero o parte, há de acreditarlo en relación directa y objetiva demostrando su derecho actual y propio, amenazado o impedido en su ejercicio por el acto simulado.

Y acerca de esta condición radical la Corte ha venido concretando la noción del interés jurídico en los diversos casos. Así, en relación con los acreedores — terceros respecto de los actos simulados ejecutados por su deudor — dijo en sentencia del 15 de febrero de 1940: ".....Mas no toda persona puede ejercitar la acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, que necesita que tenga interés jurídico, o sea, un interés protegido por la ley, que es desconocido o lesionado por el acto nulo, por el acto ejecutado merced a una colusión o determinado por el **animus nocendi**, como en muchos casos de la acción pauliana, o por el acto simulado. La sola calidad de acreedor no da personería a éste para entablar alguna de las acciones anteriores. Se necesita el interés jurídico. Quien se presenta ejerciendo una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar,

hacer o no hacer, o pagar, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer también plenamente, que el acto acusado le perjudica por cuanto en virtud de él quede en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes". (G. J., Tomo XLIX, pág. 68).

El concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y se condiciona con la exigencia de su licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren derechos de terceros. Desde el momento en que la simulación perjudica a éstos o defrauda la ley deja de ser lícita y pierde consecuencialmente la protección jurídica el acto concertado en esa forma ficticia. Desde este ángulo de apreciación se ha considerado el ejercicio de la acción de simulación por los herederos forzosos de los simuladores y se ha aceptado, a pesar de ser sucesores a título universal, para efectos de la admisibilidad de la prueba, que tienen la calidad de terceros cuando impugnan un acto de su causante ejecutado con detrimento de sus derechos herenciales, es decir, con quebranto de la ley, para burlar derechos consagrados por ésta y amparados por reglas de orden público. Igual posición se ha aceptado para el cónyuge supérstite que impugna contratos celebrados por el muerto en fraude de los intereses de la sociedad conyugal ilíquida. Cuando el interés se vincula a un derecho herencial, el perjuicio debe estar representado por una mutilación ilegal del derecho, esto es, que el acto simulado del causante sea el impedimento para que se realice el derecho en la medida legal, como acontece cuando con contratos simulados se lesionan las legítimas de los herederos forzosos y en general las asignaciones que el testador es obligado a hacer y que se pueden suplir con perjuicio de sus disposiciones. En estos casos es visible el derecho actual y propio del heredero demandante, lo mismo que su perjuicio causado por la conservación del acto simulado; pero su interés jurídico para demandar la simulación realizada por su causante no se le reconoce o deduce en condición de tercero, que jurídicamente no lo es, sino como titular de un derecho consagrado en su favor por la ley y constitutivo así mismo de una limitación imperativa a la libertad de disposición del **de cujus**, esto es, en doctrina jurídica, como heredero y por ser heredero. La ilicitud que le quita a esa simulación el amparo jurídico es la violación de la ley que establece los herederos forzosos dentro de nuestro sistema sucesoral.

Otra situación sustancialmente distinta es la que corresponde a los herederos no forzosos respecto del interés jurídico necesario para legitimar el ejercicio de la acción de simulación-prevalencia de los contratos celebrados por su causante. Estos sucesores no han llegado a adquirir la calidad de interesados en el patrimonio del testador por ningún antecedente contractual ni legal, que los ligara en vida con él, sino como exclusiva consecuencia de su muerte, **mortis causa**, que les dio participación en sus bienes relictos a título de gratuidad. Esta circunstancia tiene esencial significado e importancia para calificar y deducir el interés jurídico del heredero testamentario no forzoso, que al desvincularlo de la ley que rige la sucesión por causa de muerte, no queda ligado sino por una directa y exclusiva pretensión de aprovechamiento patrimonial, en que no interviene para nada el concepto de orden público, ni el llamado interés de la ley; de modo que para poderlo singularizar, determinándolo o no el interés de un interesado particular, tiene que demostrar fehacientemente cuál es su derecho propio y actual que por estar embarazado por el acto de su causante que dice simulado le está produciendo un perjuicio cierto y directo. Sólo acreditando satisfactoriamente su "interés protegido por la ley" podrá aspirar legítimamente a que se niegue la protección jurídica a la simulación de su causante, que sólo por violar ese derecho dejaría de ser lícita. El elemento perjuicio en la configuración jurídica del interés, como efecto de la conservación del acto simulado, y con calidad de cierto y definido, es factor integrante de la personería sustantiva del actor en las acciones de simulación, como acontece en las de reparación civil.

Si la legitimación para obrar en casos como éste depende de un interés personal del heredero, traducido meramente en la posibilidad de aumentar su cuota hereditaria, como lo revela la finalidad que persigue el proceso, es jurídicamente desacertado afirmar, como lo hace la sentencia, que el interés del sucesor testamentario para demandar la simulación es el mismo de su causante. Más bien resulta contrario. Si el causante tenía derecho incuestionable para vender simuladamente, puesto que con ese acto no perjudicaba a nadie ni violaba la ley, si podía

legítimamente escoger como medio jurídico de enajenación la venta en vez de la donación, de la misma manera y por la misma razón que un acreedor no podía atacar ese acto mientras con él no se le infiriera un perjuicio real, un heredero no forzoso tampoco puede hacerlo sin legitimar su interés propio contra el causante que simuló lícitamente en ejercicio de su derecho de disponer libremente de sus bienes porque no tenía acreedores ni herederos forzosos que limitaran ese poder dispositivo. "Creemos que la misma argumentación, las mismas reflexiones —dice Antonio Rocha refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte sobre interés del acreedor para pedir simulación de estos actos de su deudor— se deben aplicar a los actos dispositivos de bienes verificados por una persona que no tiene herederos forzosos. El hombre debe mantener su libertad de disponer de sus bienes en vida y respetársele esa libertad después de su muerte. Si el hombre no cercena con una venta simulada la legítima rigurosa o, también puede ser, el haber del cónyuge en la sociedad conyugal, **no se ve qué interés jurídico** se ha violado con sus actos de disposición". (De la Prueba en Derecho, página 187). Si el mero deseo de **heredar más** se tuviera por legítimo interés, se iría no sólo contra la facultad de disposición que conlleva esencialmente el derecho de propiedad, sino que desnaturalizaría también la libertad de testar, en los límites en que la establece la ley, pues en realidad equivaldría a desconocer y violentar la voluntad del testador obligándolo a hacer asignaciones más cuantiosas en favor de quienes no estaba obligado legalmente y a quienes sólo quiso hacer un acto de liberalidad o de beneficencia.

De otro lado, es bien sabido que cada sucesión tiene su difunto, sus bienes y sus herederos, que adquieren **mortis causa** la universalidad jurídica del patrimonio del muerto. Cada sucesión es asimismo un modo de adquirir los bienes que una persona ha dejado al tiempo de su muerte, que es cuando se defiere a quienes son llamados actualmente por la ley o por el testamento a sucederle por virtud de la delación que designa el momento en que nace la vocación sucesoria de los asignatarios. Solamente por el derecho de transmisión, cuando un heredero fallece sin haber aceptado ni repudiado la herencia que se le ha deferido, se entrelazan sucesiones distintas. Puede una sucesión tener interés en otra, pero esto no sirve para decir, como lo dice el Tribunal, que una sucesión represente a la otra, cosa inaceptable si se recuerda la solución adoptada por esta Sala de que la sucesión no es propiamente una persona jurídica con interés distinto del de los herederos mismos que son quienes llevan su representación judicial y extrajudicialmente. El recuerdo de estas nociones sirve para rectificar la afirmación de la sentencia de que los demandantes Carlos y Antonio María Andrades, por ser herederos testamentarios de Magdalena, lo son también de Adelaida y María Antonia Andrades Charry por la circunstancia de que su causante lo fue de éstas. Esos demandantes en este juicio no son herederos de sus tías Adelaida y María Antonia Andrades y por consiguiente no pueden demandar en nombre y en interés de sus sucesiones, jurídicamente inexistentes ya. (El Tribunal olvidó la forma y términos de este pedimento y decretó la restitución en favor de la sucesión de Magdalena Andrade). Esta desconexión herencial entre los dos demandantes en la acción de simulación y los pretendidos autores de ella hace ver más claramente todavía su falta de interés jurídico legitimante de la acción que ha incoado.

En fuerza de los conceptos que se dejan expuestos es preciso concluír reconociendo que el Tribunal violó las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente en casación. Las razones en que se funda la prosperidad de las acusaciones por quebranto legal sirven así mismo de motivación para la decisión de reemplazo.

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 Bogotá de fecha 26 de septiembre de 1945, y en su lugar, por los motivos aquí expuestos, confirma la de primera instancia proferida por el Juzgado 4º Civil de este Circuito, el 22 de marzo del mismo año de 1945.

No hay lugar a condenación en costas.

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

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE MEJOR DERECHO A UNA MINA

La ley de minas autoriza esta forma de aviso y de denuncio, para terceros, el cual, por otra parte, no es sino la aplicación en el ordenamiento legal sobre régimen minero de lo que para las obligaciones civiles estatuye el artículo 1506 del Código Civil al autorizar la estipulación para otro. Esta figura, rechazada por el Derecho Romano en la sentencia "NEMO ALTERI STIPULARI POTEST", ha sido en el derecho moderno una fecunda fuente de relaciones jurídicas en tanto han ido cobrando interés económico diversas figuras contractuales a cuyo reciente desarrollo concurre la multiplicación y complejidad de fenómenos que van forzando la aparición de nuevas concepciones jurídicas; el contrato de seguro, el de transporte, las donaciones con gravamen, son ejemplo de aplicaciones cotidianas del precepto contenido en el artículo 1506 del Código Civil. Para explicar la naturaleza de esta figura acuden los doctrinantes a variadas fórmulas, como la de la oferta de Laurent, la de la agencia oficiosa propugnada por Pothier, y la más moderna conocida como la de "creación directa del derecho"; estos diversos ensayos en torno a la naturaleza de la estipulación para otro hallan una causa única, consistente en la dificultad de explicar cómo un vínculo creado por el estipulante no permite demandar lo estipulado sino al tercero beneficiario, de tal suerte que aquél desaparece tan pronto como crea un lazo jurídico a cuyo desarrollo, efectos y extinción va a permanecer ajeno.

El poder jurídico de obtener la adjudicación de una mina con preferencia a avisantes posteriores lo consideran algunos como una facultad más que un derecho, entendiendo por tal la posición subjetiva ante una norma general; empero, las distinciones puramente doctrinarias sobre la naturaleza de ese poder no lo sustraen dentro de nuestra legislación al concepto de bien incorporal AD REM susceptible de apropiación individual o colectiva.

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

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

La presente controversia civil, según el proceso mediante el cual se ha ventilado, tiene los antecedentes que a continuación se relatan:

Froilán Toro Muñoz avisó para sí y para otros, entre los cuales se cuenta Peregrino Molina, la mina de antiguo descubrimiento "La Concepción", situada en el distrito de Caramanta, Departamento de Antioquia; Peregrino Molina continuó las diligencias respectivas, y el 15 de marzo de 1938 denunció la mina advirtiendo que lo hacía para sí y para Froilán Toro, Daniel Restrepo, Isidoro Ríos e Isabel Vélez, y determinando en el denuncio la proporción que a cada uno correspondería en la mina; el día 8 de julio de 1943 Benedicto Restrepo la avisó también para sí y para otros. con quienes formó la sociedad ordinaria de minas "La Concepción", entidad que la denunció por medio de apoderado el 10 de julio de 1943; entre Peregrino Molina y la Sociedad se pactó un contrato fechado el catorce de octubre subsiguiente, por medio del cual el primero dijo ceder a la Compañía "todos los derechos que tiene o pueda tener" sobre la mina nombrada, se obligó a efectuar los arreglos necesarios para que Isidoro Ríos, Daniel Restrepo, Froilán Muñoz e Isabel Vélez no entorpecieran la titulación de la mina a favor de la Sociedad y; una vez concluídos tales arreglos, a desistir ante la Gobernación del Departamento del denuncio efectuado para él y para sus copartícipes; también se obligó Molina a no presentar oposición alguna a las diligencias que la sociedad adelantara para llegar a obtener la titulación de la mina, y a coadyuvar con su cooperación en esa tarea y en su efectividad práctica. La sociedad se obligó para con Molina a hacerlo propietario de un número determinado de acciones privilegiadas de ella, estipulación que

sólo tendría efecto cuando Molina cumpliera por su parte la de desistir del denuncio a que ya se aludió. No obstante, Molina pidió la posesión de la mina y al dársela el funcionario competente, concurrió a oponerse la sociedad alegando mejor derecho por el contrato cuyas condiciones se han sintetizado; esta oposición dio origen al trámite ordinario previsto por el artículo 66 del Código de Minas, y, en tal virtud, la Compañía en demanda dirigida al Juez Promiscuo del Circuito de Támesis el cual la admitió el 26 de marzo de 1944, formalizó su oposición, fundado en los hechos que se dejan relatados, y en otros pertinentes tales como los relativos a personería sustantiva y adjetiva, con el fin de que se hicieran en el fallo las siguientes declaraciones:

"a) Que la denunciante y avisante de la mina "La Concepción", Sociedad ordinaria de minas "La Concepción", tiene mejor derecho que el demandado, señor Peregrino Molina, por razón de un descubrimiento anterior o porque el demandado cedió en favor de la Sociedad mentada todos los derechos que tiene o pueda tener sobre la mina "La Concepción", situada en el paraje de "Batatilla", fracción de "Alegría" del municipio de Caramanta, ubicada y alinderada como se dijo arriba, tiene mejor derecho, repito, a la adjudicación y titulación de la mina "La Concepción".

"b) Que en consecuencia, la Gobernación de Antioquia expedirá el título de la mina "La Concepción" a favor de la Sociedad Ordinaria de minas que presento, de conformidad al aviso número 7 del día 8 de junio de 1943, presentado por don Benedicto Restrepo, y de conformidad al denuncio que el doctor Germán Arturo Gómez hizo el 10 de julio del año retropróximo".

"c) Que el demandado debe indemnizar a la Sociedad por el daño causado".

"d) Que el demandado debe perder su derecho en favor de la Sociedad, porque en vez de haber tomado posesión de la mina para ella, la iba a tomar para sí".

"e) Que el demandado no tiene derecho a que se le adjudique y dé posesión siquiera de la mina "La Concepción"; situada, alindada y especificada como se dijo en el hecho 3º de este libelo".

"f) Que si el demandado se opone se le condene en costas".

El dicho Juzgado, en sentencia proferida el 4 de marzo de 1945, desató la primera instancia del juicio, despachando favorablemente a la entidad actora las súplicas contenidas en los apartes a), b) y c) de la parte petitoria transcrita, y denegando las demás; de esa providencia apeló el demandado para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el cual, previo el trámite del segundo grado, y en sentencia del 25 de febrero de 1946, confirmó la del Juzgado inferior; contra este último fallo propuso Molina recurso de casación que concedido, admitido y debidamente tramitado se procede a resolver.

La sentencia acusada

El Tribunal con acierto afirmó que en la presente litis no se trata de oposición propuesta por colindante alguno, ni por quien, en virtud de un descubrimiento anterior, se cree con mejor derecho a la posesión de la mina; sitúa el caso sub judice en los efectos jurídicos del contrato pactado entre Peregrino Molina y la sociedad demandante, para concluír, en acuerdo con el Juez inferior que "por gracia de la cesión que hizo Molina a la sociedad ordinaria de minas "La Concepción", ésta tiene derecho a oponerse a que a dicho cedente se le dé la posesión, y así debe resolverse, pues de lo contrario se incurriría en el absurdo de asignársele (sic) pleno valor a un contrato explícitamente reconocido por las partes, declarando al mismo tiempo inoperantes sus cláusulas".

El recurso

Presenta el impugnador del fallo proferido por el Tribunal cuatro cargos contra aquél, de los cuales se estudiará el último por cuanto debe prosperar, haciendo así inoficioso el examen de los otros; reside en el quebranto de los artículos 1496, 1507, 1530, 1531, 1541, 1542 y 1609 del Código Judicial, resultantes del error de hecho y de derecho en la apreciación del título fundamental de la oposición, yerros que consisten en no haberlo estimado como ya se vio, a pesar de "estar expresamente condicionado a la aceptación por parte de los socios o compañeros del señor Molina", y en dar por establecido lo que no lo está en el proceso.

Se considera:

Peregrino Molina denunció la mina para sí y para otros, de los cuales uno la había avisado para el mismo grupo de personas; su actividad ante la Administración en caso alguno puede considerarse como adelantada en provecho propio,

no sólo porque expresamente dio los nombres de sus copartícipes, sino también porque su denuncio no fue sino la continuación de lo gestionado ya por alguno de ellos.

De esta circunstancia es fácil concluír que se estableció una comunidad de interés jurídico entre el avisante Froilán Muñoz Toro y las personas para quienes además dijo avisar la mina entre quienes figuraban Molina, y entre éste y las personas para quienes, según él, denunció el mismo bien, como consecuencia de lo ya actuado por Froilán Muñoz.

La ley de minas autoriza esta forma de aviso y de denuncio, para terceros beneficiarios, el cual, por otra parte, no es sino la aplicación en el ordenamiento legal sobre régimen minero de lo que para las obligaciones civiles estatuye el artículo 1506 del Código Civil al autorizar la estipulación para otro.

Esta figura, rechazada por el derecho romano en la sentencia "Nemo alteri stipulari potest", ha sido en el derecho moderno una fecunda fuente de relaciones jurídicas en tanto han ido cobrando interés económico diversas figuras contractuales a cuyo creciente desarrollo concurre la multiplicación y complejidad de fenómenos que van forzando la aparición de nuevas concepciones jurídicas; el contrato de seguro, el de transporte, las donaciones con gravamen, son ejemplo de aplicaciones cotidianas del precepto contenido en el artículo 1506 del Código Civil.

Para explicar la naturaleza de esta figura los doctrinantes acuden a variadas fórmulas, como la de la oferta de Laurent, la de la agencia oficiosa propugnada por Pothier, y la más moderna conocida como la de "creación directa del derecho"; estos diversos ensayos en torno a la naturaleza de la estipulación para otro hallan una causa única, consistente en la dificultad de explicar cómo un vínculo creado por el estipulante no permite demandar lo estipulado sino al tercero beneficiario, de tal suerte que aquél desaparece tan pronto como crea un lazo jurídico a cuyo desarrollo, efectos y extinción va a permanecer ajeno.

De esta suerte, cuando Froilán Muñoz avisó para sí y para otros, estipuló para éstos ante el Estado la pretensión de propiedad minera futura, y lo propio hizo Peregrino Molina al denunciar la misma mina para el mismo grupo de personas, creando así un interés conjunto entre todas ellas, y, por tanto, derechos individuales vinculados a la cosa común, tanto en frente del Estado como de cada uno de los demás partícipes.

El poder jurídico de obtener la adjudicación de una mina con preferencia a avisantes posteriores lo consideran algunos como una facultad más que un derecho, entendiendo por tal la posición subjetiva ante una norma general; empero las distinciones puramente doctrinarias sobre la naturaleza de ese poder, no lo sustraen dentro de nuestra legislación al concepto de bien incorporal **ad rem** susceptible de apropiación individual o colectiva.

Estas consideraciones conllevan la deducción forzosa de que Peregrino Molina no podía enajenar a favor de la sociedad opositora la pretensión preferencial a la adjudicación de la mina "La Concepción" sino en cuanto pudiera pertenecerle exclusivamente, y que al entenderlo así los contratantes, pactando expresamente la obligación a cargo del primero de "verificar los arreglos necesarios" para que los demás denunciantes no entorpecieran la aspiración de la Compañía a ser titular de la mina, sometieron los efectos de la cesión así celebrada, representados en el desistimiento del aviso y del denuncio, a la ocurrencia del suceso futuro e incierto consistente en que los copartícipes del cedente se allanaran a tales arreglos, y consintieran en que su derecho pudiera transmitirse a la entidad cesionaria.

Al no advertir tan expresa estipulación condicional, y al decidir que antes de sobrevenido el evento la Compañía puede pretender la efectividad de prestaciones en suspenso por obra de la manera como se contrataron, el Tribunal incurrió en error de hecho que lo llevó al quebranto del artículo 1542 del Código Civil por no haberlo aplicado.

En estas condiciones ha de infirmarse el fallo recurrido, y para proferir el de instancia que debe reemplazarlo, a más de lo ya expuesto, la Sala considera:

No es este juicio oportunidad para dilucidar si la convención concluída entre Peregrino Molina y la Compañía opositora es bastante para haber radicado algún derecho en el patrimonio de ésta que le permita reemplazar al causante en el condominio del bien incorporal de que se trata; en el caso de que esta hipótesis resultare acertada, ello apenas implicaría que la sociedad comparte con los coavisantes de Molina la facultad preferencial a la adjudicación, lo cual no la dotaría

de interés para oponerse a la posesión de la mina por las siguientes razones:

Peregrino Molina al pretender ponerse en relación de lugar con tal inmueble no lo hace para sí sino para la comunidad de que forma parte, y si en su posible participación estuviere reemplazado por la Sociedad, ésta como condueño no puede oponerse a que la comunidad de que ha venido a formar parte entre en posesión de la mina, porque el interés del patrimonio común es el suyo propio.

En el notorio avance que el derecho contemporáneo ha concedido a la noción de la persona moral, se llega a reconocer como entes de esa índole algunos patrimonios autónomos, entre ellos la comunidad minera, y aunque de ese concepto se deduce la posible actuación jurídica de aquélla con cierta personalidad singular derivada de la individualización del interés común no puede considerarse que en casos como el presente entre la comunidad y el comunero pueda haber oposición de intereses, sino sólo entre los diferentes partícipes; por consiguiente en el caso de autos, cuando el derecho incorporal se haya traducido en otro de propiedad sobre la mina, **in re,** será oportuno determinar la posición jurídica de la Compañía como posible causahabiente de Molina, en orden a que ejerza o no frente a sus eventuales condóminos la "partis vindicatio" correspondiente; mientras ello no suceda, y aun en el supuesto de que algo tenga recibido de Molina, carecerá de interés jurídico oponible a la comunidad para el solo efecto de que ésta obtenga la posesión de la mina.

Como la sentencia de primera instancia no puede entenderse apelada sino en cuanto despachó favorablemente a la Compañía las pretensiones de que se ha hecho mérito, debe reformarse en ese único aspecto, pues lo demás en ella decidido tiene caracteres de firmeza definitiva.

FALLO:

Con base en las consideraciones que anteceden 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 proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día veinticinco de febrero del año próximo pasado, y REFORMANDO la de primera instancia que dictó el Juzgado Promiscuo de Támesis con fecha veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, DECLARA INFUNDADA la oposición que formuló la sociedad ordinaria de minas "La Concepción" a que se diera posesión a Peregrino Molina de la mina del mismo nombre y en consecuencia DENIEGA las declaraciones suplicadas en los apartes a) y b) de la parte petitoria de la demanda, y ABSUELVE a Peregrino Molina del cargo que se le formula en el aparte e) del mismo libelo.

Pase el proceso a la Alcaldía Municipal de Caramanta para los fines legales consiguientes.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACUMULACION DE ACCIONES

El artículo 209 del Código Judicial permite el ejercicio simultáneo de varias acciones en una misma demanda siempre que el juez sea competente para todas, que éstas sean susceptibles de igual tramitación y que las acciones ejercitadas no sean contrarias o incompatibles entre sí. "Sin embargo, dice el ordinal 3º de esta disposición, pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente dos remedios siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". La división en principales y subsidiarias se funda en la índole de las acciones y en el carácter que asumen en el juicio, y consiste en que las últimas presuponen la existencia de una acción principal que constituye el fundamento del juicio y la base de la controversia, pero entre las cuales, a pesar de la consideración secundaria que corresponde a las subsidiarias, debe existir correlación jurídica respecto del actor y del demandado. La acumulación de acciones autorizada por el artículo 209 del C. J., como más claramente lo estatuía el artículo 269 del anterior, tiene cabida solamente cuando el sujeto activo y el pasivo de la relación jurídico-procesal es uno mismo, esto es, cuando pueden controvertirse y decidirse entre una misma parte demandante y una misma parte demandada, pues si respecto de unas acciones hay que considerar unos actores y unos demandados y respecto de las otras otros, se estaría en presencia de una acumulación de acciones en una misma demanda. El litis consorcio, consistente en la posibilidad de parte plural con identidad de pretensiones, puede formarse desde el comienzo del pleito cuando se inicia al mismo tiempo por varios actores o contra varios demandados, y es normal y permitido cuando demandantes y reos están ligados por una relación de derecho sustancial que da lugar a la conexión jurídica entre los diversos pedimentos de las acciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Con libelo de fecha 5 de octubre de 1940, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal se dio comienzo a este juicio ordinario. En la imposibilidad de hacer una síntesis de las pretensiones del pleito y como la mejor prueba de la ineptitud sustantiva de la demanda, que es el soporte de la sentencia y el tema del recurso, lo mejor es copiar literalmente su parte petitoria:

"En fuerza de las razones que dejo expuestas y obrando en mi propio nombre, como partícipe en la sucesión de la señora Amalia o Aurelia González Ortiz, difunta esposa del extinto señor Pedro Puerta O., por compra que hice del derecho hereditario de la heredera Juana María González Valencia; en nombre y representación del señor Ramón Escobar Ossa, mayor y vecino de Pálestina, casado y colombiano, como rematante o comprador de la finca "El Manzanillo"; y en nombre y representación de la señora Inés Arango v. de Jaramillo, viuda, mayor, colombiana y vecina de Manizales, donde reside y de su hijo menor Francisco Jaramillo A., mayor de 14 y menor de 21 años, residente en Manizales, en su calidad de acreedores hereditarios en la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Pedro Puerto O. y Amalia o Aurelia González Ortiz y de las herencias o sucesiones de éstos, representadas por los herederos que más adelante nombraré, promuevo ante usted juicio ordinario de Mayor Cuantía, contra el señor Enrique Arbeláez G., mayor, casado, colombiano y vecino de este Distrito donde reside y contra las demás personas que más adelante nombraré, para que previa su citación y audiencia y mediante los trámites definidos en el libro 2º, Título XVIII, Capítulo II del Código Judicial, haga usted en sentencia firme las siguientes declaraciones que pido en nombre y representación del señor Ramón Ossa y en contra del señor Arbeláez:

1º Que es de propiedad del señor Escobar Ossa la finca de "El Manzanillo", con sus anexidades, ubicada en jurisdicción de este Distrito y determinada en el hecho segundo de esta demanda.

2º Que, en consecuencia el demandado señor Arbeláez G. está en la obligación de restituír o entregar al señor Escobar Ossa la mencionada propiedad, con sus dependencias y anexidades, inmediatamente esté ejecutoriada la sentencia, o bien en el término que usted fije, y caso de resistencia a la entrega, que se proceda por el Juzgado o por la Autoridad que se comisione a hacer dicha entrega de tal propiedad a mi poderdante.

3º Que el demandado debe restituír el predio sin ningún deterioro culposo y purificado de hipotecas, arrendamientos, prendas y demás gravámenes que sobre él hubiere constituído.

4º Que el señor Arbeláez G. está en la obligación de pagar al señor Escobar Ossa los frutos naturales y civiles de la propiedad, desde el 10 de mayo de 1940 hasta el día que verifique la entrega considerándolo como poseedor de mala fe, y subsidiariamente, desde la fecha de la contestación de la demanda, si por algún acaso se le considerare poseedor de buena fe hasta la fecha de la restitución, y no solamente debe pagar los frutos percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, previa deducción o abono de los gastos ordinarios invertidos en producirlos, cuya cuantía se fijará en la sentencia en cantidad líquida y en subsidio, se establecerá en juicio aparte.

5º Que el demandado debe pagar al señor Escobar Ossa los perjuicios que ha causado con la destrucción reciente de un potrero de micay de doce cuadras de cabida más o menos que existía como mejora valiosa del predio desde antes del año de 1931 y que el demandado destruyó últimamente, causando un deterioro culposo al predio y un demérito pecuniario, en perjuicio de su dueño señor Escobar Ossa, siendo el valor de este perjuicio la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m. l., que es la cantidad que debe pagar, y en subsidio, el precio que fijen peritos.

6º Que el demandado debe pagar las costas del juicio.

Para el caso de que, por cualquier causa legal, no se decrete la acción reivindicatoria de la finca de "El Manzanillo", en favor de Escobar Ossa, como lo pido en los numerales 1º y 2º de la parte suplicatoria de esta demanda pido a usted como remedio subsidiario, en nombre del señor Escobar Ossa, del mío propio, en mi calidad de partícipe en la sucesión y en nombre y representación de la señora Inés Arango v. de Jaramillo y de su hijo menor Francisco Jaramillo A., acreedores de la sucesión y en cualquier evento, con la capacidad jurídica de cualquiera de los nombrados, decrete con citación y audiencia del señor Arbeláez C. y de los herederos de los causantes Puerta-González, que más adelante nombraré, lo siguiente:

A) Que el dominio de la finca de "El Manzanillo", adquirido por los herederos de los causantes Pedro Puerto O. y Amalia o Aurelia González, en calidad de herencia, en lo que respecta a la cuota o derecho hereditario en la finca nombrada de las personas que figuraron como demandadas en el juicio ejecutivo de que hablé en los numerales duodécimo y décimoquinto de esta demanda, cuyos demandados son los mismos herederos de Puerta y la González, que determiné en los numerales séptimo y noveno de esta demanda, exceptuando únicamente a Rosa Julia González, que por un error no fue demandada en el juicio ejecutivo, aunque sus cesionarios fueron parte en él, corresponde hoy al rematante señor Escobar Ossa, en proindiviso con la cuota o derecho de la nombrada heredera Rosa Julia González, en la proporción que determine la ley y que se fijará en la sentencia.

Si esta petición no prosperare en la forma en que está concedida, por cualquier causa legal pido subsidiariamente se decrete esta:

b) Que el dominio de la finca de "El Manzanillo" adquirido por los herederos de los causantes Puerta-González, en calidad de herencia, en lo que respecta a la cuota o derecho herencial de cada una de las personas que fueron demandadas en el juicio ejecutivo y a quienes perjudiquen las sentencias proferidas en dicho juicio y el remate, corresponde hoy al rematante señor Escobar Ossa, en proindivisión con la cuota o derecho herencial que cada uno de los otros herederos de los finados Puerta-González, a quienes se declare en la sentencia, por virtud de la defensa que aduzca la parte demandada, que no perjudican los fallos dictados en el ejecutivo y el remate, cuotas unas y otros que se determinaran en la sentencia en la proporción legal.

C) Que, en consecuencia, el demandado señor Arbeláez G., en cualquiera de los dos casos ante-

riores, está en la obligación de restituír a Escobar Ossa la cuota o cuotas proindiviso que le confiere la sentencia, restitución consistente en que debe permitir al comunero reivindicante haga uso de los derechos que tiene en la cosa común, de acuerdo con la ley.

D) Que igualmente debe pagar a Escobar Ossa los frutos naturales y civiles de la propiedad, con relación a la cuota o cuotas que se le señale, desde el mes de marzo de 1931 hasta que haga la restitución, considerando al demandado como poseedor de mala fe, y en subsidio desde la fecha que determine la sentencia, si se le considerare poseedor de buena fe, hasta la fecha de la restitución, y no solamente los frutos percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, previa deducción o abono de los gastos ordinarios invertidos en producirlos.

E) Que con relación a la cuota o cuotas que se señalen al heredero o a los herederos a quienes no perjudiquen las sentencias y el remate de que trata el juicio ejecutivo, el demandado está en la obligación de restituírlas también a mi persona con destino a la comunidad herencial Puerta-González, para proceder al inventario de tales cuotas en el respectivo juicio de sucesión y a la liquidación de la herencia, partición y adjudicación, y en subsidio a los herederos respectivos, con el mismo fin.

F) Que el demandado debe pagar igualmente a mi persona y para las herencias dichas, los frutos naturales y civiles de tales cuotas o derechos de la finca, desde el mes de marzo de 1931, hasta que verifique la restitución, como poseedor de mala fe y en subsidio desde la fecha que señale la sentencia, si se le considerare poseedor de buena fe, previo abono de los gastos ordinarios invertidos en producirlos, y subsidiariamente que debe hacer el pago a los herederos respectivos, con el mismo fin de inventariar la cosa, en la sucesión, para proceder a la liquidación, partición y adjudicación, no pudiendo verificar el pago a persona alguna mientras se adjudique el crédito en la sucesión a la persona o personas correspondientes.

Si no se decretare la restitución y pago de frutos en la forma pedida en los numerales "A", "B", "C", "D", "E" y "F", y las peticiones allí consignadas, por cualquier causa legal, pido se haga en forma subsidiaria, esta declaración:

G) Que el señor Arbeláez G. y los herederos de los causantes Puerta-González, están en la obligación de permitir que la finca de "El Manzanillo" se inventaríe en el juicio de sucesión de los extintos Puerta-González, como de propiedad exclusiva de la sociedad conyugal ilíquida y de la herencia o sucesión de dichos finados, representadas por sus respectivos herederos.

H) Con el fin de que en el juicio de sucesión mencionado, se haga la liquidación de la herencia, la partición y la adjudicación de cuerpo cierto o cosa singular en dicha finca a las personas a quienes legítimamente corresponda deduciendo previamente del correspondiente activo el pasivo o pasivos respectivos, todo de acuerdo con las normas legales que rigen el juicio de sucesión; y en el caso de que se reconocieren a Escobar Ossa derechos en aquella propiedad, se hará también esta declaratoria, siempre que se negare la restitución de sus derechos que debe hacer el señor Arbeláez G., según la petición correspondiente.

I) Que en caso de la declaración anterior se complemente, condenando al señor Arbeláez G. al pago de los frutos naturales y civiles de la propiedad desde el mes de marzo de 1931, hasta que haga la restitución, como poseedor de mala fe, y en subsidio desde la fecha que fije la sentencia, si se le considerare poseedor de buena fe, previa deducción de los gastos invertidos en la producción de los frutos y cuya cuantía se fijará en la sentencia, en juicio aparte.

J) Si se hiciere la declaración anterior, pido se complemente con esta otra: Que el valor de los frutos naturales y civiles determinados en el numeral anterior, debe entrar como crédito activo al inventario en el juicio de sucesión de los extintos Puerta-González, para la liquidación, partición y adjudicación en proporción de los derechos que se reconozcan a cada persona en dicho juicio, deduciendo previamente el pasivo o pasivos respectivos.

Si no se hiciere la declaratoria pedida en el numeral 5º de la parte suplicatoria de esta demanda, en favor de Escobar Ossa, pido en mi propio nombre y en el de la parte acreedora, haga usted en forma subsidiaria, esta súplica:

K) Que el señor Arbeláez G. debe pagar a la sociedad conyugal ilíquida Puerta-González y herencia o sucesión de éstos, representadas por sus herederos, la cantidad de cuatro mil pesos ..... ($ 4.000.00) m. l., en que estimo los perjuicios que ha causado a la finca de "El Manzanillo", por

deterioro culposo y demérito pecuniario, con la reciente destrucción de un potrero de micay de doce cuadras de cabida más o menos, mejora útil y que existía desde antes del año de 1931, y en subsidio, pido se le obligue a pagar la cantidad que fijen los peritos en el curso del juicio.

Si no se hicieran las declaratorias pedidas "A", "B", "C", "D", "E", "F", "G", "H", "I" y "J" de la parte suplicatoria de esta demanda pido se hagan las siguientes:

L) Que la finca de "El Manzanillo" determinada en el hecho segundo de esta demanda, pertenece en propiedad o dominio a la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Puerta-González y a la herencia o sucesión de éstos, representadas por sus herederos, y por lo mismo, el demandado señor Arbeláez G. está en la obligación de restituír o entregar a mi persona y para las entidades dichas la mencionada propiedad, inmediatamente esté ejecutoriada la sentencia, o en el último término que usted le señale.

Ll) Que el señor Arbeláez G. debe pagar a las entidades dichas los frutos naturales y civiles de esa propiedad, desde el mes de marzo de 1931, hasta la fecha de la restitución, considerándolo como poseedor de mala fe, y en subsidio, desde la fecha que fije la sentencia, si se le considerare poseedor de buena fe, previo abono de los gastos ordinarios invertidos en producirlos.

M) Que la mencionada propiedad y el crédito contra el señor Arbeláez G. por concepto de frutos, etc., continúa perteneciendo a los herederos de los causantes, y por tanto, entrará al inventario de las sucesiones para proceder a la liquidación de las herencias y a la partición y adjudicación de los bienes de ellas, inclusive el predio de que se trata, debiendo deducirse previamente del activo el pasivo o pasivos respectivos, uno de ellos el crédito en favor de la señora Arango v. de Jaramillo y de su hijo menor señor Jaramillo A.

Si por cualquier motivo legal no se decretare la restitución de la finca de "El Manzanillo" en la forma que lo pido, solicito de usted haga en forma subsidiaria esta declaración:

N) Que el demandado no tiene derecho a oponerse a la entrega que se haga de la finca de "El Manzanillo", en todo o en parte, a la persona o personas a quien o a quienes se les adjudique en el respectivo juicio de sucesión de los esposos Puerta-González, con la única salvedad de que si al demandado se le reconociere derecho de retención por concepto de mejoras, puede retener el predio hasta que se le haga el pago o se le asegure a satisfacción, con derecho la parte acreedora a que se haga la debida compensación por razón de frutos, perjuicios, etc., a que sea condenado el señor Arbeláez G.

En mi propio nombre, como partícipe en la sucesión dicha y en nombre y representación de la señora Inés Arango v. de Jaramillo y de su hijo menor Francisco Jaramillo A., y en subsidio con la capacidad jurídica de cualquiera de las dos partes, pido a usted que con citación y audiencia del señor Arbeláez G., siempre que éste alegue ser partícipe en las sucesiones Puerta-González, porque si no lo alegare, queda descartado de las declaratorias que voy a pedir, y además con citación y audiencia de los herederos de los difuntos Puerta-González, pido a usted desate en la sentencia estas súplicas:

1º) Que la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Pedro Puerta C. y Amalia González Ortiz y la herencia o sucesión de éstos, representadas por sus herederos o cesionarios, adeuda a la señora Arango v. de Jaramillo y a su hijo menor Francisco Jaramillo A., las siguientes cantidades de dinero:

2º) Mil setecientos cincuenta pesos ($ 1.750.00) m. l. de que hablan los hechos determinados en los numerales décimo sexto a vigésimo segundo, inclusive, en razón de que en el juicio ejecutivo mencionado, se abonó a las sucesiones demandadas dicha cantidad, como producto del remate del derecho litigioso de que da cuenta el juicio ordinario que promoví contra don Enrique Arbeláez, derecho litigioso que desapareció con la absolución que se hizo al demandado, y por tanto la causa para ese abono ha desaparecido también y el crédito recupera su valor primitivo, máxime que la señora Arango v. de Jaramillo tuvo que reconocer y pagar esa suma al rematante Escobar Ossa.

3º) Que las mismas entidades, sociedad conyugal y herencia, representadas por sus herederos o cesionarios, adeudan a la señora Arango v. de Jaramillo y a su hijo menor señor Francisco Jaramillo A., el saldo de cinco mil doscientos ochenta y ocho pesos con treinta centavos ..... ($ 5.288.30) m. l., y en subsidio lo que resulte del curso del juicio, valor de la liquidación del ejecutivo referido, hecha ya la deducción de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00) valor del remate de la finca de "El Manzanillo".

4º) Que las mismas entidades, representadas por sus herederos o cesionarios, adeudan a la prenombrada señora Arango v. de Jaramillo y a su hijo menor señor Jaramillo A., los intereses de ocho mil pesos ($ 8.000.00) m. l., del capital, al medio por ciento mensual, desde el 30 de noviembre de 1939, fecha en que se aprobó la liquidación del ejecutivo, hasta que se verifique el pago.

Caso de que se declare sin valor el remate de la finca de "El Manzanillo" y que por lo mismo, no prosperare la acción reivindicatoria pedida por Escobar Ossa, por cualquier causal legal, pido a usted subsidiariamente esta declaratoria:

5º) Que la sociedad conyugal ilíquida de Pedro Puerta O. y Amalia González Ortiz, representada por sus herederos o cesionarios, deben reconocer y pagar a Escobar Ossa y en subsidio a la señora Arango v. de Jaramillo y a su hijo menor señor Jaramillo A., la cantidad de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00) m. l., valor abonado al crédito contra las sucesiones dichas por razón del remate que hizo Escobar Ossa de la prenombrada propiedad, porque al declararse sin valor ese remate, desaparece la causa del abono. Aclaro que queda demandada también en este numeral la herencia o sucesión de los finados.

6º) Que las cantiades de dinero de que tratan los postulados anteriores y en subsidio, las que se reconozcan en la sentencia, pueden y deben ingresar al pasivo en el inventario que se verifique de los bienes de la sucesión de los esposos Puerta-González, para que sean cubiertas preferentemente al verificarse la liquidación de la herencia, la partición y adjudicación de los bienes sucesorales de los difuntos esposos, uno de tales bienes, la finca de "El Manzanillo".

Los representantes de la sociedad conyugal ilíquida Puerta-González Ortiz y de la herencia o sucesión de éstos, a que se refiere esta demanda, son:....."

De los treinta y seis hechos fundamentales de la demanda conviene destacar compendiadamente los siguientes, únicos que tienen importancia para la decisión del recurso de casación en cuanto son expresivos de las causas y fuentes en que se originan las diversas acciones acumuladas en la demanda:

Pedro Puerta, viudo de Praxedis Vallejo, con quien procreó cuatro hijos, se casó en segundas nupcias con Aurelia, Amelia o Amalia González, con quien no tuvo hijos y quien tenía a la sazón una hija natural llamada Julia o Rosa Julia González. Durante la sociedad conyugal Puerta-González se adquirieron los terrenos de El Dovio, en el municipio de Roldanillo, y El Manzanillo, en jurisdicción de Santa Rosa de Cabal. Por parte de precio de la primera finca, comprada a Vicente Castaño, Puerta quedó debiendo la suma de $ 8.000 con la garantía hipotecaria del inmueble. Insoluta esta deuda, en mayo de 1930 falleció Puerta, y en diciembre del mismo año su mujer Aurelia González. Ambos juicios sucesorios se abrieron en el Juzgado de Santa Rosa. En el de Puerta se declararon herederos a sus hijos Puerta-Vallejo, y en el de la González a su hija natural Julia, y los hermanos legítimos, enteros y medios de la extinta. Una de éstas, Juana María González Valencia, por escritura número 1188 de 30 de septiembre de 1940, de la Notaría 2ª de Manizales, vendió sus derechos hereditarios a Pedro Luis Jiménez.

Por medio de la escritura pública número 114 de 4 de marzo de 1931, de la Notaría del Circuito de Santa Rosa de C., los cuatro hijos de Pedro Puerta, declarados sus herederos, y Julia González, como heredera declarada de su madre Aurelia González, vendieron a Enrique Arbeláez, como cuerpo cierto y singularizado por sus linderos, la finca de El Manzanillo, que desde entonces entregaron materialmente al comprador, quien la posee.

En enero de 1936, el acreedor Vicente Castaño demandó en acción real ante el Juzgado de Santa Rosa a las sucesiones ilíquidas de Puerta y su mujer, para el pago de la obligación hipotecaria por la parte insoluta del precio de El Dovio. En curso el juicio ejecutivo, Inés Arango de Jaramillo, en su nombre y en representación de su menor hijo Francisco Jaramillo, se hizo declarar subrogada en el crédito de Castaño por haberlo rematado en una ejecución que le adelantó en un Juzgado de Manizales, y adelantado el juicio, en que fue embargada la finca de El Manzanillo, terminó con el remate en que le fue adjudicado este inmueble a Ramón Escobar Ossa.

El demandado Enrique Arbeláez contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones, negando sus hechos fundamentales y alegando, entre otras cosas, la excepción perentoria de inepta demanda consistente en que la incoada contra él contiene la acumulación de acciones que deben proponerse en juicios separados. Los quince restantes demandados, representantes de la sociedad conyugal Puerta-González y las sucesiones de es-

tos cónyuges, por medio de curador **ad litem** manifestaron su oposición a las declaraciones solicitadas.

Agotado el procedimiento de la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 5 de noviembre de 1942, decretó la reivindicación de El Manzanillo en favor del demandante Escobar Ossa, condenando, en consecuencia, al demandado Enrique Arbeláez (su sucesión representada por su cónyuge y herederos) a su restitución con frutos, reconociendo al demandado derecho de retención hasta el pago de las mejoras hechas por Arbeláez. Y añadió que no era el caso de hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes elevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que al término de la segunda instancia, en sentencia de fecha 18 de agosto de 1945, revocó la recurrida y en su lugar declaró probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido, por lo cual se desestimó la demanda. Costas de segundo grado a cargo de la parte demandante.

Advierte el Tribunal que el Juzgado debió, antes de considerar el fondo del negocio, estudiar lo concerniente a la acumulación de las acciones como cuestión previa, y al realizar él la consideración de este punto encuentra que se proponen en el libelo inicial acciones legalmente inacumulables por referirse a relaciones jurídicas inconexas hasta el extremo de que unas mismas personas resultan alternativamente de actores y demandados. La forma misma de la demanda y sus pedimentos relacionados con personas diferentes y cosas distintas la afectan de ineptitud sustantiva consistente en el ejercicio de acciones jurídicamente incompatibles, por su finalidad y por su origen, que cierra completamente el paso al estudio de las cuestiones disímiles que se amontonan en la demanda y que deben ser materia de juicios separados.

El recurso

La parte demandante ha traído este negocio a la Corte por medio de apoderado que ha entendido que su mandato es "para que promueva demanda de casación contra Enrique Arbeláez G., sobre reivindicación de un inmueble y otras prestaciones". El libelo fundamental del recurso, afectado naturalmente del mismo confusionismo que señorea el pleito, a pesar de sus veinticinco hojas, empleadas en su mayor parte en transcribir la demanda y la sentencia, sólo contiene el cargo que en seguida se compendia, formulado con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Violación de los artículos 940, 947, 950 y 952 del C. C. "proveniente de la errónea apreciación y de falta de apreciación así de la demanda como de las pruebas que la sustentan, por haber incurrido el Tribunal en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, error que generó el error de derecho que se alega". "El error de hecho en la interpretación de la demanda —dice el recurrente— aparece de manifiesto y consiste en que el Tribunal considera que las personas que actúan en este juicio lo hacen con títulos distintos... cuando todas las acciones propuestas, tanto la principal como las subsidiarias tienen idéntica causa..." "El Tribunal reconoce que existe una petición principal de la demanda en la que impetra la reivindicación solicitada por Escobar Ossa contra Arbeláez; petición que considerada aisladamente y en cuanto a las declaraciones que le son consecuenciales, no contempla acumulación objetiva de acciones en orden sucesivo; precisamente porque si se considera aislada la petición principal no puede haber acumulación. De suerte que la acumulación sucesiva sólo puede considerarse con respecto a las peticiones subsidiarias de la principal, y en estas circunstancias aparece de manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la demanda en sus elementos principales y subsidiarios absteniéndose de fallar la petición principal que debió considerar aisladamente para el efecto, y confundiendo la acumulación sucesiva, involucrando en ella las peticiones subsidiarias, para no fallar ni la petición principal ni éstas...". "El Tribunal sentenciador absteniéndose de fallar sobre el fondo de la controversia, erró de hecho por falta de apreciación de todas las pruebas de los hechos fundamentales de la acción de reivindicación instaurada, pues si hubiera tenido en cuenta estas demostraciones indudablemente había decretado la restitución de la finca de El Manzanillo, en favor del actor Escobar Ossa con las correspondientes declaraciones sobre frutos y prestaciones mutuas. Y al omitir la apreciación de aquellas pruebas erró en derecho con violación de las disposiciones de los artículos 1757, 1758, 1759 del C.

C. y 601, 632 del C. J., según las cuales corresponde al actor probar el derecho que alega...".

Considera la Sala:

En sentencia que puede verse en la página 752 del Tomo XLIII de la G. J., citada y confirmada en decisiones posteriores, expuso esta Sala sintéticamente el sistema de la acumulación en derecho procesal civil y se enunciaron y definieron, relacionándolas con reglas de nuestra ley procedimental, las diversas formas en que puede presentarse tal fenómeno, cuyo objeto consiste en la conveniencia general de disminuír el número de los litigios y evitar la posibilidad de fallos contradictorios. Sin necesidad de reproducir aquí aquella exposición de doctrina, recordada en la sentencia recurrida, baste decir que el caso que ofrece la demanda profusa, difusa y confusa de este pleito, ha sido acertadamente considerada por el Tribunal sentenciador como una combinación de acumulación objetiva, en que se ejercitan varias acciones en la misma demanda, y de acumulación subjetiva, en la forma litis-consorcial mixta, en ambas partes están formadas por una pluralidad de personas.

Está bien planteada y colocada la consideración del caso dentro de la disposición del artículo 209 del C. J., en que descansa la sentencia recurrida y por cuyo quebranto —se advierte de paso— no la acusa el recurrente; permite este precepto de derecho procesal 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 igual tramitación y que las acciones ejercitadas no sean contrarias o incompatibles entre sí. "Sin embargo —dice el ordinal 3º de esta disposición— pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente dos remedios siempre que los derechos sean tales que no se consideren incompatibles". La división en principales y subsidiarias se funda en la índole de las acciones y en el carácter que asumen en el juicio, y consiste en que las últimas presuponen la existencia de una acción principal que constituye el fundamento del juicio y la base de la controversia, pero entre las cuales, a pesar de la consideración secundaria que corresponde a las subsidiarias, debe existir correlación jurídica respecto del actor y del demandado. La acumulación de acciones autorizada por el artículo 209 del C. J., como más claramente lo estatuía el artículo 269 del anterior, tiene cabida solamente cuando el sujeto activo y el pasivo de la relación jurídico-procesal es uno mismo, esto es, cuando pueden controvertirse y decidirse entre una misma parte demandante y una misma parte demandada, pues si respecto de unas acciones hay que considerar unos actores y unos demandados y respecto de las otras otros, se estaría en presencia de una acumulación de autos o de procesos distintos, que es una figura diferente de la acumulación de acciones en una misma demanda. El litis consorcio, consistente en la posibilidad de parte plural con identidad de pretensiones, puede formarse desde el comienzo del pleito cuando se inicia al mismo tiempo por varios actores o contra varios demandados, y es normal y permitido cuando demandantes y reos están ligados por una relación de derecho sustancial que da lugar a la conexión jurídica entre los diversos pedimentos de las acciones.

Como lo explica el actor mismo, elaboró su demanda con el designio de que "lo que abunda no daña". Y naturalmente, con este criterio, cifra de sabiduría en otra clase de actividades, realizó a perfección un caso de acumulación visiblemente desajustado a las reglas de derecho procedimental a que se ha hecho referencia. La forma que exhibe en este caso la relación procesal es constitutiva del llamado litis consorcio impropio, porque la diversidad de acciones con pluralidad de partes actoras y demandadas, no aparecen vinculadas por una relación jurídica capaz de determinar entre ellas la conexidad que autorizara e hiciera aconsejable su unidad procesal. En realidad se trata de procesos tan distintos y desconectados que cada uno podría correr diversa suerte.

Sin discriminar hondamente la demanda se ve con claridad que la dañó la abundancia de las acciones en ella incoadas. Como acciones independientes, pueden aislarse, entre otras, las siguientes:

La real de dominio o reivindicatoria de El Manzanillo en que demanda Ramón Escobar Ossa a Enrique Arbeláez alegando que es dueño por haber rematado la finca en una ejecución.

Otra reivindictoria del mismo inmueble en que son demandantes además Pedro Luis Jiménez como partícipe en la sucesión de Aurelia González, Inés Arango de Jaramillo y su hijo Francisco, como acreedores de esa sucesión; y demandados, el mismo Arbeláez y las sucesiones de Pedro Puerta y su cónyuge González representadas por sus herederos, y en que se pide la declaración de que El Manzanillo es propiedad común

con Ossa y Julia González; o con los herederos de Puerta-González, y en que Jiménez pide en su "propio nombre" la declaración de dominio y consiguiente restitución para la comunidad herencial de los cónyuges Puerta-González o como exclusiva de su sociedad conyugal.

Una acción personal en que Pedro Luis Jiménez en su propio nombre, como partícipe en la sucesión de Aurelia González, e Inés Arango de Jaramillo y su hijo Francisco demandan a Enrique Arbeláez y a los herederos de los cónyuges Puerta-González para que se declare que la sociedad conyugal ilíquida de éstos o su herencia o sucesión les adeudan diversas cantidades de dinero por distintas causas.

Con paciencia podrían aislarse otras acciones inacumulables y no subsidiarias como las que acaban de citarse; cuya desconexión jurídica original se describe por el mismo demandante en el hecho trigésimo quinto de su demanda, así: "La capacidad para ser parte; la capacidad para comparecer en juicio; y la legitimación en causa, por parte del rematante, de la señora Arango v. de Jaramillo y de su hijo, representado por ésta, como señora viuda y de magníficas costumbres morales, son indiscutibles, primero, porque el señor Escobar Ossa es el legítimo dueño de la finca de El Manzanillo y carece de la posesión material, segundo, porque la señora Arango viuda de Jaramillo y su hijo son legítimos acredores de las sucesiones Puerta-González y tienen derecho a que se les cubra su crédito con los bienes de las sucesiones como si existiera en poder de los causantes; y en cuanto a mi persona, la compra del derecho hereditario de un heredero, me pone en capacidad de solicitar ciertas declaraciones en favor de la universalidad herencial".

"En la demanda —anota el Tribunal— se ejercita un doble juego haciendo aparecer a las sucesiones que allí figuran, unas veces como demandantes y otras como demandadas, en una y otra petición, lo cual sucede también, con caracteres de mayor gravedad legal, por parte del apoderado Jiménez, quien como antes se dijo, unas veces habla por la parte demandante y pide para ella, y en otras resulta representando a la parte demandada".

Las consideraciones que se llevan expuestas demuestran evidentemente la improcedencia de la acumulación de acciones realizada en la demanda, 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 de casación.

Los largos razonamientos destinados por el recurrente a demostrar que el actor Escobar Ossa y los demás que forman la parte demandante tienen el derecho que demandan, son completamente impertinentes como consideraciones en el recurso, porque el Tribunal no estudió el fondo de la controversia, o de las diversas controversias, porque lo detuvo la ineptitud sustantiva de que acertadamente halló afectada la demanda.

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 Manizales el 18 de agosto de 1945, 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.

José Antonio Montalvo — Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda — Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—EXCEPCIONES

La Sala, en sentencia del 31 de mayo de 1938, después de estudiar detenidamente las excepciones en sus varias modalidades, realza el error del Juez que asigna el "alcance de excepción perentoria a la simple deficiencia de una prueba encaminada a acreditar la acción, cuando esta irregularidad, siendo fundamental, conduce necesariamente a la absolución del demandado". Y agrega: "Todo derecho nace de ciertas circunstancias de hecho que tienen la función de darle vida propia; estas circunstancias son las que se plantean en la demanda a modo de base sustentatoria de la litis pendencia; de manera que cuando alguna de ellas falla por deficiencia probatoria o por innocua, y es esencial, la acción no existe y por ende debe sobrevenir irremediablemente la absolución". La excepción es defensa del reo, el cual no tiene por qué ejercitarla si el actor no prueba. De ahí que repetidamente pongan presente las sentencias, cuando hay tal falla, lo improcedente e innecesario de estudiar las excepciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Luis Felipe Gómez, en representación de su menor hijo legítimo Luis Joaquín Gómez Hernández, demandó por medio de apoderado a Casimiro Mora para que se declare resuelta la compraventa solemnizada en la escritura número 877, otorgada ante el Notario 2º de Pamplona el 26 de octubre de 1940, y se condene a Mora a pagar perjuicios.

Reza ese instrumento que María del Carmen, Ana María y Susana Rincón transfieren en venta a Mora los derechos de ellas en la sucesión de su madre legítima Ana Joaquina Mora de Rincón, las cuotas de ellas en el predio llamado El Caimito, el predio denominado San Javier y Bellavista, el denominado Los Eucaliptus, una casa-tienda y dos casas que forman un solo cuerpo, ubicados todos los inmuebles en el Municipio de Toledo y alindados debidamente en dicha escritura, la que declara el pago total del precio por el comprador a las vendedoras.

Es fundamento cardinal de la demanda el no pago del precio en todo ni en parte.

La primera instancia, previa su tramitación de ley, en el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, se cerró con sentencia absolutoria el 11 de julio de 1945. Negó la resolución del contrato y la consecuencial súplica de indemnización de perjuicios, porque, analizando las pruebas, no halló destruída la citada declaración de pago del precio hecha en la escritura pública mencionada, cuya fuerza es la que le señala respecto de los otorgantes el artículo 1759 del C. Civil. Adelante se verán sus restantes motivos.

Por apelación del demandante subió el proceso al Tribunal, donde se sustanció la segunda instancia y se falló el 9 de mayo de 1946 reformando la del Juzgado como pasa a verse.

La demanda advierte que el actor no pide para sí, "sino para la sucesión de Carmelita y Susana Rincón, vendedoras en el contrato cuya resolución se pide, muertas ambas y hermanas legítimas de una ascendiente legítima del demandante". Esta ascendiente, según vienen a precisar los hechos 8º y 9º, es Alejandrina Rincón, madre legítima de Teresa Hernández, muertas ambas y, la última, madre legítima del menor Luis Joaquín.

El Tribunal, en vista de esa advertencia del libelo, de que el menor invoca representación de su abuela materna con el fin de demandar para la sucesión de las hermanas legítimas de ésta, Carmen y Susana, vendedoras en el contrato atacado, no encontrando comprobada la vinculación aludida, esto es, el parentesco afirmado por el actor entre él y las vendedoras, ni la muerte de éstas, ni la de Teresa, ni la de su nacimiento, dedujo de estas fallas o vacíos probatorios la falta de personería del demandante y, como consecuencia de esto, la imposibilidad de entrar en el fondo, al extremo de calificar de "injurídica por contraria

a la técnica procesal la absolución definitiva de los demandados proferida por el Juzgado". De ahí que la parte resolutiva del fallo del Tribunal diga: "Refórmase la sentencia apelada en el sentido de resolver, únicamente, que no es el caso de acceder a las peticiones formuladas en la demanda".

Ambos litigantes interpusieron recurso de casación. El demandante no fundó el suyo, el cual, de acuerdo con el artículo 532 del C. J., se declaró desierto en providencia de once de diciembre último, a cuya ejecutoria siguió el traslado de ley al demandado para fundar el suyo, deber que cumplió oportunamente en demanda que no contestó su contraparte.

El abogado de Mora reclamó porque el Tribunal, despojando la sentencia del Juez de su fuerza de cosa juzgada al suprimirle la absolución que pronunció como consecuencia de la negativa a la demanda de resolución y de perjuicios, la reemplaza por una solución provisional que permite y hasta sugiere la repetición del pleito, por limitarse a declarar una excepción temporal, contra lo que manda la ley, en cuanto condena e impide esa repetición y ordena absolver al reo cuando el actor no justifica sus pretensiones.

De sus argumentos así resumidos deduce varios cargos, en esta forma: invoca los motivos 1º, 2º y 7º del artículo 520 del C. J. Este, porque el Tribunal se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia y lo declaró así en su fallo; el 2º, porque, dejando de absolver, su sentencia no está en consonancia con la demanda ni con la defensa del demandado; y dentro del motivo 1º acusa de infracción: a) Del artículo 1757 del C. C., que dejó de aplicar o pasó por alto, puesto que el actor no probó la obligación que afirmó al incoar su demanda y, a pesar de esto, no se absolvió al reo, y b) de los siguientes artículos del C. J.: 329 y 343, aplicados indebidamente en cuanto la falta de pruebas la erige el Tribunal en hecho exceptivo para abstenerse de absolver; 471 y 472, por no reconocer que la falta de pruebas del actor impone esa absolución; 481, por dejar reservada la controversia para su decisión en otro juicio; 593, por dejar de absolver al reo desestimando su defensa, la que debía ser fuente de absolución, no habiendo probado el actor los hechos de la demanda.

Se considera:

El Juzgado tuvo en cuenta que la declaración escrituraria de las vendedoras sobre recibo del precio, no habiendo sido infirmada, conserva toda la fuerza probatoria que le asigna el artículo 1759 del C. C.; pero a más de esta razón de fondo ya mencionada aquí, tuvo las otras ya aludidas, que son: la calidad de indivisible de la acción ejercida que obliga a que de consuno obren todos los que forman la respectiva parte contratante, y la ausencia de varios de ellos, ante la cual no puede hallarse la correspondiente personería al actor; y la circunstancia de obrar éste para las mencionadas sucesiones sin demostrar el carácter de heredero, indispensable al efecto. De paso se advierte que el Juzgado no consideró la representación sobre la cual desde el libelo invoca el actor el artículo 1041 del C. C., sino que lo mira como colateral de quinto grado y advierte que, por lo mismo, no alcanza a quedar dentro del llamamiento que la ley hace a los consanguíneos cuando faltan los llamados a la sucesión intestada en orden preferencial. Estas observaciones no impiden reconocer que el Juez estudió lo tocante a personería.

El Tribunal dio a lo atañedero a este tema un sentido y alcance equivocados, porque si efectivamente la ausencia de las actas de estado civil necesarias como eslabones para establecer la cadena afirmada por el actor hace ver que no ha comprobado que la acción ejercida le asista, la consecuencia de esa falta no puede ser la de declarar, tácitamente que sea, una excepción temporal, ni la de dejar sin solución el pleito, ni menos la de reservarla para otra contienda futura.

Esta Sala en sentencia de 31 de mayo de 1938 (G. J. Tomo XLVI, página 613) después de estudiar detenidamente las excepciones en sus varias modalidades, realza el error del Juez que asigna el "alcance de excepción perentoria a la simple deficiencia de una prueba encaminada a acreditar la acción, cuando esta irregularidad, siendo fundamental, conduce necesariamente a la absolución del demandado". Y agrega: "Todo derecho nace de ciertas circunstancias de hecho que tienen la función de darle vida propia; estas circunstancias son las que se plantean en la demanda a modo de base sustentatoria de la litis pendencia; de manera que cuando alguna de ellas falla por deficiencia probatoria o por innocua, y es esencial, la acción no existe y por ende debe sobrevenir irremediablemente la absolución".

La excepción es defensa del reo, el cual no tiene por qué ejercitarla si el actor no prueba. De ahí que repetidamente las sentencias pongan de

presente, cuando hay tal falla, lo improcedente e inecesario de estudiar las excepciones.

En la sentencia del juzgado se distinguen dos determinaciones en su parte resolutiva, que son la denegación de las acciones resolutoria e indemnizatoria y la absolución del demandado. La del Tribunal la reforma advirtiendo que lo hace únicamente para mantener lo primero, y esto significa que le suprime lo último. La sola lectura de su parte resolutiva, transcrita aquí, así lo persuade, y como para abundar en evidencia en este sentido, tras de recordar la mencionada falta de pruebas, en el siguiente párrafo, final de la parte motiva, dice: "En estas condiciones no le es dable al juzgador proceder a fallar en el fondo el litigio, puesto que no se ha establecido si la persona que se dice hablar en nombre de la sucesión referida tiene personería para ello. Es, pues, injurídica por contraria a la técnica procesal la absolución definitiva de los demandados proferida por el Juzgado".

Sin detenerse la Sala a discriminar las diversas clases de acciones y las concomitantes calidades de las respectivas sentencias, anota que en algunas es indispensable el pronunciamiento de absolución y en otras puede considerarse como innecesario o como meramente itirativo por contenerla virtualmente la denegación de las súplicas de la demanda. Aun dando por sentado que la sentencia del presente juicio pertenezca a estas últimas, lo que habría hecho inoficioso el pronunciamiento de absolución, ello es que la pronunció el Juzgado, así fuese tan sólo al considerar que era ésta la consecuencia obligada de la negativa a declarar la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios. Así las cosas, la mencionada y analizada supresión, hecha por el Tribunal, despojó el fallo de su eficacia y calidad preclusiva, con visible quebranto del artículo 481 del C. J., según el cual "Los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito".

Además, a tan grave resultado llegó por desviar la falta de pruebas del actor, que implica absolución del reo, hacia una excepción temporal, aplicando en el hecho indebidamente el artículo 343 del mismo Código.

Sustantivas como son estas disposiciones legales por su naturaleza, a esa calidad no obsta que figuren en el Código de Procedimiento.

Como se ve, prospera uno de los cargos del recurrente suficiente a infirmar el fallo recurrido. De acuerdo con el artículo 538 de esa obra, debe dictarse el que lo reemplace, con prescindencia de los demás.

La motivación del recurso, lo es de ese nuevo 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 dictada el nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juzgado Civil de ese Circuito el once de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO POR DENEGACION DEL DE CASACION

La Sala de Casación, reformando su primera doctrina sobre cuantía del pleito para el recurso de casación, dio cabida al artículo 524 del Código Judicial para indagar la cuantía respecto de la casación, aun estando fijada en cifra precisa por el demandante en su libelo inicial, sin reclamo del demandado.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

En el juicio ordinario de reivindicación de un inmueble seguido por Ignacio Polanía y otros contra Rafael Bermúdez y otros, el Tribunal Superior de Ibagué dictó sentencia definitiva con fecha 25 de octubre de 1946.

Contra este fallo interpusieron casación ambas partes, pero el Tribunal sentenciador se negó a concederla basado en que la cuantía del negocio, fijada en dos mil pesos por el actor en su libelo de demanda, y no objetada por el demandado, no da lugar a ese recurso extraordinario, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 519 del Código Judicial.

Sólo la parte demandante pidió reposición de este auto, alegando que la jurisprudencia de la Corte sé ha orientado últimamente en el sentido de que la cuantía fijada en la demanda no tiene efectos sino para determinar la competencia en los juicios en que se necesita hacerlo, pero no para determinar si es o no susceptible del recurso de casación. Y transcribe apartes de fallos de esta Sala que respaldan su dicho. Alega además el actor que la parte demandada en el juicio, al interponer también el recurso contra la sentencia del Tribunal, está aceptando tácitamente que la cuantía del negocio no es inferior a tres mil pesos, y que esta circunstancia debe tenerla en cuenta el Tribunal para reponer su auto. Para el caso de que el Tribunal no aceptara sus razones, el actor solicitó las copias que la ley exige a fin de recurrir de hecho ante la Corte.

Negó el Tribunal la reposición pedida, en providencia de fecha 24 de febrero de 1947. Para ello, luego de reconocer que es cierto que la jurisprudencia de la Corte se ha orientado en el sentido que dice el actor, manifiesta que "a juicio del Tribunal", el artículo 205 del Código Judicial sienta una regla general sobre cuantía para determinar la competencia, que cobija también el recurso extraordinario de casación, porque no hace salvedad alguna al respecto. La excepción que dicho artículo contiene, añade el Tribunal, se refiere a juicios en que es imposible determinar la cuantía, tales como los que versen sobre el estado civil de las personas, o aquellos en que por razón de las entidades que figuran como partes (la Nación o los Departamentos), la competencia es privativa. Afirma el Tribunal que no existe contradicción entre los artículos 205 y 524 del Código Judicial porque el segundo establece el requisito de la estimación de la cuantía para los efectos de la casación "cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda cerca de este punto". Y para el Tribunal sólo existirá "motivo de duda cuando la cuantía se fija indefinidamente, o se señala un límite máximo o mínimo que no guarda relación con la cuantía necesaria para que prospere la casación en juicios ordinarios".

El Tribunal de Ibagué reconoce, pues, que la Corte últimamente se ha pronunciado en el sentido que el actor anota; pero insiste en manifestar y sostener que le parece más atendible la antigua jurisprudencia. Es el caso entonces, de que esta Sala de Casación exprese de nuevo las razones por las cuales creyó oportuno modificar sustancialmente la tesis anterior, y respecto de la cual hubo siempre salvamento de voto.

Bien sabido es que la nueva jurisprudencia se funda en las razones que sirvieron de base al salvamento de voto de los Magistrados doctores Salamanca y Cepeda, fechado en agosto de 1940, del cual se reproducen los siguientes pasajes:

"La cuantía que el demandante debe fijar en el libelo con que inicia su juicio, no tiene, según los términos del artículo 205 del C. J., otro objeto ni otro alcance que fijar la competencia del juez ante quien presenta su petición o demanda, determinándola en una cifra exclusivamente destinada a darle a su juicio la categoría procedimental de mayor o menor cuantía (artículos 109, 119, 120 y 126 del C. J.) y a mover, en consecuencia, la jurisdicción de los jueces de Circuito o de los

Municipales, porque según el artículo 196 del C. J. "en los juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercitan, éstas son de **mayor** o de **menor** cuantía. Son de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de trescientos pesos, y de menor cuantía las otras". La cuantía, pues, que el actor señala en su demanda y que se hace invariable por la aceptación tácita o expresa del demandado o por la determinación judicial cuando se impugna, no se puede utilizar legalmente dentro del procedimiento civil para nada distinto de fijar la competencia del juez cuando ésta depende de la estimación de la cuantía, y dentro de esta destinación u objetivo legal de abrir determinada puerta jurisdiccional para un pleito que se inicia, se explica perfectamente su irrevocabilidad desde el punto de vista de la nulidad que por incompetencio de jurisdicción quedaría en otra forma como permanente amenaza sobre todas las actuaciones judiciales.

"Esta cuantía a que se viene haciendo referencia para **graduarla de mayor o menor** no es precisamente la del pleito o valor de la cosa que se demanda, que puede versar como en este caso, sobre una acción reivindicatoria de valor indeterminado cuya validez sería la base para justipreciarla. Estas dos cosas son perfectamente diferenciables y diferentes entre las que se exigen indispensablemente en toda demanda civil, entre "lo que se demanda", de valor indeterminado, y la cuantía "para fijar la competencia". No hay base en la ley de procedimiento para decir que la cuantía de un juicio sea un valor único e inalterable para todos los efectos legales; por el contrario, el código señala cuantías distintas para efectos diversos, como puede verse en el citado artículo 205 y en el 610 de allí, en que se alude a una "para fijar la competencia", y en el 284 de la misma obra en que impone al peticionario la obligación de estimar la cuantía de su acción indeterminada "para los efectos del embargo y secuestro", y como puede verse también en las disposiciones que abren la vía extraordinaria de la casación a los juicios de determinada cuantía mínima (artículo 519, C. J.), seguramente por considerar vinculada a ella su importancia para la uniformación de la jurisprudencia nacional y por otros motivos que tienen que ser diferentes a los buscados para fijar una competencia original simplemente. Si la ley, para los efectos de la declinatoria de jurisdicción, exige al actor en acción de valor indeterminado que aprecie su cuantía en mayor o menor, para lo cual le basta señalar una cifra que exceda o que no alcance a la que legalmente deslinda la competencia de los jueces de Circuito con la de los municipales, no hay razón para alegar esta apreciación, que ya produjo sus efectos legales predeterminados, con ocasión de otra ocurrencia tan importante como es la procedencia del recurso extraordinario de casación para lo cual está determinada otra cuantía distinta con criterio también distinto. En un caso la obligación legal consiste en decir si el interés de una demanda es mayor o menor de trescientos pesos y en el otro si monta como mínimo tres mil pesos. Habría que entender que toda fijación de cuantía inicial en la demanda que no alcanzara al límite aritmético que da acceso a la casación constituye una renuncia implícita a este recurso, de naturaleza y trámites extraordinarios, para lo cual sería necesario que la ley no hubiera establecido sino una fijación de la verdadera cuantía del pleito para todos los efectos legales, desde la determinación del juez de primer grado hasta la posibilidad de acusar la sentencia definitiva de segunda instancia ante la Corte. Y ya se vio que esta interpretación no tiene apoyo en la ley". (Véase G. J. Tomo 50, páginas 13 y ss.).

Para la Corte la tesis contenida en la transcripción precedente y acogida por esta Sala, a partir del 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. 59, pg. 852), es la aceptable para resolver sobre la concesión del recurso extraordinario de casación.

Pero como también es cierto que en el presente caso, no se ha procedido al avalúo del inmueble de cuya reivindicación se trata, y por consiguiente no hay aún base para determinar si la cosa litigiosa tiene en realidad un precio venal inferior o mayor de tres mil pesos, el auto del Tribunal Superior de Ibagué, recurrido de hecho ante la Corte y que denegó el recurso de casación, fue prematuro, por lo cual se revoca a fin de que el Tribunal de origen proceda como indica el artículo 524 del Código Judicial, para lo cual se le enviará copia de la presente providencia una vez ejecutoriada.

Notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza (con salvamento de voto)—**Alvaro Leal Morales** (con salvamento de voto)—**Hernán Salamanca—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón,** Srio: en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS RICARDO HINESTROSA DAZA Y ALVARO LEAL MORALES

Entendiendo la Sala que la fijación de la cuantía del juicio en suma precisa en el litigio inicial determinaba esa cuantía para todas las actuaciones del pleito, halló bien que los Tribunales denegasen el recurso de casación cuando quiera que la cifra precisada así no alcanzara la requerida por el artículo 519 del Código Judicial, y que en tales eventos, no habiendo motivo de duda sobre ese punto, no había lugar a que el artículo 524 de la misma obra se aplicase.

Posteriormente la Sala cambió de opinión y, acogiendo la de los salvamentos de voto originados en los casos anteriores, dio cabida al artículo 524 para indagar la cuantía respecto de la casación, aun estando fijada en cifra precisa por el demandante en su libelo inicial sin reclamo del demandado. Este cambio ocurrido en providencia de 14 de diciembre de 1945 (G. J., Tomo LIX, pág. 851 a 854), dio lugar también a voto de disidente.

Al insistir hoy la mayoría de la Sala en esta última doctrina con todo respeto, por no compartirla, salvamos el voto en fuerza de las siguientes razones:

La cuantía de la acción estimada en la demanda gobierna la totalidad de los aspectos procesales como efecto inmediato y necesario de que tal estimación fija la competencia, en los casos en que ésta se subordina al monto económico de la acción, como la competencia es un presupuesto de orden público, rodeado de garantías legales, regulado celosamente para evitar que los contendientes lleguen a tener más poder que el legislador en la gradación prevista para el conocimiento de los litigios, es obvio que por lo menos sería anómalo que cuando la ley confía la determinación de la competencia a lo expresado por el demandante, éste pueda pasar sobre su propio dicho para efectos procesales de menor entidad por no conllevar nociones de orden público.

Desde otro punto de vista no puede olvidarse que la demanda es un acto jurídico; que como tal puede resumir variados elementos pero vinculados todos por concurrir cada uno desde su aspecto peculiar a la unidad del acto, y que éste, como fuente de obligaciones, no puede ser desintegrado a voluntad para que cada uno de sus componentes logre consecuencias propias, independientes, y aun contrarias al principio de la unidad.

Parece que estas consideraciones hallan su respaldo en la doctrina: Chiovenda, por ejemplo, expresa: "La demanda es el acto constitutivo de la relación jurídico procesal..... Es también la demanda la que determina el contenido de la sentencia, y por consiguiente de la cosa juzgada; derívase de aquí que la competencia por el valor y la cosa juzgada son instituciones jurídicas que a menudo se tocan, como que constituyen una común circunstancia determinante".

¿Cómo aceptar, nos preguntamos, que el demandante esté dotado de un poder jurídico tan apreciable que alcance a determinar la competencia, a fijar el contenido de la sentencia, a señalar de antemano los límites objetivos de la cosa juzgada; pero que ese poder en su magnitud no baste para incluír o excluír la sentencia de las que gozan o no de un recurso que no se instituyó en obsequio del interés individual?

José Casais y Santaló al relacionar los preinsertos conceptos del profesor italiano con la legislación española, dice: "El valor no se considera por la ley como criterio de competencia sino también para otros efectos. Así, para establecer la apelabilidad". No sobra advertir que lo que se dice de la apelabilidad rige para la casación.

Enseña Mattirolo que "para determinar el valor del pleito se presentan investigaciones de tres órdenes distintos: Primeramente necesítase precisar el momento en que ha de tenerse en consideración el valor del pleito..... En orden a lo primero, dispone el Código de Procedimiento que el valor del pleito se determina por la demanda.....". Esta opinión aparece complementada por Chiovenda cuando recoge un principio universal al decir: "el aumento de valor de la cosa demandada no es aumento de la demanda".

Parece consecuencia obligada de estas nociones el límite al poder jurisdiccional que se expresa

en la imposibilidad de condenar en más de lo que pida el demandante, so pena de fallar ultra petita, aunque el interés económico de aquél llegue a justipreciarse en cifra mayor que la señalada por él al fijar el importe de la condena a que aspira. Y si este corolario de las razones que hemos expuesto nadie lo discute, parece que lo propio hubiera de acontecer para todas las demás fases ofrecidas por la sentencia como expresión de la voluntad de la ley en la medida que el actor haya querido fijarle.

Acaso pudiera considerarse que los conceptos que hemos expuesto, y las autorizadas opiniones que en su apoyo hemos traído, no son de recibo en nuestro régimen legal, sino que tiene su origen y su razón de ser en legislaciones foráneas cuyo ordenamiento procesal no es el mismo acogido por nuestro derecho. Para apartar cualesquiera dudas al respecto baste considerar que los juristas a quienes se encargó la redacción del código judicial en vigencia jamás expusieron individual o conjuntamente doctrinas procesales contrarias a los principios de la legislación española y de la italiana cuyas instituciones siguieron muy de cerca al elaborar nuestro actual estatuto, y que, por tanto, ese conjunto de normas no puede imaginarse inspirado en teorías o en concepciones que descarten la aplicabilidad de conceptos oportunos para comentar aquellas legislaciones.

Deseamos también referirnos a un argumento traído por la Sala, y que estimamos de mera apariencia: es el contenido en la frase "el código señala cuantías distintas para efectos diversos", e ilustrado con la cita de los artículos 205, 610, 284 y 519 del Código Judicial. Acaso con mayor exactitud hubiera podido afirmarse que el código exige la estimación de la cuantía para efectos diversos, de lo cual apenas hubiera podido traerse como ejemplo el caso del artículo 284 del Código Judicial, perteneciente a las acciones accesorias, y que no introduce excepción siquiera a las nociones en que se funda nuestro disentimiento, por referirse a acciones cautelares iniciadas antes del juicio, y que, por tanto se sustraen a la discrepancia de conceptos sobre el alcance de la cuantía fijada en la demanda. El artículo 610, citado por la Sala, se refiere como el 205 a la necesidad de fijar la competencia, y la norma contenida en el artículo 519 del Código Judicial, es inapropiado para aclarar la divergencia de conceptos porque ésta se suscita precisamente en torno a dicha disposición, armonizándola con los artículos 205 y 524 del mismo código.

La Ley 90 de 1920 pretendió apartarse de los principios que se dejan vistos para los fines del recurso de casación, y autorizó que se concediera o denegara en frente de un avalúo ad hoc, aunque la fijación de la cuantía del juicio estuviera estimada en la demanda. Pero la misma ley innovadora no alcanzó a serlo porque en su artículo 4º aclaró que el avalúo recaería sobre el valor de la acción a la fecha de la demanda, con lo cual regresó a las doctrinas universales, y apenas abrió el campo para una rectificación de la cifra expresiva de la cuantía que pudiera aparecer en la demanda.

Dicho estatuto legal fue derogado; hoy rige el artículo 524 del Código Judicial que entendemos en consonancia estrecha con el artículo 205, de tal suerte que para nosotros no hay "verdadero motivo de duda", según las voces del precepto, cuando el demandante al incoar la acción se ha anticipado a disiparla, ya que el recurso de casación no es un juicio autónomo.

Junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y siete.

Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO. — TECNICA DE CASACION

1. — "Una demanda de casación limitada a acusar por error de hecho, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo del numeral primero del artículo 520 del C. J., el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo no pase adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada del recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto". (Casación del 29 de octubre de 1937).

2. — En el caso del proceso el contrato es solemne por naturaleza, desde luego que él versa sobre una compraventa de bienes raíces (artículo 1857, C. C.), y quien tal declaratoria solicita es uno de los contratantes. Por tanto y en atención a la doctrina que consagran los artículos 1759, 1761, 1766 e inciso 2º del 91 de la ley 153 de 1887, hay que admitir que el sentenciador propugnó una tesis jurídicamente cierta cuando estimó que para que en el presente caso fuera admisible la prueba testimonial en orden a la comprobación de la simulación alegada, debió traerse, cuando menos, por el actor un principio de prueba por escrito que la hiciera verosímil. En este sentido se ha pronunciado constantemente la jurisprudencia de la Corte y los fundamentos que le han servido de apoyo tienen arraigo indestructible en aquellos textos legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Pedro Pablo López propuso, por medio de apoderado, juicio ordinario contra Mariana Villate de R. para que en sentencia definitiva se declare que es absolutamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 79, de 3 de febrero de 1938, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Calarcá, por medio de la cual el demandante dio en venta a la demandada el inmueble que en ese instrumento se determina, y que el dominio de ese bien ha permanecido en el patrimonio del actor y no ha ingresado al de la demandada. Subsidiariamente, se hicieron las dos siguientes solicitudes: que se declare que el referido contrato es absolutamente nulo, por carencia de causa real y lícita, o que debe rescindirse por lesión enorme.

Los fundamentos de hecho de esa demanda pueden resumirse así: que la simulación del contrato mencionado surge y se deriva de que para resolver una situación difícil creada por una promesa de contrato existente entre Bonifacio Rojas y Guillermo Restrepo, la Villate, aprovechándose de la ignorancia de su esposo, el primero de los nombrados, lo sugestionó para que valiéndose de un testaferro, que para el efecto lo fue el demandante, le otorgara escritura de venta de la finca, para que el último, a su turno, le traspasara a la demandada el dominio del mismo bien; que en el fondo el contrato de compraventa no ha existido, pues no hubo por una parte intención de transmitir el dominio y por la otra intención de adquirirlo; que no hubo precio real, y que en todo caso el que como tal se estipuló es inferior en mucho más de la mitad al que tenía la finca el día en que se corrió el instrumento contentivo del contrato simulado; y que cuando se otorgaron las aludidas escrituras ya Rojas y la Villate estaban casados católicamente.

Admitida y contestada la demanda, el Juez del Circuito de Calarcá, a quien le correspondió el conocimiento, la decidió en sentencia de 20 de marzo de 1945, por la que declaró probada "la existencia de la excepción de carencia de acción por parte del demandante"; absolvió, en consecuencia, a la demandada de los cargos formulados y condenó en costas al actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el cual conoció del pleito por recurso de apelación concedido al demandante, lo decidió en sentencia de 15 de mayo de 1946, por la que re-

formó la apelada en el sentido de absolver simplemente a la demandada y de resolver que no había lugar a costas en ninguna de las instancias.

En ese fallo, interpretando el libelo de la demanda, sostiene el Tribunal que la acción incoada es la de simulación solamente, y no también la de nulidad propuesta conjuntamente con aquella; que el demandante tiene la calidad de parte en el contrato cuya declaratoria de simulación solicita; que como éste es solemne, la demostración del contrato oculto que debe prevalecer sobre el aparente es necesario hacerla mediante la prueba escrita de la voluntad oculta, o por un principio de prueba por escrito completada en ese caso por testigos, presunciones, indicios, o por la confesión del simulante; y que como el demandante no suministró ninguna de esas pruebas, hay que admitir que no comprobó su acción.

Para demostrar esta conclusión, hace mención de todos los elementos de convicción aportados por el actor, y concretándose a las posiciones absueltas por la demandada, dice que ellas fueron ya analizadas en la sentencia del mismo Tribunal que obra a fs. 24 vto. del cuaderno número 3, en donde se dijo que de dichas posiciones no se puede concluir que en la realidad la Villate contrató con López sobre la base de una escritura anterior de confianza, que además esas posiciones fueron absueltas en otro juicio, por lo cual en el presente no perjudican a la demandada, pues para que ello ocurra debió pedírsele nueva declaración.

Al actor se le concedió recurso de casación, el que por estar debidamente preparado, se procede a decidir.

Invoca el recurrente la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y con apoyo en ella, en el capítulo de la demanda titulado **"Errores de hecho"**, formula los siguientes cargos:

a) El Tribunal incurrió en error de hecho porque no tuvo en cuenta las declaraciones de Antonio Aguilar, y Heliodoro Garay, por las cuales se acredita que Mariana Villate y Bonifácio Rojas estuvieron solicitando quién les aceptara el traspaso del dominio del inmueble para vincularlo a aquella, a fin de evadir el pago de una deuda a Guillermo Restrepo;

b) El Tribunal incurrió en error de hecho al no haber considerado las posiciones absueltas por Mariana Villate el 10 de febrero de 1941, ante el Juez Municipal de Génova, en las cuales existe el principio de prueba por escrito que echa de menos el sentenciador;

c) El Tribunal incurrió en error de hecho al no tener en cuenta las declaraciones de Joaquín Lemus, Juan Bautista Bermúdez y Abraham Henao, de las cuales se desprende la comprobación de los hechos a que se refiere el recurrente, y

d) El Tribunal incurrió en el referido error al no tener en cuenta la declaración de Pedro Fayad, de la cual se desprende que la Villate no pagó a López el precio de la finca en la propia Notaría.

Se considera:

Ninguna de las acusaciones cuya síntesis acaba de hacerse constituye un cargo atendible en casación, pues el primer motivo consagrado en el artículo 520 del C. J. es el de violación de ley sustantiva y el recurrente no cita, como debió hacerlo, precepto legal alguno que resulte quebrantado con ocasión de los errores que imputa al sentenciador. Como lo ha sostenido la Corte en reiterada y uniforme jurisprudencia, "una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, demostrándolo no pase adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada del recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto". (Casación, 29 de octubre de 1937. — G. J., número 1934. Página 205).

Son, por tanto, inadmisibles las acusaciones precedentes.

En el capítulo de la demanda intitulado "Errores de Derecho", propone el recurrente los cargos que en seguida se compendian y resumen:

a) El Tribunal incurrió en error de derecho al exigir del demandante una prueba o un principio de prueba por escrito por considerar que aquí se trata de un asunto que tiene un valor mayor de $ 500.00, ya que en autos se encuentra demostrado que el acto privado u oculto acordado entre Bonifacio Rojas y Mariana Villate tenía como único y exclusivo objeto hacer ilusorios los derechos de Guillermo Restrepo evadiendo el pago de la suma de $ 200.00 que debía pagar Rojas como multa por infracción del contrato de promesa y

que al exigir aquella prueba para comprobar tal acto o contrato oculto incurrió en interpretación errónea y en aplicación indebida del artículo 91 de la ley 153 de 1887;

b) El Tribunal incurrió en error de derecho por cuanto que al estudiar las posiciones absueltas por Mariana Villate que obran en el cuaderno 3º, sostuvo que ellas no podían ser tenidas en cuenta en este juicio por haber sido absueltas en otro distinto, por lo cual el Tribunal violó por interpretación errónea los artículos 1769 del C. C. y 603, 606 y 610 del Código Judicial;

c) El sentenciador incurrió en error de derecho al no tener en cuenta las declaraciones de Joaquín Lemus, Juan Bautista Bermúdez y Abraham Henao por las cuales se comprueba que la Villate no pagó como lo afirma el valor de la finca, por lo cual violó por falta de aplicación los artículos 1757 del C. C. y 593 y 697 del C. J., y

d) El Tribunal incurrió en error de derecho al no tener en cuenta el testimonio de Pedro Fayad con el cual se acredita el mismo hecho anteriormente referido, por lo cual violó por falta de aplicación los artículos 1763 del C. C., 696, 664 y 662 del C. J.

Se considera:

A) El contrato cuya declaratoria de simulación se solicita es el contenido en la escritura pública número 79 de 3 de febrero de 1938, de la Notaría 2ª de Calarcá, y ese contrato es solemne por su naturaleza, desde luego que él versa sobre una compraventa de bienes raíces (artículo 1857 del C. C.), y quien la declaratoria solicita es uno de los contratantes: Por tanto y en atención a la doctrina que consagran los artículos 1759, 1761, 1766 e inciso 2º del 51 de la Ley 153 de 1887, hay que admitir que el sentenciador propugnó una tesis jurídicamente cierta cuando estimó que para que en el presente caso fuera admisible la prueba testimonial en orden a la comprobación de la simulación alegada, debió traerse, cuando menos, por el actor un principio de prueba por escrito que la hiciera verosímil. En este sentido se ha pronunciado constantemente la jurisprudencia de la Corte y los fundamentos que le han servido de apoyo tienen arraigo indestructible en aquellos textos legales. En sentencia de casación de 18 de diciembre de 1935 se dijo al respecto lo siguiente:

"Tratándose de demostrar **entre los contratantes** la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informan los artículos 1759 y 1766 del C. C., y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede completarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio".

Resta advertir que en el mecanismo de la simulación — tal como lo plantea el recurrente en la demanda inicial de este pleito — la promesa de venta a que alude no puede reputarse sino como el móvil determinante de la celebración del contrato aparente y no como el contrato oculto, porque esa promesa ni era oculta, sino por el contrario aparente y real, ni fue celebrada entre demandante y demandada, sino por terceros, y la celebración del contrato oculto es siempre y necesariamente el fruto de la voluntad verdadera de los contratantes que llevan a cabo el simulado. Por lo demás, en el presente caso no es la cuantía del contrato oculto lo que debió tomarse como base —como equivocadamente lo pretende el recurrente— para reputar o no inadmisible por sí sola la prueba testimonial, sino la propia naturaleza de solemne que tiene por ministerio de la ley el contrato aparente, en presencia de la cual era aquélla claramente inadmisible.

Se rechaza el cargo.

B) Las disposiciones que como quebrantadas se citan en este cargo, son todas relativas al valor que conforme a ellas le corresponde a la confesión judicial; de tal suerte que de encontrarse aquél fundado, el recurrente apenas habría demostrado el error de derecho que imputa al sentenciador; pero sabido es que eso no basta en casación para que el recurso prospere, porque en tales casos el cargo debe completarse además con el de violación consecuencial de una o más disposiciones sustantivas referentes al fondo mismo del asunto materia del pleito, para que así a la Sala le fuera dable indagar si el error de derecho condujo al sentenciador al desconocimiento de la acción deducida en el juicio.

Además, las posiciones a que el recurrente se refiere fueron producidas en un juicio ordinario en que él también figuró como parte demandada,

coadyuvando por cierto las solicitudes del demandante, y ese juicio estaba encaminado a obtener, entre otras cosas, la declaratoria de simulación del contrato materia de esta litis. En ese proceso y en sentencia definitiva de segunda instancia (fs. 19 a 25), fue calificado el mérito de esas posiciones, y el fallador de entonces encontró que ellas "no son aceptables porque las preguntas formuladas a la absolvente no reúnen los requisitos de ley, condición indispensable para ser tenidas en cuenta por el fallador". De modo, pues, que la inadmisibilidad o ineficacia de esa prueba, es una cuestión ya prejuzgada con audiencia del recurrente, sobre la cual no es dable volver a estatuír en contrario, sin desconocer la fuerza y alcance propios de la cosa juzgada.

Se rechaza el cargo.

C y D) Las disposiciones que aquí vienen citadas como infringidas son todas relacionadas con el valor que conforme a ellas corresponde a la prueba testimonial, por lo cual y en atención a las razones expuestas al considerar las acusaciones comprendidas bajo el título de "Errores de hecho" y a la primera de las que se dieron al estudiar el cargo B) del presente capítulo de la demanda de casación, los cargos que se consideran deben ser rechazados por estar indebidamente formulados.

De otro lado, los motivos que determinaron al sentenciador a declarar inadmisible la prueba testimonial en la presente litis, se mantienen en firme porque las acusaciones que al respecto ha formulado el recurrente han sido halladas ineficaces, y ello impediría, como es obvio, la prosperidad del cargo aunque se hubiera propuesto en debida forma.

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, NO CASA la sentencia de 15 de mayo de 1946, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el presente negocio.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen, en su oportunidad.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA DE UN HIJO

Si se tiene en cuenta la reforma establecida por la ley 45 de 1936 en relación con los hijos naturales y lo dispuesto en los artículos 213, 214, 236 y 237 del Código Civil, nuestra legislación reconoce simplemente, en lo que respecta a la filiación, dos clases de hijos: los legítimos y los naturales. Entre los primeros se cuentan los legitimados, ya sean los que sus padres hayan reconocido como naturales, a quienes el matrimonio legitima IPSO JURE, o los concebidos y nacidos antes del matrimonio, a quienes sus progenitores otorgan ese carácter designándolos como sus hijos en el acta de matrimonio, o reconociéndolos posteriormente por escritura pública. De igual manera son considerados como tales los concebidos antes del matrimonio y nacidos dentro de él. Por el solo hecho del matrimonio se consideran legitimados IPSO JURE los hijos concebidos antes del vínculo y nacidos en él. (Artículo 237, C. C.). Por disposición del artículo 247 del citado código la legitimación de tales hijos no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, o sea, en los términos prescritos en los artículos 214 a 224 del mismo código. Es decir, que todo lo establecido en tales preceptos en cuanto a plazos, capacidad y personas que pueden impugnar la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio son aplicables al caso del pleito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Con fecha 25 de noviembre de 1942, ante el Juez del Circuito de Guateque, en el Departamento de Boyacá, Luis Eliécer Medina Bohórquez y otros presentaron demanda contra Oscar Obdulio Bohórquez, para que con su audiencia y mediante los trámites del juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Que el demandado Oscar Obdulio Bohórquez carece de derecho y debe ser excluído de la herencia de Filomena Bohórquez de Medina, por ser únicamente hijo natural de ésta.

"**Segunda.**—Que somos únicos herederos en la sucesión de Filomena Bohórquez de Medina los suscritos demandantes Luis Eliécer, Polidoro, Delio Bernabé y María Filomena Laura Medina Bohórquez, en nuestra calidad de hijos legítimos y sin perjuicio de terceros.

"**Tercera.**—Que se declaren sin valor ni efecto alguno, tanto el auto del Juzgado del Circuito de Guateque de fecha 2 de febrero de 1942 proferido en el sucesorio de Filomena Bohórquez de Medina, en que se ordenó tener como interesado en dicha sucesión en calidad de hijo legítimo a Oscar Obdulio Bohórquez, como el auto del Tribunal de fecha 27 de marzo de 1942, que confirmó el del Juzgado.

"**Cuarta.**—Que si a la fecha de la sentencia se hubiere aprobado la partición de los bienes de la sucesión de la señora Filomena Bohórquez de Medina y adjudicado alguna cuota de ellos a Oscar Obdulio Bohórquez por la calidad de legitimario que le reconoció el Juzgado, se declare sin valor ni efecto esa adjudicación y se ordene la cancelación del registro de esa hijuela y la consiguiente restitución a la sucesión de Filomena Bohórquez de Medina de los bienes adjudicados al demandado, para que sean distribuídos entre sus legitimarios en la proporción legal".

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

Que el 30 de enero de 1904, contrajeron matrimonio por el rito católico, Manuel Salvador Medina y Filomena Bohórquez; que a los ciento treinta y dos días de haberse contraído el vínculo, la esposa dio a luz en casa de sus padres a un

niño a quien se bautizó el 14 de julio del mismo año con el nombre de Oscar Obdulio, haciéndose constar en el acta de registro del estado civil respectivo, que era hijo ilegítimo de la nombrada Filomena. Que la esposa volvió al hogar haciendo vida marital con su cónyuge, procreando dentro del matrimonio cuatro hijos legítimos, llamados Luis Eliécer, Polidoro, Delio Bernabé y Filomena Medina Bohórquez.

Que el marido no conoció el hijo ilegítimo de su esposa concebido por ella antes del matrimonio, el cual vivió siempre con sus abuelos maternos, y conservó su estado civil de hijo natural, usando el apellido de la madre; que con tal apellido se presentó a obtener su cédula de ciudadanía y fue el mismo con que figuró en su partida de matrimonio, así como en los registros de estado civil de sus hijos. Que Bohórquez jamás ha pretendido ser hijo legítimo del matrimonio Medina-Bohórquez, hecho en el cual estuvo también de acuerdo la madre; y, por último, que el demandado no ha sido reconocido como legítimo, ni tenido por tal por el señor Manuel S. Medina, padre de los demandantes.

Habiendo fallecido la señora Bohórquez de Medina el 9 de febrero de 1941, su correspondiente causa mortuoria se inició en el mismo Municipio de Guateque el 20 de noviembre siguiente, y en tal juicio Oscar Obdulio Bohórquez pidió se le tuviera como interesado en su calidad de hijo natural de la extinta. Como su pretensión fuera rechazada, se presentó de nuevo exigiendo se le reconociera como heredero de la causante en su calidad de hijo legítimo, alegando que habiendo nacido durante el tiempo en que su madre estaba casada con Medina, lo amparaba la presunción de legitimidad conforme a la ley.

El Juzgado accedió al nuevo pedimento de Bohórquez, reconociéndolo en la mortuoria de la señora Bohórquez de Medina como hijo legítimo habido durante el matrimonio. De esta providencia apelaron para ante el Tribunal los demás interesados infructuosamente, pues en la segunda instancia se confirmó lo resuelto por el inferior.

La aceptación de Bohórquez como heredero legítimo hecha por el Juez dio como resultado que en la liquidación, partición y adjudicación de la herencia de la señora Bohórquez de Medina, se le concedió una parte proporcional al heredero Bohórquez, con perjuicio de los demás interesados en la mortuoria, que le disputan su estado civil. Para la fecha en que se presentó la demanda que ha dado origen al presente litigio, el juicio mortuorio de doña Filomena Bohórquez de Medina, se encontraba en el incidente de objeciones a la partición.

En su libelo de demanda los actores pidieron que se citara al cónyuge sobreviviente Manuel Salvador Medina, quien por memorial presentado al juez expresó lo siguiente:

"Mis hijos legítimos tienen toda la razón por estar amparados como lo he dicho, con la verdad de los hechos, la ley y la moral, en reclamar e iniciar esta acción a fin de que se mantenga a Oscar Obdulio Bohórquez en el estado civil que tuvo desde su nacimiento y ha conservado toda su vida. Si no me es posible coadyuvar la demanda, cosa que sí puedo hacer en interés de la moral, doy todo mi asentimiento a ella no sólo en la relación de sus hechos sino en las peticiones que contiene".

Corridos los traslados de ley y seguida la tramitación del juicio, el juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por providencia de 21 de septiembre de 1944, en la cual expresó que no había lugar a hacer las declaraciones solicitadas y condenó en costas a los actores en el pleito.

La sentencia recurrida

El juicio subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en virtud de apelación interpuesta por los demandantes y fue fallado en segunda instancia por medio de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 1945, que reformó la del inferior y en su lugar desestimó la acción de impugnación de la paternidad legítima del demandado Oscar Obdulio Bohórquez, absolviéndolo, en consecuencia, de los cargos propuestos.

Como fundamento de su fallo expresa el Tribunal que al demandado lo ampara la presunción legal que obra en su favor, reconocida por el artículo 237 del C. C., que declara legitimados ipso jure los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos durante él.

"Esta presunción legal —dice el Tribunal— de paternidad legítima, basada en el supuesto de que ningún hombre va a contraer matrimonio con la mujer que se halle en cinta a consecuencia de relaciones sexuales con otro hombre, solamente puede ser invalidada por el marido mediante la acción sobre impugnación de la paternidad que

le confiere el artículo citado en los incisos 2º, 3º y 4º, o por los herederos de éste en la oportunidad que la misma ley establece y que no ha llegado para los demandantes por la circunstancia de vivir el padre, señor Manuel S. Medina, quien citado como fue al juicio, manifestó que no le era posible coadyuvar la demanda.

"Por este aspecto, es indudable que los demandantes carecen de legitimación activa en la causa con relación á la acción cuya prosperidad constituye el fundamento esencial de las demás acciones intentadas en la demanda, esto es, en relación con la impugnación de la paternidad legítima del demandado Bohórquez. Por tanto, precisa desestimar la petición englobada en la parte final de la primera súplica de la demanda".

De la anterior providencia recurrió en casación el actor Luis Eliécer Medina y hermanos. En esta Corte el negocio ha sufrido la tramitación de rigor. Siendo la oportunidad procesal de fallar, la Sala procede a ello, previas las siguientes consideraciones.

Motivos de casación alegados

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. acusa el recurrente la providencia del Tribunal "por errónea interpretación de la ley y violación directa de la misma".

Considera como infringidos los artículos 216, 217, 221, 223 y 237 del C. C., por indebida aplicación al caso del pleito y por errónea apreciación del artículo 247 ibídem.

Comentando el artículo 237 citado, que declara que los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él son legitimados, establece la diferencia entre hijos de este carácter y los simplemente legítimos o sea, de acuerdo con el artículo 213 del C. C., los concebidos y nacidos durante el matrimonio, para concluír que con respecto a la legitimación no rigen las disposiciones de los artículos 214 a 224 sobre impugnación de paternidad.

La legitimidad —dice— descansa en una presunción de paternidad pero la legitimación no; con respecto a ésta existe una presunción de reconocimiento tácito o confesión tácita de paternidad. Sostiene que "los hijos concebidos durante el matrimonio son legítimos, porque vienen protegidos con la presunción de paternidad del marido, que establece el artículo 214 del C. C.; al paso que los concebidos antes y nacidos en él son en principio hijos naturales, legitimados por la ley con el matrimonio posterior, por razón del reconocimiento de paternidad que se supone hace el marido cuando contrae matrimonio con la mujer en cinta".

El artículo 214, agrega, presume paternidad, el 237, reconocimiento de ella. El primero consagra la acción de impugnación de paternidad, el otro la de impugnación de legitimación que se produce con el matrimonio.

La Corte considera:

Si se tiene en cuenta la reforma establecida por la ley 45 de 1936, en relación con los hijos naturales y lo dispuesto en los artículos 213, 214, 236 y 237 del C. C., nuestra legislación en lo que respecta a la filiación, reconoce simplemente dos clases de hijos: los legítimos y los naturales. Entre los primeros se cuentan los legitimados, ya sean los que sus padres hayan reconocido como naturales, a quienes el matrimonio legitima **ipso jure,** o los concebidos y nacidos antes del matrimonio, a quienes sus progenitores otorgan ese carácter designándolos como sus hijos en el acta de matrimonio, o reconociéndolos posteriormente por escritura pública. De igual manera son considerados como tales los concebidos antes del matrimonio y nacidos dentro de él.

Por lo mismo no cabe la distinción que hace el recurrente entre hijos legítimos y legitimados, para deducir que la legitimidad descansa sobre una presunción de paternidad y que en la legitimación tan sólo se puede suponer una presunción de reconocimiento tácito o confesión tácita de paternidad.

Por el solo hecho del matrimonio se consideran legitimados **ipso jure,** a los hijos concebidos antes del vínculo y nacidos en él. (Artículo 237 del C. C.).

Por disposición del artículo 247 del citado código, la legitimación de tales hijos no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, o sea en los términos prescritos en los artículos 214 a 224 del mismo código. Es decir, que todo lo establecido en tales preceptos en cuanto a plazos, capacidad y personas que pueden impugnar la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio son aplicables al caso en estudio.

En otros términos, a los hijos concebidos fuera del matrimonio y nacidos en él, los ampara la presunción "pater is est quem nuptias demostrant".

De lo dicho se concluye que es aplicable al caso en estudio el artículo 216 ibídem, que de una manera perentoria estatuye que "mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, sino el marido mismo".

Consta de autos que el señor Manuel Salvador Medina, esposo de la señora Filomena Bohórquez vive, que se hizo presente en el pleito mediante la citación que le hicieron los demandantes y que a virtud de ella, manifestó ante el juez de la causa, "que no le era posible coadyuvar la demanda". Carecen, pues, como lo sostiene el Tribunal, los actores de personería, por falta de legitimación activa en la causa para proponer la acción de impugnación materia del presente negocio.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 22 de septiembre de 1945, proferida por el Tribunal de Tunja en el juicio ordinario seguido por Luis Eliécer A. Medina Bohórquez y otros contra Oscar Obdulio Bohórquez, que ha sido materia del presente recurso.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD DE HECHO. TECNICA DE CASACION

El recurso de casación no tiene, por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los dos grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para deducir su poder de convicción judicial. La Corte, como tribunal de casación, no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios y su misión no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los Tribunales Superiores, sino la de examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de los límites y temas que proponga la demanda fundamental. Cuando, como en el caso del proceso, las resoluciones que trae la sentencia definitiva de segunda instancia son las conclusiones jurídicas deducidas de un examen de pruebas, los ataques que se enderecen contra ellas, contra los hechos en que se asientan, no pueden desconectarse del estudio probatorio del Tribunal para plantearlos en el terreno de la violación directa de la ley sustantiva. Al quebranto legal que dé base a la casación no puede llegarse en tales casos sino por la vía de la apreciación probatoria y no suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando dentro de las exigencias de la técnica, que el Tribunal incurrió al apreciar las pruebas en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y que envuelve una contravención a la ley, o en un error de derecho inductivo de esa misma contravención. La Corte no puede modificar la decisión recurrida cualquiera que sea, y así sea de equivocada la manera como el Tribunal haya apreciado los hechos del proceso.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 15 de junio de 1942, dirigido al Juzgado del Circuito de Purificación, José N. Chedraue demandó a Jorge Chalela y Moisés Hechem para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declarara:

Que entre demandante y demandados se formó una sociedad comercial de hecho, desde el mes de diciembre de 1938, con el fin de explotar el ramo de compraventa de mercancías y ganadería, con sede en Natagaima. Que el actor aportó a esa sociedad, como socio capitalista, las mercancías que tenía en su almacén de Natagaima, dinero y crédito comercial. Que la sociedad funcionó desde su fundación ejerciendo el comercio en varias plazas del Tolima y fuera de él. Que se declare disuelta la sociedad y se proceda consecuencialmente a su liquidación dentro del término judicial que se señale, debiendo corresponder al demandante el 50 por 100 de las utilidades o pérdidas e igual participación a los demandados. Y que los demandados deben pagar las costas del juicio.

Los hechos fundamentales de la acción, implicados en los citados pedimentos, pueden resumirse así: en la población de Natagaima, en el mes de diciembre de 1938, por iniciativa del actor Chedraue, se formó con Chalela y Hechem una sociedad de hecho, en forma verbal, para negocios de comercio por el término de dos años, en la cual se consideraba el demandante como socio capitalista representado su aporte en las mercancías de su almacén de Natagaima por valor de $ 4.500.00 recibidos por los demandados según inventario redactado en su mayor parte por Chalela, y $ 500 en un crédito contra Hechem. Los demandados ingresaron como socios industriales. Se estipuló participación igual para el socio capitalista y los dos industriales. Que Chalela y Hechem siguieron los negocios sociales en el antiguo almacén de mercancías del actor bajo la razón social "Jorge Chalela y Cía.", por tiempo que ha excedido al de duración de la sociedad. Chedraue ha exigido a sus socios la liquidación del negocio social y su correspondiente participación en él, y ante la negativa de su derecho y su condición de socio, ha

tenido que ocurrir a la justicia con la demanda ya conocida.

Al evacuar el traslado legal de la demanda los demandados negaron los hechos fundamentales y se opusieron a las declaraciones solicitadas, agregando Hechem, por su parte, que él es extraño del todo a la pretendida sociedad de hecho y a la demanda del juicio.

Por separado y oportunamente Jorge Chalela demandó en reconvención a Chedraue para que se le condene a pagar el monto de ciento treinta partidas o cantidades de dinero por $ 5.361.89, provenientes, unas de entregas de dinero al contrademandado o sus recomendados, otras por valor de mercancías y las demás por cuentas comerciales o de servicios a cargo del contrademandado, a partir de diciembre de 1938 hasta noviembre de 1940.

Esta contrademanda, cuyos hechos, en número de veintidós, son expresivos de las fechas y razón de las diversas sumas demandadas, fue contestada por Chedraue, oponiéndose a ella, y manifestando que las partidas en referencia no tuvieron por causa liberalidad de Chalela sino que fueron consecuencia del contrato de sociedad y por concepto de arrendamientos del local del almacén para "Jorge Chalela & Cía." Aceptó y reconoció deber el monto de unas partidas por dinero y mercancías por valor de $ 339.79.

Agotada la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia de fecha 27 de noviembre de 1944, declaró la existencia de la sociedad al tenor de los pedimentos de la demanda, su disolución y su liquidación, para lo cual ordenó al demandado Chalela, como administrador, la rendición correspondiente de cuentas dentro de diez días. Y respecto de la demanda de reconvención declaró que Chedraue debe a la sociedad de hecho la suma de $ 343.83. Sin costas.

Sentencia acusada

El Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, al sentenciar, el 30 de enero de 1946, la segunda instancia a que dio lugar la apelación de ambas partes contra el fallo del Juzgado, lo reformó en el sentido de ampliar a treinta días el término para la rendición de cuentas, y de reducir a $ 339.79 el monto de la condena contra Chedraue, declarándola a favor de Jorge Chalela, para tenerla en cuenta al tiempo de la liquidación social. En todo lo demás fue confirmada. También sin costas.

Para motivar sus conclusiones, luégo de exponer someramente la teoría general de la sociedad de hecho y sus clasificaciones, procede el Tribunal a estudiar si de los elementos probatorios aportados al juicio puede tenerse por establecida la invocada por Chedraue como fuente contractual de sus derechos, y concluye afirmativamente porque del conjunto de elementos probatorios, que discriminadamente enumera, se deduce la plena demostración de que los demandados se reunieron con Chedraue con la mira de explotar el negocio de mercancías aportando efectos de comercio y trabajo e industria, prestándose recíproca confianza y entregando la administración del negocio social a Jorge Chalela. Acreditada la sociedad de hecho, procede legalmente la demanda para la liquidación de sus negocios que debe tener por base las cuentas de la administración.

El recurso

El demandado Jorge Chalela, por medio de apoderado, interpuso contra la sentencia definitiva de segunda instancia el recurso de casación que debidamente admitido y tramitado se decide hoy.

Invocando la causal 1ª del artículo 520 del C. J. formula contra la sentencia recurrida dos cargos:

a) Por violación directa de los artículos 2083 del C. C., 475 del C. C. de Co. y 593 del C. J., por aceptar sobre un conjunto probatorio de mérito insuficiente, la existencia de la sociedad de hecho referida. "Para llegar a esta conclusión — dice el recurrente — y poder dar aplicación a estos artículos, es absolutamente necesario que en el proceso aparezca la prueba de la existencia del pretendido contrato consensual de sociedad de hecho, única manera de aplicar acertadamente las normas sustantivas citadas, pues es obvio que para que el demandante tenga derecho a que se liquide esa sociedad y se le rinda cuenta de la administración del negocio por parte del demandado Chalela, debe aparecer plenamente acreditado de autos la existencia de ese contrato. Y sucede que esa prueba no aparece recogida en el proceso como voy a demostrarlo, y por lo tanto el Tribunal sentenciador ha violado, por infracción directa, tales disposiciones". Después de analizar ligeramente las pruebas, acotándolas de insuficiente o escaso mérito, concluye así el recurrente:

"Creo que la Honorable Corte al hacer un estudio atento de los elementos de prueba aducidos en el proceso encontrará que efectivamente no alcanzan para sostener la existencia de la pretendida sociedad de hecho y son insuficientes para acreditar que entre Chalela, Chedraue y Hechem, se convino, así sea verbalmente, en constituír una sociedad, "es decir un contrato que para que tenga existencia siquiera como sociedad de hecho, ha debido reunir los elementos que son de su esencia y que han quedado anotados. Y no estando demostrada la existencia de ese contrato, ha violado el Tribunal los artículos citados que son disposciones sustantivas que tratan de las sociedades de hecho, por violación directa".

Se considera.

Están tan a la vista los defectos de ineptitud de esta acusación que basta recordar nociones elementales pero esenciales de la preceptiva legal de este recurso para no darle acogida. Bien sabido es, en efecto, que no tienen valimento de acusaciones atendibles en el análisis de este recurso extraordinario las consideraciones generales en torno de la apreciación que ha hecho el sentenciador sobre el problema del pleito, ni las meras contradicciones del recurrente a los conceptos fundamentales del fallo. A los juzgadores de instancia corresponde de acuerdo con las normas de nuestro derecho procesal decidir sobre las cuestiones controvertidas para lo cual analizan y aprecian dentro de la libertad que les confiere la ley todos los elementos de convicción o medios de prueba aportados al debate. El recurso de casación no tiene por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los dos grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para deducir su poder de convicción judicial. La Corte como Tribunal de Casación no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios y su misión no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los Tribunales Superiores, sino la de examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de los límites y temas que proponga la demanda fundamental.

Cuando las resoluciones que trae la sentencia definitiva de segunda instancia, son, como sucede en este caso en que por definición se trata de una cuestión de hecho, las conclusiones jurídicas deducidas de un examen de pruebas, los ataques que se enderecen contra ellas, contra los hechos en que se asientan, no pueden desconectarse del estudio probatorio del Tribunal para plantearlos en el terreno de la violación directa de la ley sustantiva. Al quebranto legal que dé base a la casación no puede llegarse en tales casos sino por la vía de la apreciación probatoria, y no suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando dentro de las exigencias de la técnica que el Tribunal incurrió al apreciar las pruebas en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y que envuelve una contravención a la ley, o en un error de derecho inductivo de esa misma contravención. Si la demanda de casación no cumple cabalmente esta exigencia, la Corte no puede modificar la decisión recurrida cualquiera que sea, y así sea de equivocada, la manera como el Tribunal haya apreciado los hechos del proceso.

b) Violó el Tribunal, por infracción directa, los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887, al aceptar prueba testimonial para acreditar la existencia de la sociedad de hecho, porque aunque la jurisprudencia acepta tal especie probatoria para probar compañías **de facto**, no puede sin embargo hacerse sino con la limitación contenida en tales disposiciones por razón de cuantía y en este caso se trata de probar una sociedad a la cual pretende el actor haber hecho un aporte por valor mayor de quinientos pesos.

Se considera:

También es inepto este segundo cargo por estar formulado sin observancia de los requisitos de técnica que la ley exige. Pues tratándose, como se ve, de una cuestión probatoria por equivocada estimación de su mérito, la acusación por infracción directa no procede. Se trataría en tal caso de un error de derecho para cuya formulación adecuada se requería la cita de la prueba estimada erróneamente con expresión del mecanismo de la equivocación, sin detenerse, como le sucedió al recurrente, en la cita de disposiciones sobre pruebas, sino señalando los artículos de la ley sustantiva que como consecuencia de ese error fueron violados.

Por lo demás, aunque una adecuada formulación del cargo abriera el camino a su consideración, y suponiendo que la aludida limitación probatoria procediera en este caso, no prosperaría con base en él la casación porque aunque es verdad que la ley colombiana excluye la prueba de testigos respecto de obligaciones que hayan de-

bido constar por escrito, según precepto del artículo 1767 del C. C., l aley 153 de 1887, en sus artículos 91 a 93, admite entre otros, como caso de excepción sobre suplencia de la prueba primordial el en que hay un principio de prueba por escrito, esto es, como la misma ley lo dice, un acto escrito del demandado que haga verosímil el hecho litigioso.

Como se advierte en la discriminación probatoria que contiene la sentencia, el demandado Chalela, al absolver posiciones, confesó haber recibido la mercancía a que Chedraue alude en su demanda, de acuerdo con el inventario confeccionado en parte por él mismo y que le fue presentado original por el Juez. Con referencia al juicio de lanzamiento que ante el Juzgado Municipal de Natagaima siguió Pablo Ospina contra Chedraue, Chalela y Hechem, el segundo dirigió un memorial al Juez en el que se opone al lanzamiento y en el que, entre otras cosas, dice que "ni el señor José N. Chedraue y sus socios Chalela y Hechem son arrendatarios del señor Ospina...." Obran también numerosos recibos expedidos a "José Chalela & Cía.", como también el aviso puesto por éste con la copiada razón social.

Estos elementos de prueba, a más de otros de carácter confesional a que alude la sentencia y contra los cuales no dirige el recurrente ninguno de sus ataques, servirían de núcleo probatorio, en cuyo derredor, para la plena comprobación de la sociedad de hecho, podrían tenerse como bien, aceptada la prueba testimonial y la indiciaria en que el Tribunal afirma su convicción.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 30 de enero de 1946, 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.

José Antonio Montalvo. — **Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Hernán Salamanca.** — **Manuel José Vargas.** — **Pedro León Rincón, Srio.**

ACCION DE RESOLUCION DE LA VENTA FORZADA DE UN INMUEBLE Y REIVINDICACION. — SENTENCIA

1. — Puede considerarse que la sentencia no decide sobre lo principal del pleito cuando en ella se reconoce una excepción dilatoria de fondo o de forma, es decir, cuando se reserva la expresión jurisdiccional de la voluntad de la ley en el caso SUB JUDICE para un litigio ulterior; pero cuando se deniega todo el PETITUM de la demanda realmente no resta materia posible para una controversia futura sobre los mismos extremos, pues todos los debatidos quedan cubiertos por la cosa juzgada.

La sentencia, cualquiera que sea la especie de acción que la determine, indica siempre la medida en la cual otorga el Estado la tutela jurídica a un interés individual concreto; para satisfacer esta característica propia de su naturaleza debe contener, bajo cualesquiera expresiones, la indudable determinación de cómo queda situada en forma definitiva la aspiración del actor ante el derecho objetivo; este fin se logra siempre que el Juez pronuncia un fallo cuya sola existencia o cuya ejecución interfieren por la fuerza de la cosa juzgada cualquier posibilidad de controversia futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

A satisfacer esas necesidades doctrinarias concurren en nuestro derecho los preceptos contenidos en los artículos 471, 472 y 481 del Código Judicial, cuyo quebranto no es posible cuando se ha proferido un fallo que deniega definitivamente las declaraciones pedidas en la demanda.

2. — El interés jurídico de quien pretende modificar un estado de derecho no nace sino cuando dicho estado es una realidad, se ha concluído, está produciendo o en vía de producir los fines para los cuales se le dio origen; antes de que esto ocurra, cuando de un contrato se trata, no podrá hablarse siquiera de resolución porque ella no puede operar sino sobre situaciones concretas indudables; la acción resolutoria expresa o tácita se dirige a poner fin a un estado jurídico dando vigencia a otro, de tal manera que quien la ejerce no puede contentarse con ofrecer al juzgador la posibilidad de estudiar cómo funcionan los mecanismos jurídicos en presencia de un estado hipotético.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuaretna y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En la demanda inicial de esta controversia se desoyeron no sólo las normas contenidas en los artículos 205 y 737, C. J., sino las más triviales nociones de técnica procesal; en dicho escrito es bien difícil individualizar los hechos fundamentales, cuya incompleta narración se mezcla impropiamente con las peticiones; acaso el Juez ante quien se propuso no ha debido admitirla por ser inepta, a términos del artículo 333 del estatuto reglamentario del procedimiento civil.

En tal libelo, presentado por Félix María Jáuregui contra Silvano Carvajal ante el Juzgado Civil del Circuito de Chinácota el día 12 de junio de 1944, se pide por el actor la resolución de la venta forzada de un inmueble que él determina por su situación y linderos, sobrevenida en un juicio de apremio seguido por el demandado contra Jáuregui; igualmente se suplican, como consecuenciales, el restablecimiento de "las cosas a su estado anterior", la restitución del inmueble al demandante "con frutos y perjuicios causados", la cancelación del remate y de su registro, y la declaración de que "es ficticio el crédito" que dio lugar al juicio ejecutivo en que sobrevino el remate.

Tan numerosas pretensiones se sustentan en un exiguo relato de hechos que, según el actor, "consisten en que el demandado Carvajal autorizó para rematar por su cuenta el predio descrito y no suministró a su abogado para pagar el remate, ni me lo pagó a mí....."

El pleito así trabado sobre tales extremos fue decidido en primera instancia según sentencia fechada el 15 de febrero de 1945, en la cual se denegaron una a una las peticiones de la demanda; quien la había propuesto apeló de ese fallo, cuya confirmación fue pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en sentencia del 21 de marzo de 1946; contra este último proveído interpuso el demandante recurso de casación que otorgado, admitido, y tramitado legalmente se procede a resolver.

El fallo recurrido

El Tribunal que desató el segundo grado del procedimiento fundó su decisión confirmatoria del insuceso de la acción, en que para demostrar la subasta en la cual adquirió el demandado no se trajo a los autos sino copia del acta respectiva, omitiéndose allegar al juicio la del auto aprobatorio, y la demostración del registro. La sentencia, refiriéndose a esa precaria situación probatoria, se expresa así:

"Siendo el remate judicial verificado en un juicio ejecutivo de la naturaleza de un contrato de compra-venta, y si tratándose de bienes raíces ella no se prueba sino mediante el título correspondiente, aquél como acto civil, no como diligencia judicial, no puede tampoco darse por establecido sino por medio de lo que de conformidad a las prescripciones legales pertinentes, equivale o hace las veces de escritura pública, o sea las diligencias de remate y el auto de su aprobación".

"Ahora bien, la acción de resolución de un contrato requiere para su prosperidad título perfectamente válido, es decir que se acredite la existencia de dicho contrato por medio de los instrumentos requeridos por la ley para su perfeccionamiento, ya que sólo por tal medio se establece el vínculo jurídico afirmado en la demanda entre el actor y el demandado".

"Y haciendo la diligencia de remate con el auto de su aprobación las veces de escritura pública, en tratándose de bienes raíces debe ser registrada, ya que sólo mediante este registro (artículo 756, C. C.) se consuma la tradición del dominio".

Con fundamento, pues, en que a juicio del sentenciador no aparece legalmente demostrado el acto jurídico de cuya resolución se trata, se denegaron las súplicas del actor aunque apartándose de los motivos que para hacer lo propio había aducido el Juez al solucionar la primera instancia.

El recurso

Los cargos que se formularon contra la sentencia del Tribunal son tres, en síntesis, cuidadosa aunque desordenadamente expuestos; el recurrente ha preferido ensayar una técnica propia para formular la demanda de casación, abandonando las instrucciones que, con el fin de uniformar el modo de obrar en tales casos, imparte el artículo 531 del Código Judicial; la Sala adelantará el estudio de cada uno de los cargos, siguiendo el orden en que se resumen y concretan en la última foja del escrito de acusación.

Primer cargo. — Se formula "en cuanto se abstiene la Sala sentenciadora de decidir sobre la acción resolutoria concretándose a confirmar la decisión del Juez que es también de abstención". Por este aspecto, dice el recurrente, "se dejaron de aplicar los artículos 471, 472 y 481 del Código Judicial, con arreglo a las cuales, la sentencia debe formularse para fallar a fondo el litigio"; entiende, pues, el recurrente, que el fallo del Juez no desató la litis, y que al confirmarlo el Tribunal pretermitió la aplicación de los citados preceptos.

Para destacar la sin razón de este cargo basta recordar que la sentencia de primer grado denegó separadamente cada una de las súplicas del actor, es decir, la resolución de la venta forzada, la restitución consecuencial, la cancelación del registro de la subasta, la declaración sobre ser ficticio el crédito; realmente no puede dudarse siquiera de que al denegar las peticiones del demandante queda totalmente solucionado el litigio máxime cuando no se trata, como en este caso, de acciones de condena sino de súplicas encaminadas a obtener la declaración judicial de ciertas pretensiones.

Puede considerarse que la sentencia no decide sobre lo principal del pleito cuando en ella se reconoce una excepción dilatoria de fondo o de forma, es decir, cuando se reserva la expresión judisdiccional de la voluntad de la ley en el caso **sub judice**, para un litigio ulterior; pero cuando se deniega todo el **petitum** de la demanda realmente no resta materia posible para una controversia futura sobre los mismos extremos, pues todos los debatidos quedan cubiertos por la cosa juzgada.

La sentencia, cualquiera que sea la especie de acción que la determine, indica siempre la medida en la cual el Estado otorga la tutela jurídica a un interés individual concreto; para satisfacer esta característica propia de su naturaleza debe contener, bajo cualesquiera expresiones, la indudable determinación de como queda situada en forma definitiva la aspiración del actor ante el derecho objetivo; esta finalidad se logra siempre que el Juez pronuncia un fallo cuya sola existencia o cuya ejecución interfieren por la fuerza de la cosa juzgada cualquier posibilidad de controversia futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

A satisfacer esas necesidades doctrinarias, concurren en nuestro derecho los preceptos contenidos en los artículos 471, 472 y 481 del Código Judicial, cuyo quebranto no es posible cuando, como en el caso de autos, se ha proferido un fallo que deniega definitivamente las declaraciones pedidas en la demanda.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo. — Consiste en que "no se atribuyó a la diligencia de licitación y de adjudicación el valor de documento auténtico "violando los artículos 632 y 1050 del Código Judicial, lo cual condujo al quebranto del artículo 1546 del Código Civil.

Ya se vio que para el Tribunal fue prueba insuficiente del acto jurídico cuya resolución se pretende la copia de la diligencia de remate, ya que no se presentó acompañada de la del auto aprobatorio y de la comprobación del necesario registro. Al proceder así, no subestimó el mérito probatorio del acta que da cuenta de la subasta, ni se negó el Tribunal a reconocerla como instrumento auténtico, sino que aun otorgándole todo su valor halló que por sí solo es insuficiente para acreditar la situación jurídica a cuya resolución aspira el demandante.

No erró el Tribunal al razonar de esta manera porque el interés jurídico de quien pretende modificar un estado de derecho no nace sino cuando dicho estado es una realidad, se ha concluído, está produciendo o en vía de producir los fines para los cuales se le dio origen; antes de que esto ocurra, cuando de un contrato se trata, no podrá hablarse siquiera de resolución porque ella no puede operar sino sobre situaciones concretas indudables; la acción resolutoria expresa o tácita se dirige a poner fin a un estado jurídico dando vigencia a otro, de tal manera que quien la ejerce no puede contentarse con ofrecer al juzgador la posibilidad de estudiar cómo funcionan los mecanismos jurídicos en presencia de un estado hipotético.

Para el caso controvertido en este pleito es obvio que la sola demostración del remate no induce la del origen de la situación jurídica cuyo reemplazo pide el demandante; el acta respectiva apenas demostrará, conforme al artículo 632 del Código Judicial, que en efecto se llevó a término en las condiciones y dentro de las circunstancias que ella relate, pero jamás podrá tenerse como elemento demostrativo de una fuente de obligaciones contractuales porque sin la aprobación subsiguiente, aun en el caso de que el rematador haya pagado el precio, no cobra firmeza el acto jurisdiccional en cuya virtud se obra la modificación patrimonial para el enajenante y para el adquirente; la oportunidad de aprobar o improbar el remate es la última garantía de acierto que la ley brinda al Juez en su difícil papel de representar al tradente, quien es a menudo un incapaz, y por esto la ley solo equipara la escritura pública que habitualmente recoge la compraventa de inmuebles, al acta de remate complementada necesariamente con el auto de aprobación.

El Tribunal, por consiguiente, no vulneró los preceptos probatorios citados por el recurrente, ni, en consecuencia, la norma que en nuestro derecho recoge la condición resolutoria tácita.

Tercer cargo. — Violación, por no haberlo aplicado, del artículo 1857 del Código Civil; el recurrente hace consistir el quebranto en que la venta se reputa perfecta, si de inmuebles se trata, cuando se ha otorgado escritura pública, la cual se suple, en su sentir, por el acta de remate "instrumento acto para contener el convenio de que se habla".

El cargo es inepto porque se sostiene en la última frase, la cual pugna claramente con el artículo 1052 del Código Judicial, norma que de manera inequívoca concede valor de escritura pública no sólo al acta de remate, sino a ésta junta con el auto aprobatorio; apenas ante una venta forzada cuya prueba se ajusta a esta exigencia sería oportuno y adecuado decir que se perfeccionó en los términos del artículo 1857 del Código Civil.

Fallo:

Con base en los motivos que se dejan expuestos 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 que en este pleito profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona con fecha 21 de mayo de 1946.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

José Antonio Montalvo. — **Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Hernán Salamanca.** — **Manuel José Vargas.** — **Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

ACCION PRINCIPAL DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y SUBSIDIARIAS DE RESOLUCION Y DE RESCISION POR LESION ENORME. — ACUMULACION DE ACCIONES

1. — Como muy a menudo lo ha repetido la Corte, ciñéndose a los términos del artículo 209 del Código Judicial, la regla general en él consignada no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden sus dos primeros numerales, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la excepción o salvedad que establece para esa ocurrencia. La acumulación objetiva allí reglamentada con base en el principio de economía de los procesos judiciales, sólo deja de ser legalmente posible cuando las acciones contrarias e incompatibles se proponen en forma conjunta o concurrente, como si simultáneamente se demandaran los dos términos de la opción que consagra el artículo 1546 del C. C., o si en la misma forma principal y simultánea se pidiera la declaración de nulidad absoluta de un contrato en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes y la de simulación del mismo contrato, caso analizado ya por la Corte. Pero la acumulación de acciones contrarias e incompatibles en la misma demanda es legalmente posible si se proponen subsidiaria y condicionalmente, esto es, cuando la acumulación toma la forma de eventual o subordinada por proponerse las acciones para el caso solamente de que las otras sean desestimadas, con la condición, que es excepción de la excepción, de que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles. Dentro de estas normas generales de la ley procesal el estudio de la cuestión de ineptitud sustantiva de una demanda por la causa apuntada ha de hacerse circunstancialmente, sobre la forma, sentido y alcance de las acciones deducidas en cada caso, y no exclusivamente dentro del esquema intelectual y rígido del principio lógico de la contradicción, para concluír si los derechos que se quieren tutelar con la misma demanda son jurídicamente excluyentes e incompatibles.

2. — No basta para que sea procedente la causal 3ª, la falta de entendimiento, como fenómeno personal del recurrente, de las disposiciones del fallo; es necesario que entre tales disposiciones exista contradicción que haga imposible su ejecución simultánea.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 352, otorgada en la Notaría del Circuito de Chía el 23 de noviembre de 1942, debidamente registrada y traída en legal forma al proceso, Bárbara Campos transfirió en venta a Ismael Torres Olaya un terreno denominado San Isidro, ubicado en la vereda de La Estanzuela, en jurisdicción municipal de Zipaquirá, alinderado como allí se dice, por el precio de $ 2.500.00, en dinero, que la vendedora declara recibidos a su entera satisfacción.

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, Bárbara Campos, en libelo de fecha 16 de marzo de 1944, demandó a Ismael Torres Olaya para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare "absolutamente simulado" el contrato de venta recogido en la escritura precitada; o, en subsidio, resuelto por no pago del precio estipulado; o, como segundo subsidio, rescindido por lesión enorme sufrida por la vendedora porque el precio de $ 2.500.00 que dice haber pagado el demandado, es inferior a la mitad del justo precio de la finca a la fecha de la convención.

Como consecuencia de cualesquiera de estas peticiones, que se declare el dominio de la finca a favor de la actora y se condene al demandado a restituírsela, con sus frutos, y se ordenen las

cancelaciones correspondientes, y el pago de costas.

Como hechos fundamentales de la petición principal afirma la demandante que Ismael Torres, hombre de toda su confianza, la sugestionó para que le hiciera la venta simulada de San Isidro con el objeto de eludir el pago de una indemnización de perjuicios que Crisóstomo Quintero le cobraba judicialmente por incumplimiento de una promesa de venta contratada con ella sobre su finca Santa Helena. Que para ocultar en lo posible la venta simulada escogieron la Notaría de Chía, en vez de hacerla en la de Zipaquirá, lugar de su residencia; pero que en la celebración de ese contrato no hubo, por parte de ella, intención de vender, ni por la del comprador la de adquirir, y que el precio, estipulado simuladamente, no le ha sido pagado en ninguna forma, por lo cual, habiendo entrado en posesión material de la finca el demandado, su situación económica ha cambiado hasta el punto de no tener medios de subsistencia.

Para fundar su acción rescisoria por lesión enorme, incoada subsidiariamente, aduce la actora el hecho de que el precio convencional de San Isidro, que reza la citada escritura es inferior a la mitad del justo precio que tenía a la fecha del contrato, pues en ese entonces el terreno de la ubicación y calidad del que se trata no valía a menos de $ 800.00 fanegada y la finca vendida mide más de diez, y que con anterioridad a 1942 la Administración General de Salinas le ofreció $ 6.000.00 por la referida finca, precio éste que entonces fue reputado como no comercial.

El demandado se opone en su contestación a las pretensiones de la demanda, tanto a la principal como a las subsidiarias, y niega los hechos fundamentales de una y otras, manifestando que la escritura pública número 352 contiene un contrato perfecto y realmente celebrado y que se acoge a la fuerza probatoria de sus términos y declaraciones.

El 22 de septiembre de 1944, el Juzgado del Circuito sentenció la primera instancia del juicio, denegando los pedimentos de la demanda y absolviendo, en consecuencia, al demandado de todos los cargos. Sin costas.

Sentencia acusada

La sentencia definitiva proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 19 de octubre de 1945, como remate del segundo grado a que dio lugar la apelación de la parte demandante, revocó la recurrida y en su lugar, acogiendo la segunda petición subsidiaria de la demanda, declaró rescindido por lesión enorme el contrato de venta del predio San Isidro, contenido en la escritura número 352 del 23 de noviembre de 1942, y dispuso, como consecuencia de la declaración anterior, que "el demandado Ismael Torres Olaya podrá, a su arbitrio, y dentro del término de diez días contados a partir de la ejecución de esta sentencia, consentir en la rescisión declarada, o completar el precio de $ 12.000.00 con deducción de la décima parte. Las prestaciones recíprocas se cumplirán de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1948 del C. C. De acuerdo con este fallo, háganse las inscripciones y cancelaciones correspondientes. Niéganse las demás peticiones de la demanda. Sin costas en las instancias".

En sendos capítulos estudia la sentencia las acciones propuestas. Desestima la principal sobre simulación porque tratándose de su declaración entre las partes adolece de inidoneidad la prueba indiciaria aducida, de notoria insuficiencia aun para el caso de que fuera legalmente aceptable. Desestima asimismo la acción resolutoria, propuesta como primera subsidiaria, porque no se demostró la falta de pago del precio alegado como su hecho fundamental. Y por lo que respecta a la segunda subsidiaria sobre rescisión de la venta por lesión enorme, después de considerar y hallar ajustada a la ley y a la técnica procesal la acumulación de acciones, propuesta por el demandado como excepción de ineptitud de la demanda, estudia y acepta el Tribunal la prueba pericial producida al efecto en la segunda instancia, que le asignó al predio de San Isidro, en el día de su venta, el precio de $ 12.000.00, que confrontado con el convencional, revela la lesión son las características que la ley exige para la invalidación del contrato.

El recurso

Invocando las tres primeras causales del artículo 520 del C. J. ha recurrido en casación el apoderado de la parte demandada.

Preparado legalmente el recurso, se procede a decidirlo considerando las acusaciones que se formulan a la sentencia con la separación y el orden que traen en la demanda.

Causal primera. — "El Tribunal quebrantó—dice el recurrente — de modo directo e indirecto los artículos 328, 341 y 343 del C. J. e interpretó erróneamente el artículo 209 de la obra citada", porque entró a decidir el fondo de la controversia a pesar de la ineptitud que afecta la demanda, consistente en la acumulación en ella de acciones incompatibles y contradictorias entre sí como son la de simulación y las subsidiarias de resolución y rescisión del mismo contrato, lo cual quebranta el principio de contradicción, fundamental de la lógica, de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, porque no es posible que el contrato de venta recogido en la escritura número 352 simultáneamente exista y no exista, sea contrato y no lo sea. Considera el recurrente que el Tribunal dejó de aplicar nociones elementales de lógica al aceptar la demanda en la forma propuesta y que así privó al demandado de un medio de defensa que desde el principio de la litis alegó en forma de excepción dilatoria de fondo, que, de acuerdo con la ley, le impedía fallar las cuestiones controvertidas y que estaba obligado a declarar en su sentencia. Para demostrar sus cargos hace el recurrente el análisis filosófico de la disposición del artículo 209 del C. J. "a la luz de las tesis sostenidas por los tratadistas de la lógica para desentrañar el verdadero contenido de la disposición legislativa. Para tal efecto — dice — he tenido a la vista el Tratado de Lógica y Etica de Jaime Balmes, célebre filósofo español y para el efecto transcribo en este alegato los conceptos relativos a la oposición de proposiciones".

Considera la Corte:

Los razonamientos filosóficos de la demanda sobre el principio de la contradicción resultan excesivamente lógicos al proyectarlos, generalizándolos injustificadamente, sobre los planos de la legislación positiva, en este caso sobre la disposición del artículo 209 del Código de Procedimiento Civil que autoriza, en determinadas circunstancias, la acumulación objetiva de varias acciones en un mismo proceso.

"En una misma demanda — dice el artículo — se pueden ejercitar varias acciones, siempre que concurran los siguientes requisitos:

.....

3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, 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".

Como muy a menudo lo ha repetido esta Sala, ciñéndose a los términos de la precitada disposición legal, la regla general en ella consignada no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden sus dos primeros numerales, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la excepción o salvedad que establece para esa ocurrencia. La acumulación objetiva allí reglamentada con base en el principio de economía de los procesos judiciales, sólo deja de ser legalmente posible cuando las acciones contrarias e incompatibles se proponen en forma conjunta o concurrente, como si simultáneamente se demandaran los dos términos de la opción que consagra el artículo 1546 del C. C., o si en la misma forma principal y simultánea se pidiera la declaración de nulidad absoluta de un contrato en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes y la de simulación del mismo contrato, caso analizado en sentencia visible a la página 826 del Tomo XLIX de la Gaceta de la Corte. Pero la acumulación de acciones contrarias e incompatibles en la misma demanda es legalmente posible si se proponen subsidiaria y condicionalmente, esto es, cuando la acumulación toma la forma de eventual o subordinada por proponerse las acciones para el caso solamente de que las otras sean desestimadas, con la condición, que es excepción de la excepción, de que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles.

Dentro de estas normas generales de la ley procesal, el estudio de la cuestión de ineptitud sustantiva de una demanda por la causa apuntada, ha de hacerse circunstancialmente, sobre la forma, sentido y alcance de las acciones deducidas en cada caso, y no exclusivamente dentro del esquema intelectual y rígido del principio lógico de la contradicción, para concluír si los derechos que se quieren tutelar con la misma demanda son jurídicamente excluyentes e incompatibles. A juicio de la Sala la demanda de Bárbara Campos no pugna con la técnica procesal que rige la acumulación objetiva de acciones entre unas mismas partes en busca de decisión en la misma sentencia, por haber sido incoada, como se vio, en forma subordinada y eventual y porque los derechos que se quieren proteger con ellas no resultan destruí-

dos recíprocamente por su elección. En efecto, pidió principalmente la declaración de que el memorado contrato de venta fue absolutamente simulado, y para el caso de que no prosperara esta acción principal por concluírse que tal convención tuvo o pudo tener causa, objeto y consentimientos reales y lícitos, esto es, dentro de la situación de realidad contractual, pidió subsidiariamente que se declarara resuelto el contrato por falta de pago del precio, o, subsidiariamente también, rescindido por haber sufrido lesión enorme. No se excluyen estos remedios procesales contrarios, con fundamentaciones propias dentro del libelo, como otras veces lo ha dicho esta Sala de Casación, porque si prospera la acción principal y sobreviene la declaración judicial de simulación no habría lugar ni objeto de entrar a considerar las subsidiarias; y si no prospera la acción de simulación, entonces jurídicamente el contrato de venta queda válido e intacto y en esta situación, considerando la realidad contractual, condicionalmente propuesta, no hay inconveniente de lógica ni contradicción jurídica, para estudiar el aspecto de cumplimiento de las obligaciones generadas en la venta para deducir su resolución, o si en la celebración de ese contrato se incurrió en el desequilibrio de su precio en la magnitud y condiciones que exige la lesión enorme como causa de rescisión. Lo mismo que, análogamente, pueden proponerse en forma subsidiaria las acciones que proceden en caso de venta de predio rústico por cabida y la de lesión enorme. Sobre esta posibilidad legal de acumular acciones como las de que aquí se trata puede verse la doctrina de esta Sala en sentencias visibles a p. 749 del Tomo XLIII, 259 del Tomo LIII y 317 del Tomo LIV bis.

De lo hasta aquí expuesto ya se ve que el Tribunal no infringió ninguna de las disposiciones legales que cita el recurrente, algunas de calidad meramente adjetivas; por lo cual se rechaza la acusación por la causal primera.

Causal segunda. — La incongruencia en que se funda esta causal la hace consistir el recurrente en que el Tribunal, aunque en la parte motiva de su sentencia se refirió a la excepción propuesta por razón de acumulación de acciones, nada dijo sin embargo en la parte resolutiva. "El Tribunal — dice el recurrente — ha debido declarar en la parte resolutiva del fallo la excepción propuesta, es decir, declararla probada, no probada, o inoponible, pero como nada dijo sobre ella, síguese que la providencia recurrida no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se considera:

Esta segunda causal de casación, establecida para tutelar el principio procesal de que la sentencia debe resolver la totalidad de la controversia y sólo lo controvertido, para evitar los fallos sorpresivos, se refiere, como se ha dicho innúmeras veces, a la inconsonancia que consiste en que la sentencia resuelva sobre puntos ajenos al debate, o que deje de resolver sobre lo que las partes sometieron a juicio y que ha debido fallarse. No es con este sentido y alcance como se ha invocado en este caso, en que se propone finalmente como omisión de una simple fórmula literal en la sentencia. Que no había lugar a hacer en este caso, porque si en la parte motiva, como el mismo recurrente lo advierte, el sentenciador analizó la cuestión propuesta como defensa excepti va y consideró las alegaciones de las partes al respecto y declaró expresamente su falta de fundamento legal, hay que concluír, sin necesidad de mucha lógica, que el Tribunal falló negativamente la excepción al dar acogida a una de las acciones acumulativamente propuestas en la demanda.

Causal tercera. — Consiste esta causal en que la sentencia acusada contenga, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de que en tiempo se haya pedido aclaración de ella.

Invoca el recurrente esta causal porque no puede entender, según su propia declaración, cómo se compagina la disposición que autoriza al demandado para persistir en el contrato completando el precio de la venta con la que ordena cancelar la inscripción del título escriturario. No basta para la procedencia de esta causal la falta de entendimiento, como fenómeno personal del recurrente, de las disposiciones del fallo; es necesario que entre tales disposiciones exista contradicción que haga imposible su ejecución simultánea, lo cual está muy lejos de ocurrir en el que considera. Las inscripciones y cancelaciones a que dé origen el cumplimiento del fallo se harán, como allí se dice, de acuerdo con él, esto es, si el comprador vencido resuelve completar el precio de la venta, no habrá cancelación de su título.

Por lo demás, fuera de que no hay la contradicción que fundamenta esta causal, su invocación es improcedente porque falta la condición esencial previa de que se haya pedido oportuna-

mente la aclaración de la sentencia. Sólo habiendo agotado los medios comunes y ordinarios que ofrece la ley procedimental para limpiar de contradicciones los fallos definitivos de segunda instancia se puede ocurrir al remedio extraordinario que ofrece el recurso de casación. El artículo 482 del C. J. establece la forma, oficiosa y a iniciativa de parte, para aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda en las decisiones de los Tribunales Superiores. Antes de ocurrir a la Corte es preciso agotar ese medio.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de octubre de 1945, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón. Srio.

ACCION SOBRE COBRO DE UNA SUMA DE PESOS. — MANDATO. — CUENTAS DEL MANDATARIO

Al definir el código civil el contrato de mandato se vienen a determinar las condiciones de su existencia y las obligaciones del mandante y el mandatario, al mismo tiempo que las reglas relativas a la administración y a la terminación o cesación del contrato. Es una afirmación clásica en la doctrina y en la jurisprudencia la de que el mandato tiene por objeto, con exclusión de actos materiales, el cumplimiento de actos jurídicos, bajo una u otra de las formas que él puede revestir, con o sin representación. Conforme al artículo 2124 del Código Civil no requiere el mandato solemnidades especiales. De la disposición según la cual el mandatario está obligado a rendir las cuentas documentadas de su gestión se deduce claramente que no es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de las cuentas. La rendición de éstas es necesaria cuando de resultas de una administración o del ejercicio de un negocio, en un momento dado, no es posible saber quién debe a quién y cuánto. El caso más común es el de la cuenta corriente en que una de las partes remite a otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un fin determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar el remitente, por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, comprensarlas de una sola vez, hasta concurrencia del débito y crédito, y a pagar el saldo, ya que antes de la conclusión de la cuenta corriente, por mandato de la ley, ninguno de los interesados es considerado como acreedor o deudor. (Artículos 730 y 735 del C. Co.) Pero en el mandato no sólo no existe tal disposición en que se requiera la rendición de cuentas o corte de ellas para poder exigir las resultas de un mandato, sino que por el contrario, como lo establece el artículo 2183 del C. C., el hecho de exonerar de la obligación de rendir cuentas al mandatario, no es óbice para que el mandante pueda exigir el pago de las sumas que crea le debe aquél. Así, pues, la facultad de exigir cuentas es un derecho del mandante contra su mandatario, es una facultad de todo el que demuestre su derecho para pedirlas, pero cuando el mandante no quiere hacer uso de tal prerrogativa sino reclamar directamente de su mandatario lo que a su juicio éste le deba, bien puede en una acción de condena ocurrir al juez para que se ordene el pago de lo que se le adeude. Esto sin perjuicio de que dentro de ese mismo pleito reclame el mandatario lo que a su turno se le adeude o alegue en compensación y en los respectivos términos de prueba presente cuenta de su gestión y pueda defenderse exigiendo del mandante el pago ya de las sumas que haya anticipado en el ejercicio del cargo, sus intereses, los gastos hechos en el desempeño de su misión, etc., en una palabra, lo que considere les salga a deber su mandante, inclusive la remuneración convenida o la usual. Corresponde al juez que ha de conocer del respectivo juicio ordinario decidir, en vista de lo alegado y probado, si el actor ha demostrado los cargos contra su demandado, en cuyo caso ha de condenarlo y pronunciarse en la misma forma sobre lo propuesto por el mandatario para que se le pague o compense lo que justifique como saldo débito de su mandante. En los amplios términos de prueba de que se dispone en la acción ordinaria pueden ambas partes discutir y demostrar sus encontradas pretensiones, sin que ni en uno ni en otro caso se requiera un juicio previo de cuentas. Pudiera suceder que la índole de los negocios encomendados al mandatario así lo reclame, y en tal evento, como es de suponer, el mandante puede hacer uso de su derecho y pedir las cuentas, pero mientras tal cosa no suceda bien puede éste

ocurrir al juez en acción ordinaria de condena, como ya se expresó, para que se decrete el pago de las sumas que justifique le adeuda su administrador y discutir con el mismo las contraprestaciones a que tiene derecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por el representante de las señoritas Obdulia y Concepción López Vásquez, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 29 de agosto de 1945, dictada en el juicio ordinario seguido por éstas contra la sucesión de Cruz López Vásquez, representada por sus herederos legítimos Teófilo y Aquilina López Vásquez.

Antecedentes

Los cónyuges Vicente López y Victoria Vásquez, tuvieron como hijos suyos a Julio, Obdulia, Concepción, Cupertina, Teófilo, Juan de la Cruz y Aquilina. De éstos, los cuatro primeros fueron habidos antes del matrimonio sin que sus padres los legitimaran, a pesar del subsiguiente vínculo matrimonial por ellos contraído; y los últimos, nacieron dentro de él. La familia residía en la finca denominada "El Pindo", jurisdicción del municipio de Palmira que administró durante muchos años la señora Vásquez de López después de muerto su esposo, atendiendo con sus productos a las necesidades de toda la familia.

En 1920 y debido a la avanzada edad de la madre, la administración del inmueble pasó a manos de su hijo Cruz López Vásquez.

En esa época y como propiedad exclusiva de cada una de las señoritas Obdulia y Concepción, pastaban en la hacienda de "El Pindo" aproximadamente cuarenta reses vacunas, treinta yeguas y ocho potros, semovientes que hasta entonces administraba la señora Vásquez de López.

Al tomar el señor Cruz López Vásquez la dirección de los trabajos de la referida finca, recibió también los semovientes de las señoritas Obdulia y Concepción, siendo facultado por ellas para su administración con facultades dispositivas, sin que tal acto se hiciera constar por escrito, ya que se trataba de su propio hermano.

De este mandato fueron sabedores todos los familiares de las señoritas López Vásquez, como también de que ellas nunca exigieron cuentas a su hermano, pues mediaba una absoluta confianza, dado que éste y los demás miembros de la referida familia, vivían con su madre en la hacienda y aquella corría con todos los gastos del hogar, inclusive suministraba a Obdulia y Concepción lo poco que necesitaban dentro de esa "vida hogareña y campesina".

Muerta doña Victoria Vásquez v. de López, en su causa mortuoria se adjudicaron a Obdulia y Concepción sendas cuotas en las tierras de la finca "El Pindo" y en la casa respectiva.

Posteriormente, en forma casi repentina, falleció el señor Cruz López Vásquez, quien no alcanzó a testar. En la sucesión respectiva se reconocieron como únicos herederos al señor Teófilo López Vásquez y a la señora Aquilina López Vásquez v. de González.

Con base en los hechos anteriores, las llamadas Obdulia y Concepción, propusieron demanda contra la sucesión de su hermano Cruz, para que se condenara a sus herederos al pago de seis mil pesos, tres mil para cada una, cantidad que estimaron les había quedado debiendo su hermano por concepto de la administración y venta de los bienes semovientes mencionados.

Admitida la demanda y surtido el traslado correspondiente, el nombrado Teófilo López, contestó aceptando la mayor parte de los hechos; convino en el mandato conferido al causante Cruz y en que éste les debía a sus hermanas una suma de pesos, pero estuvo en desacuerdo sobre el monto de ella, afirmando que era inferior a la cantidad exigida en la acción de cobro interpuesta. Estimó que la cantidad debida podría ser de tres a cuatro mil pesos.

No procedió de igual manera la codemandada señora Aquilina López v. de González, quien evacuó el traslado negando los hechos y el derecho en que se apoya. Posteriormente en el curso del proceso, aceptó el mandato conferido a su causante para la administración de los semovientes de propiedad de sus hermanas naturales.

Durante el término de prueba se adujeron al juicio los testimonios de las personas que habían negociado con Cruz López, adquiriendo en compra los semovientes de sus hermanas. Expresaron los declarantes el número de reses negociadas

y su valor. Con fundamento en tales testimonios, los peritos designados por las partes, fijaron la suma que la nombrada sucesión salía a deber a las actoras por concepto de la administración ejercida por Cruz López Vásquez.

Sentencia de primera instancia

El juzgado del conocimiento, que lo fue el del circuito de Palmira, declaró probada la excepción de petición de un modo indebido, negando, en consecuencia, la acción propuesta.

Sentencia recurrida

De tal providencia apelaron para ante el Tribunal Superior de Cali las actoras en el proceso; allí se puso fin a la segunda instancia por medio del fallo de fecha 29 de agosto de 1945, que confirmó lo resuelto por el inferior.

El Tribunal, no obstante aceptar la existencia del mandato conferido por las demandantes al señor Cruz López, por estar acreditado por la confesión del demandado Teófilo López V., y por las diversas declaraciones aducidas en el juicio, se abstuvo de decidir en el fondo la acción propuesta, por considerar que "por el hecho de que un mandatario en ejercicio de su mandato enajene semovientes del mandante, y naturalmente perciba el precio de las ventas, ello no implica que salga a deber al mandante todo lo percibido por las operaciones realizadas; porque la ley tiene previsto que a cargo del mandante pueden existir obligaciones de deber a favor del mandatario (artículo 2184 del C. C.) "Precisamente, agrega el Tribunal, para equilibrar unas y otras obligaciones, las cuentas arregladas y comprobadas fijan el saldo definitivo que deben unos y otros. Los testigos llevados al juicio narran las ventas que les hizo el mandatario. Los peritos aprecian el valor de lo vendido, para concluír fundados en las declaraciones de los testigos y en los precios dados por ellos, que la sucesión del señor Cruz López, representada por sus herederos, debe pagar a las demandantes la cantidad de $ 12.440.00, en total y para distribuírla en la forma que se indica en el dictamen pericial. Pero esos dos elementos probatorios reunidos no alcanzan legalmente a fijar la existencia de una determinada deuda a cargo de la sucesión demandada, porque no se ha completado el punto con la legal, producida procesalmente y en forma debida, de lo que tenga derecho o nó, a cobrar la sucesión del mandatario por gastos ocasionados en el ejercicio del mandato, de acuerdo con las normas consagradas en el Título 26, Libro 4º del C. C., especialmente en los artículos 2184 a 2188".

Si lo que se reclama en el presente juicio es un saldo que el señor Cruz López dejó insoluto al morir, a favor de sus hermanas y en razón y con motivo del ejercicio de un mandato; y si se tiene en cuenta que para la efectividad de los derechos provenientes de la administración del mandato, las prestaciones mutuas están subordinadas a los factores de las cuentas, se llega lógica y legalmente a la conclusión de que la sucesión demandada no puede quedar en peores condiciones que el mandatario si viviera, contra quien no tendrían las demandantes la acción que equivocadamente siguen, sino la de exigir las cuentas de su administración, para ver quién puede reclamar de quién, el saldo o valor que resulte en favor de cualquiera de ellos.

En resumen, el Tribunal se abstuvo de considerar el fondo de la cuestión porque en su concepto el caso requería un juicio previo de cuentas para determinar si existe saldo y cuánto monta éste.

Contra la providencia que se acaba de resumir en sus apartes fundamentales, interpuso recurso de casación el apoderado de las actoras. El negocio ha sido tramitado de acuerdo con la ley en esta Corte y siendo la oportunidad legal, pasa a ser decidido.

Causales propuestas

Con fundamento en el inciso 1º del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia el apoderado de las demandantes, por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

Señala como violado el artículo 2181 del C. C. por "interpretación indebida", por cuanto el Tribunal — dice — de la obligación impuesta al mandatario por tal precepto de rendir cuenta documentada, ha deducido, sin fundamento legal alguno, la correspondiente del mandante de pedirlas, y que mientras no se exijan y se rindan y se establezca el saldo del caso, no pueden los mandantes reclamar de sus mandatarios lo que consideren les salga a deber, sin que antes se hayan liquidado las cuentas de la gestión.

La sentencia recurrida violó la disposición comentada por infracción directa, porque aún cuan-

do el mandante haya relevado al mandatario de la obligación de rendir cuentas y esto implica que no se las exija, el mandatario no puede quedar exonerado por ello de los cargos que contra él justifique el mandante, lo cual claramente indica que éste puede ejercitar la acción para establecer los cargos que tenga que formularle, entre los cuales estaría el compelerlo al pago de lo que ha recibido de terceros durante el ejercicio y por razón del mandato, ya que no existe disposición que lo exima de esta obligación. Que en la práctica tal fue lo que hicieron las demandantes: exigir el pago de una suma de dinero, y demostrar que su mandatario la había recibido de los compradores de sus semovientes.

Considera que el juzgador interpretó erróneamente la misma disposición, al estimar que la acción de las demandantes está subordinada a la rendición de cuentas y al no reconocer que el juicio ordinario instaurado por aquellas, es el trámite más amplio y que ofrece mayores garantías para que los demandados expongan sus defensas y justifiquen sus contracréditos. El juicio ordinario de cobro no excluye la presentación de las cuentas que a su favor pudiera tener el mandatario y la justificación y defensa de sus créditos contra el mandante.

El artículo 2181 del C. C. consagra el sencillo principio de que quien crea que alguien le debe algo, puede demandarlo, sin perjuicio de que el demandado excepcione y pruebe que no debe todo o parte de lo pedido. De modo, pues, concluye, al interpretar este precepto el Tribunal en el sentido de que sólo en un juicio de cuentas es donde el mandante puede justificar lo que el mandatario le deba, y éste lo que aquél también le deduzca como saldo, incurre en violación de tal precepto por interpretación errónea.

No vale decir, que los cargos los puede hacer directamente el mandante sólo en el caso de relevo de cuentas, porque, como ya se explicó, el exigirlas es una facultad que la ley otorga al mandante. Señala igualmente como violado el artículo 2183 del C. C. que dispone que el mandatario responda tanto de lo que ha recibido de terceros, como de lo que ha dejado de percibir por su culpa.

En definitiva sostiene el recurrente que el derecho del mandante para cobrar lo que su mandatario ha recibido de terceros, puede no estar sujeto a un juicio previo de cuentas.

Se considera

La determinación de los elementos constitutivos de cada uno de los contratos especialmente reglamentados por el legislador, tiene por objeto asegurar una exacta aplicación de sus reglas y evitar su deformación.

Determinar los elementos constitutivos de un contrato nominado, definirlo, es determinar las condiciones de aplicación de las reglas que le conciernen.

Es en busca de los elementos constitutivos del contrato de mandato, como se ha efectuado su reglamentación en el título 29 del C. C.

Al definir el código este contrato, se vienen a determinar las condiciones de su existencia y las obligaciones del mandante y el mandatario, al mismo tiempo que las reglas relativas a la administración y a la terminación o cesación del contrato.

Es una afirmación clásica en la doctrina y en la jurisprudencia, que el mandato tiene por objeto, con exclusión de actos materiales, el cumplimiento de actos jurídicos, bajo una u otra de las formas que él puede revestir, con o sin representación.

Según el artículo 2124 del C. C., el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

El encargo, que es objeto del mandato, puede hacerse, entre otras formas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. No requiere, pues, en general, solemnidades especiales. El mandante está obligado a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución de su cometido, a reembolsarle los gastos razonables causados en la gestión; a pagarle la remuneración estipulada o la usual; a cubrirle las anticipaciones de dinero con los intereses correspondientes y a indemnizarle las pérdidas en que haya incurrido sin culpa o por causa del mandante. El mandato puede ser también gratuito.

El mandatario está obligado a cubrir los intereses corrientes de los dineros del mandante que haya empleado en su beneficio, así como los intereses del saldo que de las cuentas resulte en su contra, desde que haya sido constituído en mora.

Entre las obligaciones del mandatario está la

de rendir a su mandante cuenta documentada de su gestión. La relevación de rendirlas, no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

De esta disposición se deduce claramente que no es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de las cuentas.

La rendición de éstas es necesaria cuando de resultas de una administración o del ejercicio de un negocio, en un momento dado, no es posible saber quién debe a quién y cuánto. El caso más común es el de la cuenta corriente en que una de las partes remite a otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un fin determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar el remitente, por sus remesas, liquidarlas en épocas convenidas, compensarlas de una sola vez, hasta concurrencia del débito y crédito, y a pagar el saldo, ya que antes de la conclusión de la cuenta corriente, por mandato de la ley, ninguno de los interesados es considerado como acreedor o deudor. (Artículos 730 y 733 del C. de Co.)

Pero en el mandato no sólo no existe tal disposición en que se requiera la rendición de cuentas o corte de ellas para poder exigir las resultas de un mandato, sino que por el contrario, como lo establece el artículo 2183 del C. C., el hecho de exonerar de la obligación de rendir cuentas al mandatario, no es óbice para que el mandante pueda exigir el pago de las sumas que crea le debe aquel.

Así, pues, la facultad de exigir cuentas es un derecho del mandante contra su mandatario, es una facultad de todo el que demuestra su derecho para pedirlas, pero cuando el mandante no quiera hacer uso de tal prerrogativa sino reclamar directamente de su mandatario lo que a su juicio éste le deba, bien puede en una acción de condena ocurrir al juez para que se ordene el pago de lo que se le adeude. Esto sin perjuicio de que dentro de ese mismo pleito, el mandatario reclame lo que a su turno se le adeude o alegue compensación y en los respectivos términos de prueba presente cuenta de su gestión y pueda defenderse exigiendo del mandante el pago ya de las sumas que haya anticipado en el ejercicio del cargo, sus intereses, los gastos hechos en el desempeño de su misión, etc., en una palabra lo que considere le salga a deber su mandante, inclusive la remuneración convenida o la usual.

Corresponde al juez que ha de conocer del respectivo juicio ordinario decidir, en vista de lo alegado y probado, si el actor ha demostrado los cargos contra su demandado, en cuyo caso, ha de condenarlo y pronunciarse en la misma forma sobre lo propuesto por el mandatario para que se le pague o compense lo que justifique como saldo débito de su mandante. En los amplios términos de prueba de que se dispone en la acción ordinaria pueden ambas partes discutir y demostrar sus encontradas pretensiones, sin que ni en uno ni en otro caso se requiera un juicio previo de cuentas. Pudiera suceder que la índole de los negocios encomendados al mandatario así lo reclamen, y en tal evento, como es de suponer, el mandante puede hacer uso de su derecho y pedir las cuentas, pero mientras tal cosa no suceda, bien puede éste ocurrir al juez en acción ordinaria de condena como ya se expresó, para que se decrete el pago de las sumas que justifique le adeuda su administrador y discutir con el mismo las contraprestaciones a que tiene derecho.

Habiéndose negado el Tribunal a conocer de la acción propuesta, por considerar que era necesario un juicio previo de cuentas, violó las disposiciones civiles mencionadas por el recurrente y en consecuencia, la sentencia debe casarse.

Como fundamento de la providencia que ha de reemplazar la del Tribunal, además de las consideraciones hechas con respecto al contrato de mandato, cuya existencia no se discute, la Sala estudia en seguida las pruebas y puntos de derecho relacionados con el asunto que se discute.

Está plenamente demostrado en el expediente que desde 1920 hasta la fecha de su muerte acaecida en 1939, el señor Cruz López Vásquez administraba un lote de semovientes de propiedad de sus hermanas las señoritas Obdulia y Concepción López, compuesto de varias cabezas de ganado vacuno y caballar que pastaban en la hacienda de "El Pindo"; que entre las facultades conferidas al administrador estaba la de vender aquellos bienes. Que en ejercicio de tal mandato Cruz López enajenó los animales y los frutos de los mismos durante el ejercicio del poder, percibiendo el precio de las operaciones en el transcurso de muchos años.

Tales hechos se encuentran demostrados con la confesión del demandado Teófilo López V., que al dar respuesta a la demanda dice que es cierto que

sus hermanas dieron en administración sus ganados a Cruz, a pártir del año de 1926 en que su madre les hizo entrega de los bienes herenciales paternos; que sus hermanas eran dueñas de semovientes, aun cuando en menor cantidad que la indicada en la demanda. Haciendo un cálculo de la suma que Cruz les quedó debiendo a las demandantes, manifiesta que no alcanza a la cantidad de $ 6.000.00, por ellas cobrada, sino "quizás la de unos tres mil o cuatro mil pesos".

La codemandada Aquilina de González niega todos los hechos y el derecho en que se apoya la demanda, pero ya en el curso del pleito acepta el mandato conferido al causante Cruz López para disponer de los semovientes.

Con un número plural de testigos están demostrados los siguientes hechos: la propiedad del ganado por parte de las señoritas López; que ellas concedieron la administración de los semovientes a su hermano, con facultad de venderlos y percibir su precio; que efectivamente el administrador vendió los animales y recibió su valor. Por otra parte, no hay constancia en el proceso de que López hubiera entregado suma alguna a sus hermanas.

En conclusión, a juicio de la Sala, después de considerar atentamente el acervo de pruebas, sin necesidad de discriminarlo, se tiene como fehacientemente demostradas las ventas que en ejercicio del mandato realizó Cruz López de los semovientes de propiedad de las demandantes, y con tales ventas la fuente de la obligación que se demanda.

No sucede lo mismo en relación con su monto o cuantía, que no puede deducirse concretamente de la prueba que se ha tenido a la vista, por lo cual, la aplicación del art. 553 del C. J. es necesaria, y la condena, en consecuencia, ha de pronunciarse en abstracto para que su cuantía se determine en la ejecución de la sentencia.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 Cali con fecha 19 de agosto de 1945, y revocando a su vez la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez del Circuito de Palmira, falla este pleito así:

1). Condénase a la sucesión del señor Cruz López Vásquez, representada por sus herederos legítimos Aquilina López de González y Teófilo López Vásquez, al pago del valor de los semovientes que administró y vendió el causante por cuenta de Obdulia y Concepción López Vásquez, como su mandatario con facultades dispositivas. El monto del valor de las ventas del referido ganado, o sea la suma que por tal concepto debe pagar la sucesión demandada, se fijará en el momento del cumplimiento de este fallo, en los términos establecidos en el artículo 573 del C. J.

Condénase a los demandados al pago de las costas del juicio en las instancias.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO DE UNA MINA DE CARBON

La acción de reivindicación, cuyo objeto principal es el de hacer cenocer el derecho de propiedad del demandante, tiende por vía de consecuencia, a obtener la restitución del inmueble reivindicado y a la restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa. Al demandante corresponde en esta acción justificar el derecho de propiedad que constituye el fundamento de su demanda. Cuando produce o presenta un título suficiente de propiedad y el demandado no presenta alguno, el reivindicador debe ser considerado como dueño, con tal que su título sea anterior a la posesión del demandado y éste no haya adquirido por prescripción la finca de que se trata. Si el título no es suficiente por sí solo para que la reivindicación prospere, será necesario demostrar el derecho de propiedad del antecesor en el dominio, es decir, deberá acreditarse también el derecho de dominio de este último y la circunstancia de que tal título es anterior a la posesión del demandado. En esta clase de juicios, como lo ha decidido la Corte en constante jurisprudencia, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque, "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son de efectos esencialmente relativos en los juicios respectivos". (Casación del 26 de febrero de 1936).

Ha expresado en repetidos fallos la Corte que tratándose de la acción reivindicatoria basta con presentar el título que acredite la propiedad, con la constancia de su inscripción en la Oficina de Registro; la certificación sobre suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del C. J. se refiere a casos especialmente señalados por la ley, tales como, por ejemplo, para reclamar la suma DEBIDA por indemnización y pago en caso de expropiación que sobre una propiedad privada haga una entidad de derecho público; o cuando se demandan perjuicios en una propiedad cuya titulación quedó así suficientemente demostrada; o para iniciar una acción de participación en una comunidad o para obtener el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero tratándose de un juicio reivindicatorio, no ha exigido la ley tal requisito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Ante el Juez Civil del Circuito de Titiribí, en el Departamento de Antioquia, entabló Pedro Luis Restrepo Botero, demanda ordinaria contra Justiniano, Luis, Nemesio y Guillermo Vélez Zapata y otros, para que se declare que "la comunidad en cuyo nombre obra, es dueña de la mina de carbón, en todas sus vetas o formaciones o fajas conocidas y explotadas, situada en la región de "La Clarita", del distrito municipal de Amagá; que linda por el pie con terrenos que fueron de Custodio García, por un cerco de alambre, por un costado, hacia el sur, con un camino de servidumbre; por la cabecera, con el camino viejo de Amagá para Heliconia; y por el costado norte, con la quebrada "La Clarita". De igual manera solicitó se hicieran otras declaraciones concordantes con la anterior.

Antes de surtirse el traslado respectivo a todos los interesados, el actor corrigió su demanda precisando su pedimento en los siguientes términos: "Que soy dueño de la mina de carbón, en todas las vetas, formaciones o fajas conocidas y explotadas, situada en la región o paraje de "La Clarita", del distrito de Amagá, comprendida por los mismos linderos ya enunciados".

La reforma consistió, pues, en que en el primitivo libelo demandaba en nombre de una comunidad de la cual decía formar parte, y en el segundo para sí exclusivamente, apoyado en que con posterioridad había adquirido la totalidad de los derechos en el bien materia del pleito, dejando

de existir la comunidad para la cual primitivamente entabló la acción.

Como fundamento de la demanda expresó que por diversos instrumentos públicos y en diferentes épocas adquirió el derecho de dominio sobre todas las vetas o zonas carboníferas situadas en el citado predio de "La Clarita", las cuales poseyó hasta el año de en que los demandados, contra su voluntad, entraron a explotarlas, arrebatándole la posesión que sobre ellas ejercía como señor y dueño, posesión que unida a la de sus antecesores en el dominio, abarca un lapso mayor de treinta años.

Las referidas vetas o zonas carboníferas se denominan: la Veta Grande o Primera, y las Vetas Segunda y Tercera.

Al tenor de lo expresado en la demanda, el origen de la respectiva titulación es como sigue:

Titulación de la veta grande o primera. — a). Por medio de la escritura pública número 92 de 9 de mayo de 1876, de la Notaría de Amagá, registrada en la oficina correspondiente el señor Nicodemus Zapata vendió al señor Uladislao Vásquez, una veta de carbón mineral, conocida con el nombre de "La Primera", ubicada en el paraje de "La Clarita", donde existen varias vetas, siendo entendido que la transferida por medio de los instrumentos en referencia, ha sido singularizada y denominada especialmente al través de setenta y más años, dentro del globo de terreno mencionado.

b). Por medio de la escritura pública número 320 de 24 de enero de 1928, de la Notaría Segunda del Circuito de Medellín, se protocolizó la causa mortuoria de los cónyuges Uladislao Vásquez y Adela Betres. Consta en la correspondiente liquidación y partición de la herencia, que fue adjudicada a Marcelina Vásquez Batres, en su calidad de hija legítima, el bien de que se trata.

c). Por escritura pública número 5136 de 13 de noviembre de 1928, la adjudicataria Marcelina Vásquez Batres vendió a Carolina Vásquez de Ospina la mitad del referido bien.

d). Posteriormente, por escritura número 792 de 21 de febrero de 1929, otorgada en la misma Notaría Segunda de Medellín, debidamente inscrita, la misma vendedora transfirió a la citada Carolina Vásquez de Ospina la otra mitad de la venta primera, viniendo ésta, en consecuencia, a ser de su propiedad exclusiva.

D). Dueña así doña Carolina de toda la veta grande o primera, la transfirió al señor Pedro Luis Restrepo Botero (actor en el presente negocio), por medio de la escritura pública número 1610 de 1º de julio de 1937, de la Notaría Segunda de Medellín, debidamente inscrita.

Titulación y hechos relacionados con las vetas segunda y tercera

Origen general. — Por medio de la escritura pública número 89 de 8 de mayo de 1876, debidamente inscrita, Nicodemus Zapata y Luis M. Vélez, vendieron a los señores Jenaro Laverde, Antonio Alvarez Rico y Juan C. Correa, **dos vetas de carbón mineral,** llamadas la segunda y la tercera, ubicadas en el paraje de "La Clarita", municipio de Amagá, igual que la veta primera.

Como se desprende de la escritura que acaba de citarse, la adquisición de las vetas segunda y tercera se hizo por terceras partes entre los señores Jenaro Laverde, Antonio Alvarez Rico y Juan C. Correa. Cada una de estas cuotas o derechos sufrió, según el actor, la siguiente tradición:

Cuota de Jenaro Laverde. — a). Consta que por escritura pública número 240 de 2 de febrero de 1899, José Antonio, Jenaro, Justiniano y Mercedes Laverde, vendieron a la sociedad de "Fernando Restrepo e Hijos", el derecho en las referidas vetas, adquirido por herencia de su padre.

b). La sociedad de Restrepo e Hijos se transformó luégo por la muerte de uno de sus miembros en la de "Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", que se disolvió posteriormente, según aparece de la escritura número 703 de 16 de mayo de 1912. Allí se hizo constar que la cuota parte que la sociedad extinguida poseía en los yacimientos carboníferos de "La Clarita", continuarían en comunidad entre los socios.

c). Por escritura pública número 1245 de 5 de mayo de 1939, Luis Fernando Restrepo y otros vendieron a Pedro Luis Restrepo Botero, noventa y cinco mil quinientas setenta y cinco (95.575) cienmilésimas de las cien mil en que se dividió el derecho originario de la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", en las minas en cuestión.

Derechos de Antonio Alvarez Rico y Juan C. Correa. — a). Por escritura pública número 347 de 11 de mayo de 1925, se inventarió en la suce-

sión de Felicidad Alvarez dos terceras partes (2/3) de las vetas carboníferas de "La Clarita" y se adjudicó un tercio a Juan C. Correa y otro a Jesús M. Correa. Consta allí mismo que Juan C. Correa era esposo de la señora Felicidad y que, por consiguiente, al adquirir en 1876 una tercera parte de las dos vetas en "La Clarita", lo hizo para la sociedad conyugal.

b). Juan C. Correa vendió lo que se le adjudicó en la mentada sucesión de Sinforoso Correa, por escritura número 402 de 17 de octubre de 1934, y Sinforoso, a su vez, transfirió a Pedro Luis Restrepo Botero (sic).

c). El derecho de Jesús M. Correa, o lo que se le adjudicó en la sucesión de doña Felicidad, fue rematado en su causa mortuoria por Pedro Luis Restrepo Botero, el 29 de noviembre de 1937, según copia que obra en los autos.

Aparece también que por escritura número 31 de 27 de junio de 1909, los llamados Nemesio, Justo y Luis A. Vélez Zapata, vendieron a Juan C. Correa y a la sociedad "Hijos de Fernando Restrepo & Cía." los derechos que puedan tener o reclamar en las vetas de carbón que vendió su padre Luis M. Vélez y Nicodemus Zapata, por la escritura número 89 de 1896. Dicen en tal instrumento que hacen entrega de lo vendido.

Por escritura número 189 de 9 de mayo de 1910, Guillermo Vélez Zapata, transfirió los derechos que consideró poseía en las referidas minas segunda y tercera a los mismos Juan C. Correa y a "Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", declarando que los compradores han estado en posesión de las minas desde hace más de treinta años.

Consta también que María Teresa Vélez, vende a los mismos, los derechos que ella cree tener en eas vetas, según las voces de la escritura número 159 de 7 de mayo de 1911 de la Notaría de Amagá.

Por auto de 12 de septiembre de 1938, el Juzgado admitió la demanda y ordenó notificarla a los demandados y surtir los traslados de rigor. En tal virtud fueron notificados en los días 21, 23 y 27 de septiembre de tal año, respectivamente, los señores Luis, Nemesio, Guillermo y Justiniano Vélez Zapata, y en fechas posteriores los demás demandados.

Fue Justiniano quien dio respuesta primero a la demanda, y por ser de importancia en cuanto se determina por los mismos demandados quiénes son los poseedores del bien que se reivindica, se transcribe el siguiente aparte de su escrito de contestación:

"No acepto los hechos y los niego, porque mis hermanos Luis, Guillermo y Nemesio, son los únicos que han tenido la posesión quieta y pacífica del lote de terreno alinderado en el punto primero de la parte antipetitoria (sic) del memorial, los únicos que han sembrado, cercado y cultivado este terreno y explotado éstos — los carbones — por espacio de más de treinta y cinco años, sin interrupción de nadie, ni aun de nuestros padres, que siempre les respetaron este derecho".

Adhieren a este memorial Ramón, Nicodemus, Daniel y Custodio Vélez. En la misma fecha contestaron Eliseo Sánchez, Luis Ortiz, Roberto Vélez, Pedro L., Benedicto, Juan C., Aníbal Baudilio, Luis, Guillermo y Nemesio Vélez Z.

Propuesta la reforma de la demanda por el actor, en abril, mayo y junio del año de 1939, se dieron por notificados de ella y la contestaron Mercedes Vélez de Restrepo, Carlos Ortiz Vélez, Luciano Vélez, Emilio Ortiz y Eliseo Sánchez, Miguel, Manuel, Luis Felipe, Eleázar, Rafael, Felicia y Bárbara Quirós, lo mismo que Francisco y Jesús del mismo apellido. También Benedicto, Anibal y Daniel Vélez, Agustín, Dionisio y Juan León y Ramón Vélez. Todos ellos dieron respuestas análogas a la de Justiniano, Nemesio, Luis A. y Guillermo y propusieron las mismas excepciones.

Los demandados presentaron las excepciones de prescripción, petición de un modo indebido y las demás que resultaren probadas y adujeron los siguientes títulos de propiedad sobre el bien en disputa:

I) La escritura pública número 200 de 6 de agosto de 1920 de la Notaría Cuarta de Medellín, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Luis María Vélez; allí consta que se adjudicaron las vetas en disputa a sus siete hijos llamados Justiniano, Luis, Nemesio, Guillermo, María Teresa, Mercedes y Ana Rosa.

II) Copia de la escritura número 224 de 1917, por la cual la heredera Mercedes Vélez vendió su derecho a Emilio Mesa y éste traspasó lo comprado a Justiniano Vélez, según escritura número 358 de 1917, que también se presentó.

Los derechos de los llamados Justiniano, Luis, Nemesio, Guillermo, María Teresa, fueron vendidos a Juan C. Correa e Hijos de Fernando Restre-

po & Cía., antecesores en el dominio del demandante, como atrás se vio.

El señor Juez a quo, desató en primer grado la litis, declarando probada la excepción de petición de un modo indebido, por no aparecer integrados los presupuestos procesales necesarios para que el juicio de reivindicación pudiera prosperar. En la parte motiva dice que el demandante no acreditó la propiedad de todas las vetas existentes dentro de los límites determinados en la demanda, ni se estableció la identidad de los bienes reivindicados.

La sentencia recurrida

Del anterior fallo apeló el demandante, por lo cual los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Medellín, donde se puso fin a la instancia por fallo de 14 de diciembre de 1944, en el cual se revocó la providencia apelada y en su lugar se condenó a Nemesio, Guillermo y Luis A. Vélez, como poseedores de los bienes demandados, a la entrega de éstos y al pago de las prestaciones de ley, considerándolos como poseedores de buena fe hasta la contestación de la demanda.

De la providencia anterior ocurrió en casación para ante esta Corte el representante de los demandados. En el tiempo debido, los apoderados de las partes hicieron uso de su derecho. Siendo la oportunidad procesal, la Sala entra a fallar, previo el estudio de rigor.

Motivos de casación alegados

Con fundamento en la causal primera de las señaladas por el artículo 520 del C. J., el recurrente acusa la sentencia señalando varios motivos, de los cuales la Sala escoge el primero, que considera fundado, y prescinde de los demás, al tenor del artículo 538 del C. J.

Se acusa el fallo por violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, todo lo cual a juicio del recurrente, llevó al juzgador a violar las siguientes disposiciones sustantivas, a saber:

Artículos 2674, 2637, 2641, 2652, 2653, 2654, 2640, 2577, 2673, 669, 946, 949, 950, 952, 2332, 980, 762, 756 y 759 del C. C.; y 630, 635, 636, 222, 205, 214, 343 y 593 del C. J.

En apoyo de su tesis expresa: "El Honorable Tribunal ha considerado que el señor Pedro Luis Restrepo Botero, es dueño exclusivo de las vetas de carbón de hulla, denominadas e identificadas como en la sentencia se establece, lo cual es contrario a la evidencia procesal, porque como aparece de autos, el señor Restrepo Botero compró algunos derechos de cuota, sobre unas vetas no determinadas, ubicadas en terrenos no identificados convenientemente, y que existen vacíos absolutamente definidos en la cadena de títulos presentados por el actor".

Continúa diciendo el recurrente: "Mi parte ha sostenido que el señor Pedro Luis Restrepo Botero no ha acreditado en forma apta el elemento axiológico en reivindicación consistente en el dominio anterior a la posesión útil del demandado, y que no es dueño de la materia contenciosa, pero este aspecto del problema será tratado en el cargo siguiente. En el presente motivo no voy a discutir de fondo los títulos presentados, sino, principalmente, a demostrar que aun con base y fundamento en ellos, el actor en las instancias no logró demostrar propiedad exclusiva de vetas determinadas de carbón sino simples compras de cuotas:

"a) Por medio de la escritura pública número 240 de 2 de febrero de 1899 de la Notaría Segunda de Medellín, mencionada y comentada en el numeral 2º del Capítulo de Antecedentes de esta demanda, los señores José Antonio, Jenaro, Justiniano y Mercedes Laverde, vendieron a Fernando Restrepo & Cía.", sociedad comercial establecida en Medellín, la tercera parte de dos vetas de carbón mineral situadas en el fundo que allí se alindera. No se acreditó la cancelación del registro anterior de 1876 a favor de Jenaro Laverde, para que los vendedores de 1899, que se dicen sus hijos, hubieran podido transmitir propiedad vinculada a cualquier cuerpo cierto".

"Como aparece en una copia sin registrar de la escritura pública número 703 de 16 de mayo de 1912 de la Notaría Segunda de Medellín, se presentaron nueve personas diciéndose únicas socias de la compañía Hijos de Fernando Restrepo & Cía.", nueva razón social de la sociedad mercantil precitada, y manifestaron que ella estaba disuelta y que habían hecho un inventario de sus haberes que figuraba en dos libros firmados por ellos y enumeran luégo algunos bienes que dicen ser de la disuelta sociedad y que a nadie en particular se atribuyen o adjudican, y entre ellos la tercera parte de dos vetas de carbón situadas en un inmueble que allí se alindera. En ningu-

na forma acreditan ser los únicos socios de la compañía, ni en autos aparece la escritura de constitución de ella, ni documento que acredite quiénes eran sus socios y representantes legales. Esta copia sin registrar, cuando ni siquiera existe un certificado expedido por cualquier registrador que la relacione y que acredite la suficiencia de los títulos y la cancelación debida de anteriores registros, no podía haber sido apreciada por el fallador de segundo grado, y al hacerlo violó los artículos transcritos. Pero — continúa el recurrente — supongamos que el instrumento haya tenido la virtud jurídica de fijar en cabeza de las nueve personas que comparecen derechos indivisos y en comunidad sobre la mencionada tercera parte de las dichas dos vetas de carbón"

Sostiene que por medio de la escritura pública número 1245 de 1939 de la Notaría Segunda de Medellín comparecieron numerosas personas, encabezadas por Luis F. Restrepo, quienes diciéndose dueños en proporciones diversas de la tercera parte de las dos vetas de carbón, manifestaron vender noventa y cinco mil quinientas setenta y cinco cienmilésimas de esa tercera parte.

Este contrato tiene por objeto una cuota indivisa y no un cuerpo cierto.

Agrega que los otorgantes manifiestan haber adquirido el derecho que vendían por medio de la escritura pública número 2959 de 1933, instrumento que no se trajo al juicio.

Estudiando otro aspecto del problema continúa diciendo el recurrente, que como consta de la escritura número 89 de 8 de mayo de 1876, los señores Nicodemús Zapata y Luis M. Vélez vendieron a Antonio Alvarez Rico, Juan C. Correa y Jenaro Laverde, dos vetas de carbón mineral que existen en un terreno denominado "La Clarita".

Consta que en la sucesión de la señora Felicidad Alvarez de Correa se inventariaron dos terceras partes de tales vetas, y se adjudicó una a Juan C. Correa, esposo de aquélla, y otra a su hijo Jesús M. Correa.

Afirma el recurrente que en ninguna parte aparece el documento que acredita cómo vino a parar en cabeza de la señora Felicidad Alvarez de Correa, la tercera parte que había comprado el señor Antonio Alvarez Rico. Critica pasajes de la sentencia en que el juzgador llega a determinadas conclusiones por meras conjeturas, sin que aparezca el documento del caso.

Sostiene también que erró el Tribunal al considerar que en forma debida se estableció la transmisión del derecho de dominio de la tercera parte adquirida en 1876 por Jenaro Laverde a los señores José Antonio, Jenaro, Justiniano y Mercedes, quienes aparecen vendiendo por medio de la escritura número 240 de 1899 el derecho adquirido por el señor Laverde a Fernando Restrepo e Hijos, sin que se haya demostrado cómo se efectuó la transmisión del dominio de esa parte del comprador Laverde a quienes se dicen sus herederos.

Por último afirma que no existe prueba de que quienes aparecen vendiendo como sucesores de Hijos de Fernando Restrepo & Cía. sean en realidad los propietarios de la cosa común, y el total de ellos en la venta hecha al señor Restrepo Botero, por medio de la escritura pública número 1245 de 5 de mayo de 1939.

Se considera:

La acción de reivindicación, cuyo objeto principal es el de hacer reconocer el derecho de propiedad del demandante, tiende por vía de consecuencia, a obtener la restitución del inmueble reivindicado y a la restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa. Al demandante en la acción reivindicatoria le corresponde justificar el derecho de propiedad que constituye el fundamento de su demanda.

Cuando el demandante produce o presenta un título suficiente de propiedad y el demandado no presenta alguno, el reivindicante debe ser considerado como dueño, con tal de que su título sea anterior a la posesión del demandado, y éste no haya adquirido por prescripción el bien de que se trata.

Si el título no es suficiente por sí solo, para que la reivindicación prospere, será necesario demostrar el derecho de propiedad del antecesor en el dominio, es decir, deberá acreditarse también el derecho de dominio de este último y la circunstancia de que tal título es anterior a la posesión del demandado.

En esta clase de juicios, como lo ha decidido la Corte en constante jurisprudencia, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque, "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son de efectos esencialmente relativos en los juicios respectivos. (Casación del 26 de febrero de 1936).

En el presente litigio, tanto los demandados como los testigos presentados al respecto, han sos-

tenido que los poseedores de las vetas de carbón que se reivindican son los señores Nemesio, Guillermo y Luis A. Vélez, a quienes el Tribunal condenó a la entrega del bien reivindicado.

Estas personas alegan en oposición a las pretensiones del actor, por una parte la posesión que expresan vienen ejercitando como dueños desde hace cerca de cuarenta o cincuenta años y por otra, se amparan en su dominio y lo hacen depender de la escritura pública número 200 de 6 de agosto de 1920 de la Notaría Cuarta de Medellín, que contiene la cartilla de adjudicación en la sucesión de Luis María Vélez, de cuotas en las referidas vetas, sin que por otra parte hubieran presentado el título de su causante.

No teniendo en nuestro derecho la partición de bienes el carácter atributivo de la propiedad sino el declarativo, era necesario para demostrar la propiedad presentar no sólo la cartilla de adjudicación, sino también el título del causante, lo cual no se hizo.

Por medio de prueba testimonial los demandados han intentado demostrar la posesión por un espacio mayor de cuarenta años, pero hay que recordar que los mismos demandados vendieron sus derechos o los derechos que consideraban poseían en aquellas minas entre los años de 1909 a 1911, a causantes del demandante así:

a) Por escritura número 31 de 27 de junio de 1909 Nemesio, Justo y Luis A. Vélez transfirieron a Juan C. Correa y a los Hijos de Fernando Restrepo & Cía., los derechos en las vetas que enajenó su padre a los mismos compradores, por medio de la escritura número 89 de 1876.

b) Guillermo Vélez enajenó a los mismos por medio de la escritura número 189 de 1910.

Es decir, por más que haya habido posesión, la venta realizada por los demandados, en la forma que se deja consignada en los apartes anteriores, hizo cesar ese ánimo.

La demanda fue notificada a los demandados en septiembre de 1937, luego sólo han transcurrido de 1909 para acá, veintiocho años, tiempo por (sic) insuficiente para reconocer la prescripción extraordinaria de los oponentes.

Resta sólo estudiar si se acreditó el dominio por parte del actor en presencia de los referidos poseedores.

Como lo sostiene el recurrente está demostrado que en 1876 Antonio Alvarez Rico, adquirió la tercera parte en las vetas de carbón llamadas la segunda y la tercera de las situadas en el predio de "La Clarita", municipio de Amagá. Aparece luégo que en el juicio de sucesión de Felicidad Alvarez de Correa, se inventarió esa tercera parte, pero no consta cómo el derecho de Alvarez pasó a la señora Alvarez de Correa. El Tribunal, por mera suposición, sin apoyo en documento alguno, afirma que el señor Alvarez al fallecer transmitió su derecho a su hija, pero no se presentó el instrumento que acredita tal hecho: la cartilla de adjudicación en la referida mortuoria; tampoco se presentó otro título en que se le hubiera transmitido el dominio por cualquier otra causa.

Luego la cadena de títulos que respalda el derecho del demandante en cuanto se refiere a esta tercera parte de las vetas segunda y tercera, sólo puede tomarse a partir de la escritura pública por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de la señora Felicidad Alvarez de Correa, o sea desde el 11 de mayo de 1925, fecha posterior a la posesión de los demandados; por consiguiente el dominio del reivindicante en cuanto hace a tal derecho es insuficiente.

En la misma situación se encuentran los títulos referentes a la tradición de la tercera parte adquirida en 1876 por Jenaro Laverde. Con respecto a la transmisión de la propiedad de lo adquirido por Laverde a sus hijos, quienes aparecen vendiendo por medio de la escritura pública número 240 de 1889, no hay ninguna constancia en el expediente; había, por consiguiente, que tomar como origen de tal titulación la venta de los hijos de Laverde a la sociedad Fernando Restrepo e Hijos, celebrada por medio de la escritura ya citada en 1899. Pero sucede además que la sociedad de Fernando Restrepo e Hijos se transformó en HIJOS de Fernando Restrepo & Cía., y esta sociedad se extinguió; en cuanto a las vetas en cuestión, los miembros de la extinguida firma, otorgaron la escritura número 703 de 16 de mayo de 1912, que se presentó en copia sin la formalidad del registro, ni éste se acreditó en forma alguna, lo cual la hace ineficaz.

Pero no es esto solo: por la escritura número 1245 de 5 de mayo de 1939, Luis Fernando Restrepo y otros, aparecen vendiendo al demandante noventa mil setecientos cincuenta cien milésimos en el derecho en cuestión, o sea de la tercera parte adquirida por Laverde en 1876 y sin embargo, de esta expresa declaración consignada en

la escritura, el Tribunal dio por transferido todo el derecho. Los vendedores que son más de diez, hablando como comuneros en su calidad de sucesores de los miembros de la extinguida razón social, sin que se indique cómo vinieron a radicarse en su cabeza los derechos que transfierén, mencionan como origen de su propiedad la escritura pública número 2950 de 1933, que no se presentó al juicio.

La sociedad es una persona distinta de los socios individualmente considerados. Al terminarse una sociedad por muerte de uno de los socios, por vencimiento del plazo o por otra causa, los bienes de la entidad quedan en comunidad entre los socios, mientras no se verifique la respectiva partición y adjudicación. Los miembros de la comunidad son los socios que figuran en la escritura de constitución de la sociedad en proporción de sus derechos y si alguno o algunos de los primitivos dueños de la sociedad fallecen o traspasan su derecho en la comunidad, es necesario establecer tal circunstancia para que la tradición de tal cuota se realice en debida forma.

Por medio de la escritura pública número 1245 de 5 de mayo de 1939, varias personas diciéndose comuneros en el derecho que primitivamente adquirió el señor Jenaro Laverde por la escritura número 1245 de 1876, manifestaron traspasar tal derecho o cuota en las vetas integrantes de las minas en litigio, pero no se estableció en forma legal cómo habían adquirido las cuotas o derechos que por tal instrumento dicen vender al señor Pedro Luis Restrepo B.

No sucede lo mismo con la cuota parte adquirida por la tantas veces citada escritura de 1876 por el señor Juan C. Correa. Tal derecho fue comprado durante la sociedad conyugal existente con su esposa Felicidad Alvarez; a la muerte de ésta se le adjudicó al marido como consta de la escritura número 347 de 11 de mayo de 1925. El adjudicatario Correa vendió a Sinforoso Correa, por medio de la escritura pública número 402 de 17 de octubre de 1934, y este último traspasó su derecho al reivindicante señor Pedro Luis Restrepo Botero, por medio de la escritura pública número 1948 de 18 de octubre de 1935.

De igual manera se transmitió al demandante el derecho de dominio en la denominada Veta Grande o Primera. Por medio de la escritura número 92 de 1876, Nicodemus Zapata vendió a Uladislao Vásquez tal bien. A la muerte de éste se adjudicó lo mismo a su hija Adela Vásquez Batres, según escritura número 320 de 1928. La heredera vendió en dos porciones, por medio de las escrituras públicas número 3136 de noviembre de 1928 de la Notaría de Medellín y 792 del mismo año y Notaría, a doña Carolina Vásquez de Ospina. Dueña ésta de la unidad, a su turno vendió al demandante por medio de la escritura pública número 1610 de julio de 1937. Está, pues, en debida forma, transmitida la propiedad.

El Tribunal decretó la reivindicación de las tres vetas reclamadas, sin que se hubiera establecido la tradición del dominio en su totalidad, pues como se vio, no pudo acreditar el demandante la transmisión de la propiedad de las cuotas de los primitivos comuneros Jenaro Laverde y Antonio Alvarez Rico. Por consiguiente, se violaron los artículos 946 y 950 del C. C. y la sentencia debe casarse. Para reemplazar el fallo del Tribunal se tienen en cuenta las siguientes consideraciones, además de las ya expresadas:

1) Está plenamente demostrado con una cadena ininterrumpida de títulos, que el dominio de la Veta Grande o Primera situada en el predio de "La Clarita", pertenece al demandante, Pedro Luis Restrepo Botero, y que el origen de tal propiedad se remonta por una serie de tradiciones legalmente efectuadas hasta el año de 1876, en que Nicodemus Zapata vendió tal veta al señor Uladislao Vásquez, causante del actual titular.

Los demandantes no justificaron con respecto a esta veta que hubiera ejercitado actos de posesión por el término legal requerido para adquirir por prescripción su derecho.

2) El señor Restrepo Botero demostró igualmente su dominio sobre una tercera parte de las vetas segunda y tercera situadas en el mismo paraje de "La Clarita", cuyo origen se remonta, como ya se vio, al contrato de compraventa celebrado el 8 de mayo de 1876, por medio de la escritura número 89, entre Nicodemus Zapata y Luis María Vélez como vendedores, y Jenaro Laverde, Antonio Alvarez Rico y Juan C. Correa como compradores. El demandante es dueño del derecho adquirido por Correa, el cual sufrió varias enajenaciones hasta llegar a radicarse en cabeza de su actual propietario señor Restrepo Botero, quien lo adquirió, como ya se dijo, por la escritura 1984 de 18 de octubre de 1935. Este derecho le pertenece en comunidad con los demás copartícipes en la propiedad de las referidas vetas.

No habiendo demostrado la propiedad el actor en cuanto se refiere a las vetas de carbón segun-

da y tercera, sino en una tercera parte, tal derecho habrá de reconocerse exclusivamente.

La prescripción alegada como ya se vio, no puede contarse sino desde 1909 en adelante, en que demostrada la posesión y dada la fecha de la interrupción de ésta por la notificación de la demanda, los demandados no han poseído el tiempo suficiente para reconocérseles tal prescripción, y en cuanto a la propiedad, el título del reivindicante, remontándose en cadena ininterrumpida hasta el año de 1876, prevalece sobre la simple posesión de los demandados.

3) En el recurso se ha alegado que varias de las copias escriturarias relativas a la tradición del dominio son ineficaces, por cuanto tales copias no tienen al pie la nota de registro. El reparo es cierto, pero aparece en certificación separada, expedida por el registrador, la realización de la inscripción. Lo esencial es la inscripción del título en el registro respectivo, lo cual puede demostrarse exhibiendo la copia de la escritura en que se efectuó la tradición, con la correspondiente nota de registro, o acompañando, como se hizo, además de la copia de la escritura, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, en que se indique que en su oficina existe la constancia de la inscripción.

4. Igualmente se ha alegado por el recurrente que la reivindicación demandada no puede decretarse, por cuanto no se demostró la suficiencia de los títulos conforme lo prescribe el artículo 635 del C. J.

La Corte en repetidos fallos ha expresado que tratándose de la acción reivindicatoria, basta con presentar el título que acredita la propiedad, con la constancia de su inscripción en la Oficina de Registro; la certificación sobre suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del C. J., se refiere a casos especialmente señalados en la ley, tales como, por ejemplo, para reclamar la suma **debida** por indemnización y pago en caso de expropiación que sobre una propiedad privada haga una entidad de derecho público; o cuando se demanden perjuicios en una propiedad cuya titularidad quedó así suficientemente demostrada; o para iniciar una acción de participación en una comunidad o para obtener el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero tratándose de un juicio reivindicatorio, la ley no ha exigido tal requisito.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 Medellín, de fecha 14 de diciembre de 1944, y revocando la de primera instancia, falla el pleito así:

Primero.—El señor Pedro Luis Restrepo Botero es dueño de la veta de hulla denominada "Veta Grande o Primera", correspondiente a la mina situada en el paraje de "La Clarita", de la jurisdicción del municipio de Amagá, y que está situada en un lote encerrado por los siguientes linderos: "Por el pie con terrenos que fueron de Custodio García, por un cerco de alambre; por un costado hacia el sur, con un camino de servidumbre; por la cabecera, con el camino viejo de Amagá para Heliconia; y por el costado norte, con la quebrada La Clarita".

Segundo.—El señor Pedro Luis Restrepo Botero es propietario de una tercera parte proindiviso de las vetas del mismo mineral denominadas "segunda o de solapa" y de la "veta tercera", situadas en el lote cuyos linderos se expresaron en el numeral anterior, en comunidad con los demás copartícipes.

Tercero.—En consecuencia, condénase a los señores Nemesio, Guillermo y Luis A. Vélez Zapata, poseedores actuales de tales vetas, a restituírselas en la cuantía ya expresada, al citado Restrepo Botero, seis días después de ejecutoriada la presente providencia.

Cuarto.—Condénase a los mismos demandados a restituír al demandante los productos de la veta grande o primera y de la tercera parte de las otras dos, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, considerando a los demandados como poseedores de buena fe, con las deducciones que establece el Capítulo IV, del Título 12, del libro segundo del C. C.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS POR CULPA. — RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION

1.—No sería lógico someter al actor a la abstención probatoria so pretexto de que está amparado por la presunción de culpa de su contraparte. El demandante tiene también derecho de producir pruebas, ya sea en refuerzo de la presunción que lo favorece, ya para desvirtuar las pruebas de descargo de su contraparte. Y el Tribunal comete error si deja de apreciar las pruebas del actor, por más que a éste no incumba la carga de la prueba.

2.—La culpa o imprudencia de la víctima, aun cuando se trate de un menor, puede exonerar de responsabilidad a quien fue causa del daño (por obra propia o por el hecho de las cosas inanimadas), según lo explicó la Corte en sentencia de casación del 15 de marzo de 1941. Entonces dijo la Sala que la incapacidad de los menores de diez años y de los dementes para cometer delito o culpa, se refiere solamente a estos hechos ilícitos como fuente de obligaciones civiles; pero no a la imprudencia del menor, objetivamente considerada y como circunstancia concurrente a la producción del daño de que ha sido víctima el mismo menor o demente. Pero ese fallo de casación advierte que hay, sin embargo, casos en que no debe tenerse en cuenta la imprudencia del menor lesionado, dadas las circunstancias en que el accidente haya ocurrido. (G. J. Tomo 50, pág. 794).

De tiempo atrás se suscitó, ante los Tribunales y entre los expositores, la cuestión de si el institutor que es responsable del daño causado a terceros por los alumnos que están bajo su cuidado, lo sería también por el daño que el alumno se cause a sí mismo. Aclarado el punto de que no es el profesor, en general, sino el establecimiento de enseñanza quien debe responder de los daños que los educandos ocasionen por una falta de vigilancia, la jurisprudencia se inclinó en el sentido de que la responsabilidad del instituto docente no podía extenderse, como regla general, a los daños que el alumno cause en su propia persona.

Para no caer en extremos al apreciar la responsabilidad civil de los establecimientos de educación por los hechos de sus alumnos, conviene distinguir acerca de las circunstancias de hecho en que haya ocurrido el daño causado, como si lo ha sido, por ejemplo, por motivo enteramente ajeno a los fines del establecimiento, o a pesar de una efectiva vigilancia, no sería equitativo exigir de éste responsabilidad. Pero la responsabilidad de los institutores por el hecho de sus discípulos puede tener una particular comprobación en la existencia de riesgos dentro del establecimiento, puesto que aquélla se origina en la relación de dependencia y en la especial obligación de educarlos y vigilarlos para que no hagan daño a otros ni se lo causen a sí mismos, reforzada, además, por la consideración de la confianza que los padres de familia depositan en los directores de colegio y profesores, confianza que impone a éstos más rigurosas obligaciones de cuidado. Aun cuando en el caso del proceso fue la misma víctima la que se causó el daño, no es menos cierto que a la producción de tal hecho contribuyó en forma apreciable la aglomeración de los alumnos, y por el hecho de éstos es responsable el colegio. (Artículo 2347, C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El doctor Ramón Bernal Azula ha traído a casación la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que absolvió al Colegio de Boyacá en el juicio sobre indemnización de perjuicios por culpa extracontractual que contra dicha entidad siguió el mencionado señor.

Agotados en la Corte los trámites del recurso, se procede a fallar sobre él, previa la exposición resumida del suceso que motivó el pleito y de las razones en que se apoyaron los juzgadores de instancia.

Antecedentes

La demanda de casación relata sintéticamente los hechos así:

"El joven Eduardo Bernal Velásquez, siendo alumno del Colegio de Boyacá, menor de edad, bajo la protección del mismo, hallábase recibiendo una clase de obras manuales en el referido establecimiento de educación el 27 de mayo de 1941, cuando al realizar un trabajo en la máquina cepilladora o planeadora, la cuchilla de ésta le cercenó dos falanges del dedo meñique y una del dedo cordal de la mano izquierda. Las mutilaciones indicadas, aparte del defecto físico y estético que produjeron en la persona del señor Bernal, causan, como es lógico, perjuicios materiales y de orden moral al lesionado y al padre de la víctima, razón por la cual éste, en su calidad de representante legal de su menor hijo, demandó al Colegio de Boyacá la condigna indemnización de los perjuicios, en el concepto de la responsabilidad que el hecho mismo apareja al mencionado establecimiento, según los antecedentes, circunstancias y causalidad que rodearon y se vinculan al desgraciado acaecimiento que motiva la presente controversia...".

El Dr. Bernal Azula demandó al Colegio de Boyacá, representado por el síndico de dicho establecimiento, para que se le condenara a pagarle la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00), en su calidad de padre y representante legal de Eduardo Bernal Velásquez, "suma, dijo, en que estimo los perjuicios materiales y morales resultantes del accidente de que fue víctima el citado mi hijo en el Colegio de Boyacá".

Al final del libelo dice: "Advierto que en los perjuicios incluyo los que sufrimos los padres, materiales y morales".

Los fundamentos de hecho de su acción pueden compendiarse así: el Colegio de Boyacá adquirió unas máquinas para la clase de labores manuales de carpintería y ebanistería que el Rector doctor Juan C. Hernández no permitió montar ni usar, por considerarlas peligrosas; pero el Rector que lo sucedió dispuso que se instalaran dichas máquinas y no se tuvo el cuidado de que el profesor adquiriera la minuciosa técnica y preparación requerida para disminuír en lo posible el riesgo de accidentes, ni se instalaron los aparatos y aditamentos de defensa; y así, pronto empezaron a ocurrir accidentes en varios alumnos, y aun el propio profesor señor Luis A. Moreno sufrió la mutilación del dedo meñique de la mano izquierda, accidentes entre los cuales se cuenta éste de que fue víctima Eduardo Bernal Velásquez, quien por su mutilación de tres dedos de la mano izquierda no sólo quedó con un grave defecto físico y estético, sino, además, incapacitado para el ejercicio de alguna profesión que pensaba seguir, como la de medicina y cirugía, o también la de la milicia; a más del complejo de inferioridad que en él ha suscitado, en general, para su vida, y del quebranto que produjo en sus padres y hermanos, al ver frustradas muchas de las aspiraciones que habían venido acariciando para el porvenir de Eduardo, quien, al tiempo del accidente, sólo contaba quince años de edad.

Por el aspecto de derecho la demanda se fundó "en las disposiciones del título 34, libro cuarto del Código Civil en lo que se refiere a las obligaciones que nacen de la culpa y del riesgo"; y "en las disposiciones del título 18, libro segundo del Código Judicial y sus concordantes".

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por no haber comprobado el actor ni su calidad de padre de la víctima, ni la menor edad de ésta, con costas a cargo del demandante, quien apeló del fallo, y en el término de prueba de la segunda instancia, subsanó la omisión de aquel presupuesto procesal que había echado menos el juez.

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Tunja absolvió a la parte demandada.

A manera de motivación transcribe el Tribunal otra sentencia suya del 5 de mayo de 1944, advirtiendo que en ella "se hizo un estudio completo y profundo" del problema de la culpa extracontractual, con numerosas citas de expositores y del fallo dictado por la Corte en 24 de junio de 1942.

La sentencia del Tribunal Superior de Tunja, reproducida en la que hoy estudia la Corte, da primero un vistazo histórico sobre el concepto de culpa tal como se entendió en Derecho Romano, luégo en el Canónico y, por último, en el Código de Napoleón y en sus comentadores del pasado

siglo; expone someramente las teorías de la responsabilidad subjetiva como derivada de la culpa, y de la responsabilidad objetiva que se pretende fundar simplemente en el riesgo creado, el cual explica a su vez por el mero principio de causalidad que, de los hechos físicos se quiso trasladar al campo jurídico; y dice que acoge, como fundamento del fallo recurrido ahora en casación, la tesis expuesta por Georges Ripert en su obra "La regla moral en las obligaciones civiles", pasaje que el Tribunal transcribe y que dice como sigue:

"No es porque el autor haya causado el riesgo por lo que es obligado a la reparación, sino porque lo ha producido injustamente, que no quiere decir contrariamente al derecho sino a la justicia. La responsabilidad civil, no es, pues, otra cosa distinta a la determinación de la sanción legal de la responsabilidad moral, idea que gobierna la técnica de esta cuestión". (Número 123, página 237).

Viene en seguida una transcripción del fallo que esta Sala de la Corte profirió el 24 de junio de 1942, en el cual, y partiendo de la distinción entre culpa contractual y extracontractual, se dividen las disposiciones del título 34, libro cuarto del Código Civil, en lo tocante a culpa extracontractual, en tres grupos, a saber: Primer grupo, disposiciones generales de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; segundo grupo, disposiciones relativas a la misma responsabilidad, por el hecho de personas que están bajo el cuidado y dependencia de otras; y tercer grupo, disposiciones legales que se refieren a la responsabilidad por las cosas animadas o inanimadas". La sentencia recurrida considera que el caso ventilado en este pleito debe considerarse comprendido en el tercer grupo de artículos del Código Civil, o sea los señalados con los números 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356.

La clasificación en tres grupos había sido adoptada antes por la Corte, en fallo del 12 de mayo de 1939 (G. J., Tomo 48, página 23), y repetida en casación del 18 de noviembre de 1940 (G. J., Tomo 50, pág. 437).

Dice luégo el sentenciador (y esto es ya de su cosecha), que dada la forma en que se presentaron los hechos sobre los cuales se edificó la acción, "no hay duda alguna que la carga de la prueba se echó sobre la entidad demandada", por cuanto en casos como el de que trata este proceso, se presume la culpa del reo, a quien corresponde demostrar que el hecho perjudicial se produjo sin culpa suya.

Y haciendo el análisis de la prueba, concluye que "de la suministrada por el demandante no se colige negligencia alguna por parte de la entidad demandada", sino que más bien sirve para demostrar lo contrario; y que en cambio las pruebas producidas por el Colegio de Boyacá "demuestran hasta la saciedad el cuidado y esmero que puso la entidad demandada para que no llegara a sucederse ningún accidente en el manejo de las máquinas"; estima también demostrado el Tribunal que el Colegio "puso el esmero y cuidado de un buen padre de familia"; que "destruída por la base de imputación del actor a la entidad demandada, resultando, por consiguiente, destruída la causa y origen de la acción incoada", debe absolverse a la parte demandada, como en efecto lo hace el sentenciador de segunda instancia. Y finaliza con la transcripción de otro fallo de la Corte, pronunciado el 30 de mayo de 1941, en el cual se explica que la teoría del riesgo, en cuanto asigna como suficiente base a la responsabilidad la mera relación de causalidad entre el hecho y el daño, no es la aceptada por nuestra ley civil, "desde luego que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello". Conviene advertir que aquel fallo de la Corte agrega: "Cuando la Corte ha hablado del riesgo no lo ha entendido en el concepto que ese vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad; que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado".

Y concluye la sentencia recurrida:

"No cabe, por tanto, en el presente caso aplicar la teoría objetiva por inadmisibilidad en nuestro derecho ya que ninguna disposición legal la prohija.

"La presunción de culpa se admitió en contra del Colegio y de ahí el que la carga de la prueba no recayera en el demandante, pero como se demostró superabundantemente que el Colegio no tuvo la culpa en el accidente, se cerró para el demandante el derecho al reconocimiento de la indemnización de perjuicios".

El recurso

"Un solo capítulo será la materia de la presente demanda — dice el recurrente — porque con-

tra la sentencia recurrida procede sólo la causal prevista en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., que es multiforme, pero subdividido en tantos sectores cuantas son las violaciones de la ley en que se ha incurrido en la sentencia, ya por aplicación indebida, ya por errónea interpretación, ya por apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas, etc."

Hace luégo el recurrente un resumen de los hechos, y propone algunas consideraciones sobre la división en tres grupos de los artículos del Título 34, Libro Cuarto del Código Civil; y entra después a formular cinco cargos contra la sentencia, cada uno de los cuales propone y desarrolla separadamente. Tales cargos, resumidos, son:

1º El sentenciador no tuvo en cuenta el testimonio del doctor Juan C. Hernández, anterior Rector del Colegio de Boyacá; y el haber omitido apreciar esa prueba es un error de derecho, con violación de los artículos 604, 607, 696 y 697 del Código Judicial, la cual llevó al Tribunal a violar el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil;

2º Falta de apreciación de las pruebas relativas a los daños causados a otros alumnos, y aun al profesor de ellos, señor Luis A. Moreno, por la misma máquina que mutiló a Eduardo Bernal Velásquez; la cual falta de apreciación de pruebas constituye un error de derecho, con violación de los artículos 593, 594, 597 y 697 del Código Judicial, que indujo al Tribunal a quebrantar el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil;

3º Apreciación errónea de otras pruebas con las cuales se ha querido demostrar que por parte del Colegio hubo el cuidado y diligencia debidos para evitar el accidente que sufrió Eduardo Bernal, apreciación errónea y violatoria del artículo 697 del Código Judicial;

4º Errónea apreciación de la prueba de inspección ocular, pues el sentenciador menospreció el texto o acta de la diligencia misma y se atuvo tan sólo al dictamen que después rindieron los peritos, dictamen que tampoco demuestra el cuidado y diligencia del demandado, de manera que al apreciarlo como prueba suficiente de exculpación, se infringieron los artículos 593 y 594 del Código Judicial con lo que, indirectamente, violó el sentenciador el artículo 1604 del Código Civil;

5º En este último cargo se reiteran y compendian los cuatro anteriores, relativos a falta de apreciación de unas pruebas y a apreciación errónea de otras, para deducir de ahí que la máquina productora del daño sufrido por Eduardo Bernal era de suyo peligrosa; que con mayor razón lo era para ser manejada por fogosos e inexpertos adolescentes; que estas circunstancias obligaban más a los superiores del Colegio a prestar una vigilancia continuada; que si ésta se interrumpió, no hubo la debida vigilancia; que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas como demostrativas de que el Colegio observó el cuidado de un buen padre de familia, cuando de aquellas pruebas se deduce cabalmente lo contrario, es decir, que hubo imprevisión, descuido y negligencia. Y que los errores de apreciación de las pruebas llevaron al Tribunal a violar los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, respecto del segundo de los cuales advierte que fue violado directamente por la sentencia recurrida.

Concluye pidiendo la invalidación de ésta y la condenación de la parte demandada en la cuantía que el libelo señaló, o una condenación **in genere,** para determinar su monto por el procedimiento estatuído en el artículo 553 del Código Judicial.

Análisis de los cargos

Al formular los cargos 1º, 2º y 4º, se acusa la sentencia como violatoria del artículo 1604 del Código Civil, inciso 3º; pero al final de la demanda de casación hay un aparte en que se señalan además, y comentan a espacio, como disposiciones de la ley sustantiva que el recurrente estima violadas por el fallo del Tribunal, los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

La sentencia del Tribunal reconoce de modo expreso cómo, en el caso de este pleito, "no hay duda alguna de que la carga de la prueba se echó sobre la entidad demandada"; y en otro lugar dice: "...el actor (en el presente juicio), en fuerza de sana interpretación legal, está redimido de comprobar el supuesto jurídico".

El Tribunal sentenciador, partió, pues, de la base de presunción de culpa; pero al propio tiempo analiza los hechos y estima las pruebas, prescindiendo prácticamente de tal presunción y empleando más bien el método comparativo entre las pruebas aducidas por parte y parte, por cierto que sin apreciar algunas del actor, como pasa a verse.

La queja del recurrente contra la sentencia, de haber hecho caso omiso del testimonio rendido por el doctor Juan C. Hernández, antiguo Rector

del Colegio de Boyacá; y la queja de no haber apreciado las pruebas relativas a que la máquina que causó el daño a Eduardo Bernal produjo también otros accidentes en alumnos y aun en el propio profesor, don Luis A. Moreno, son reparos fundados, pues el Tribunal no mencionó siquiera aquélla, ni estimó como era debido éstas.

Aseveró en su libelo el demandante que el anterior Rector del Colegio, doctor Juan C. Hernández, no permitió que las máquinas se montaran y usaran, por considerarlas peligrosas para la integridad corporal de los alumnos; y el demandado, al referirse a este hecho, dijo, en su contestación al libelo: "No es cierto. Si no las montó y usó en la época a que se refiere este hecho, debió obedecer a otras circunstancias, menos a la anotada por el demandante".

En el interrogatorio propuesto al doctor Juan C. Hernández (pruebas de la primera instancia) se le preguntó: "Si desde cuando ellos (el declarante y otros testigos) ocupaban sus puestos en el Colegio, existían las máquinas a que se ha venido refiriendo este juicio, y no fueron instaladas ni usadas por el peligro que entrañaban para los alumnos." El Dr. Hernández contestó así: "Sí." Y a continuación explicó que las máquinas no fueron usadas, porque el Colegio no había solicitado del Ministerio de Educación el envío de ellas, sino el de unos escoplos, tijeras, etc., apropiados para la clase de labores manuales; y en lugar de lo pedido se le remitió "maquinaria para un taller de carpintería"; el doctor Hernández hizo el correspondiente reclamo, el Ministerio lo estimó aceptable, y ofreció trocar las máquinas por pupitres y otros objetos que necesitara el Colegio. Agrega el testigo que gran parte de la maquinaria llegó dañada y hubo necesidad de repararla. Y en cuanto a ventajas e inconvenientes de carácter pedagógico del empleo de tales máquinas, dice el ex-Rector que ello depende de la preparación que para eso tengan el personal docente y el personal discente; advirtiendo que cuando las máquinas llegaron, él consideró que el personal docente y el discente carecían del necesario entrenamiento para el manejo de aquéllas.

El testimonio del doctor Hernández, valioso por su calidad de ex-Rector del Colegio demandado, y por la imparcialidad con que declara, permite deducir que hubo un error de conducta en quienes lo sucedieron, al no insistir en el cambio de la defectuosa máquina de taller, inadecuada para una simple clase de labores manuales, error de conducta que trajo como consecuencia los daños que causó la máquina en varios alumnos, entre ellos Eduardo Bernal Velásquez, y aun al propio profesor del grupo, señor Luis A. Moreno.

La sola prueba en referencia podría no ser suficiente para establecer que en el hecho de que se trata están integrados todos los elementos que configuran la culpa. Pero teniendo innegable valor en sí misma y al ser apreciada conjuntamente con las otras, el sentenciador incurrió en yerro manifiesto al no tomarla en cuenta ni siquiera mencionarla en su sentencia, y resulta, así, fundado el cargo que por ese motivo se propone contra ésta.

Como es también fundado el reparo que formula en el sentido de que el Tribunal erró al considerar que el acervo probatorio desvirtúa la presunción de culpa que gravita, en casos como éste, sobre la parte demandada. La sentencia recurrida, con visible exageración, llegó a decir que la inculpabilidad del Colegio resulta demostrada no sólo por las pruebas que éste produjo, sino aun por las mismas del actor.

Posiblemente para el sentenciador de instancia, y seguramente para el lector del fallo, pasa inadvertido un punto esencial de las declaraciones de dos testigos, cual es el de que la máquina causó también daños a otros alumnos y cercenó el dedo meñique al profesor del curso.

Al analizar las declaraciones de los alumnos Gustavo Camargo y Alvaro Pérez, transcribe un fragmento de cada uno de dichos testimonios, pero omite referirse a otro pasaje que, para la intención del que produjo tales pruebas, resulta esencial. Uno y otro deponentes dan testimonio de que el profesor de la clase, señor Luis A. Moreno, perdió un dedo meñique en la máquina, y que otros alumnos también sufrieron accidentes por causa de la misma; y el sentenciador, que copia parte de la declaración, calla acerca de esta otra parte.

Verdad es que menciona otros testimonios alusivos al punto en cuestión, pero lo hace tan desdeñosamente que viene siendo como no aludir a ellos. Dice el Tribunal:

"Darío Sánchez y Rafael Molano, quienes declaran sobre algunos hechos concretos tales como el de haber sufrido lesiones el profesor y algunos alumnos, nada dicen sobre la culpabilidad del Colegio en el caso especial del joven Bernal Velás-

quez, por cuyo motivo no se transcriben sus testimonios en este fallo".

Aquella omisión en considerar una parte esencial de algunos testimonios; y el menosprecio de otros, porque no se refieren al momento mismo del accidente ocurrido al joven Bernal Velásquez ni entran en apreciaciones sobre culpabilidad del Colegio, cosa ajena a los testimonios, quienes no son llamados a calificar, sino apenas a relatar, constituyen manifiesto error de apreciación de las pruebas, porque los hechos que ellas demuestran sí tienen estrecha vinculación con el suceso que ha motivado este juicio.

Podría pensarse que en el campo de simple apreciación probatoria, y dentro del supuesto adoptado por el Tribunal, de tratarse de un caso de culpa presunta, tan sólo es dable atacar la sentencia en casación por error del Tribunal en la estimación de las pruebas con las cuales se ha propuesto el demandado desvirtuar la presunción de culpa.

No sería lógico, sin embargo, someter al actor a la abstención probatoria so pretexto de que está amparado por la presunción de culpa de su contraparte. El demandante tiene también derecho de producir pruebas, ya sea en refuerzo de la presunción que lo favorece, ya para desvirtuar las pruebas de descargo de su contraparte. Y el Tribunal comete error si deja de apreciar las pruebas del actor, por más que a éste no incumba la carga de la prueba.

Demostrado como se halla en el juicio el daño que sufrió Eduardo Bernal Velásquez, alumno de quince años de edad; planteado por el sentenciador y admitido por ambas partes que en este caso se presume la culpa del Colegio quien, si no la desvirtúa, está obligado a las prestaciones consiguientes, el problema se concreta a saber si las explicaciones que da el demandado y las pruebas que aduce destruyen la presunción de culpa; y si las pruebas con que ha pretendido desvirtuar esa presunción han sido, a su vez, contrarrestadas o no por otras pruebas de la parte demandante.

El Tribunal se limitó a transcribir declaraciones rendidas por superiores y alumnos del Colegio, tendientes a establecer que el Rector había tomado las precauciones del caso para evitar que concurrieran accidentes motivados por el uso de la máquina planeadora o cepilladora. Pero las pruebas sugieren unas veces que el Rector y el profesor se habían limitado a prohibir a los alumnos el manejo de la máquina; y otras, que sí les era permitido, siempre que "trabajara" en ella solamente un alumno, mientras los otros debían mantenerse a distancia mínima de un metro. También dicen los testimonios de descargo que se había provisto a la máquina de ganchos y candados que la mantenían inactiva o cerrada, a fin de que sólo funcionara estando presente el profesor, que era quien tenía en su poder las correspondientes llaves; y además, los muchachos debían emplear un par de palos para introducir en la máquina el objeto que se pretendiera someter a elaboración allí.

Si se tratara de ubicar una responsabilidad penal en el Rector, o en el profesor, o en determinados alumnos de los que se amontonaron frente a la máquina y en torno de Bernal cuando ocurrió el accidente, las declaraciones recibidas en el proceso no llevarían a hacer individualmente responsable del hecho a una de aquellas personas en particular, porque el accidente ocurrió debido acaso a una serie, desde luego no delictuosa, de factores. Mas la responsabilidad civil se carga no sobre una o varias de aquellas personas naturales, sino sobre la entidad jurídica Colegio de Boyacá que aun cuando no es sujeto de inculpación penal, sí debe responder en el campo civil por los daños provenientes de la deficiente vigilancia del establecimiento, y de la falta de coordinación aun eventual o transitoria entre los superiores y los alumnos o de los superiores entre sí.

Puede darse por probado que el Rector del Colegio y el profesor del curso hicieron repetidas advertencias y admoniciones a los alumnos sobre los peligros que la máquina ofrecía; pero es lo cierto que si los alumnos las quebrantaban a la vista de los superiores, también resulta manifiesta una culpable incapacidad del Colegio para hacer efectiva la obediencia de los alumnos a las órdenes de sus superiores.

En todo caso, cuando ocurrió el accidente cuya indemnización se persigue en este juicio, el profesor o el superior que tenía las llaves de los candados de la máquina había abierto las cerraduras que impedían el funcionamiento de ella, y sin embargo de ser ésta de peligroso manejo, el profesor no se hallaba presente, según lo confiesa o declara él mismo.

La sentencia recurrida hace hincapié en el dictamen de peritos como demostrativo de que la máquina es innocua. Y el mismo Magistrado sustanciador que practicó la diligencia de inspección

ocular quiso dar testimonio personal de ello manejándola sin que le causara daño, y así lo expresa en el acta de aquella diligencia. A esto observa el recurrente que la inexperiencia y fogosidad del muchacho lesionado no pueden medirse "con la ponderación de que hizo gala el señor Magistrado"; y en otro lugar de la demanda de casación dice, con razón, en concepto de la Corte, lo siguiente: "La planeadora puede estar montada con toda la técnica que es de desearse, pero ello en nada disminuye la responsabilidad por culpa de quien la entregó aventuradamente a una agrupación de fogosa e inexperta juventud... en condiciones no aptas para la seguridad personal de los jóvenes e inquietos operadores".

La culpa directa que incumbe al Colegio demandado lo hace responsable al tenor del artículo 2356 del Código Civil que el recurrente señala como violado por la sentencia y que en realidad lo fue a consecuencia de la falta de apreciación de pruebas esenciales, y el manifiesto error de haber estimado que la prueba testimonial demuestra que el demandado sí prestó el debido cuidado y vigilancia, siendo así que aun el mismo acervo de declaraciones reunido por el Colegio hace ver que tal cuidado y vigilancia se limitó a decir a los alumnos sobre lo peligroso de la máquina, pero que aquél no puso en práctica los medios coercitivos para impedir el uso de la misma, con la debida vigilancia, al menos en el día y hora en que el menor Eduardo Bernal fue víctima del accidente.

Por otra parte, no era el debido cuidado o vigilancia lo que al demandado incumbía probar, puesto que las partes y el sentenciador aceptan que este caso se gobierna por la presunción de culpa.

La única manera de exonerarse de ésta era demostrar la culpa de la víctima o la intervención de un elemento extraño como productor del accidente. Y no se demostró ni el caso fortuito ni una culpa tal del menor que sea suficiente para estimar que hubo completa compensación de culpas.

La culpa o imprudencia de la víctima, aun cuando se trate de un menor, puede exonerar de responsabilidad a quien fue causa del daño (por obra propia o por el hecho de las cosas inanimadas), según lo explicó la Corte en sentencia de casación de 15 de marzo de 1941.

En dicha providencia dijo esta Sala que la incapacidad de los menores de diez años y de los dementes para cometer delito o culpa, se refiere solamente a estos hechos ilícitos como fuente de obligaciones civiles; pero no a la imprudencia del menor, objetivamente considerada y como circunstancia concurrente a la producción del daño de que ha sido víctima el mismo menor o demente. Pero ese fallo de casación advierte que hay, sin embargo, casos en que no debe tenerse en cuenta la imprudencia del menor lesionado, dadas las circunstancias en que el accidente haya ocurrido. (G. J. Tomo 50, pág. 794).

De tiempo atrás se suscitó, ante los Tribunales y entre los expositores, la cuestión de si el institutor que es responsable del daño causado a terceros por los alumnos que están bajo su cuidado, lo sería también por el daño que el alumno se cause a sí mismo.

Aclarado el punto de que no es el profesor, en general, sino el establecimiento mismo de enseñanza, quien debe responder de los daños que los educandos ocasionen por una falta de vigilancia, la jurisprudencia se inclinó en el sentido de que la responsabilidad del instituto docente no podía extenderse, como regla general, a los daños que el alumno cause en su propia persona.

El artículo 2347 del Código Civil, que el recurrente señala como violado también, estatuye que los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso; y que cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Para no caer en extremos al apreciar la responsabilidad civil de los establecimientos de educación por los hechos de sus alumnos, conviene distinguir acerca de las circunstancias de hecho en que haya ocurrido el daño causado, pues si lo ha sido, por ejemplo, por motivo enteramente ajeno a las finalidades del establecimiento, o a pesar de una efectiva vigilancia, no sería equitativo exigir de éste responsabilidad. Pero la responsabilidad de los institutores por el hecho de sus discípulos puede tener una particular comprobación en la existencia de riesgos dentro del establecimiento, puesto que aquélla se origina en la relación de dependencia y en la especial obligación de educarlos y vigilarlos para que no hagan daños a otros ni se lo causen a sí mismos, reforzada, además, por la consideración de la con-

fianza que los padres de familia depositan en los directores de colegio y profesores, confianza que impone a éstos más rigurosas obligaciones de cuidado.

En el caso de que ahora se ocupa la Corte, a más de la presunción de culpa se halla positivamente establecida la **falta de vigilancia,** y así, no hay duda acerca de la responsabilidad del Colegio, porque se trata de actividades ejercitadas durante la clase, por motivo de ésta, y cuando no sólo el que fue víctima sino varios otros muchachos estaban en la misma actitud imprudente: la imprudencia era, en este caso, la de dejarlos solos y **no** impedir eficazmente el uso atropellado de la peligrosa máquina.

Esta última consideración permite también contemplar la responsabilidad del Colegio en el presente caso, ante el artículo 2347 del Código Civil, pues si bien es verdad que fue la propia víctima quien se causó el daño a sí misma en la máquina, no es menos cierto que a la producción de tal hecho contribuyó en forma apreciable la aglomeración de los alumnos, y por el hecho de éstos es responsable el Colegio.

No sería equitativo decidir que en el caso del menor Bernal Velásquez, la posible falta de prudencia por parte del mismo alcance a configurar una concurrencia de culpas, en medida que llegue a compensar la que sin duda es imputable al Colegio, pues en la ocurrencia del hecho mediaron las siguientes circunstancias: a) El daño se causó por el uso de una máquina que no era indispensable para la enseñanza, máquina que el Gobierno suministró equivocadamente al Colegio, según concepto de este mismo quien solicitó el cambio de ella por otros objetos; b) El Rector siempre la consideró peligrosa para los alumnos, según se deduce de las pruebas del mismo demandado sobre las advertencias hechas a los alumnos, y las múltiples precauciones que se quisieron tomar para que el manejo de la máquina no se hiciera sino en presencia del profesor y despejado de alumnos el campo de ejercicio; c) El daño ocurrió durante la clase, por motivo de ésta y en el momento en que no se hallaba el Profesor al frente de sus alumnos y éstos se amontonaban sobre la máquina, es decir, había verdadero desorden; d) La máquina era propia para labores (o aprendizaje) de carpintería o ebanistería, oficio que, al parecer, no estaba aprendiendo el grupo de muchachos en que Bernal formaba; Eduardo, por ejemplo, se proponía tan sólo afinar una reglita cuando la máquina le cercenó los dedos de la mano; e) La edad de la víctima, comprobada en el proceso, era apenas la de quince años.

En suma, y para el caso concreto de que hoy se trata, puede aceptarse que teóricamente el Colegio de Boyacá deseó evitar que la famosa máquina produjera daños a los alumnos; pero es lo cierto que no se pusieron prácticamente los medios suficientes para impedirlo; se pensó en mantener cerrada la máquina y se previno de palabra a los alumnos, pero no se vigiló suficientemente la obediencia de éstos; la máquina estuvo abierta y funcionando, ausente el Profesor, y esta falta de vigilancia da por sí sola lugar a la responsabilidad, sin que el descuido de la persona o entidad obligada a prestar la vigilancia pueda compensarse totalmente por el tanto de imprudencia de la víctima, como la misma ley lo prevé.

El artículo 2357 del Código Civil dice así:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Hace ver el texto legal transcrito cómo aun mediando hasta cierto punto la imprudencia de la víctima, no queda, sin embargo, exonerada de responsabilidad la persona que debe prestar las obligaciones consecuentes a la culpa. Subsistiendo entonces la obligación de indemnizar los perjuicios, la ley permite que se reduzca equitativamente el **quantum** de la indemnización.

De todo lo expuesto se deduce:

A) Que el Tribunal sentenciador incurrió en error manifiesto en la apreciación de pruebas;

B) Que ese error lo indujo a quebrantar el artículo 2356 del Código Civil, disposición legal sustantiva que el recurrente señala como violada y que efectivamente lo fue;

C) Que, en consecuencia, el recurso prospera y la Corte debe proferir el fallo que reemplace al infirmado.

Sentencia de instancia

Los considerandos en virtud de los cuales prospera el recurso, sirven, a la vez de motivación para el fallo de instancia que la Corte debe pronunciar, porque, demostrado como queda que el menor Eduardo Bernal Velásquez sufrió un daño en su persona por culpa de la entidad demandada, culpa en que ésta incurrió y por la cual debe responder al tenor del artículo 2356 del Código Ci-

vil, aquélla debe ser condenada al pago de los perjuicios consiguientes.

El actor demandó en nombre propio, como padre de Eduardo Bernal y también para éste y como representante legal del mismo por ser menor, representación que acreditó en la segunda instancia del juicio.

Al demandar estimó el total de los perjuicios materiales y morales, sufridos por el menor y por su familia, en cinco mil pesos ($ 5.000.00); y en el término de pruebas de la segunda instancia solicitó el correspondiente avalúo pericial, pero el avalúo no se practicó. Debido quizá a tal omisión, en su demanda ante la Corte ha pedido el recurrente que al invalidar el fallo, y si no se dispone el pago de la suma fijada en el libelo, se haga una condenación **in genere**, "a efecto de remitir el avalúo al incidente consecuencial (artículo 553 del C. J.)"

En esta forma se hará la condenación, la cual comprenderá tanto los perjuicios materiales como los morales. La existencia de aquellos resulta demostrada por el hecho mismo de la mutilación en parte de dos dedos de la mano de Eduardo Bernal, lesión que de suyo disminuye la aptitud o capacidad para los menesteres de la vida en general y también especialmente para ciertas actividades de trabajo. Y en cuanto a los perjuicios morales, es de igual manera obvio que el daño causado por la mutilación afecta moralmente a quien la padece, y más, cuando es tan visible el defecto físico que así merma la integridad corporal.

En repetidos fallos de la Corte, principalmente en algunos proferidos por la Sala de Negocios Generales, se ha condenado al pago de perjuicios morales causados por una desfiguración u otra lesión física como la que ha motivado el pleito sobre el cual se profiere hoy sentencia.

Al apreciar el valor de los perjuicios se tendrá, pues, en cuenta la incapacidad que en general cause a la víctima el daño que sufrió, y la incapacidad relativa al ejercicio de ciertas profesiones y artes, y los demás elementos y circunstancias enunciados en el libelo; y el monto así calculado que no podrá pasar de cinco mil pesos ($ 5.000.00), suma fijada en éste, estará sujeto a reducción, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2357 del Código Civil.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco y en su lugar, revocando la de primera instancia, proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito del mismo nombre, resuelve:

1º Condénase al Colegio de Boyacá, representado en este juicio por su Síndico señor Lorenzo Infante, a pagar a Eduardo Bernal Velásquez, representado por su padre el doctor Ramón Bernal Azula, los perjuicios materiales y morales causados a dicho menor por la mutilación de dos dedos de la mano izquierda;

2º La condena por perjuicios morales se fija en un mil pesos ($ 1.000.00);

3º El monto de los perjuicios materiales se determinará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, y para hacer tal determinación se tendrán como bases las expuestas en la parte motiva de la presente sentencia;

4º El total de los perjuicios materiales y morales no podrá exceder de la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) a que se limitó el demandante en su libelo; y en dicho total quedan incluídos los perjuicios sufridos por el padre;

5º Del total en que queden apreciados los perjuicios materiales y morales se deducirá una cuarta parte (artículo 2357 del Código Civil).

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

CONTRATO DE TRABAJO. — INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO

La justicia del trabajo es privativa y la acción de perjuicios está separada de esa jurisdicción, en forma excepcional, por el artículo 12 de la ley 6ª de 1945. Pero este artículo fue modificado por el artículo 3º de la ley 64 de 1946 que atribuye a la justicia del trabajo "la acción correspondiente a la indemnización por incumplimiento de los contratos de trabajo". La justicia ordinaria ha quedado separada del conocimiento de lo atañedero al contrato de trabajo, no desde el primer momento, o sea el de iniciación de la jurisdicción especial de este orden y nombre, pues desde entonces siguieron adscritos a aquella asuntos de esta clase, entre otras razones por no estar todavía creadas y organizadas las autoridades y oficinas de la nueva institución; de suerte que ha sido paulatinamente como ésta se ha venido completando. Así, por ejemplo, aun ya vigente la ley 6ª de 1945 dispuso la 75 del mismo año que se reconociera a los jueces municipales y de circuito y a los tribunales superiores de distrito judicial el carácter de jueces y tribunales del trabajo, para los efectos indicados en su artículo 4º "mientras no se hagan las designaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley" (la 75). Esas designaciones son las de los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo. Como se ve, esta providencia del artículo 4º es provisional y temporal. Hechas ya esas designaciones y organizados como están estos Tribunales, de conformidad con la ley 75 y la 26 de 1946, no le corresponde a la Corte el conocimiento de este asunto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Luis Ortiz U. y el Banco de Colombia de esta ciudad, debidamente representado, celebraron, según documento privado suscrito en Londres el 28 de junio de 1929, un contrato en cuya virtud se obligaron el Banco a emplear a Ortiz y éste a servirle en alguno o algunos de los cargos allí aludidos, como secretario, sub-gerente, contador, etc., con una remuneración anual de libras esterlinas 700 pagadera en contados mensuales, con las vacaciones acostumbradas por el Banco y con los viáticos de venida a Colombia y de regreso a Londres al expirar el plazo, que fue de tres años, prorrogables por otros tres en cuanto antes de finalizar aquéllos ninguna de las partes hubiera manifestado a la otra su intención de retirarse o terminar. Se contarían desde que Ortiz entrara en funciones, lo que ocurrió el 19 de septiembre de ese año.

Venció el primer trienio sin tal aviso, por lo cual quedó en firme el segundo, y al vencerse éste no hubo entre las partes aviso alguno ni nuevo contrato expreso, y la situación en el hecho siguió igual, es decir, ocupando Ortiz a partir del 19 de septiembre de 1935 el mismo puesto que venía desempeñando hasta la víspera y pagándole el Banco el mismo sueldo mensual, hasta que éste le hizo saber a aquél que no seguía ocupándolo, en carta de 3 de febrero de 1936 a que acompañó un cheque por los $ 1.880.78 de su cesantía. A la sazón se hallaba Ortiz en sus vacaciones, que se habían acumulado y que terminaron el 12 de marzo subsiguiente. Ortiz no aceptó ese pago porque en su sentir la liquidación debía incluír el cambio de la moneda inglesa por la colombiana.

El 2 de junio del mismo año, invocando el artículo 18 de la Ley 10 de 1934, entabló Ortiz en el Juzgado 2º Civil de este Circuito juicio verbal contra el Banco demandando la cesantía liquidada como acaba de decirse y el pago de la diferencia entre lo que había recibido por sueldos en moneda colombiana y lo que a ellos correspondía incluyendo el cambio de la libra esterlina, más los intereses sobre esa diferencia en cada mensualidad desde su fecha; asímismo demandó los viáti-

cos de regreso a Londres y la indemnización de los perjuicios causados por el despido.

El Juzgado absolvió en sentencia de 3 de noviembre de ese año (1936). Apelada, el Tribunal Superior la revocó en la de 30 de noviembre de 1937 que condenó al Banco a pagar por cesantía los referidos $ 1.880.78 y, absteniéndose de resolver las demás súplicas por no corresponder a esa actuación, dejó a salvo al actor las acciones que creyese le competían.

Con estos antecedentes presentó Ortiz el 30 de septiembre de 1941 la demanda inicial del presente juicio ordinario, cuya primera instancia cursó en el Juzgado 8º Civil de este Circuito, donde se cerró con fallo de 7 de diciembre de 1943; y la segunda, por apelación de ambas partes, en dicho Tribunal, quien decidió el 13 de abril de 1946.

Pide en esta demanda Ortiz se declare incumplido por el Banco, con su despido intempestivo e inmotivado, el contrato que Ortiz afirma estar vigente para entonces, y que se condene a su demandado a pagarle los perjuicios materiales y morales que con ello le causó, y renueva también su solicitud de pago de viáticos de regreso y de la aludida diferencia, con sus intereses, en los pagos mensuales de su remuneración. De esto último fue absuelto el Banco en Juzgado y Tribunal; pero ambos lo condenaron en lo demás y declararon a su cargo el incumplimiento del contrato conceptuando que éste estaba vigente cuando sobrevino el despido, porque se había prorrogado tácitamente por otros tres años. Los viáticos de regreso quedaron fijados en $ 1.000, y en cuanto a perjuicios el Tribunal condena al Banco a pagar a Ortiz $ 10.815 por los materiales y, por los morales objetivados, lo que se fije en la tramitación del art. 553 del C. J. Además, lo condenó en las costas de ambas instancias.

El Banco interpuso casación, recurso que recibió su tramitación legal. La Sala lo declaró admisible por interpuesto oportunamente por persona hábil contra sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior en juicio ordinario. Aunque en esa ocasión hubo de meditar si el contrato era de trabajo o de arrendamiento de servicios ventilable ante la justicia ordinaria, observó que, figurando entre las súplicas la indemnización de perjuicios y habiendo quedado reservada para esta justicia esa acción por el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, no podía desde luego negar la admisión y que los problemas a que se está aludiendo, así como el de si esa acción había de ventilarse en vía ordinaria o por procedimiento verbal, eran para estudiados y decididos, no en aquella providencia, sino a la hora de sentenciar o, para mejor decir, de indagar ante todo si le asiste jurisdicción a este fin.

Llegada tal oportunidad, se encuentra en primer lugar que el contrato es de trabajo (Ley 6ª de 1945, artículo 1º) y Ortiz empleado del Banco (Ley 10 de 1934, artículo 12). Esto significa desde luego que las varias súplicas de la demanda son del resorte de la justicia del trabajo, que es privativa (artículo 58 de la citada Ley de 1945), sin más salvedad que la atinente a la acción de perjuicios, separada de esa jurisdicción en forma excepcional por el artículo 12 de la misma Ley 6ª, ya citada.

Y acontece que éste fue modificado por el artículo 3º de la Ley 64 de 1946 que atribuye a la justicia del trabajo "la acción correspondiente a la indemnización por incumplimiento de los contratos de trabajo", lo que indica que esa súplica tampoco corresponde ya a la justicia ordinaria. Es verdad que una ley nueva no abarca los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que estuvieren iniciadas bajo la ley anterior que ella modifica, las que se regirán por ésta (Ley 153 de 1887, artículo 40); pero esta salvedad versa sobre lo concerniente a ritualidades de la tramitación, y hay que tener presente la diferencia entre eso y algo tan fundamental como es la jurisdicción y la competencia.

La justicia ordinaria ha quedado separada del conocimiento de lo atañedero al contrato de trabajo, no desde el primer momento o sea, el de iniciación de la jurisdicción especial de este orden y nombre, pues por entonces siguieron adscritos a aquélla asuntos de esta clase, entre otras razones por no estar todavía creadas y organizadas las autoridades y oficinas de la nueva institución; de suerte que ha sido paulatinamente como ésta se ha venido completando. Así, por ejemplo, aun ya vigente la Ley 6ª de 1945, dispuso la Ley 75 del mismo año se reconociera a los Jueces Municipales y de Circuito y a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el carácter de Jueces y Tribunales del Trabajo, para los efectos indicados en su artículo 4º, "mientras no se hagan las designaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley" (la 75). Esas designaciones son las de los Magistrados de los Tri-

bunales Seccionales del Trabajo. Como se ve, esta provisión del artículo 4º es provisional y temporal.

Hechas esas designaciones ya y organizados como están estos Tribunales, de conformidad con dicha Ley 75 y la 26 de 1946, y desaparecida la inconveniente dualidad de jurisdicciones a que dio lugar lo que sobre acción de perjuicios había establecido el citado artículo 12 de la Ley 6ª, no cabe duda sobre que esta Sala carece de jurisdicción para decidir en el presente juicio, pues si de tiempo atrás ya le eran extrañas las varias súplicas de la demanda distintas de la indemnización de perjuicios, ésta también ha venido a serle ajena.

Así las cosas, se impone cumplir el mandato del artículo 68 de la Ley 6ª tantas veces citada aquí, el que dice: "Los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del trabajo, de que vengan conociendo los jueces ordinarios, pasarán, en el estado en que se hallen, a los Tribunales del Trabajo tan pronto como éstos se organicen".

Aun antes de esa ley y, por tanto, de las posteriores a ella aquí mencionadas, esta Sala había reconocido la prevalencia de las disposiciones sobre jurisdicción del trabajo en asuntos de este ramo. Así, por ejemplo, en sentencia de 31 de mayo de 1940 (G. J. Tomo XLIX, págs. 504 a 510), a cuya doctrina se ajustaron otras después sobre esos temas. En la de 17 de agosto de 1943 (G. J. Tomo LVI, págs. 53 a 57), se lee: "Plantéase de esta manera a la Corte, una vez más, la cuestión jurisdiccional ya decidida en las diversas ocasiones en que ha estudiado este problema", y refiriéndose en seguida de modo especial a la circunstancia de haberse admitido el recurso y, por ende, reservado el problema para la hora de fallar, agrega: "Dentro de este ángulo de apreciación del caso se impone, por encima de las acusaciones propiamente dichas y con preferencia de estudio que le corresponde, la materia relacionada con la jurisdicción de la Corte, planteada por uno de los recurrentes en forma completa, debatida desde el comienzo del juicio, y en cuya decisión previa hay un interés no simple formal sino de esencia...".

La tesis sostenida por la Sala en esos fallos y los otros en los casos análogos aludidos, cobra mayor relieve y prenda de acierto con las disposiciones legales dictadas después y citadas aquí, que obligan a reconocer su incompetencia en tales asuntos, de cuya clase es el presente.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declara su incompetencia para decidir en este juicio y ordena enviar el expediente al Tribunal Supremo del Trabajo.

Notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Ofl. Mayor en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS. — MOTIVOS DE CASACION

El motivo 2º del artículo 520 del Código Judicial procede cuando no hay consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes. Sabido es que ello sobreviene cuando se falla sobre algo no pedido o más allá de lo pedido o se deja de fallar sobre acción o excepción; pero no puede consistir en que la sentencia no satisfaga a tal o cual de las partes.

El motivo 1º consiste en violación de ley sustantiva directamente o por error en la apreciación de las pruebas. El recurrente debe señalar las disposiciones quebrantadas y el concepto en que lo hayan sido y, en su caso, precisar el aludido error y singularizar las respectivas pruebas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora Eloísa Robledo de Hoyos abrió en la Caja Colombiana de Ahorros en su oficina de esta ciudad una cuenta en que hizo varios depósitos y de la cual aparece ella retirando el 14 de octubre de 1943 la suma de $ 2.572, lo que aconteció porque su hijo menor Iván, falseando el armario donde ella tenía guardada la libreta y su tarjeta de identidad, se presentó a la Caja, formuló con firma de ella autorización y petición de retiro de esta cantidad, a que la Caja atendió girando a favor de ella un cheque a cargo del Banco de la República en que aquél (Iván) puso la firma de la señora y así hizo efectivo.

Hallando imprudencia y descuido en la conducta de la Caja, que no confrontó firmas ni opuso obstáculo a esa maniobra, la señora la demandó para que en vía ordinaria se la condene a pagarle aquella cantidad con sus intereses y la de $ 3.000 en que estima los perjuicios causados, así como las costas del juicio y "el valor correspondiente a la libreta".

Admitida la demanda en abril de 1945 y surtida la instancia en el Juzgado 8º Civil de este Circuito, se dictó allí sentencia el 27 de octubre del mismo año que condena a la Caja a pagar a la demandante los $ 2.572 y sus intereses y la absuelve de los demás cargos.

Por apelación de ambas partes cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien le puso fin el 5 de octubre de 1946 con sentencia que revoca la apelada y absuelve a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

Contra este fallo interpuso casación el abogado de la demandante, recurso que recibió su tramitación legal y hoy se decide.

El Tribunal absuelve porque no halla culposa la conducta de la Caja, a más de lo cual observa que la mala conducta del hijo imponía a la madre especiales precauciones, que no tuvo y antes descuidó la libreta y su tarjeta de identidad, y no avisó prontamente a la Caja lo realmente hecho por Iván.

Como demanda de casación el abogado recurrente presentó un breve escrito en que dice invocar los motivos 1º, 2º y 3º del artículo 520 del C. J., sin determinar por qué los aduce ni en qué se funda, al extremo de que en rigor de verdad no hay demanda de casación legalmente hablando y de que por no haber transcurrido el término sin escrito alguno no se aplica el artículo 532 del C. J.

El motivo 3º ocurre cuando la sentencia contiene "en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias que subsisten a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración". Y aquí no se pidió aclaración, ni cabe siquiera pensar en contradicciones dentro de una parte resolutiva limitada a revocar la sentencia del Juez y a declarar la absolución del demandado.

El motivo 2º procede cuando no hay consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes. Sabido es que ello sobreviene cuando se falla sobre algo no pedido o más allá de lo pedido o se deja de fallar sobre acción o excepción; pero no puede consistir en que la sentencia no satisfaga a tal o cual de las partes. Los términos de la dictada por él Tribunal, a que acaba

de aludirse, descartan la pertinencia de ese motivo.

El motivo 1º consiste en violación de ley sustantiva directamente o por error en la apreciación de pruebas. El recurrente debe señalar las disposiciones quebrantadas y el concepto en que lo hayan sido y, en su caso, precisar el aludido error y singularizar las respectivas pruebas. Todo esto brilla por su ausencia aquí, pues respecto de pruebas simplemente dice el mencionado escrito que se han violado las disposiciones "pertinentes a las probanzas sobre cuentas bancarias y de ahorros, documentos públicos y privados". Y agrega: "También aquellas otras que a juicio de la H. Corte Suprema debieran aplicarse". Y respecto de leyes sustantivas, se limita a decir que "se han violado las disposiciones citadas como fundamentos de derecho en la demanda original". Y lo que sobre esto dice esa demanda se contiene en este párrafo: "Se apoya la presente demanda en el Cap. I, Libro 4º, Título 31 y disposiciones concordantes del Código Civil; en el Capítulo VI, artículo 112 y siguientes de la Ley 45 de 1923 y en el Libro II, Título XVIII, Capítulo II del C. Judicial".

Nada más lejano de lo que como demanda de casación ha de entenderse ante el precepto del artículo 531 del C. J. Un escrito como el presentado a manera de tal demanda, tan desprovisto de los elementos básicos indispensables, no da asidero para estudio alguno de fondo, y prácticamente deja sin acusación alguna el fallo contra el cual se recurrió.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cinco de octubre último.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO. — SEGUNDA CAUSAL CONTEMPLADA POR EL ARTICULO 567 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.—CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD. MODALIDADES DE LA EJECUCION DEL HECHO CRIMINOSO.—SU APRECIACION POR EL JUEZ DE DERECHO

1. — La segunda causal contemplada por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal carece de pertinencia en los juicios en que ha intervenido el Jurado, como reiteradamente lo ha dicho la Corte.

2. — Si se admite que la peligrosidad desempeña un papel de criterio de punibilidad, ésta, la punibilidad, hace a su vez de medida para individualizar la sanción. Porque la peligrosidad no sirve para fundar la responsabilidad, sino que funciona como instrumento para graduar la sanción dentro del máximo y el mínimo establecidos para cada delito en el Código. Si todo delito tiene sus características especiales que hacen parte de su naturaleza y de su esencia y sin las cuales se transforma en otro o se desvirtúa, es claro que estas características que tipifican la infracción deben haberse reconocido por el juzgador previamente. No sucede lo mismo con aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que se refieren a modalidades de la ejecución criminosa sin capacidad transformadora de la acción, y a condiciones personales y predelictuales del acusado. Estas son — como lo dice el señor Procurador — de la libre apreciación del Juez de derecho al dictar la sentencia y ellas se escapan a las atribuciones del Jurado, que no impone penas sino que juzga un hecho determinado y concreto, y afirma o niega una precisa responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, en la finca denominada "El Cielo", situada en Puerto Mosquitos, jurisdicción de Gamarra, Teófilo Salazar solicitó de José del Carmen Guerrero sus servicios en alguna faena de agricultura, a la que, según parece, se había comprometido éste, quien se negó acompañando su actitud con palabras descomedidas. Salazar le inquirió sobre el sentido de esas expresiones y acto seguido le volvió la espalda. En este momento Guerrero le asestó una puñalada que le causó la muerte al agredido Salazar.

Por tal hecho fue llamado a responder en juicio criminal José del Carmen Guerrero, puntualizándose en el auto de proceder del Juez 1º Superior de Santa Marta que el infractor había obrado "con sevicia y cuando la víctima estaba indefensa, puesto que esperó a que el occiso le volteara la espalda para asestarle por detrás las heridas que le causaron la muerte".

En la audiencia pública, celebrada el catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el jurado contestó afirmativamente, pero con una salvedad respecto de la segunda, las dos cuestiones que propuso el presidente de la misma.

Versó la primera sobre la responsabilidad del procesado en cuanto al hecho en sí. La otra está concebida en estos términos:

"El acusado José del Carmen Guerrero ejecutó los hechos por los cuales se os ha preguntado, con sevicia y cuando la víctima estaba indefensa?"

Respecto de esta segunda cuestión la respuesta del Jurado fue la siguiente:

"Sí, sin sevicia".

En esta exclusión consistió la salvedad de que antes se habló.

De acuerdo con el anterior veredicto, que dejó en pie uno de los elementos intensificador del **ánimus necandi** (la indefensión), el Juez condenó a José del Carmen Guerrero a la sanción principal de quince años de presidio, sentencia que el Tribunal Superior de Santa Marta confirmó en la suya de siete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el procesado, y su asesor judicial ante la Corte, doctor Jesús Estrada Monsalve, lo sustentó por medio de una demanda en la cual invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

No sólo porque la segunda de estas causales carece de pertinencia en los juicios en que ha intervenido el jurado, como reiteradamente lo ha dicho esta Sala, sino las razones que el demandante ofrece para fundar las tres causales descansan en el mismo argumento, basta examinar una de ellas —la 3ª, por ejemplo— que trata del desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Fundamentos de la acusación

El demandante encuentra la sentencia en pugna con el veredicto, y al mismo tiempo erradamente individualizada la sanción, porque si el jurado no reconoció que en el homicidio hubieran concurrido ni la insidia, ni la asechanza, ni la alevosía, ni el envenenamiento, ello quiere decir que la indefensión que aceptó no es la específica del artículo 363 del Código Penal, sino la genérica del artículo 37 (numeral 6º).

Esta tesis, que es la cardinal y única del escrito de acusación, la sintetiza el demandante así:

"..... cada una de esas circunstancias (la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento) ha de haberse afirmado concreta y categóricamente..... Al sindicado no se le puede imputar, en otras palabras, la indefensión o inferioridad de la víctima, para clasificar el homicidio como asesinato, sino cuando esa indefensión o inferioridad ha sido **específica** habiendo consistido, verbi gracia, ya en la insidia, ya en la asechanza, ya en la alevosía, ya en el envenenamiento".

De ahí deduce que, como al jurado no se le preguntó acerca de una determinada especie de indefensión, sino en forma genérica, puesto que la indefensión es término extensivo dentro del cual se comprende alguna de las circunstancias que la misma ley al referirse al asesinato, señala, no debió aplicarse en el fallo el artículo 363 sino el 362 del Código Penal.

Concepto del Ministerio Público

Principia el señor Procurador Delegado en lo Penal por admitir que es cierto que hay diferencia sustancial entre las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en el artículo 37 del Código Penal y aquéllas otras indicadas en el artículo 363 que modifican el delito de homicidio convirtiéndolo en la figura conocida con el nombre de asesinato.

Las primeras son — dice el Procurador — de la libre apreciación del Juez en el acto de dictar la sentencia; mientras que las segundas concurren a agravar el homicidio.

Luégo pasa a hacer la distinción entre lo que se entiende por **dificultad** para la defensa (caso del numeral 6º del artículo 37) y la indefensión (caso del numeral 5º del artículo 363). Conceptos éstos que no pueden confundirse, puesto que no es lo mismo dificultarle a la víctima los medios de defensa que sorprenderla sin ella. En el primer supuesto no hay propiamente estado de indefensión, sino defensa disminuída, como quien dice que el sujeto pasivo del delito sí tuvo oportunidad de repeler la agresión, mientras que en el segundo supuesto la víctima careció de esa oportunidad y el infractor se aprovechó de tal situación.

Cita después el señor Procurador un concepto emitido en la casación de Alfonso Ceballos Rojas, en el cual se define un punto análogo, expresándose que lo fundamental para considerar como asesinato el homicidio es que el delincuente sorprenda indefensa a la víctima y que esa indefensión sea conocida por aquél, sin que sea necesario que concurra una serie de actos pérfidos y cautelosos tendientes a conseguir esa inferioridad del agredido. Porque si así fuera no habría puesto el legislador como ejemplo de esa figura (indefensión) la alevosía.

Transcribe igualmente la parte pertinente de la sentencia de nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, pronunciada por esta Sala en la cual se acoge íntegramente la anterior opinión.

En síntesis, sostiene el Jefe del Ministerio Público en el ramo penal que es indiscutible que a José del Carmen Guerrero se le imputó un delito agravado de homicidio y que el jurado — aun

cuando prescindió del elemento **sevicia** — no por ello desnaturalizó la figura delictuosa mencionada. Y concluye así:

"Por tanto, si el auto de proceder y la respuesta de los jueces de hecho aluden a una indefensión de la víctima como modalidad específica del homicidio, esto es como constitutiva de asesinato y no simplemente como factor asesorio de mayor peligrosidad, es soberanamente claro que el Tribunal tenía que aplicar y aplicó el artículo 363 del Código. Si así no lo hubiera hecho, la sentencia estaría en claro desacuerdo con el enjuiciamiento y con el veredicto".

Como corolario de lo expuesto, pide que no se case la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Marta.

Se considera:

Si se admite que la peligrosidad desempeña un papel de criterio de punibilidad, ésta, la punibilidad, hace a su vez, de medida para individualizar la sanción. Porque la peligrosidad no sirve para fundar la responsabilidad, sino que funciona como instrumento para graduar la sanción dentro del máximo y el mínimo establecidos para cada delito en el Código.

Si todo delito tiene sus características especiales que hacen parte de su naturaleza y de su esencia sin las cuales se transforma en otro o se desvirtúa, es claro que estas características que tipifican la infracción deben haberse reconocido por el juzgador previamente. No sucede lo mismo con aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que dicen relación a modalidades de la ejecución criminosa sin capacidad transformadora de la acción, las condiciones personales y predelictuales del acusado. Estas son — como lo dice el señor Procurador — de la libre apreciación del juez de derecho al dictar la sentencia, y ellas se escapan a las atribuciones del jurado, que no impone penas sino que juzga un hecho determinado y concreto, y afirma o niega una precisa responsabilidad.

Así, cuando en el auto de proceder se hizo expresa mención de la sevicia y de la carencia de defensa del ofendido, el juez no estaba aludiendo a una "peligrosidad genérica" del procesado sino exactamente a una modalidad que agrava el homicidio. Porque tanto la sevicia como la indefensión son elementos sustanciales de lo que la ley llama asesinato.

Si el jurado suprimió una de ellas, e hizo bien, puesto que la sevicia es lo mismo que la crueldad excesiva o la fiereza de ánimo, o el encarnizamiento, lo que no puede predicarse del acto de Guerrero, no por eso es lógico concluír que estuvo en su determinación desintegrar el homicidio agravado, puesto que asintió en que el ofendido se hallaba indefenso.

¿Y qué otra cosa es acometer a alguien indefenso, sino proceder alevosamente? Porque la alevosía equivale a la traición, a actuar sobre seguro. Y herir por la espalda es herir a traición y con seguridad.

Es verdad que no siempre que se cause a otro una lesión cuando éste da la espalda existe posibilidad de sostener que la acción fue alevosa. Porque en uno de los incidentes de una riña, cualquiera de los contendores puede haber dado la espalda, en un movimiento propio del lance, y el adversario descargar el golpe o lograrlo así cuando ya estaba iniciado de frente. Pero éste no fue el caso de José del Carmen Guerrero. No había entre él y Teófilo Salazar combate alguno, ni riña principiada, ni menos trabada. Salazar le hizo un reclamo a Guerrero e inmediatamente trató de alejarse volviéndole la espalda. Fue entonces cuando Guerrero se aprovechó de esta actitud para herirlo mortalmente.

Y esto fue lo que aceptó el jurado, al afirmar que el hecho lo ejecutó Guerrero "cuando la víctima estaba indefensa".

De manera que si la sentencia se produjo de acuerdo con ese veredicto, no resulta entonces oposición entre éste y aquélla, ni, de consiguiente, se violó la ley penal al imponer una sanción que corresponde al delito que quedó explícito en la determinación del **juri.**

No están, pues, fundadas las causales invocadas y no procede, por lo mismo, la invalidación de la sentencia recurrida en casación.

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 de siete de mayo del año próximo pasado, del Tribunal Superior de Santa Marta, en la cual se condenó a José del Carmen Guerrero como autor de homicidio agravado a la sanción principal de quince años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.— CAUSAL SEGUNDA. — MODALIDADES DEL HECHO CRIMINOSO. — CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

1. — Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos previstos en los artículos 198 y 199, que enumeran las causales de nulidad, puede ella ser declarada y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la república.

2. — Los artículos 497, 498, 500 y 503 del Código de Procedimiento Penal fueron derogados por la ley 4ª de 1943, así: el 497 por el artículo 26; el 498 por el artículo 28; el 500 por el artículo 29, y el 503 por el artículo 37.

3. — La causal segunda, errada interpretación o apreciación de los hechos, no es pertinente en los juicios en que ha intervenido el jurado.

4. — Si en el auto de proceder no se hizo mención de ninguna de las situaciones previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, mal puede proponerse al jurado esas modalidades con respecto a las cuales hubiera podido pronunciarse reconociéndolas, sin embargo, el tribunal popular. De manera que no constando nada de ello en el veredicto, el Juez de derecho se habría puesto en pugna, en el caso de autos, con la determinación del JURADO al fallar sobre materias fuera del juicio y acerca de las cuales ni contestó ni fue preguntado.

5. — Basta una sola circunstancia de mayor peligrosidad para que el Juez eleve, a su arbitrio, el mínimo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de once de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a José del Carmen Castelblanco, como autor de los delitos de homicidio en Benilda Castelblanco (su tía) y lesiones en Marciano López, a diez y seis años y medio de presidio, sanción deducida de los artículos 362, 372, 33 y 34 del Código Penal.

Ambos delitos fueron causados con un punzón o destornillador, hallándose agresor y agredidos en una tienda situada en "Parras", jurisdicción de Viracachá, como a las seis y media de la tarde del nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

En esa forma el Tribunal, como lo había hecho el Juez Segundo Superior de Tunja, desarrolló el veredicto afirmativo del jurado, en la cual en la audiencia pública del diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco declaró responsable a José del Carmen Castelblanco de las dos infracciones mencionadas y negó las preguntas referentes a Catalina Castelblanco, hermana de José del Carmen y llamada a juicio como partícipe de los mismos delitos.

Contra la sentencia, cuyo contenido resolutivo acaba de resumirse, interpuso el reo recurso de casación, el cual fué sustentado en la Corte por el doctor José Hugo Soler V.

En el extenso escrito que este abogado presentó y que debió implicarle un laborioso examen del expediente, invoca las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Fundamentos de la demanda

Principia el demandante por referirse a la causal 4ª y anota los siguientes reparos: a) Que a Catalina Castelblanco (partícipe en los delitos de

acuerdo con el auto de proceder, pero absuelta en la sentencia, conforme al veredicto negativo del jurado) no se le recibió juramento respecto de los cargos que hizo a terceros en su indagatoria, con lo cual se violaron los artículos 348 del Código de Procedimiento Penal, y 21 (sic) de la Constitución Nacional; b) Que el Juez del conocimiento rechazó la práctica de unos careos solicitados por el procesado José del Carmen Castelblanco, negativa que se traduce en la violación de los artículos 448 y 449 del Código de Procedimiento Penal; c) Que a los peritos no se les exigió que ampliaran su dictamen (autopsia), lo que constituye violación del artículo 293 del estatuto procesal penal; d) Que no se dictó el auto correspondiente para formular el cuestionario que debía someterse a los jueces de conciencia, y que solamente el día de la audiencia fueron elaboradas las preguntas, con lo cual se violaron los artículos 497 y 503 del Código de Procedimiento Penal; y e) Que no se siguieron las normas indicadas en el artículo 498 del Código de Procedimiento Penal sobre formulación del cuestionario, y por lo mismo, se violó esa disposición y estas otras: 500 y 529 del Código ya citado.

Para sustentar la causal 2ª alega el demandante que hubo errada apreciación de los hechos, porque la prueba referente al cuerpo del delito es deficiente, si se atiende a que al practicarse la diligencia del levantamiento del cadáver de Benilda Castelblanco no hallaron los testigos que en ese acto tomaron parte señal alguna exterior en el cuerpo de la occisa y que indicara que su muerte se había debido a lesión distinta de la conmoción cerebral que le produjo el golpe al caer contra el suelo, y, sin embargo, en la autopsia—practicada tres días después — los peritos médicos manifestaron haber encontrado una herida causada con arma punzante, que penetró en la región toráxica y que esos peritos afirmaron que había sido causa directa de la muerte de Benilda Castelblanco.

También aduce el demandante la falta de apreciación de una circunstancia modificadora de la infracción — que no se tuvo en cuenta en el fallo — como es la de haber sido ofendido el procesado por Marciano López, esposo de Benilda Castelblanco.

Al tratar de la causal 1ª argumenta: a) que el homicidio lo cometió José del Carmen Castelblanco en estado de ira e intenso dolor, o en una riña imprevista; b) que habiendo concurrido en el acto criminoso la hermana de José del Carmen (Catalina Castelblanco), el Juez y el Tribunal estaban en la obligación de declarar el veredicto que descartó la responsabilidad de Catalina, como contrario a la evidencia de los hechos; c) que el anterior delito (de homicidio también) por el cual fue condenado José del Carmen Castelblanco y que sirvió para considerarlo como reincidente fue ejecutado en condiciones de provocado, lo que impedía aumentarle en el nuevo la sanción por ese motivo; y d) que el Tribunal sólo reconoció una circunstancia de menor peligrosidad al individualizar la sanción, existiendo varias. O sea: que se interpretaron y aplicaron erradamente los artículos 19, 28, 29, 35, 39, 40, 384 y 385 del Código Penal.

Concepto de la Procuraduría

En el mismo orden en que acaban de presentarse fueron examinadas las causales por el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien, como consecuencia del estudio que de ellas hizo, pide que no se invalide el fallo recurrido.

La opinión del Jefe del Ministerio Público puede sintetizarse así:

1º Que como la nulidad que ahora se alega no fue planteada en ningún momento ante los jueces de instancia, lo cual quiere decir que las partes ratificaron con su silencio lo actuado, juzgándolo de cualquier vicio que lo afectara, no le es posible a la Corte — en Casación — abocar el estudio de ese punto, según esta entidad lo ha sostenido en varios casos que el Procurador cita y que son: el de Delio Benítez Ordóñez (homicidio); el de Félix Alfredo Cano Morales (hurto); el de Luis E. Amaya Sarmiento (homicidio y robo); y el de Gregorio Merchán Balsa (homicidio).

2º Que lo relativo al cuerpo del delito de homicidio y a las circunstancias modificadoras de ira e intenso dolor y de riña imprevista, es materia del veredicto del jurado; por consiguiente, no habiendo éste reconocido esas modalidades y circunstancias, nada sobre el particular podrían agregarle al veredicto los juzgadores de instancia. Además — continúa el Procurador, — esta causal (la 2ª) no es pertinente en los juicios en que el jurado ha intervenido.

3º Que si es verdad que la reincidencia deducida al procesado José del Carmen Castelblanco

e fundó en un fallo anterior en el que se consi-eró a Castelblanco como provocado, sin embar-o el homicidio no se sancionó de acuerdo con los rtículos 602 a 605 del Código Penal anterior, por-ue la condición de provocado del homicida sirvió nicamente para descartar la premeditación, pe-o no para colocar al delincuente en el caso típi-o de quien infringe la ley en un acto primo, que s cuando se puede hablar de provocación y cuan-lo el delito cometido en esas circunstancias se onsidera sin capacidad para fundar una reinci-dencia.

Se considera:

Causal 4ª — Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos previstos en los artículos 198 y 199, que enumeran taxativamente las causales de nulidad, puede ella ser declarada, y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los Jueces de la República.

Y en el proceso adelantado a José del Carmen Castelblanco no se observa una de esas faltas, una de esas omisiones, uno de esos atropellos que pudieran hacer pensar que fue él vencido mediante un juicio surtido a sus espaldas y sin las formalidades sustanciales que la ley determina.

De modo que no sólo por las razones que ha expuesto el señor Procurador Delegado en lo Penal, es decir, no haberse alegado tales nulidades de carácter constitucional en las instancias, sino porque las irregularidades que anota el demandante no están establecidas con ese carácter (de nulidad) en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, resulta procedente hacer la declaración solicitada.

De esas irregularidades, la única de alguna importancia es la relativa a haber negado el Juez una diligencia de careo pedida por el procesado. Pero no debe perderse de vista que el funcionario que dirige la acción penal, que busca las pruebas concernientes a acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad, puede prescindir de cualquier diligencia que en su sentir no sea indispensable, sin que ello produzca los efectos que el demandante le concede a ese procedimiento.

Por otra parte, en la demanda se hace demasiado hincapié en disposiciones que han sido derogadas, como, por ejemplo, los artículos 497, 498, 500 y 503 del Código de Procedimiento Penal.

Disponíase en ellas, en su orden, esto: que dentro de las veinticuatro horas siguientes al dictamen de los peritos avaluadores de los daños y perjuicios, el Juez debía dictar el auto y formular los cuestionarios que iban a someterse al jurado (artículo 497); que tales cuestionarios debían acomodarse a fórmulas o normas que la misma disposición enseñaba (artículo 498); que los miembros del jurado debían contestar a cada una de las preguntas con un "Sí" o con un "Nó", sin agregar explicación de ninguna naturaleza (artículo 500); y que las partes, dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto en que se formulaban los cuestionarios, tenían derecho a pedir al Juez que se propusieran todas aquellas cuestiones que consideraran necesarias, siempre que estuvieran de acuerdo con las normas prescriptas en el artículo 498 (artículo 503).

Todas esas disposiciones fueron derogadas por la Ley 4ª de 1943, así: el 497, por el artículo 26; el 498, por el artículo 28; el 500, por el artículo 29; y el 503, por el artículo 37.

En consecuencia, es el caso de declarar infundada la causal 4ª de casación.

Causal 2ª — Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Fuera de que esta causal no es pertinente en los juicios en que el jurado ha intervenido, la crítica que el demandante le hace al proceso para sustentar dicha causal y que muy especialmente consiste en la disparidad entre la diligencia del levantamiento del cadáver de Benilda Castelblanco y la autopsia de la misma, carece de importancia. Porque el acta del levantamiento del cadáver no es una diligencia técnica, como sí lo es la de la autopsia, no sólo por las personas que concurren a ella, sino por su contenido y estudio.

Además, si los individuos que en calidad de testigos asistieron al levantamiento del cadáver no apreciaron en el cuerpo de Benilda Castelblanco las huellas o señales de la herida causada con ar-

ma punzante, ello es bien explicable, por estas razones: a) porque el cuerpo de la occisa estaba cubierto con la ropa; y b) por la naturaleza de la herida, que fue producida con un instrumento punzante.

Una lesión de esta clase puede no dejar rastros perceptibles a la simple vista, y en una diligencia de levantamiento el examen que se hace es en extremo supericial.

El mismo doctor Guillermo Uribe Cualla, citado con tanto respeto y acatamiento por el demandante, dice a este propósito en su libro "Medicina legal y psiquiatría forense", lo que a continuación se copia:

"..... Muchas veces se ven enormes sorpresas en lo relacionado con esta clase de heridas" (se refiere a las causadas con instrumentos punzantes) "porque su aspecto puede dar la apariencia de insignificancia, como sucede con las simples picaduras con punzones o agujas, que a la simple inspección son orificios de pocos milímetros, y profundamente han podido penetrar a las cavidades esplácnicas, lesionando gravemente vísceras de importancia". (Obra citada, edición de 1939, página 112).

Pero si el demandante sugiere que la herida se le causó al cadáver de Benilda Castelblanco, es decir, al cuerpo inerte de ésta, uno, dos o más días después de haber ella muerto a consecuencia del golpe que recibió al caer en la tienda de "Parras", acto que José del Carmen le atribuye a su hermana Catalina basta contestarle al demandante que las lesiones en los cadáveres no sangran. Los señores peritos expusieron en la autopsia lo que va a transcribirse:

Examinada exteriormente le encontramos hacia afuera de la tetilla izquierda, en la región correspondiente al quinto espacio intercostal, una herida de seis milímetros de longitud, producida por arma cortante y punzante que le interesó la piel, el tejido celular subcutáneo y el músculo intercostal. Abierta la cavidad toraco-abdominal encontramos al nivel del quinto espacio intercostal la continuación de la herida externa, la cual seguía un trayecto hacia atrás y hacia arriba que había interesado el pericardio y el músculo cardíaco. Dentro de la cavidad del pericardio encontramos una gran cantidad de coagulos sanguíneos y líquido sanguíneo; es de advertir que la herida había perforado el corazón entrando por el ventrículo izquierdo y saliendo a la amícula" (sic) "derecha".

Por lo que acaba de exponerse, deben desecharse los fundamentos de esta causal.

Causal 1ª. — Violación de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Hay que recordar que son cuatro los motivos que aduce el demandante para sostener esta causal: 1º que como el homicidio se cometió en estado de ira o intenso dolor, o en riña imprevista, debió darse aplicación a los artículos 28 y 384 del Código Penal, y que como así no se hizo, el artículo 362 estuvo erradamente aplicado; 2º que como el homicidio se cometió en el caso del artículo 385 del Código Penal (complicidad correlativa), el Tribunal debió declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto que descartó la responsabilidad de Catalina Castelblanco; 3º Que como el anterior delito de homicidio por el cual se sancionó a José del Carmen Castelblanco fue cometido en estado de provocación, aquella sentencia no sirve para tener como reincidente a José del Carmen Castelblanco en el nuevo delito; y 4º que sólo se reconoció una circunstancia de menor peligrosidad, habiendo varias en favor del procesado.

Si en el auto de proceder no se hizo mención de ninguna de las situaciones previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, mal podían proponerse al jurado estas modalidades, con respecto a las cuales hubiera podido pronunciarse, reconociéndolas sin embargo, el Tribunal popular. De manera que no constando nada de ello en el veredicto, el Juez de derecho se hubiera puesto en pugna con la determinación del Jurí al fallar sobre materias fuera del juicio y acerca de las cuales ni contestó ni fue preguntado.

Lo mismo debe decirse respecto de la complicidad correlativa alegada. Porque Catalina Castelblanco fue llamada a juicio como partícipe (cooperadora), es decir, por una responsabilidad concreta. Y al negar el jurado esa participación, al Juez no le era dable repartir la precisa responsabilidad de José del Carmen Castelblanco—como autor — con una responsabilidad inexistente, puesto que había sido desconocida.

Y si ni el Juez ni el Tribunal declararon contrario a la evidencia de los hechos esa parte del veredicto, seguramente se debió a que no creyeron que era susceptible de tal declaración. Pero aún en el supuesto de que el veredicto resultara

abiertamente en pugna con lo establecido en el proceso, a la Corte — en Casación — no le correspondería hacerla, porque esa es función exclusiva de los juzgadores de instancia.

José del Cármen Castelblanco había sido condenado ya en sentencia de diez y ocho de mayo y de diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y ocho, del Juzgado Segundo Superior de Tunja y el Tribunal Superior de la misma ciudad, respectivamente, a la sanción principal de siete años de presidio, de acuerdo con los artículos 587 y 600 del anterior Código Penal, por un homicidio cometido el diez de abril de mil novecientos treinta y cuatro. Este fue el fallo que se tuvo en cuenta para estimar como reincidente al mencionado reo. Y la cantidad y la calidad de la pena (presidio y no reclusión) está indicando claramente que no se trató entonces de uno de aquellos homicidios menos graves que el Código Penal de 1890 sancionaba en los artículos 602 a 605, bien porque se hubieran ejecutado en riña provocada por la víctima, o porque el delito hubiera ocurrido en el acto mismo de una provocación injusta y grave. En consecuencia, sí estuvo bien calificada la reincidencia por el Tribunal Superior de Tunja.

Finalmente hay que decirle al demandante que basta una sola circunstancia de mayor peligrosidad para que el Juez eleve, a su arbitrio, el mínimo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal. Y el Tribunal anotó varias de ellas al estudiar los antecedentes personales del procesado José del Carmen Castelblanco, según puede leerse en los siguientes párrafos de la sentencia acusada:

"..... Durante el término probatorio del juicio se tuvo noticia de que el procesado Castelblanco había sido en otras ocasiones infractor de la ley penal y al efecto, requeridos los informes del caso, se allegó la copia de las sentencias de primera y segunda instancias dictadas por el Juzgado Segundo Superior y por este Tribunal el diez y ocho de mayo y el diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y ocho por los cuales se le condenó a la pena principal de siete años de presidio como responsable del homicidio de Teófilo Pamplona ocurrido el diez de abril de mil novecientos treinta y cuatro, también en jurisdicción de Viracachá; de igual suerte, por los informes de los jueces penales de Viracachá y del Circuito de Ramiriquí se sabe que en cada una de sus oficinas cursan dos investigaciones por delitos de lesiones personales de que fueron víctimas cuatro personas distintas en los años de mil novecientos treinta y nueve y mil novecientos cuarenta y uno, y en el proceso también obran los testimonios de Adolfo Velasco y Manuel Sanabria que dan cuenta de las lesiones que este procesado en asocio de su hermana Catalina le causó a Lucrecia Castelblanco en el mismo día de los delitos que aquí se juzgan y habiéndose empleado el mismo instrumento que usó para consumar estos últimos; aparte de la comprobada reincidencia del procesado que habrá de tenerse en cuenta para la liquidación de las penas que le corresponden, obran también en su contra como circunstancias genéricas de mayor peligrosidad que agravan su delincuencia, el haber obrado en la consumación de ambos delitos por motivos innobles y fútiles, pues que su agresividad no se ve que tuviera otra causa sino el reclamo que le hicieron los ofendidos para que les pagara las tandas de guarapo que con su hermana Catalina habían ingerido aquella noche; y respecto del delito de homicidio, los deberes especiales de parentesco que tenían para con la agraviada Benilda, por cuanto según varios testimonios era sobrino de la occisa, y haber abusado de las inferiores condiciones personales de la ofendida y las circunstancias desfavorables en que ésta se encontraba, tanto por razón de su sexo femenino como porque el ataque mortal lo consumó cuando su hermana Catalina la tenía asida del pelo; y como circunstancias de menor peligrosidad solamente se hace notoria la de su falta de ilustración, lo cual indica que en la graduación de las penas, no se le podrá aplicar en ningún caso el mínimo de las sanciones correspondientes...."

Tampoco está fundada, por lo tanto, la causal primera.

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 de once de marzo de mil novecientos cuarenta y seis del Tribunal Superior de Tunja, en la cual se condenó a José del Carmen Castelblanco, como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales, a la sanción principal de diez y seis años y medio de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

La Corte estima que del recurso de casación se puede desistir, por tener ésta un carácter extraordinario y por ello requirir para su desenvolvimiento la solicitud de parte interesada, esto es, que su utilización o prescindencia es estrictamente interesada.

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

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 26 de julio del año pasado, confirmó la del Juzgado Tercero del Circuito Penal de Zipaquirá, por medio de la cual Laureano Gaitán León fue condenado a sufrir la pena principal de treinta y dos meses de prisión, por el delito de lesiones en Jorge Rodríguez.

Contra dicha providencia interpuso el procesado recurso de casación, el veintinueve de julio último. Posteriormente, en memoriales de tres de septiembre y quince de octubre, el procesado Gaitán León manifestó que desistía de dicho recurso.

El Código de Procedimiento Penal no contempla el caso de desistimiento del recurso. Pero el artículo 7º de la obra mencionada estatuye que "son aplicables al procedimiento penal ..... las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el código de procedimiento civil". Así pues, al caso en estudio le son aplicables las disposiciones del Libro II, Título XII, Capítulo VIII del código de procedimiento civil, que autoriza y reglamenta el desistimiento. El procesado no está comprendido en la prohibición que establece el artículo 465, y en cambio está cobijado en la norma general del artículo 461 que autoriza el desistimiento del recurso que haya propuesto.

La Corte estima que de la casación se puede desistir, por tener ésta un carácter extraordinario y por ello requerir para su desenvolvimiento la solicitud de parte interesada. Esto es, que su utilización o prescindencia es estrictamente voluntaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ACEPTA el desistimiento del recurso de casación de que se ha venido hablando y condena en costas al recurrente, las cuales serán liquidadas por el Tribunal Superior de Cundinamarca y comunicada la liquidación a la autoridad fiscal correspondiente para que la haga efectiva.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello B., Secretario.

ASESINATO, LESIONES PERSONALES Y ROBO. — CONTRADICCION EN EL VEREDICTO

La contradicción en el veredicto resulta de afirmar y negar a un mismo tiempo. Y el caso típico de un veredicto afectado de contradicción es el de aquel en que su primera parte, por ejemplo, acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio. Porque la contradicción de un veredicto, se repite, está en la imposibilidad de conciliar el contenido de proposiciones negativas y afirmativas, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En una de las últimas horas de la noche del diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, o en las primeras del día siguiente, varios individuos asaltaron la hacienda de "San Jerónimo", situada en el municipio del Cerrito, Departamento del Valle del Cauca. Los asaltantes, quienes indudablemente habían preparado su plan de ataque, provistos de armas de fuego y previos gritos amenazantes, rodearon la casa de la hacienda y le exigieron al dueño, don Ulpiano Barona, quien en ella se encontraba con sus hijas, que les abriera la puerta y que les entregara los valores que allí había, si no quería ser muerto. El señor Barona no se intimidó y, antes bien se preparó a defender sus legítimos derechos, comenzando entonces un tiroteo entre agredido y agresores, aquél desde adentro de la casa y éstos desde afuera, del cual resultó muerto el señor Barona, y lesionada una de sus hijas a manos de los malhechores, quienes antes de huír se hicieron entregar una suma de dinero ($ 120.00).

Con grandes dificultades se logró averiguar quiénes habían sido los individuos que tomaron parte en esos delitos; y, una vez conocidos sus nombres, el Juez Superior de Buga abrió causa criminal a Jesús María Escobar, Carlos Manzano, Arnul Manzano, Aristides Cabuyales, Absalón López, Simón Molina, Elciario Olave y Alcibiades Avila, por los delitos de homicidio, robo y lesiones personales. Este auto fue confirmado por el Tribunal Superior de Buga.

Casi un año después de haberse ejecutoriado el auto de enjuiciamiento, fue el proceso cambiado de radicación, por medio de la Resolución ejecutiva número 288 de 14 de octubre de 1942, correspondiéndole al Distrito Judicial de Tunja continuarlo y terminarlo, como así sucedió con la sentencia de segunda instancia del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, que aceptó el veredicto afirmativo del jurado respecto de los procesados López, Molina, Escobar, los Manzanos y Aristides Cabuyales, a quienes consideró como responsables de los delitos de homicidio y lesiones en los cuales concurrieron la premeditación acompañada de motivos innobles, la asechanza y la alevosía; y responsables también de robo, cometido mediante fractura de una ventana, "ejerciendo violencia sobre las personas y en un lugar despoblado y con armas".

Con relación a los otros dos procesados (Elciario Olave y Alcibiades Avila), el jurado contestó negativamente el cuestionario, y el Tribunal acató el veredicto respecto de Avila y lo declaró contrario a la evidencia de los hechos en cuanto al otro (Elciario Olave).

Tal es el contenido resolutivo de la sentencia contra la cual interpuso recurso de casación el defensor de los procesados, sancionados así: Absalón López, veintidós años de presidio; y diez y ocho años de la misma pena para Simón Molina, Jesús María Escobar, Carlos Manzano, Arnul Manzano y Aristides Cabuyales.

El recurrente, en una demanda que — según el señor Procurador Delegado — "no es un modelo de técnica", ha invocado las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del Código de Proce-

dimiento Penal, las cuales sustenta en el orden y de la manera que sigue:

Causal 1ª — Que se violó el artículo 385 del Código Penal, puesto que a todos los procesados se les condenó como autores ciertos de los delitos, a pesar de que se les había llamado a juicio como cómplices correlativos.

Causal 2ª — Que el Tribunal erró "al darle a la prueba específica del veredicto condenatorio el carácter de prueba suficiente para producir el absurdo jurídico de que haya cuatro o seis causas, con distintas individualides de homicidio, cuando físicamente no puede existir sino una sola causa".

Causal 3ª — Aquí repite el demandante el argumento presentado al referirse a la causal 1ª

Causal 4ª — La funda en que uno de los jurados, durante la audiencia pública del día 22 de febrero de 1944, al pedir al defensor la práctica de una prueba manifestó que consideraba "de sobra" esa prueba (citación de un testigo), porque él ya tenía "formado su criterio acerca de la asistencia de los procesados al lugar donde se verificaron los crímenes". Con lo cual cree el demandante que los procesados no estuvieron juzgados desprevenidamente.

Causal 7ª — A propósito de esta causal dice que como el jurado contestó que todos los mencionados sujetos eran responsables de un delito que no pudo ser cometido sino por una sola persona, el veredicto es contradictorio, puesto que "fue imposible que más de un individuo ocasionara la muerte de Ulpiano Barona con arma de fuego".

En esta forma quedan sintetizados los argumentos presentados en la demanda, que no se ajusta ciertamente a la técnica requerida en esta clase de acciones, y que termina con la peregrina solicitud a la Corte de que revoque aquella parte de la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en que se declara contrario a la evidencia de los hechos el veredicto respecto de Elciario Olave, exigiendo que esta corporación dicte la sentencia absolutoria que corresponde a la determinación del Juri.

Concepto de la Procuraduría

Por razones de lógica, el señor Procurador Delegado en lo Penal empieza por referirse a la causal 4ª, que es aquella que el demandante alega para pedir la invalidez del proceso, por creer que se ha violado la Constitución Nacional con la actitud de uno de los miembros del jurado, a quien el demandante le atribuye el haber manifestado previamente su opinión adversa al resultado del juicio.

Observa el señor Procurador que el señor Rafael Montejo, que fue el ciudadano que consideró innecesaria la práctica de una prueba que, sin embargo, se llevó a cabo, no hizo una declaración anticipada y categórica sobre la responsabilidad de los procesados, pues que sólo expresó que ya tenía formado su criterio acerca de la presencia de aquellos en el lugar de los sucesos, sin adelantar ninguna opinión ni dar a entender cuál era su convicción definitiva sobre ese particular. Y agrega el señor Procurador que lo fundamental es que el Juez dé todas las garantías al procesado para que contradiga o destruya los cargos que se le formulan y cuide de que se cumplan las ritualidades propias del acto. Y que todo ello se realizó a cabalidad en el presente asunto, en cuyo trámite el derecho de defensa se realizó sin restricción alguna. Cita en su apoyo la sentencia de esta Sala, fechada el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en la que se decidió un caso análogo.

Pasa luégo a estudiar la causal 3ª y expone:

"Trátase en este proceso de un gravísimo asalto consumado por varios individuos en la noche del 16 a 17 de diciembre de 1938, en la hacienda de "San Jerónimo", situada en el municipio del Cerrito, Departamento del Valle del Cauca. Los responsables prepararon ampliamente el ataque, cuya finalidad era el robo. Provistos de armas de fuego rodearon la casa de esa hacienda; le intimaron al dueño de ella, don Ulpiano Barona, que les abriera y que les diera plata, o que si no, lo mataban; después de un intenso tiroteo de parte y parte, el propietario por defender su vida y sus bienes, y los delincuentes por realizar su antisocial empresa, penetraron a la habitación de San Jerónimo y lograron sustraerse la suma de $ 120.00, después de haber causado la muerte al señor Barona y lesiones a una de sus hijas, la señorita Cecilia Barona Borrero.

"La respetabilidad de la familia Barona, la preparación que tuvieron los sucesos, la tenacidad y violencia con que se consumaron los delitos, etc., conmovieron hondamente a la ciudadanía valle-

caucana, y esta circunstancia determinó el cambio de radicación del proceso en el Distrito Judicial de Tunja, cuando ya se hallaba en estado de juicio y se había dictado el auto sobre formulación de cuestionarios".

"En la providencia del Tribunal Superior de Buga confirmatoria del enjuiciamiento, se calificó el homicidio como asesinato; y en cuanto a la participación de los acusados, se dijo lo siguiente:

"En ausencia de una prueba idónea que incrimine individualmente a los actores directos de esas infracciones, como todos los que concurrieron al asalto tomaron parte decisiva en la ejecución de los hechos, sea cual fuere la misión que les fue encomendada, y unos son cómplices necesarios por haber prestado una cooperación sin la cual no habrían podido cometerse aquellos, y como concurrieron mediante un concurso no ocasional sino real o premeditado, todos deben responder por el homicidio y las lesiones personales, debiéndoseles situar en el caso contemplado en el artículo 385 del C. Penal. Esta es la situación jurídica que corresponde a Jesús María Escobar, Carlos y Arnul Manzano, Simón Molina, Aristides Cabuyales, Elciario Olave y Absalón López, por lo que respecta a los delitos de homicidio y lesiones personales en este proceso".

"Si todos los acusados tomaron parte en el homicidio y las lesiones en forma premeditada y con el concurso de actos decisivos innecesarios para la realización de esas infracciones; es decir, si todos ellos actuaron de manera tan esencial, de tal suerte que sus acciones físicas y psíquicas agotaron los elementos constitutivos de los hechos criminosos, como lo reconoce el mismo Tribunal, resulta inaceptable en este caso la tesis sustentada por él sobre la complicidad correlativa. La responsabilidad de esos sujetos es principal, es la de verdaderos coautores; y siendo ello así, no surgía duda alguna sobre quiénes eran autores y quiénes cómplices para desatar la dificultad con base en el artículo 385 del Código Penal. La responsabilidad **principal** de todos los que concurren a un delito descarta la complicidad correlativa.

"Pero como esa apreciación del Tribunal quedó en firme y no fue destruída durante el plenario por el Agente del Ministerio Público ni la parte civil, ella es una verdad procesal irremediable y los cuestionarios sometidos al jurado debieron redactarse incluyendo la figura de la complicidad correlativa.....

"Esta grave falla hace que resulte probada la causal 3ª, en cuanto la sentencia se apartó de la situación jurídica asignada en dicha providencia.

"Con todo, el fallo recurrido, en concepto de la Procuraduría, debe quedar en firme, por lo siguiente:

"Se trata de un concurso material de delitos consistente en asesinato, lesiones personales y robo.

"La sanción base es la del artículo 363 del Código Penal, que señala de quince a veinticuatro años de presidio.

"Teniendo en cuenta las normas del artículo 36, ibidem, especialmente la innegable gravedad de los ilícitos, la temible personalidad de los acusados, la circunstancia de mayor peligrosidad derivada de la complicidad previamente concertada respecto de todos y la prevista en el numeral segundo del artículo 37 para el procesado Absalón López, la pena debe fijarse en un término superior al mínimo e inferior al máximo.

"En tal virtud, el cómputo de la sanción sería éste:

"Para el acusado López: 21 años de presidio por el asesinato y un año más por las lesiones personales, o sean 22 años. De éstos se deduce una cuarta parte por la complicidad correlativa reconocida en el auto de proceder, lo que daría diez y seis años y seis meses de presidio; pero como hay que reprimir también el delito de robo, por este aspecto, se agregan seis años más. Total veintidós años y seis meses de presidio. Mas cómo esta sanción sería superior a la impuesta en la sentencia, habría que reducirla a veintidós años, que es la señalada por el Tribunal.

"Para los otros procesados: diez y nueve años por el asesinato y uno más por las lesiones, es decir, veinte años. De éstos se resta la cuarta parte de la complicidad correlativa y quedan quince años. Aumentados éstos en cuatro años por el delito de robo, suman diez y nueve años, pena igualmente superior a la impuesta por el Tribunal.

"En tales circunstancias, ningún resultado práctico tiene la invalidación de la sentencia de segunda instancia, la que, por lo tanto, es preciso dejar así, con la sola rectificación de la parte doctrinaria referente al desacuerdo con el auto de proceder.

"No es, pues, el caso de que la Corte dicte nue-

vo fallo que reemplace al recurrido, con base en la causal 3ª"

Aludiendo a la causal séptima, dice el señor Procurador que ni en el auto de proceder, ni en los cuestionarios, ni en el veredicto se ha hecho la afirmación de que los seis responsables dispararon simultáneamente sobre Ulpiano Barona "con una sola arma de fuego y le causaron la muerte en esa forma", sino que todos ellos, los que fueron declarados responsables, concurrieron a la consumación de los delitos, participando en los mismos con actos positivos y eficaces, prestados intencionalmente, y que al jurado se le preguntó sobre la responsabilidad de cada uno de los acusados en un homicidio causado con arma de fuego, en unas lesiones personales y en una sustracción violenta de dinero, y que eso fue lo que el jurado declaró.

Por último, el Jefe del Ministerio Público examina brevemente las causales 1ª y 2ª Como los argumentos del demandante para sostener aquella son los mismos ofrecidos para sostener la 3ª, nada cabe añadir a lo ya dicho. Respecto de la 2ª dice que es improcedente, por tratarse de un juicio ventilado con intervención de jueces de conciencia.

Pide, pues, que no se case la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Se considera:

Causales 3ª y 1ª — "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado". "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

También, en concepto de esta Sala, el Tribunal Superior al individualizar las sanciones, desconoció una situación jurídica planteada en el auto de proceder, en el que se expresó que todos los enjuiciados debían responder por los delitos de homicidio y lesiones ejecutados en el caso contemplado en el artículo 385 del Código Penal.

Este artículo, que trata del fenómeno jurídico-penal conocido con el nombre de complicidad correlativa y que se funda en una especie de transacción de pruebas, dice que cuando varias personas toman parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad.

Y como el Tribunal impuso las sanciones apartándose de esa cuestión de derecho concretada en el pliego de cargos, es preciso aceptar el fundamento de la causal 3ª.

Pero esto no quiere decir que la sentencia tenga que ser invalidada, admitiéndose, consecuencialmente, que también se ha probado la causal 1ª, que descansa en los mismos argumentos. Porque como lo ha explicado con mucho acierto el señor Procurador Delegado en lo Penal, las sanciones que habría que imponer —al invalidar la sentencia— resultarían mayores a las fijadas en ella.

En efecto, si se atiende a que con respecto al homicidio y a las lesiones el Jurado afirmó la existencia no de una sino de varias circunstancias modificadoras de esas infracciones (premeditación, asechanza y alevosía), lo que le da un carácter de extrema gravedad dentro de su propia configuración al homicidio (asesinato); y si se atiende a los motivos determinantes de tales delitos, que conmovieron al país, por las modalidades en que fueron realizados, reveladores de una insensibilidad y frialdad de ánimo de los participantes en el asalto nocturno a una casa en donde no había sino un hombre de edad avanzada; y si se atiende a todo ello, ya que hechos de esta naturaleza causan alarma y sorprenden, porque esa clase de delitos en que se pone de manifiesto una verdadera y acentuada capacidad criminal son afortunadamente excepcionales en el territorio colombiano, nada tiene la Sala que oponer a las sanciones que cree el señor Procurador corresponden a los infractores, y, por lo tanto, la sentencia recurrida no debe invalidarse, puesto que resultarían las penas imponibles mayores que las fijadas en el fallo acusado.

Causal 4ª—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Al finalizar la cuarta sesión pública, es decir, la correspondiente a las horas de la noche del veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, el señor defensor de los procesados solicitó al Presidente de la audiencia que se recibiera la declaración de Luis Pablo Potes para

"ilustración de los señores Jueces de conciencia". Y consta en el acta lo que sigue:

"A este respecto el Jurado señor Rafael Montejo manifiesta que considera de sobra esa citación, ya que, en lo que a él respecta, tiene formado su criterio acerca de la asistencia de los procesados al lugar donde se verificaron los crímenes".

Como se ve, el señor Montejo trató apenas de impedir que se llevara a cabo una diligencia que a su juicio estaba de más, que no iba a enriquecer el proceso suministrando un aspecto o dato nuevo o desconocido, es decir, que esa prueba no reunía las condiciones para que había sido solicitada, o sea, "ilustrar a los jueces de conciencia", que es lo que se pretendía con ella.

Pero si en virtud de la discreción que se les exige a los ciudadanos encargados transitoriamente de la labor de juzgar, una actitud de esa clase puede resultar extravagante o reñida con su elevada misión, ello no conduce necesariamente a declarar la nulidad de un juicio en que ocurra un incidente semejante, no sólo porque la prueba en este caso siempre se realizó y la defensa de los procesados no sufrió mengua ni menoscabo alguno, sino porque en casos tales la Sala de Casación ha dicho que no hay lugar a declarar la invalidez del proceso. En efecto, en la sentencia que el señor Procurador cita, se dijo:

"El hecho de que algunos jueces de conciencia no hubieran cumplido estrictamente con los mandatos de los artículos 528 y 529 del Código de Procedimiento Penal, que establecen normas especiales de conducta para los Jurados, no incide en la nulidad sustancial del artículo 26 de la Carta, en cuanto se refiere a que al procesado no se le juzgó con las formalidades propias del juicio.

"La violación personal que los jueces de conciencia realizan con menoscabo de los deberes que les impone la ley, no implica el desconocimiento de las garantías procesales que el Poder Público debe amparar y proteger en la celebración del juicio. El quebrantamiento de un deber impuesto en la ley como norma que debe guiar la conducta de los jueces de conciencia en la celebración de la audiencia, constituye un delito de prevaricato al tenor del artículo 529 del C. de Procedimiento Penal.

"Pero ese mismo hecho (violación personal de un mandato legal) no entraña omisión alguna en el cumplimiento de las formalidades propias del juicio. Si este hecho tuviera fuerza suficiente para generar una nulidad constitucional, también debería erigirse en nulidad del mismo orden la violación de las normas impuestas a las partes o al público por el artículo 530 del C. de Procedimiento Penal". (Sentencia de 5 de diciembre de 1945, Casación de Angel María Rivas Nieva).

No está, por lo tanto, fundada la causal 4ª.

Causal 7ª—"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Muy bien ha replicado el señor Procurador a los cargos hechos a la sentencia, referentes a esta causal. Ciertamente no puede atacarse de contradictorio el veredicto. La contradicción resulta de negar y afirmar a un mismo tiempo. Y el caso típico de un veredicto afectado de contradicción es el de aquel en que en su primera parte, por ejemplo, acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario, y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio. Porque la contradicción de un veredicto, se repite, está en la imposibilidad de conciliar el contenido de proposiciones negativas y afirmativas, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo. Y en el caso de que aquí se trata no aparece esa contradicción, porque el Jurado declaró responsables a quienes fueron condenados como partícipes en los delitos investigados, con la participación de que trata el artículo 19 del Código Penal.

Tendría razón el demandante si al Tribunal popular se le hubiera preguntado y —él lo hubiera afirmado— si cada uno de los delincuentes obró "como autor único" en los delitos de homicidio y lesiones.

Lo cual quiere decir, que deben desecharse los argumentos en que se funda esta causal.

Causal 2ª—"Errada interpretación o apreciación de los hechos".

Tanto por el indescifrable argumento empleado para sostenerla, como porque ella es improcedente en los juicios en que el Jurado ha intervenido, la Sala la declara no fundada.

En cuanto a la solicitud de que se revoque la parte de la sentencia en que se declara contrario a la evidencia de los hechos el veredicto en lo tocante a Elciario Olave y a la exigencia de que se dicte fallo absolutorio, acatando ese veredicto,

basta con responder que una declaración semejante tan sólo corresponde hacerla a los juzgadores de instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, cuyo contenido resolutorio ya se ha expresado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Agustín Gómez Prada — Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.— INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL DELITO

1.—Tanto por omitir como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. Ya lo había dicho así la Sala, añadiendo: no es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que retarda u omite despachar asuntos a su cargo, es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso dispone la ley para cualquiera de esas situaciones una misma sanción. (Artículo 172, C. P.).

2.—Aunque el artículo 92 del Código Penal habla de "infracciones de que resulten daños y perjuicios", esto no subordina esa condición al señalamiento de los mismos sino que basta que la infracción sea susceptible o capaz de ocasionarlos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Finalizada la tramitación correspondiente a la segunda instancia, debe procederse a resolver lo que sea legal respecto del recurso de apelación interpuesto por el procesado doctor Jorge Rivera Cabal, contra la sentencia de veintiocho de mayo del año próximo pasado, del Tribunal Superior de Buga, en la cual se le condenó "a pagar a favor del Estado una multa de diez pesos", y "al pago de los perjuicios que haya causado con su infracción a los ofendidos".

Al doctor Jorge Rivera Cabal se le llamó a responder en juicio criminal por alguno de los delitos de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal, según la parte resolutiva del auto de veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y tres, pronunciado por esta Sala de la Corte, providencia en que hubo de reconocerse que si no existía el delito de prevaricato que fue materia del recurso y del sobreseimiento declarado por el Tribunal Superior de Buga, sí resultaba establecido un delito de abuso de autoridad.

En concreto, la infracción consistió en haber el doctor Jorge Rivera Cabal —cuando desempeñaba las funciones de Juez Civil del Circuito de Buga— rehusado actuar en tres asuntos que cursaban en el Juzgado a su cargo. Estos tres asuntos fueron: 1º el de sucesión de la señora Dominga Rengifo viuda de Correa; 2º el de división material de un inmueble; y 3º el de sucesión de Daniel Ayalde Pino.

Más en detalle aparece en la sentencia la historia de lo sucedido en esos tres juicios, así:

"A) **Sucesión de Dominga Rengifo vda. de Correa.**—Estando tramitándose normalmente el citado juicio de sucesión, en que figuraba el doctor Mario Correa Rengifo como heredero, y el doctor Cayetano Rengifo Illera como apoderado de aquél y los demás interesados, con fecha 15 de mayo de 1940 el Juez doctor Jorge Rivera Cabal se declaró impedido para continuar conociendo de dicho juicio "por concurrir en la actualidad una de las causales de impedimento contemplada por el artículo 435, numeral 15 del C. Judicial, con respecto al doctor Mario Rengifo Correa". (sic).

"Al día siguiente —16 de mayo— el apoderado doctor Rengifo Illera se notificó personalmente de dicha providencia manifestando que allanaba el impedimento como apoderado de Mario Correa Rengifo y de los demás interesados, lo cual ratificó en memorial de 8 de junio haciendo constar la confianza que le inspiraba la rectitud del funcionario y el conocimiento personal que del señor Juez tenía, y pidiendo por eso la prosecución del

juicio, memorial que según constancia secretarial fue pasado el mismo día al despacho del señor Juez. Igualmente el Recaudador de Hacienda, en escrito de 26 de junio que fue recibido y puesto al despacho del señor Juez al día siguiente, solicitó se dictara la providencia del caso respecto al memorial de objeciones al inventario adicional hechas por el apoderado de los herederos.

"En auto de 9 de julio de 1940 el señor Juez no accedió a la solicitud del Recaudador de Hacienda, estimando que el apoderado doctor Rengifo Illera no estaba autorizado para allanar impedimentos a nombre de su poderdante doctor Mario Correa Rengifo.

"El 12 de julio el doctor Mario Correa Rengifo pidió reposición de dicha providencia y le manifestó al Juez que en subsidio allanaba el impedimento manifestado y autorizaba a su apoderado doctor Rengifo Illera para que en lo sucesivo allanase todos los impedimentos que surgieran en dicho juicio de sucesión.

"Con fecha 9 de agosto, el Juez doctor Rivera Cabal declaró inconducente lo pedido por el doctor Correa Rengifo "por cuanto que, con posterioridad al auto recurrido, el suscrito Juez ha tenido conocimiento de la existencia de otra causal de impedimento para continuar adelantando el presente negocio." Esta nueva causal de impedimento se hizo consistir en la doble circunstancia de ser el doctor Mario Correa Rengifo y su apoderado doctor Cayetano Rengifo Illera deudores del señor Daniel Rivera Sanclemente, padre legítimo del Juez doctor Rivera Cabal.

"Estos nuevos impedimentos fueron allanados por el doctor Rengifo Illera al notificarse de dicha providencia el día 12 de agosto, pero con fecha 19 de agosto el Juez doctor Rivera profirió auto en que se declaró separado del conocimiento alegando que el síndico de sucesiones había guardado silencio respecto al impedimento.

"B) **Sucesión de Daniel Ayalde Pino.** — Fue abierta por providencia de 7 de marzo de 1940, en que al mismo tiempo el Juez doctor Rivera Cabal designó al doctor Cayetano Rengifo Illera como curador **ad litem** del heredero impúber Miguel Santiago Ayalde Tascón, y el juicio se tramitó normalmente aprobándose los inventarios y avalúos el 11 de julio. Pero la normal prosecución del juicio se interrumpió a partir del 17 de julio, en que el Juez doctor Rivera Cabal se declaró impedido por concurrir con el doctor Cayetano Rengifo Illera las causales contempladas en los ordinales 10 y 15 del artículo 435, C. J., o sea las relaciones de acreedor y deudor y de enemistad manifiesta.

"Al notificarse de tal providencia, el 18 de julio, tanto el doctor Lisandro Paláu —apoderado de la cónyuge sobreviviente— como el curador Rengifo Illera, expresaron allanar el impedimento, y el negocio pasó a despacho el 25 de julio.

"Con fecha 1º de agosto los mismos representantes Paláu y Rengifo Illera, insistieron en el allanamiento de impedimentos y pidieron al señor Juez que en beneficio de los intereses del menor y de la viuda continuara conociendo del negocio, y dispusiera entregar el expediente para verificar la partición, memorial que fue puesto el mismo día al despacho.

"No obstante el allanamiento, el señor Juez doctor Rivera Cabal se declaró separado del conocimiento, exponiendo que los curadores **ad litem** no estaban autorizados para prorrogar jurisdicción y por lo mismo era improcedente el allanamiento de impedimento por parte del doctor Rengifo Illera.

C) **Juicio sobre división mtaerial de "Sepulturas" y "El Chircal"** — Con fecha 10 de mayo de 1940 el Juez Municipal de este lugar, por comisión del Juzgado Civil de este Circuito, se trasladó a verificar entrega material de dichos terrenos, acto al cual hicieron oposición los señores doctor Luis Felipe Campo, Nelson Cruz O. y Leonardo Correa Rengifo, por cuya razón el funcionario dejó a los opositores en calidad de secuestro invocando los artículos 552 y 882 del C. J.

"El Juez doctor Rivera Cabal, en auto de 22 de mayo, hizo saber que se hallaba impedido para conocer en dicho negocio 'por concurrir en la actualidad una de las causales de impedimento contemplada por el C. Judicial, artículo 435, numeral 15'.

"Al notificarse de tal providencia, con fecha 27 de mayo, los opositores y el apoderado de los demandantes doctor Luis Escobar Cruz, hicieron constar que allanaban el impedimento, y por escrito de la misma fecha, hicieron notar que sólo la 'enemistad grave' constituía causal de impedimento, y le solicitaron además concretara con cuál de los interesados en el juicio concurría tal enemistad grave.

"En auto de 3 de junio el doctor Rivera Cabal aclaró que su impedimento se refería a Leonardo Correa R., quien había manifestado pública y ostensiblemente sus sentimientos de enemistad con

el Juez Civil del Circuito, y que también comprendía a Nelson Cruz y Leonardo Correa puesto que su oposición la hacían como sucesores de Dominga Rengifo de Correa, y en dicha sucesión figuraba también como interesado el doctor Mario Correa 'respecto del cual, el suscrito Juez se declaró impedido por razones públicamente conocidas y que estaría por demás exponer aquí'.

"En escrito de 8 de junio, puesto a despacho del Juez el mismo día, Leonardo Correa allanó el impedimento manifestado, y el doctor Mario Correa Rengifo expresó que aunque no era parte en el juicio y los opositores obraban en su propio nombre, allanaba también el citado impedimento manifestado por el doctor Rivera. En escrito de ese mismo día, Luis F. Campo insistió en que se resolviera el levantamiento del secuestro en referencia".

Se acaba de ver cuáles fueron los motivos presentados por el Juez doctor Rivera Cabal para negarse a continuar la tramitación de esos juicios. Pero no sobra resumirlos.

Respecto del primero: enemistad grave con uno de los interesados (doctor Mario Correa Rengifo) y además, por ser este mismo interesado deudor del señor Daniel Rivera Sanclemente, padre del Juez; respecto del segundo, en el cual figuraban como opositores los señores Luis Felipe Campo, Nelson Cruz y Leonardo Correa Rengifo, por enemistad grave con éste último; y respecto del tercero: enemistad grave con el doctor Cayetano Rengifo Illera, curador **ad litem** del menor impúber Miguel Santiago Ayalde Tascón.

También se ha visto que a pesar de que todos los impedimentos mencionados fueron allanados por quienes debían hacerlo, el Juez se mantuvo firme en su determinación de no actuar en los juicios respectivos.

Al ser interrogado el doctor Jorge Rivera Cabal sobre las razones que tuviera para justificar su procedimiento, dio las siguientes: a) Que en el juicio de sucesión de la señora Dominga Rengifo viuda de Correa no bastaba que el doctor Mario Correa Rengifo hubiera allanado expresamente el impedimento sino que era indispensable que el representante del Estado en juicios de esa naturaleza, o sea, el Recaudador de Impuesto de Sucesiones —quien guardó silencio— tenía que hacer igual declaración; b) Que si se abstuvo de decidir de la solicitud de levantar el secuestro del inmueble materia del litigio en el juicio de división, fue porque no había necesidad de que así lo resolviera él, como Juez, porque conforme al artículo 882 del Código Judicial "tales secuestros se levantan por ministerio de la ley, si dentro de los cinco días siguientes el demandante no promueve el correspondiente juicio posesorio u ordinario"; y c) Que aun cuando el doctor Cayetano Rengifo Illera, curador **ad litem** del heredero impúber Miguel Ayalde Tascón había allanado los impedimentos manifestados en cuanto a la persona del curador, ese allanamiento no producía ninguna consecuencia, porque los curadores **ad litem** no estaban autorizados para prorrogar jurisdicción.

Pruebas

Durante el curso del juicio —en esta segunda instancia— el defensor del procesado, doctor Luis Caro Escallón, pidió la práctica de algunas pruebas, las cuales fueron decretadas en auto de primero de octubre último. Consistieron ellas en solicitar que se agregara al proceso la documentación relativa a lo actuado en el Tribunal Superior de Buga con motivo de los impedimentos manifestados por el doctor Jorge Rivera Cabal, incluyendo los nombramientos de los Jueces que lo habían reemplazado.

Conclusiones del defensor

Cree el doctor Luis Caro Escallón que si en realidad tuvieron existencia jurídica los hechos delictuosos por los cuales se llamó a responder a su defendido, lo que él no da por seguro, con la prueba traída se ha justificado la censurada actitud del doctor Rivera Cabal. En consecuencia, formula su petición a la Corte de que se revoque la sentencia apelada, y, en su lugar, se absuelva al doctor Jorge Rivera Cabal.

Se funda para ello en las siguientes consideraciones: que la raíz del proceso, la base del denuncio fue indiscutiblemente la actuación de su defendido en el juicio de sucesión de la señora Dominga Rengifo viuda de Correa, actuación que el Tribunal Superior de Buga encontró legal; que en el otro juicio de sucesión los interesados no interpusieron ningún recurso contra el auto en que el Juez declaró que los curadores ad litem no estaban autorizados para prorrogar jurisdicción, es decir, que quedó en pie esa tesis que él considera jurídica; y que, finalmente, la imputación hecha respecto del tercer juicio (el de división material) no figura en el pliego de cargos

como eslabón de una cadena, sino, a lo sumo, como refrendación de que el doctor Rivera Cabal había rehusado actuar en los anteriores. Pero que desquiciada la base de dichos cargos en lo referente a aquellos dos juicios civiles, queda sin apoyo alguno el razonamiento del auto de proceder.

Estos son los argumentos fundamentales del escrito del señor defensor.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado, doctor Andrés Holguín, quien actuó en esta parte de la segunda instancia en reemplazo del titular, doctor Luis Zafra, quien se declaró impedido, solicita que se confirme la sentencia en cuanto condena al doctor Jorge Rivera Cabal a pagar a favor del Estado una multa de diez ($ 10.00) pesos por la infracción de que trata el artículo 172 del Código Penal; y que se revoque en cuanto condena al mismo doctor Rivera Cabal al pago de los perjuicios que haya causado con la infracción.

Considera, pues, el señor Procurador Delegado que está establecido y demostrado el hecho punible, pero que no halla probada la existencia de los perjuicios materiales y morales, y que como para que sea procedente una condena de ese contenido se requiere la demostración plena de que los perjuicios se han causado, no habiendo ello ocurrido, no concierne la condena sobre ese particular.

Considera la Sala

El señor defensor hace demasiado hincapié en el argumento de que el Tribunal Superior de Buga encontró legal la actuación del doctor Rivera Cabal en lo pertinente al juicio de sucesión de la señora Dominga Rengifo viuda de Correa. Pero aparte de que ya el mismo procesado, cuando solicitó reposición del auto de proceder advirtió que la determinación suya acerca de la calidad de parte del Recaudador de Impuestos en el juicio de sucesión había sido aprobada por el superior (fls. 45, cuaderno II), la Sala estimó que ese aspecto de la cuestión no fue la que movió al Juez para abstenerse de proseguir el juicio.

En efecto, aparece en el auto de treinta de octubre el siguiente párrafo:

"No cree la Sala que un impedimento — cuestión entre dos — deba ser allanado por quien es ajeno al motivo que lo provoca, es decir, por un tercero. Pero si la doctrina o la jurisprudencia así lo tuvieren establecido, hay que recordar que el haberse abstenido el Recaudador del Impuesto de Sucesiones de allanar el impedimento no fue la causa que movió al Juez para rehusar la prosecución del juicio, como se ve por el telegrama que el doctor Rivera Cabal dirigió a la Procuraduría General de la Nación el 3 de julio de 1940, y que dice así:

"'..... Después publicación hecha por Mario Correa Rengifo en "Diario Pacífico", Cali, censurándome no haber declarado impedimento por desavenencias familiares en asunto él tenía interés personal no puede ni podrá suscrito Juez conocer asuntos interesen dicho señor, a pesar allanamiento manifestado su apoderado Rengifo Illera. Dignidad personal, acuerdo delicadeza, cargo ejerzo, está por encima de toda consideración. Quédale Correa Rengifo amplia facultad gestionar su negocio judicial ante Juez suplente o Juez ad hoc designe Tribunal' "..... .

Lo mismo hay que decir a propósito de la disculpa del procesado para negarse a continuar la tramitación del juicio de división material. El doctor Rivera Cabal creyó obviada la dificultad ofreciendo una excusa, la de que conforme al artículo 882 del Código Judicial los secuestros se levantan por ministerio de la ley, sin necesidad de orden del Juez. Pero en realidad lo que determinó su inacción, fue la firme voluntad de no adelantar un paso más en ese juicio, haciendo de su manifestación de impedimento — legalmente allanado — una barrera intocable.

También dice el señor defensor que el auto del doctor Rivera Cabal referente al juicio de sucesión de Daniel Ayalde Pino no es una resolución cualquiera, dictada abusivamente, sino una providencia motivada. Con lo cual quiere dar a entender que cuando un funcionario rehusa un acto a que está obligado, pero dando razones de su negativa, esa actitud queda purgada de cualquier ilegalidad.

Olvida el defensor que dar razones para abstenerse de ejecutar algo no limpia la negativa de sus características de obstinación, si esas razones carecen de valor por haber sido desconocidas. Es lo mismo que no darlas. Porque valerse de una determinada situación, cuya base se ha destruído

o no existe, es tanto como atraer la atención sobre lo que se pretende ocultar o disimular.

En los tres juicios de que se ha hablado, el Dr. Rivera Cabal se empeñó en librar una especie de contienda, amontonando obstáculos que las partes tenían que ir removiendo, a medida que el Juez los colocaba en la vía judicial. Y hay que decir que su conducta en este caso no estuvo ajustada a los severos mandatos de la ley. Al Juez no le es permitido hacer de su voluntad un hito inconmovible, porque eso lindaría con el capricho, y los funcionarios que administran justicia no pueden, no deben encapricharse,, que es a lo que equivale obstinarse. Y si las partes interesadas en los juicios ya mencionados libertaban al Juez de las trabas que impedían su avance, no había por qué crear otro género de estorbos ni porfiar en los mismos para respaldar una disposición de ánimo completamente injustificada.

Precisamente éste es el fundamento del cargo que se le ha hecho al doctor Rivera Cabal, cargo que no ha sido desvanecido y del cual trata el artículo 172 del Código Penal, que dice:

"El funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave".

Tanto por omitir, como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. Así lo dijo esta Sala en la providencia en que negó la reposición del auto de proceder. Y añadió: no es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que retarda u omite despachar asuntos a su cargo, es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso la ley dispone para cualquiera de esas situaciones una misma sanción.

De manera que no merece reparo alguno la sentencia apelada, en la cual se impuso al doctor Jorge Rivera Cabal el mínimo de la sanción fijada en dicho artículo.

Y tampoco ella debe modificarse en lo tocante a la indemnización de perjuicios que allí se ordena, **in genere.**

Todas las medidas de defensa social contra el delito —escribe Ferri— bien sean preventivas, represivas, reparadoras o eliminadoras, son de interés público. La obligación del delincuente al resarcimiento del daño —agrega— no es sólo de derecho privado, como es la obligación que deriva del incumplimiento de un contrato, sino que esencialmente y siempre es de derecho público.

El artículo 92 del Código Penal impone la obligación de condenar a los responsables a la indemnización de los perjuicios que se hayan causado. Es verdad que la disposición habla de "infracciones de que resulten daños y perjuicios." Pero esto no subordina esa condición al señalamiento de los mismos sino que basta que la infracción sea susceptible o capaz de ocasionarlos. Y aparte de que son realmente excepcionales las infracciones que no ocasionan perjuicio alguno, en este proceso sí hay datos suficientes para concederle a la atribuida al doctor Rivera Cabal capacidad bastante para causar perjuicios.

Se lee, en efecto, en el escrito en que el doctor Cayetano Rengifo Illera se constituyó en parte civil, esto:

"....Esta demora inexplicable e injustificada, por cualquier aspecto que se le mire —legal o moral— causa serios y gravísimos perjuicios a los interesados en el juicio mortuorio, y a mí personalmente, en mi carácter de abogado, por cuanto se me ha hecho imposible el ejercicio profesional en el Juzgado Civil del Circuito, paralizando este juicio y todos los demás en que soy apoderado o interesado...

"Siendo abogado en ejercicio, a nadie se escapa la gravedad de los perjuicios que se me ocasionan con el procedimiento adoptado por el señor Juez Rivera Cabal, pues al momento actual me encuentro en la difícil situación con mis clientes; o de que sus negocios no avancen, o verme en el penoso caso de renunciar los poderes que tengo, como parece que es lo que el señor Juez pretende...

"Los perjuicios que se hayan causado y los que se me causan, en mi carácter de abogado, saltan a la vista, con esta muerte civil, que ilegal y arbitrariamente me ha decretado el señor Juez Rivera Cabal, y éstos los estimo para dar satisfacción al precepto legal en la cantidad de tres mil pesos moneda colombiana..."

El no saberse cuál es el monto de esos perjui-

cios, por haberse omitido el avalúo pericial, es otra cosa. Por eso la condenación está en abstracto, o sea, que apenas se ha abierto el campo para la acción que corresponda.

Por 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 Ministerio Público, CONFIRMA la sentencia de fecha, procedencia y contenido expresados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M —Julio E. Argüello R., Secretario.

APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD

Es doctrina de la Corte —constantemente sostenida— que en la apreciación de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad es preciso concederle al Juez un mínimo siquiera de libertad. Y aun cuando, por lo regular, los jueces se limitan a enumerar las circunstancias que concurren en el acto del delincuente para aumentar la sanción o para disminuírla, sin hacer un análisis de cada una de ellas y estudiar detenidamente su verdadero valor, sólo puede decidirse en un recurso extraordinario, como el de autos, que hay violación o mala interpretación de la ley penal cuando en la sentencia se atribuyó erradamente la calidad de circunstancias de mayor peligrosidad a determinado hecho al cual no es posible darle ese valor o significación. En el caso del proceso observa la Sala que al computarle a N. N. las circunstancias de los numerales 3º y 6º del artículo .. del Código Penal no se procedió con acierto o, al menos, con lógica. Porque el motivo determinante que impulsó al procesado a la acción criminosa fue su transitorio estado de embriaguez aguda en que se hallaba. Luego señalar al mismo tiempo la futileza del motivo para obtener un aumento en la sanción, es tomar un solo factor en dos sentidos. Un ebrio obra sin motivo, porque sí, porque está ebrio. Si es belicoso revela su peligrosidad, que es otra cosa, que es otro síntoma de valorización. Y en cuanto a la modalidad de la ejecución criminosa, el sentenciador no hizo sino darle nombre distinto. Al Jurado se le preguntó acerca de la SEVICIA, y la negó. Pero entonces el tribunal encontró que el procesado había dado muestras de insensibilidad moral, por el número de heridas que le causó al agredido. Mas ocurre que en esto precisamente consiste la sevicia, que equivale a la crueldad, al encarnizamiento. Y no cree la Sala justo acumular a la acción del procesado un factor que el Jurado desechó, sobre todo si la consideración en que se funda no está bien respaldada, como ocurre en el caso de autos en que medió una riña, y que en el curso de ella, estando ebrio uno de los combatientes, el mayor número de golpes muestra apenas que la lucha fue intensa o que es combativa la personalidad del agente, pero no que es cruel. Porque la crueldad resulta de otras actividades, precisamente manifestadas durante períodos de tranquilidad y no de agitación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En una sobria pero bien razonada demanda, en cuya elaboración se advierte la técnica requerida para esta clase de acciones, el doctor Carlos Augusto Noriega sustenta el recurso de casación interpuesto por el reo Félix Becerra contra la sentencia de veinticuatro de abril de mil novecientos cuarenta y seis, dictada por el Tribunal Superior de San Gil, en la que se condenó al mencionado Becerra a la sanción principal de diez años de presidio, como responsable de la muerte de Angel María Rueda, hecho ocurrido en el lugar y circunstancias que resume la cuestión única que el Jurado —reunido en audiencia pública el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco— contestó afirmativamente, suprimiendo el elemento modificador (sevicia) incluído en la pregunta, que dice:

"¿El acusado Félix Becerra es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar, con sevicia y con el concurso de otra persona, a Angel María Rueda por medio de las heridas que le infirió, descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 5 y vuelto, hecho sucedido en las horas de la tarde del día once de junio de mil novecientos cuarenta y

uno, en el sitio denominado 'El Boquerón', de la vereda de 'Cañaveral', del municipio de San Gil?"

La sentencia acusada

El Tribunal Superior de San Gil reformó el fallo del Juez 1º Superior de la misma ciudad, aumentando en un año la sanción impuesta por éste al procesado. Así lo hizo, porque además de la circunstancia de mayor peligrosidad deducida por el funcionario de primera instancia (la tercera del artículo 37 del Código Penal, que trata de los motivos innobles y fútiles por los que procedió el delincuente), creyó encontrar dos más: las marcadas en la misma disposición con los números uno y sexto, o sea, respectivamente, los antecedentes de depravación y libertinaje del acusado, y la insensibilidad moral que demostró en la ejecución del hecho.

La primera de esas circunstancias (depravación y libertinaje) la infiere de las declaraciones de Rafael Gualdrón S. y de Matías Rueda, quienes afirman que Félix Becerra es un individuo de mala conducta, busca ruidos y tomador"; y la segunda (insensibilidad moral), del número de lesiones (ocho) causadas al ofendido.

Hay que advertir que Félix Becerra hirió a Angel María Rueda en el curso de una riña provocada por el mismo Becerra y en la que intervino en apoyo de éste su hermano Luis F., y que Félix se encontraba ebrio, lo que fue calificado en las sentencias como circunstancia de menor peligrosidad para el procesado.

Fundamentos de la demanda

Una sola causal de casación (la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal) alega y sustenta el demandante, y la funda en la indebida aplicación de la ley penal al imponérsele a Félix Becerra una sanción mayor de la que el demandante cree le corresponde, es decir, en haberse traspasado el límite mínimo del artículo 362 del Código Penal, sin existir motivo jurídico que justifique esa determinación, puesto que a Félix Becerra no puede tenérsele por depravado (circunstancia primera), ni en su acto concurrieron las circunstancias de los numerales 3º y 6º del artículo 37 del Código Penal.

Una a una va examinando el demandante estas circunstancias, como pasa a verse:

"Las expresiones **depravación** y **libertinaje** empleadas por el Código, tienen un significado bien fuerte y preciso. Expresan ellas, por cierto muy claramente, el estado de delicuescencia moral, de corrupción y de vicioso desenfreno que deben caracterizar al delincuente para que se le agrave su responsabilidad en la forma prevista por el estatuto penal. Vicioso desenfreno, corrupción y delicuescencia moral que están muy lejos de aparecer, siguiendo el sentido elemental de las expresiones del Código, en el cargo de **buscarruidos** que se le hace a Félix Becerra, ignorante, oscuro e indigente jornalero, de algo más de 18 años de edad, arrastrado al delito, como la totalidad de nuestros campesinos por los efectos del alcohol". (Refutación a la circunstancia del numeral 1º).

"A la exaltación de las pasiones y los instintos que produce el alcohol, por lo mismo que es un principio de inhibición del libre albedrío o de la conciencia en la actividad psico-física, la consideró el Código Penal, cuando no ha sido prevista como circunstancia de menor peligrosidad. Si el ebrio actúa deformando sustancialmente sus ideas y sus impresiones y si el primer efecto del alcohol se manifiesta, precisamente, en la arbitraria estimación que el beodo hace de los hechos, las personas y las cosas, exigirle que al delinquir lo haga por nobles o grandes motivos, es, a más de erróneo, claramente contrario a la lógica y a la orientación del Código". (Refutación a la circunstancia del numeral 3º).

"..... En el calor de una pelea el que las heridas fuesen varias no implica insensibilidad moral en el delincuente, o, como lo he repetido, ventajoso y desigual modo de ejecución del delito....." (Refutación a la circunstancia del numeral 6º)

Concepto de la Procuraduría

Conviene el señor Procurador Delegado en lo Penal en que está fundada la causal 1ª que se alegó, en cuanto ella alude a la inexistencia de las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 3º y 6º del artículo 137 del Código Penal, porque si se admitió que el procesado Becerra había obrado bajo la influencia del alcohol, reconociéndose ese estado como circunstancia de menor peligrosidad, resulta ilógico tomar el mismo factor en sentido contrario; y porque si el jurado negó la sevicia, no es jurídico fundarse en el número de lesiones causadas para computar la misma circunstancia con valor desfavorable, pues-

o que con ello se violaría el principio "non bis n idem".

Pero concéptúa el Jefe del Ministerio Público que la circunstancia del numeral 1º sí está demostrada, pues no sólo los testigos Rafael Gualdrón y Matías Rueda hablan del temperamento belicoso de Becerra, sino también los declarantes Benjamín Rueda S., Antonio Rueda y Virginia Fajardo. Y termina así el señor Procurador Delegado:

"Por lo tanto, descartadas dos de las circunstancias de mayor peligrosidad que sirvieron para aumentar la pena a diez años, es de lógica y equidad disminuír su cuantía. Lo cual no quiere decir que se adopte el criterio aritmético del número de circunstancias para adaptar la sanción, sino cabalmente que se tiene en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la persona del delincuente a base de las pocas o muchas modalidades objetivas y subjetivas que rodearon la ejecución del delito.

"..... En consecuencia, este despacho pide atentamente a la Honorable Corte que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de San Gil, y en su lugar, condene a Félix Becerra a la pena de nueve (9) años de presidio y a las accesorias consiguientes, por el delito de homicidio sobre que versa este proceso".

Se considera:

Es doctrina de la Corte — constantemente sostenida — que en la apreciación de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad es preciso concederle al Juez un mínimo siquiera de libertad. Y aun cuando, por lo regular, los Jueces se limitan a enumerar las circunstancias que concurren en el acto del delincuente para aumentar la sanción o para disminuírla, sin hacer un análisis de cada una de ellas y estudiar detenidamente su verdadero valor, sólo puede decidirse en un recurso extraordinario, como el de que aquí se trata, que hay violación o mala interpretación de la ley penal cuando en la sentencia se atribuyó erradamente la calidad de circunstancia de mayor peligrosidad a determinado hecho al cual no es posible darle ese valor o significación.

En el presente caso observa la Sala que al computarle a Félix Becerra las circunstancias de los numerales 3º y 6º del Código Penal, no se procedió con acierto o, al menos, con lógica. Porque el motivo determinante que impulsó al procesado a la acción criminosa fue su transitorio estado de embriaguez aguda en que se hallaba. Luego señalar al mismo tiempo la futileza del motivo para obtener un aumento en la sanción, es tomar un solo factor en dos sentidos. Un ebrio obra sin motivo, porque sí, porque está ebrio. Si es belicoso, revela su peligrosidad, que es otra cosa, que es otro síntoma de valorización.

Y en cuanto a la modalidad de la ejecución criminosa, el sentenciador no hizo sino darle nombre distinto. Al jurado se le preguntó acerca de la **sevicia,** y la negó. Pero entonces el Tribunal encontró que el procesado había dado muestras de insensibilidad moral, por el número de heridas que le causó al agredido. Mas ocurre que en esto precisamente consiste la sevicia, que equivale a la crueldad, al encarnizamiento. Y no cree la Sala justo acumular a la acción del procesado un factor que el jurado desechó, sobre todo si la consideración en que se funda no está bien respaldada, como ocurre aquí en que no se toma en cuenta que medió una riña, y que en el curso de ella, estando ebrio uno de los combatientes, el mayor número de golpes muestra apenas que la lucha fue intensa o que es combativa la personalidad del agente, pero no que es cruel. Porque la crueldad resulta de otras actividades, precisamente manifestadas durante períodos de tranquilidad y no de agitación.

No puede decirse lo mismo respecto de la circunstancia del numeral 1º del artículo 37. A Félix Becerra se le tiene como individuo pendenciero, especialmente cuando se embriaga. Es decir, es dueño de una personalidad peligrosa. De manera que si propiamente, ciñéndose a la etimología, a la significación exacta de la palabra "depravación", no puede afirmarse que por el hecho de que Félix Becerra sea **tomador y buscarruídos,** merezca el calificativo de depravado, concepto que abarca mucho más, que alcanza otros niveles en donde la ética queda quebrantada y las costumbres morales abajadas, sí sirven los datos suministrados por aquellos testigos para considerar a Félix Becerra como de peligrosa personalidad. Y ello también desempeña un papel importante en la distribución de la sanción (artículo 36, Código Penal). Porque no puede colocarse en el mismo plano la actitud de un individuo que nunca se embriaga, o que si lo hace no representa peligro para nadie, porque es calmado y pacífico, y la del otro, que en ese mismo estado físi-

co se vuelve animoso y pendenciero, es decir, que constituye un peligro para los demás.

En resumen, la Sala estima correcta la petición de su colaborador Fiscal y la acepta. Por ello invalidará parcialmente la sentencia, condenando a Félix Becerra a la sanción de nueve años de presidio.

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 señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

a) **Invalídase** la sentencia de veinticuatro de abril de mil novecientos cuarenta y seis, del Tribunal Superior de San Gil, en cuanto condenó a Félix Becerra a la sanción principal de diez años de presidio; y

b) **Impónesele** al mencionado Félix Becerra la sanción privativa de la libertad de nueve años de presidio, advirtiendo que la suspensión del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de nueve años.

En lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

La Corte ha venido rechazando con firmeza la causal 2ª de casación en los procesos fallados por tribunales de conciencia, fundándose en poderosas razones que no la han hecho cambiar de pensamiento en las no pocas ocasiones en que se ha querido rebatir su doctrina. Ellas pueden condensarse diciendo: primero, que la sentencia, en los juicios por jurado, se basa directamente en el veredicto del tribunal popular y no en los hechos probados; segundo, que el jurado, no profiere su veredicto sujetándose a un criterio de derecho, sino ateniéndose a su íntima convicción, y la casación es un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado; tercero, que este recurso extraordinario no es una tercera instancia, y por último, que el nuevo código de procedimiento no incluyó la contraevidencia del veredicto como causal de casación, como sí la contenía la anterior ley (118 de 1931); lo que se hizo, en sentir de los miembros de la Comisión redactora del código, con el fin de dejar claramente establecido que esa causal no era admisible en los juicios en que intervienen jueces populares.

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

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

V i s t o s :

El Fiscal del Tribunal Superior de Cali interpuso el recurso de casación contra la sentencia de aquella entidad, de 28 de febrero del año pasado, por medio de la cual Sixto Sánchez Campo fue absuelto por el delito de violencia carnal en la persona de la menor Elvia Bonilla.

Invoca como causales la segunda y la primera del artículo 567 del código de procedimiento penal.

En apoyo de la segunda alega que "es verdad que la ley procedimental actualmente vigente no incluyó como causal de casación la contraevidencia del veredicto", pero que no es posible que los ciudadanos inhábiles e inexpertos que componen los jurados tengan más facultades que los jueces de derecho. Y que como no hay norma legal que lo prohiba y en cambio existe el precepto general que señala como base de casación el estudio de los hechos, sería conveniente que la Corte aceptara dicha causal segunda en los juicios en que el jurado interviene.

La Corte ha venido rechazando con firmeza dicha causal en los procesos fallados por tribunales de conciencia, fundándose en poderosas razones que no la han hecho cambiar de pensamiento en las no pocas ocasiones en que se ha querido rebatir su doctrina. Ellas pueden condensarse diciendo: primero, que la sentencia, en los juicios por jurado, se basa directamente en el veredicto del tribunal popular y no en los hechos probados; segundo, que el jurado no profiere su veredicto sujetándose a un criterio de derecho, sino ateniéndose a su íntima convicción, y la casación es un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado; tercero, que este recurso extraordinario no es una tercera instancia; y, por último, que el nuevo código de procedimiento no incluyó la contraevidencia del veredicto como causal de casación, como sí la contenía la anterior ley (118 de 1931); lo que se hizo, en sentir de los miembros de la comisión redactora del código, con el fin de dejar claramente establecido que esa causal segunda no era admisible en los juicios en que intervienen jueces populares.

Respecto de la causal primera dice el recurrente que "el artículo 163 de la Constitución Nacional establece que toda sentencia deberá ser motivada y la forma de motivar las sentencias la trae el artículo 159 del código de procedimiento penal, sin que aparezca que a él se haya sometido la decisión acusada".

"Evidentemente, contesta la Procuraduría, el fallo del Tribunal es bastante condensado, pero ello se debe a que, al revocar la primera sentencia del Juzgado Superior, hizo un detenido estu-

dio del proceso y a ese estudio se remite en la providencia materia del recurso.

"Con todo, la sentencia del Tribunal es clara y contiene la relación de los hechos, los fundamentos jurídicos pertinentes, las conclusiones, etc., lo cual indica que esa corporación sí llenó, aunque sintéticamente, los requisitos constitucionales y legales referentes a la redacción de los fallos definitivos.

"Por consiguiente, tampoco prospera la causal primera, que el demandante confundió con la quinta, que era propiamente la adecuada al caso".

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala Penal — de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia de 28 de febrero del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Cali, y de la cual se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge Enrique Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDAD POR INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS DE NOTIFICACION

La sanción de la nulidad por la pretermisión o inobservancia de las fórmulas de notificación de determinadas providencias, tiene su fundamento en varios principios ya consagrados en el derecho positivo: el de que ninguna decisión produce consecuencias jurídicas sin la previa notificación legal a las partes; el del derecho del procesado a la plenitud de su defensa, la cual tiene su más favorable oportunidad en determinadas etapas del juicio (el término de prueba y la audiencia por ejemplo) cuyo tiempo el procesado debe conocer para la previa organización y preparación de su defensa ante los cargos que en el auto de proceder le fueron formulados, y finalmente, el del sistema judicial acusatorio durante el juicio, y que es básico y fundamental del procedimiento penal vigente.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Carlos Solórzano Cuéllar (nacido en Bogotá, de veintiocho años en 1941, peluquero de profesión, casado con Leonor Galindo, con tres hijos) y su defensor abogado doctor Ismael Gutiérrez Blanco, interpusieron recurso de casación en los primeros días (cinco y cuatro, respectivamente) del mes de septiembre del año pasado, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 13 de marzo del mismo año, por la cual — con aplicación del artículo 203 (inciso 2º) del estatuto penal — impuso a Solórzano la pena principal de cinco años de prisión, por el delito de fuga, cometido en esta ciudad a las once de la mañana aproximadamente del diez de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

En atención a que ya se han cumplido todas las prescripciones del estatuto procesal penal (artículos 563 a 566), entre ellas la relativa a la demanda y al traslado al Procurador, oportunamente presentada la primera y contestado el segundo sin que se haya verificado la audiencia por inasistencia de las partes no obstante su propósito en contrario, la Corte — previo resumen de la ejecución, circunstancias y modalidades del delito y de los actos principales del proceso — analiza y decide el recurso en este fallo.

I. — El delito y la investigación

En la última hora de la mañana del diez de junio de mil novecientos cuarenta y uno, cuando el guardián de la Cárcel de Correccionales Angel Antonio Valenzuela conducía a Solórzano del Hospital de San Juan de Dios a aquella cárcel, donde cumplía una condena de cuatro años por infracciones a la Ley 48 de 1936 (vagancia y ratería), un desconocido — al pasar por la calle 1ª con la carrera 9ª — arrojó harina a los ojos del guardián, suceso que, preparado o no preparado de antemano, Solórzano aprovechó para evadirse.

El evadido — según consta — fue capturado ocho días después ocho (8) de junio, y con base en la narración que ante el Juez 2º de Instrucción Criminal hizo el guardián Valenzuela, se inició el proceso que, por reparto, correspondió instruir, calificar y fallar al Juez 4º del Circuito de Bogotá.

II. — La demanda

Sin embargo de que el recurrente no hace expresa referencia alguna al recurso ni expresamente invoca causal alguna de casación, y sin embargo de que la demanda, al menos en su forma, no se acomoda estrictamente a los requisitos que determina el artículo 431 del estatuto procesal civil (aquí aplicable por disposición del artículo 7º del procesal penal), las objeciones al proceso son tan serias y fundadas que la Corte no puede menos de estudiarlas y acogerlas.

El recurrente solicita — con base en los artículos 166 a 174 ("Notificaciones") y 465 y siguientes ("Audiencia Pública") — se anule este proceso desde el auto del once (11) de septiembre de

1944 (Cuaderno 2, Fol. 1º) por el cual se señaló la hora de las dos de la tarde del once de octubre del mismo año para la celebración de la audiencia pública, por las razones que en seguida se resumen:

a) No se notificó al procesado Solórzano — a pesar de hallarse detenido — ninguna de las providencias (ni aun el auto de proceder del Tribunal) dictadas durante el juicio;

b) La audiencia pública se verificó sin la asistencia de las partes (defensor y personero), ni tampoco del procesado;

c) El defensor no realizó gestión alguna, al través de las dos instancias del proceso, en favor del procesado, y

d) El juicio — en consecuencia — se desarrolló y Solórzano fue enjuiciado y condenado sin su conocimiento.

El Procurador Delegado, por su parte, coadyuva la demanda, y para sustentarla anota las omisiones y anomalías procesales — violatorias de los intereses del procesado — y la doctrina adoptada por la Corte durante la vigencia de los dos últimos estatutos procesales.

IIII. — Estudio del recurso

Como lo que se pide en la demanda es que se anule el proceso porque no se notificó al procesado el auto que fijó día y hora para la celebración de la audiencia, a esos dos temas — la notificación y la nulidad — se contrae el estudio del recurso.

Las normas que rigen este recurso son las siguientes — que se resumen en el orden lógico que impone el problema — todas del estatuto procesal penal:

a) El artículo 567 (numeral 4º) según el cual hay lugar a casación cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad;

b) El artículo 198 (numerales 3º, 4º y 5º), que señala causas de nulidad en los procesos penales no haberse notificado en debida forma los siguientes autos: el de proceder, el en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos qué probar, y, finalmente, el en que se señala día y hora para la celebración del juicio; y

c) Los artículos 168, 170, 173 y 174, que prescriben la obligación de notificar personalmente al procesado y al defensor el auto de proceder, y en la misma forma todo auto o sentencia al procesado que se hallare detenido y, además, el sistema de notificación si se hallare detenido en establecimientos apartados de la sede del Juzgado.

El proceso contra Solórzano, a la luz de estas normas, está claramente viciado de nulidad; primera causa, quizá la más importante, la falta de notificación personal del auto de proceder al procesado (y de éste también al defensor); segunda, la misma omisión en cuanto al que señaló término para manifestar si se tenían o no hechos qué probar, y, finalmente, la misma omisión en cuanto al auto que fijó día y hora para la audiencia y, como consecuencia, el haberse celebrado sin la asistencia del procesado, defensor ni Personero.

Comprobado que Solórzano permaneció en la Penitenciaría Central (venido de la Colonia Penal y Agrícola de Acacías, para tratamiento médico) de septiembre de 1941 a septiembre de 1942, en la Colonia de Araracuara hasta 1943 (ignorándose el tiempo), nuevamente en aquella penitenciaría (procedente de la Cárcel de Circuito de Facatativá) del 3 de agosto de 1943 al 5 de junio de 1944 en que de nuevo fue enviado a la Colonia Penal de Araracuara, y en ésta hasta el 17 de mrazo de 1943 (en que fue libertado); comprobado, así que Solórzano se hallaba detenido, las notificaciones personales — conforme al mandato del artículo 168 — eran obligatorias, y si no se hallaba en el lugar del proceso, como sucedió en algunos períodos de su desarrollo, debió de haberse recurrido al sistema de la comisión (artículo 173), y en el caso extremo de imposibilidad de notificarle personalmente el auto de proceder, como lo prescribe el artículo 170, pudo también haberse declarado reo ausente al procesado (artículo 435), y mediante estas providencias prevenir el riesgo de la nulidad.

Solórzano — como el mismo proceso lo confirma — fue juzgado sin la observancia de las formas propias del juicio; se dictó auto de proceder — segundo grado — se celebró audiencia y se dictó sentencia sin su conocimiento y sin la asistencia de su defensor (distinto al abogado que lo representa en este recurso), cuya gestión, como lo anota el Procurador, se limitó a apelar del enjuiciamiento de primer grado sin que en forma alguna lo hubiera siquiera sustentado.

La sanción de la nulidad por la pretermisión o inobservancia de las fórmulas de notificación

de determinadas providencias, como las mencionadas, tiene su fundamento en varios principios ya consagrados en el derecho positivo: el de que ninguna decisión produce consecuencias jurídicas sin la previa notificación legal a las partes; el del derecho del procesado a la plenitud de su defensa, la cual tiene su más favorable oportunidad en determinadas etapas del juicio (el término de prueba y la audiencia, por ejemplo) cuyo tiempo el procesado debe conocer para la previa organización y preparación de su defensa ante los cargos que en el auto de proceder le fueron formulados, y finalmente, el del sistema judicial acusatorio durante el juicio, y que es básico y fundamental del procedimiento penal vigente.

"Hubo, pues, — dice el Procurador comentando las graves omisiones en que se incurrió en este proceso — una ausencia absoluta de defensa que vulneró las garantías del procesado, lo cual se debió principalmente — añade — a la forma por demás irregular como se adelantó el proceso por parte del poder público, sin dar lugar a que aquél pudiera sincerarse de los cargos formulados en el auto de proceder".

IV. — Decisión del recurso

El examen del proceso hecho en la sección anterior de este fallo, se resume en las siguientes conclusiones:

a) Al procesado se dejaron de notificar en debida forma (personalmente por cuanto se hallaba detenido) el auto de proceder de segundo grado, el en que se señala término a las partes para que manifiesten si tienen o no hechos qué probar en el juicio y en el que se señala día y hora para la celebración del juicio;

b) La inobservancia de la forma legal de la notificación produce la invalidez del acto y acarrea la sanción de la nulidad, cuando la intervención del procesado no legalmente notificado no subsanó el vicio causado por la inobservancia; y

c) La sentencia dictada en un juicio — como éste — viciado de nulidad puede ser impugnada en casación, y si prospera el recurso, como prospera aquí por las razones expuestas, el proceso debe devolverse — por conducto del Tribunal — al Juez competente para que se reponga el procedimiento.

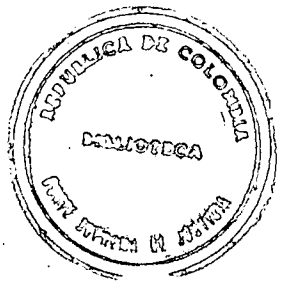
No obstante que la inobservancia en la forma de las notificaciones comprende casi todo el juicio, desde el enjuiciamiento de segundo grado, la Sala acoge el concepto fiscal en cuanto a la parte que debe reponerse.

"Se observa, fácilmente, — dice el Procurador— que la nulidad del juicio afecta las actuaciones posteriores a la notificación del auto de proceder de primera instancia, en virtud de la carencia de notificación personal al acusado de todos los autos que de allí en adelante se dictaron; pero como la demanda únicamente solicita la reposición de lo actuado a partir de la providencia que señaló día para la audiencia, hay que estarse a lo pedido en el libelo, por ser la casación un recurso extraordinario".

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en atención a la solicitud del señor Procurador Delegado, **declara nulo este proceso** a partir del auto de 11 de septiembre de 1944 (Cuaderno 2º, folio 10), inclusive, que señala día y fecha para la celebración del juicio, a fin de que desde dicho auto se reponga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán J.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.



HOMICIDO EJECUTADO EN RIÑA

La riña imprevista equivale a la casual. Es un lance que surge de improviso para uno de los combatientes, que no lo quería, ni lo buscó, ni actuó en él de una manera voluntaria sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el aceptarlo. Abundante es la doctrina sobre este tema.

La reciprocidad del ataque, reconocida por el jurado, tan sólo sirve para configurar la riña, pero nada más. Porque riña es un combate, un cambio de golpes de parte y parte. En eso precisamente consiste la reciprocidad. Pero muy lejos está ello de significar que en este caso la refriega asumió caracteres de imprevista para uno de los contendores, y menos para el que, preparado de antemano, la provocó y la promovió. Y si así hubiera sucedido, nada más fácil para el jurado que pronunciarlo concretamente.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El señor defensor de Vicente Ormidas Guerrero y de Julio Vicente Guerrero, padre e hijo, respectivamente, ha presentado demanda a esta Sala para sostener el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de tres de mayo de mil novecientos cuarena y seis, del Tribunal Superior de San Gil, en la cual se condenó a cada uno de ellos a la sanción principal de diez años de presidio, como responsables "de haber tomado parte voluntaria y necesariamente" en la muerte de Jorge Olarte Arango, hecho ocurrido en las últimas horas de la tarde del primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en la plaza pública de la ciudad de Puente Nacional.

La relación de este hecho ocupa parte considerable de la sentencia acusada; y como esa narración ilustra mucho el punto que es materia del debate en el recurso intentado, la Sala va a transcribir sus fragmentos esenciales. Dice así:

"En la Nochebuena de mil novecientos cuarenta y dos, Julio Vicente Guerrero se encontraba en la tienda de licores de Manuel Peña, situada dentro del perímetro urbano de la ciudad de Puente Nacional, libando algunas copas con sus amigos. En una de esas, la tertulia fue interrumpida con la noticia de que Jorge Olarte Arango le había dado una bofetada a un chofer, noticia que provocó la reacción de Julio Vicente Guerrero, quien dijo que tenía ganas de conocerles la manga a esos hijos de puta de los Olarte. Estas palabras, oídas o sabidas por Jorge Olarte, determinaron a éste a pedirle cuentas en la misma cantina a Julio Vicente, y en efecto se cruzaron algunos golpes con las manos. Los presenciales los separaron, y algunos amigos se llevaron para su casa a Jorge, quien se resistía a entrar y presentarse ante su señora madre, después de la grave ofensa recibida y no suficientemente castigada.

"Jorge Olarte se encontró entonces con su hermano mayor Daniel, quien fue informado de la ofensa recibida, y los dos se dirigieron a la cantina de Peña en donde estaba Guerrero. Jorge le señaló a su hermano Daniel al ofensor, y éste fue atacado a puñetazos por Daniel, secundado por su hermano Jorge.

"Separados los combatientes, Julio Vicente Guerrero quedó con señales en la cara, de los golpes recibidos, señales que varios días después exhibía con grande dolor de su espíritu. Desde esa misma noche, Guerrero empezó a proferir palabras y expresiones de venganza contra los Olarte, y y especialmente contra Jorge. Decía que en juego largo hay desquite, y que eso no podía quedar así. Varias personas oyeron las expresiones de amenaza, y hasta llegaron a ponerlas en conocimiento de uno de los familiares de Jorge Olarte Arango.

"Desde el día de pascua, Julio Vicente Guerre-

ro se dedicó a la tarea de conseguir un revólver, para armado con él, entenderse con Jorge Olarte. En Saboyá — su tierra — y en la ciudad de Chiquinquirá estuvo haciendo diligencias para conseguir el revólver, y a varias personas interrogó sobre el precio y condiciones de esas armas. Alguno de sus amigos quiso disuadirlo de aquellos propósitos, sin lograrlo. El arma fue adquirida, y con ella a la cintura, Julio Vicente Guerrero se presentó el día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres en la población de Puente Nacional, en donde ese día se celebraba un bazar a beneficio del templo católico. La ciudad entera tomaba parte en las festividades y regocijos, y en la plaza había varios toldos o puestos de venta de comestibles, licores y celebración de rifas.

"Durante el día, Julio Vicente Guerrero y su padre Vicente Ormidas estuvieron paseando por la plaza y se tomaron algunas cervezas, pero sin llegar a embriagarse. En la cantina de Manuel Peña estuvieron examinando el revólver que Julio Vicente había adquirido. Algunas personas los vieron pasar en actitud sospechosa, acompañados de Luis Camacho, personaje éste peligroso y de malos antecedentes, según lo refieren algunos testigos.

"La familia Olarte Arango había sido invitada a un baile celebrado para recibir el año, en la ciudad de Vélez.....

"Uno de los toldos, situado casi frente a los balcones de la familia Olarte Arango, estaba atendido por las señoras Ana Pinzón de Virviescas.... A ese toldo llegaron como entre cuatro y cinco de la tarde, Lelio y Jorge Olarte Arango y Manuel Virviescas, por invitación hecha por uno de ellos. Pidieron unos spaguettis que se los comieron con pan, y en seguida se tomaron una botella de cerveza, que les fue servida en tres vasos. Lelio invitó a que se tomaran otra cerveza, pero Manuel Virviescas pidió que se las llevaran a un escaño de los del centro de la plaza, y en los momentos en que se dirigían hacia aquel lugar, se acercó Julio Vicente Guerrero, y por detrás o de lado, le dio dos foetazos con un látigo con estoque o alma de acero, a Jorge Olarte, quien hizo ademán de defenderse del segundo golpe con la mano. Ante el ataque con el látigo, Jorge Olarte retrocedió buscando su revólver, ademán ejecutado igualmente por Julio Vicente Guerrero, y a continuación empezaron Olarte y Guerrero a dispararse sus armas, mientras Olarte retrocedía hacia el andén de la plaza. Al llegar al andén, Jorge Olarte cayó al suelo, no se sabe si por una herida en una pierna o porque se enredó. Lo cierto fue que apenas cayó Olarte al suelo, Julio Vicente se le fue encima, y al pasar casi por sobre él, y a poca distancia, le hizo un disparo por la nuca al caído, disparo que le causó la muerte.

"Inmediatamente, Julio Vicente Guerrero emprendió la huída, amenazando con el revólver para que se le abriera paso y no se le detuviera. Mientras tanto, y estando Jorge Olarte en el suelo, como ya se ha dicho, se llegó Vicente Ormidas Guerrero, y allí y por la espalda le dio una o varias puñaladas, una de las cuales era mortal. Algunos testigos dicen que Vicente Ormidas le dio una puñalada a Olarte, por la espalda, en los momentos en que se empezaban los disparos entre Jorge y Julio Vicente, y que después lo volvió a herir por la espalda, cuando Olarte estaba tendido en el suelo...."

Tres cuestiones les propuso el Juez del conocimiento (Segundo Superior del Socorro) a los miembros del Tribunal popular, reunido en audiencia pública en los días tres y cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y cinco. Dos de ellas con respecto a Julio Vicente Guerrero y una en relación con Vicente Ormidas Guerrero.

Aquéllas fueron:

"El acusado Julio Vicente, Guerrero es responsable de haber tomado parte voluntaria y necesariamente en la ejecución del hecho de haber dado muerte a Jorge Olarte Arango, por medio de cinco heridas que se le causaron en diferentes partes del cuerpo, dos de ellas producidas con proyectil de arma de fuego (revólver) y las restantes con instrumento cortante y punzante, acontecimiento sucedido en la plaza pública de la cabecera del municipio de Puente Nacional, como entre las cuatro y las cinco de la tarde del día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres?"

"El acusado Julio Vicente Guerrero ejecutó el hecho a que alude la pregunta anterior con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos?"

La otra dice:

"El acusado Vicente Ormidas Guerrero es responsable de haber tomado parte voluntaria y necesariamente en la ejecución del hecho de haber dado muerte a Jorge Olarte Arango, por medio de cinco heridas que se le causaron en diferentes

partes del cuerpo, dos de ellas producidas con proyectil de arma de fuego (revólver) y las restantes con instrumento cortante y punzante, acontecimiento sucedido en la plaza pública de la cabecera del municipio de Puente Nacional, como entre las cuatro y las cinco de la tarde del día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres?"

La respuesta para la pregunta primera fue la siguiente:

"Sí, pero en ataque recíproco".

Para la segunda, o sea la relativa a las circunstancias constitutivas de asesinato, ésta:

"No".

Y para la tercera:

"Sí, pero al ver atacado a su hijo".

Demanda

El doctor José Agustín Noriega, quien asistió en el juicio a los procesados y los representa en este recurso, ha invocado y sustentado en el orden que sigue esas causales del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: 3ª, 4ª y 7ª, en cuanto a Vicente Ormidas Guerrero; y 3ª en lo tocante a José Vicente Guerrero.

Causal 3ª — (Referente a Vicente Ormidas Guerrero).

"Desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder" y "Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado".

Para sostener el primer cargo (desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder), alega el demandante que como el auto de proceder considera a Vicente Ormidas Guerrero como cooperador en el homicidio, advierte que esa cooperación no fue "inminentemente necesaria", la sanción ha debido graduarse de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal.

Para demostrar que la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto, dice que éste no fue simplemente afirmativo sino explicativo, y que la explicación ("al ver atacado a su hijo") modifica esencialmente el hecho imputado, bien sea en el sentido de situar la acción de Vicente Ormidas Guerrero en el caso del artículo 25, o en el del 27 o en el del 28 del Código Penal, es decir, considerándolo en ejercicio de una legítima defensa de su hijo (justificación), o en ejercicio desmedido o excesivo de esa defensa, o en condines anímicas especiales (caso del artículo 28).

Causal 4ª — La funda en que al formular la pregunta relativa a Vicente Ormidas Guerrero no se dio aplicación al artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, puesto que no se determinó la circunstancia consignada en el auto de proceder, o sea, que se trataba de una cooperación no necesaria.

Causal 7ª — Sostiene el demadante que el "Sí" de la primera parte de la respuesta traduce la afirmación del jurado respecto de la participación de Vicente Ormidas Guerrero en el hecho material, no en la responsabilidad legal por el homicidio, la que queda destruída con la adición "pero al ver atacado a su hijo". Mas si así no fuere — advierte el demandante, — entonces el veredicto es contradictorio porque afirma una responsabilidad que al mismo tiempo justifica.

Causal 3ª — (Respecto de Julio Vicente Guerrero).

Cree el demandante que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, porque la contestación del jurado ("Sí"), pero en ataque recíproco") equivale a haber manifestado que el hecho lo ejecutó Julio Vicente Guerrero en circunstancias diversas de las expresadas en la respectiva cuestión, y que así debió, por lo mismo, interpretarse en la sentencia al aplicar la pena. Porque — continúa — la agregación del jurado no es en ningún caso una simple circunstancia de menor peligrosidad, ni por el hecho de que el jurado no hubiera hecho uso de la frase sacramental para calificar la riña imprevista puede eso interpretarse en el sentido desfavorable en que lo ha sido.

Concepto del Ministerio Público

Por la última de las causales desarrolladas en la demanda principia su estudio el Procurador Delegado en lo Penal. Y a propósito de la tesis expuesta por el demandante para sustentarla, observa: 1º que para que la riña sea circunstancia modificadora de la responsabilidad tiene que ser imprevista; 2º que en los juicios en que interviene el jurado toca a éste calificarla, bien aceptándola si ha sido planteada en el auto de proceder y en el cuestionario, o bien, determinándola en el veredicto; 3º que la riña habida entre Julio Vicente Guerrero y Jorge Olarte Arango no fue ca-

lificada de imprevista en el auto de proceder; 4º el mismo demandante, en su actuación como defensor descartó la posibilidad de una riña de esa clase; y 5º que habiéndose establecido que el provocador del lance fue Julio Vicente Guerrero, mal podría asegurarse que se trató de una riña imprevista, porque de acuerdo con doctrina de esta Sala "la riña nunca podrá ser imprevista para quien mata o hiere en el trance de una pendencia por él provocada".

Rechaza, por ello, los fundamentos de esta causal 3ª, en cuanto a Julio Vicente Guerrero.

A continuación examina la causal 7ª, y expone: que en los juicios por jurado el veredicto debe contener en alguna forma los elementos integrantes de la legítima defensa (violencia actual, violencia injusta, peligro que ella encarne para algún interés jurídicamente protegido y proporcionalidad de los medios usados en defensa de esos intereses), para que esa situación pueda ser reconocida en la sentencia; que la sola afirmación de que el padre cometió el homicidio "al ver atacado a su hijo" no alcanza a configurar la legítima defensa, porque el jurado omitió consignar en su veredicto un elemento tan esencial y decisivo como el referente a la **injusticia** de la agresión; que no todo ataque contra el cual se reacciona exime de responsabilidad, porque el acometimiento puede provenir de un acto de inicial provocación, por ejemplo; que al Juez de derecho no le es permitido llenar los vacíos que los jueces de conciencia dejan al calificar los hechos.

De todo ello concluye que no está probada la causal 7ª, porque el aditamento que el jurado hizo sobre los móviles que guiaron al homicida (Vicente Ormidas Guerrero), sólo puede estimarse como circunstancia de menor peligrosidad que el sentenciador puede apreciar libremente en la sentencia, como lo hizo el Tribunal.

A los razonamientos del demandante para sustentar la causal 3ª replica diciendo que si es verdad que el Juzgado consideró en el auto de proceder a Vicente Ormidas Guerrero como cooperador, "sin que su cooperación fuera eminentemente (sic) "necesaria", el Tribunal al revisar esa providencia colocó a Vicente Ormidas Guerrero como "un simple codelincuente circunstancial". Es decir, que lo tuvo como responsable principal del homicidio, puesto que la calificación que en la doctrina se da a los codelincuentes es ésta: a) autores de la resolución criminal (provocadores, motores, instigadores o autores intelectuales); b) ejecutores de la resolución (autores materiales), y c) autores de la resolución y de la ejecución del delito.

Y termina esta parte de su exposición el señor Procurador afirmando que no existe el desacuerdo que plantea el demandante, puesto que la providencia enjuiciatoria que en este caso prevalece es la del Tribunal, quien tenía facultad suficiente para variar la clase de participación criminosa que le correspondía al procesado, siendo así que en materias penales no existe la prohibición de la "Reformatio in pejus".

En conclusión no encuentra el Jefe del Ministerio Público que la sentencia esté en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Por último se ocupa brevemente en refutar los argumentos aducidos por el demandante para fundar la causal 4ª, o sea, que no se dio aplicación al artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. El señor Procurador rebate esta parte de la demanda diciendo que en primer lugar el defensor no planteó en las instancias este problema de nulidad; y que, en segundo lugar, en la cuestión sometida al jurado no se hizo otro cosa que interpretar a cabalidad el pliego de cargos del auto de proceder, puesto que se preguntó si Vicente Ormidas Guerrero era responsable de haber tomado parte voluntaria y necesariamente en la muerte de Jorge Olarte Arango.

Pide el señor Procurador que no se invalide la sentencia del Tribunal Superior de San Gil.

Se considera:

En el análisis de las causales propuestas por el demandante, la Sala va a seguir el mismo orden en que fueron presentadas. Y así, principia por las aducidas en cuanto a Vicente Ormidas Guerrero.

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".

Dos, como se recordará, son los reparos que el autor del escrito de demanda le hace al fallo del Tribunal Superior de San Gil. Consiste el primero en haberse él apartado del auto de proceder en materia de los cargos formulados a Vicente Ormidas Guerrero. Y el segundo, en hallarse en

pugna con el veredicto. Es decir, que, en sentir del demandante, concurren los dos motivos de casación de la causal 3ª

Conocidos los argumentos de aquél respecto de cada una de esas críticas, procede la Sala a examinarlos.

Primer motivo de casación: Sentencia en desacuerdo con el auto de proceder.

Es verdad que el Juez de primera instancia, al precisar la situación jurídica de Vicente Ormidas Guerrero dijo que la participación de este procesado "no fue inminentemente necesaria". Y la Sala se pregunta, qué quiso dar a entender el Juez con esa locución (inminentemente).

Si el adjetivo **inminente** — de donde se extrajo el vocable "inminentemente" — significa "lo que comienza o está para suceder prontamente", no encuentra esta Corporación cómo darle a esa frase un sentido gramatical aceptable. O, por lo menos, una satisfactoria interpretación jurídica.

Porque la participación en un delito es necesaria o no. Ahí no hay términos medios, ni posibilidad de reforzar lo necesario de la colaboración, ni de disminuírla, diciendo, verbigracia, fue muy necesaria o muy poco necesaria. Así como no se podría decir "forzosamente necesaria" (frase pleonástica, además), tampoco podría declararse que una determinada cooperación no fue decisivamente necesaria, o incompleta, o absoluta, etc.

De modo que se trata de una expresión ociosa y que no podía representar en el pliego de cargos el papel cardinal que el demandante quiere que se le conceda. Pero si el Juez hubiera tenido el deseo — recóndito — de darle a ese exótico adverbio (inminentemente) la traducción de que la actitud delictuosa de Vicente Ormidas Guerrero en el homicidio careció de aquellas condiciones indispensables para adquirir la categoría de necesaria, presentando así una situación vaga y extraña a la exactitud que debe imperar en los actos judiciales, al jurado entonces le tocaba escoger y decidirse en semejante alternativa, y al elaborarse la respectiva pregunta tánta razón tenía el Juez para consignar una como otra fórmula, puesto que para ambas daba base el texto pertinente del auto de proceder.

Sin embargo, todas las consideraciones que se acaban de hacer están de sobra. Porque el Tribunal aclaró la confusión creada en esa providencia de primera instancia, cuando dijo que la intervención de Vicente Ormidas Guerrero en el homicidio había sido circunstancial, es decir, accidental, o lo que es lo mismo, que no hubo acuerdo previo entre padre e hijo para consumar el delito. Y esta providencia — la del Tribunal — es la definitiva, como bien se comprende.

Al calificar, pues, la entidad superior de circunstancial la participación de Vicente Ormidas Guerrero, no hizo ni intentó hacer cosa distinta de sustraer del acto de Vicente Ormidas Guerrero la premeditación, que sí se le había deducido en primera instancia y se le dedujo en la segunda a Julio Vicente. Y como lo **circunstancial** de una intervención no le quita a la misma la efectividad en el apoyo que se prestó al coautor, mal puede afirmarse que la sentencia no estuvo en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pues por el contrario es la armonía entre una y otra providencia lo que se advierte.

Segundo motivo. — Desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

La adición contenida en el veredicto ("pero al ver atacado a su hijo") no tiene en este caso fuerza operante ni la virtud modificadora que le halla el actor para sostener el desacuerdo que se acaba de enunciar.

Ya el señor Procurador Delegado en lo Penal analizó atinadamente este punto, manifestando por qué no podía entenderse este agregado como sinónimo de defensa legítima ni de exceso en ella; como tampoco habría razón para colocar a Vicente Ormidas Guerrero como autor de un delito de ímpetu, como delincuente que actuó por un dolor intenso o en estado de ira provocado injustamente.

A esa disertación de la Procuraduría puede sumársele esta observación: si la respuesta del jurado hubiera sido: "Sí, pero en defensa de su hijo", cambiaría de aspecto el problema. Pero no fue así, sino "al ver atacado a su hijo". Claramente se nota que el jurado tomó la palabra "ataque" por riña o combate, puesto que al contestar la pregunta referente a Julio Vicente Guerrero hizo uso de la misma palabra (ataque recíproco). Y ese ataque no fue otra cosa que una riña, porque el proceso no contiene sombra alguna acerca de ello. De modo que vale tanto aquella manera de expresarse como esta otra: "al ver a su hijo combatiendo o riñendo". Y no es posible negar la diferencia entre una frase que diga "al ver atacado a su hijo" y otra de este contenido: "en defensa de su hijo"; o cualquiera igualmente expre-

siva, como por ejemplo, "al ver en grave peligro la vida de su hijo".

El jurado fue lacónico y reconoció apenas una situación de hecho, sin hacerle concesión alguna al estado de ánimo del infractor.

En resumen: no cabía situar a Vicente Ormidas Guerrero en el caso del artículo 25, ni en el del 27 del Código Penal. Tampoco en el del 28. Porque fuera de que esa modalidad (ira o dolor intenso causado por grave e injusta provocación) no se planteó en el auto de proceder ni el jurado la reconoció expresamente, es sabido que en materia de emociones de ira o de dolor, el que las experimenta es el testigo más calificado para invocarlas; y Vicente Ormidas Guerrero nada mencionó en su indagatoria — en la que se limitó a negar su intervención en el delito— sobre una circunstancia tan caracterizada e inolvidable y que modifica sustancialmente la infracción.

No está, pues, probada — en ninguno de sus dos motivos — la causal 3ª de que se ha venido hablando.

Causal 4ª — "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

El cuestionario que el Juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: El acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darle denominación jurídica).

Tal es el texto del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Y a la regla ahí contenida dice el demandante que se faltó, porque dejó de consignarse en la pregunta la circunstancia de que la colaboración de Vicente Ormidas Guerrero no fue necesaria en el homicidio de Jorge Olarte Arango.

Bien se nota que el demandante sigue teniendo como auto de proceder el del Juzgado y no el del Tribunal que precisó jurídicamente la acción de Vicente Ormidas Guerrero.

Y como ya quedó este argumento rebatido al estudiar la causal anterior, a sus explicaciones y razones se remite la Sala.

Por consiguiente, se debe declarar no fundados los argumentos que sirvieron para sostener esta causal 4ª

Causal 7ª — "Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Es claro que si al estudiar la causal 3ª se hubiere encontrado que la adición del jurado ("pero al ver atacado a su hjo") equivalía a considerar a Vicente Ormidas Guerrero en actitud de legítima defensa, podría ahora ofrecerse oportunidad de detenerse en los argumentos que presenta el demandante para afirmar la contradicción del veredicto, que él halla entre el "Sí" y la adición ya mencionada. Pero como bien claro quedó que el tan repetido aditamento no tiene capacidad alguna para destruír la responsabilidad o para modificarla virtualmente, la argüida contradicción que, en términos generales, consiste en la imposibilidad de conciliar los términos opuestos de una misma proposición en que se afirma y se niega a la vez, no existe en este caso.

Se desecha, por consiguiente, el apoyo de esta causal.

Causal 3ª — (Julio Vicente Guerrero).

La riña imprevista equivale a la casual. Es un lance que surge de improviso para uno de los combatientes, que no lo quería, ni lo buscó, ni actuó en él de una manera voluntaria sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el aceptarlo. Abundante es la doctrina sobre este tema.

Y en ninguna parte del proceso que se inició para averiguar la responsabilidad de Julio Vicente Guerrero y de Vicente Ormidas Guerrero en la muerte de Jorge Olarte Arango, se ha llegado a hacer la afirmación—ni siquiera la insinuación— de que Julio Vicente Guerrero, armado desde siete u ocho días antes del homicidio, con intenciones claramente manifestadas de vengar los puñetazos recibidos en la navidad de mil novecientos cuarenta y dos, se hubiera visto envuelto por mero accidente, por artes del azar o de la casualidad en la marimorena del primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres, cuando él, Julio Vicente, a continuación de darle con el azote de que iba provisto como arma de provocación, echó rápidamente mano a su revólver y se trabó a tiros con el agredido, mientras Vicente Ormidas, secundaba la combativa acción en que pereció Jorge Olarte Arango.

Mal podía, pues, interpretarse el veredicto como revelador de una modalidad no determinada en él, ni en el enjuiciamiento.

La reciprocidad del ataque, reconocida por el jurado, tan sólo sirve para configurar la riña, pero nada más. Porque riña es un combate, un cambio de golpes de parte y parte. En eso precisamente consiste la reciprocidad. Pero muy lejos está ello de significar que en este caso la refriega asumió caracteres de imprevista para uno de los contendores, y menos para el que, preparado de antemano, la provocó y la promovió. Y si así hubiera sucedido, nada más fácil para el jurado que pronunciarlo concretamente.

Quizá la única influencia que podría otorgársele a la frase "en ataque recíproco" sería la de sustraer de la lucha la cobardía. Pero sobre esto, que sería tema de la causal 1ª, nada escribió el demandante, y la Sala, ofciiosamente, no puede ocuparse en ese aspecto de la cuestión. Como tampoco en lo relativo a la individualización de la sanción para Vicente Ormidas Guerrero, colocado en el mismo pie de igualdad de Julio Vicente.

Tampoco, pues, está probada la causal 3ª en lo referente a Julio Vicente Guerrero.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Cas ación 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 de tres de mayo del año próximo pasado, del Tribunal Superior de San Gil, en la que se condenó a diez años de presidio a cada uno de los procesados Julio Vicente y Vicente Ormidas Guerrero, como responsables de la muerte de Jorge Olarte Arango.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judical** y devuélvase.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

IGUALDAD DE INFLUENCIA DEL DOLOR Y DE LA IRA EN LA RESPONSABILIDAD

Aunque teórica y doctrinariamente es interesante precisar cuál es la esencia o naturaleza de la perturbación emocional que impulsa al delito (si la ira o el dolor), el no precisarla no incide en la determinación de la responsabilidad ni de la sanción, ni tampoco empeora o modifica la posición jurídica del procesado; cometido el delito en estado de ira, o cometido en estado de intenso dolor, el elemento modificador no cambia de contenido, es decir, no deja de ser elemento modificador para convertirse en eximente y fundar la absolución.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Alcides Tayak Gallego (nacido en Palestina, de treinta y un años en 1943, casado con Ana Rosa Vásquez, agricultor y mecánico, con instrucción elemental, agente de policía en aquel año), por medio de su defensor recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del 9 de febrero del año pasado, por la cual con aplicación de los artículos 28 y 362 del Código Penal, le impuso la pena mínima de dos años y ocho meses de presidio, como autor de homicidio en Rafael Giraldo Gómez cometido con arma de fuego (revólver) la noche del siete (7) de septiembre de 1943, en el sitio "La Hábana", corregimiento de "San Isidro", municipio de Belalcázar.

Admitido el recurso el 13 de marzo del año pasado, y con vista en la demanda y en la respuesta del Procurador, la Sala lo decide en este fallo, no sin antes resumir la narración del origen y circunstancias de la contienda entre Tayak y Giraldo que culminó en la muerte de éste y en las lesiones de aquél, así como también los actos del proceso a que hace referencia el recurrente al sustentar sus razones.

I. — El delito y el proceso

El motivo que suscitó en Alcides Tayak el impulso homicida — según las datos del proceso — fue la agresión a cuchillo de que fue víctima por parte de Giraldo — el occiso — cuando, como agente de policía, quiso impedir que Giraldo y sus compañeros, que venían embriagados aquella noche de las ferias de Belalcázar, penetraran a caballo a la cantina de Felipe Santiago Grajales. Giraldo, en efecto, como lo afirman quienes presenciaron los hechos, reaccionó incontroladamente cuando Tayak se opuso no sólo a que entrara allí a caballo, lo que hizo a pesar de la intervención de aquél, sino a que después hiciera brincar la cabalgadura por sobre el mostrador de la cantina; y fue en virtud de esa reacción por lo que acometió a cuchillo a Tayak, causándole dos heridas, una bajo la tetilla izquierda y otra en el estómago (siete días de incapacidad); como Giraldo y sus compañeros se dirigieron inmediatamente a la cantina de Antonio Bedoya, distante setenta metros aproximadamente de la de Grajales, al pasar por ella momentos después camino de su casa Tayak disparó desde fuera su revólver contra Giraldo quien, instantáneamente, se desplomó de su caballo, dejando allí mismo de existir.

Aunque desde la calificación del sumario el Juez reconoció que Alcides Tayak fue injusta y gravemente provocado mediante la agresión a cuchillo de su víctima, lo que creó en el procesado el estado emocional que lo impulsó al delito, y aunque se propuso al jurado esa circunstancia, éste — en cambio y opuestamente a la realidad del proceso — optó por la eximente del delito, fundando así la posterior declaración de veredicto evidentemente contrario a los hechos y que el Juez — también con la posterior confirmación del Tribunal — decretó después de la audiencia.

Convocado el nuevo jurado, al que se propuso idéntico cuestionario (hecho, propósito de matar y estado de ira o intenso dolor), fue contestado afirmativamente, y en esa decisión se fundó la

sentencia condenatoria (dos años y ocho meses de presidio) sometida hoy — mediante este recurso extraordinario — al estudio de la Corte.

III. — La demanda

Con el propósito de que Tayak sea absuelto por la Corte — como explícitamente se declara en le parte final de la demanda — el recurrente invoca las dos primerfas causales de casación—errónea interpretación de la ley penal y errada apreciación de los hechos, cuyos fundamentos se resumen en seguida, no sin antes anotar que la demanda —en su forma como en su contenido— no fue elaborada conforme a las prescripciones del art. 431 del Código de Procedimiento Civil (aquí aplicable en virtud de mandato especial del artículo 7º del Procedimiento Penal).

La tesis presentada como fundamento de la causal primera concierne a la diferencia sustancial que existe entre el estado de ira y el estado de intenso dolor que el artículo 28 del estatuto penal considera como elementos modificadores de la responsabilidad, cuando son producidos por provocación grave e injusta; y después de hacer expresa referencia a los conceptos de Ferri y Carrara y a la norma del artículo 38 (numeral 3º) del estatuto penal, objeta la omisión del Tribunal por no haber establecido la diferencia conceptual entre la ira y el dolor, ni determinado el estado que llevó a Tayak a su delito, "cuya situación jurídica —dice textualmente el abogado de Tayak — se dejó oscilante entre dos causas diversas que la ley establece como modificadoras de la responsabilidad".

En cuanto a la segunda causal, anota en forma general el recurrente que "en la sentencia se apreciaron erróneamente los hechos que modifican la responsabilidad de su defendido y que influyeron para fijar la pena, y esto por existir una manifiesta contradicción entre ellos"; y posteriormente, refiriéndose de nuevo al ímpetu de ira y al estado de intenso dolor, y después de criticar la forma del cuestionario (que según él debió ser múltiple) afirma que "se han apreciado erróneamente estos hechos modificadores de la situación que corresponde a su defendido, al habérseles incrustado en una promiscuidad injurídica y antilegal".

El Procurador Delegado, aun aceptando la distinción que existe entre los dos estados — ira y dolor — y de que es la ira (cólera) "la que mueve el brazo del hombre provocado injusta y gravemente", advierte que aquella distinción no tiene importancia práctica alguna en nuestro derecho positivo, ni también influye en la medida de la peligrosidad del acusado, y termina su concepto con la petición de que — por no estar fundada la causal primera ni poder considerarse la segunda — no debe casarse la sentencia recurrida.

III. — Estudio y decisión del recurso

No obstante que el fundamento que el recurrente alega es idéntico para cada una de las causales (distinción entre la ira y el dolor), este tema será estudiado separadamente, ya que la demanda la presenta en aspecto diverso según se trate de la primera o de la segunda causal.

a) Violación de la ley penal

La objeción de que, sin tener facultad legal, el Tribunal conjuntamente aplicó a Tayak, confundiéndolos los dos estados de la ira y del dolor siendo distintos — según las doctrinas clásica y positivista — no encaja dentro de la causal invocada como aquí se explica, o mejor expuesto, no conduce a comprobar la violación legal invocada.

El Tribunal acogió el veredicto como debía acogerlo, esto es, en la forma en que el jurado, con base en el proceso, hubo de expedirlo, y aunque teórica y doctrinariamente habría sido interesante precisar cuál fue la esencia o naturaleza de la perturbación emocional que impulsó a Tayak a ultimar a Giraldo (si la ira o el dolor), el no precisarla no incide en la determinación de la responsabilidad ni de la sanción, ni tampoco empeora o modifica la posición jurídica del procesado; cometido el delito en estado de ira, o cometido en estado de intenso dolor, el elemento modificador no cambia de contenido, es decir, no deja de ser elemento modificador para convertirse en eximente y fundar la absolución como lo juzga y lo pide el recurrente.

Desde un punto de vista técnico, la invocación de la causal primera lleva en sí la obligación de determinar cuál fue la norma que el Tribunal interpretó erróneamente, y cuál la que ha debido aplicarse y esa obligación no fue aquí cumplida; sea, pues, cualquiera el aspecto que se examine, se llega a la conclusión de que no ha habido violación de la ley penal.

b) Errada interpretación de los hechos

Aquí el recurrente objeta que como el Tribunal no precisó cuál fue la causa del delito, si la ira o el dolor, sino que las aplicó conjuntamente, deduce de ello la errada apreciación de los hechos por la contradicción entre esos dos estados o situaciones o elementos; lo que en el fondo objeta es que no se haya dicho que Tayak mató a Giraldo por causa de la ira o por causa del dolor, es decir, aplicando el uno y excluyendo el otro, objeción que si fuera dirigida al veredicto podría encajar —en gracia de discusión— más que en la segunda, en la séptima.

Esta tesis, como lo cree el recurrente, no puede constituir excepción a la acogida y reafirmada desde 1944 sobre inaplicabilidad de la causal segunda a esta especie de juicios —los decididos con intervención del jurado— pues el motivo está en la proyección jurídica de esta intervención y no en la tesis que se proponga.

No siendo admisible, pues, no puede prosperar.

En consecuencia la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con lo pedido por el Procurador Delegado, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de primero de febrero del año pasado, por la cual condenó a Alcides Tayak a la pena de dos años y ocho meses de presidio por el homicidio de Rafael Giraldo Gómez, cometido la noche del 7 de septiembre de 1943, en el Corregimiento de San Isidro, Municipio de Belalcázar, Departamento de Caldas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR UNA OBRA NACIONAL YA CONCLUIDA

La jurisdicción administrativa es la adecuada para desatar litigios en que se cobran indemnizaciones con causa en trabajos públicos nacionales, al tenor de lo previsto en el artículo 261 de la ley 167 de 1941; mas no cuando el trabajo público no existe, por haberse ya ejecutado. Realizada la construcción de la obra, la jurisdicción especial sobre indemnización de perjuicios causados por ella no se justifica, y los interesados deben acudir a la vía ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Heliodoro Ordóñez, por medio de apoderado, propuso demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para que éste en un juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia del fiscal de la corporación hiciese estas declaraciones: "Primera.—Que la Nación es civilmente responsable de los daños causados en la finca agrícola denominada El Joco, ubicada en el municipio de Rosas (Cauca), de propiedad de Heliodoro Ordóñez, los que fueron debidos al derrumbe de la carretera Popayán-Pasto, en la punta de la Lajita. Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, la Nación debe pagar por los perjuicios ocasionados en su finca agrícola las siguientes cantidades: dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de daño emergente, y mil pesos ($ 1.000.00) como lucro cesante. Tercera.—Que la Nación debe pagar también los perjuicios que se sigan causando, por concepto del derrumbe, hasta el pago de la indemnización y el interés legal de las sumas a que ascienda la indemnización".

El Tribunal decidió abstenerse de admitir la demanda por estimar no ser de su competencia el conocimiento de ella, "ya que son claras —dice— las disposiciones citadas de la ley 167 de 1941, que radican el conocimiento de asuntos de la naturaleza a que se contrae la demanda, en el Consejo de Estado, por tratarse de trabajos públicos nacionales." El auto en que esto se dispuso por el Tribunal es objeto del presente recurso de apelación.

En su escrito enviado a la Corte manifiesta el apoderado del recurrente que la demanda no se refiere a indemnización por causa de trabajos públicos nacionales. La Procuraduría observa que los hechos de la propia demanda demuestran lo contrario. Que en el hecho segundo se expresa que la finca del demandante "queda en la parte plana del punto dicho (La Lajita), y por encima pasa la carretera por mitad de una peña que ha venido sufriendo desmejoramiento, debido al constante tráfico, sin que las zonas de carreteras nacionales con asiento en esta ciudad hubieran prestado la atención debida que a sus actividades concierne a fin de evitar los derrumbamientos." El hecho tercero afirma que el derrumbe causó daños incalculables en la finca agrícola El Joco. También el hecho cuarto expresa que por la falta de técnica con que se hizo la carretera, se derrumbó, produciendo daños asimismo incalculables. El hecho quinto se refiere a daños de la finca El Joco a consecuencia de un derrumbe en la carretera. El hecho sexto expresa que el derrumbe "tapó completamente el cañaduzal y un gran pedazo de la maicera." En el hecho octavo se dice que el riesgo del derrumbe se debió evitar mediante las medidas técnicas del caso, "teniendo en cuenta que al pie de la carretera existía una finca agrícola en la parte plana".

La Corte considera:

El actor pretende que la Nación le indemnice de daños que afirma se le han ocasionado a con-

secuencia de derrumbamientos producidos en la carretera de Popayán a Pasto, en el sector que indica. Sin embargo los perjuicios que se cobran no provienen de la ejecución de una obra nacional, de un trabajo público, porque la misma demanda advierte que esa obra ya está ejecutada y que los daños se han ocasionado posteriormente a la ejecución de ella, "por la falta de técnica con que se hizo la carretera." Esta modalidad del asunto influye en la competencia para conocer del pleito. La jurisdicción administrativa es la adecuada para desatar litigios en que se cobran indemnizaciones con causa en trabajos públicos nacionales, al tenor de lo previsto en el artículo 261 de la ley 167 de 1941; mas no cuando el trabajo público no existe, por haberse ya ejecutado. En la ocurrencia en examen la demanda advierte que "los encargados de la **conservación** de la obra (subraya la Sala)..., no tomaron las medidas que el caso requería para que no se produjera el derrumbe...." Se trata de la conservación de una vía y no de su construcción, y más correctamente aún, de una omisión en la conservación de la carretera; no hay trabajo público; si éste se hizo, ya fue concluído. La ley quiere hacer expeditos los trabajos públicos nacionales, pudiendo dirigirse los reclamos que se intenten por los que se crean perjudicados con la obra, ante la jurisdicción administrativa. Pero realizado el propósito que la ley persigue, de la construcción de la obra, la jurisdicción especial no se justifica, y los interesados deben acudir a la vía ordinaria. Tal sucede en el presente juicio que por tanto se ha promovido legalmente ante la justicia común.

En atención a lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia revoca el auto apelado para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán proceda a admitir la demanda.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INSPECCION OCULAR

No le es aplicable a la Corte Suprema de Justicia el primero de los eventos contemplados en el artículo 726 del Código Judicial, pues ella ejerce jurisdicción en todo el territorio de la República. Queda solamente entonces la posibilidad del otro evento previsto en el artículo citado: el de que la Corte comisione a un Juez "cuando lo crea conveniente", consagrándose aun para estos casos el derecho a pedir que se haga la diligencia por el mismo juzgador.

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

(Magistrado sustanciador: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Solicita el demandante la práctica de una inspección ocular "por medio de comisionado acompañado de peritos en contabilidad en los libros de contabilidad de la Andian National Corporation Limited, que están en las oficinas de dicha Compañía situadas en el edificio **'Andian'** en la ciudad de Cartagena...", para que constate lo relacionado en los puntos a) y b) del memorial petitorio.

Para juzgar sobre la procedencia del pedimento ha de hacer la Corte algunas consideraciones:

La diligencia de inspección ocular, por su índole misma debe practicarse por el fallador. Tiene por objeto "el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, **hace el Juez,** acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate" (artículo 724 del C. J.). Debe ser, en lo posible, el Juez que va a fallar quien hace el examen o reconocimiento propios de la inspección ocular. Ese es el sentido y también es esa la finalidad de la norma procesal. La facultad de comisionar a otro que la ley le otorga al Juez para que el comisionado practique la inspección sólo la contempla excepcionalmente: 1º Cuando se ha de hacer fuera del territorio de la jurisdicción del Juez, y 2º Cuando obrando dentro de su territorio jurisdiccional el juez "cree conveniente" comisionar para la diligencia (artículo 726 del C. J.).

Aplicando esos principios a las reglas que los desarrollan se tiene que cuando es la Corte Suprema de Justicia el Juez que ha de practicar la inspección ocular, como ella ejerce jurisdicción en toda la república, no le es posible comisionar a un Juez de **otra jurisdicción** dentro del país. Y así, el primero de los eventos contemplados en el artículo 726 no le es aplicable y no cabe por consiguiente la hipótesis allí prevista de que la Corte comisione a virtud de petición hecha por las partes o por una de ellas. Queda solamente entonces la posibilidad del otro evento previsto en el artículo citado: el de que la Corte comisione a un Juez "cuando lo crea conveniente", consagrándose aun para esos casos el derecho a pedir que se haga la diligencia por el mismo juzgador.

Las anteriores consideraciones demuestran que no es procedente la prueba en la forma en que se pidió. La parte interesada puede manifestar dentro del término de la ejecutoria de esta providencia si desea que se practique de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 729 del C. J., en relación con el 726, aplicados a la función jurisdiccional de la Corte.

Notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Aníbal Cardoso Gaitán—Nicolás Llinás Pinmienta, Secretario.

ACCION DE RESTITUCION DE POSESION.—DENUNCIA DEL PLEITO.— ACCION POSESORIA DE DESPOJO

1. — La deuncia del pleito tiene por objeto fijar las relaciones entre el denunciante y el denunciado, nacidas de la obligación en que se halla el vendedor de sanear la cosa vendida. Tal obligación se la impone la ley al vendedor para amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de ella. (Artículo 1893, C. C.)

2. — La acción posesoria de despojo la tiene una persona cuando ha sido privada de la posesión por medios violentos.

3. — El saneamiento por evicción no cubre situaciones alcanzadas por medios violentos. El despojo no es un medio legítimo de adquirir el goce de una cosa. El vendedor debe poner en posesión de la cosa vendida al comprador. Pero si éste usa de la violencia no puede pretender que el vendedor le sanée la situación de hecho que sus actos de violencia produzcan. Estos actos son personales suyos, que no originan consecuencias como las emanadas de la posesión que el vendedor transmite con el título o con la tradición. Tales consecuencias proceden de sus propios hechos y no de la posesión que se le transmite. Por tanto no hay razón para pretender que a ellas se extienda la obligación de saneamiento que la ley impone al vendedor.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali admitió la demanda promovida por el señor Carlos Alberto Olano, como apoderado de los herederos del doctor Vicente Borrero y otros contra el Departamento del Valle del Cauca, para que se le condene a restituir a los demandantes la posesión de un lote de terreno; de que afirma la demanda fueron despojados por el Departamento, y también a retirar los materiales de las construcciones que en el terreno dicho se han llevado a cabo, y al pago de los perjuicios. Al correrse el traslado de la demanda al señor Gobernador del Departamento, éste constituyó apoderado especial para el juicio al doctor Antonio Holguín Garcés, quien contestó la demanda y al propio tiempo denunció el pleito a los señores doctor Luciano Rivera B. y Carlos Triana, a la señorita Concepción Vélez M., a la Sra. Petronila Marroquín de Caña, a la Sociedad K. F. Jensen & Cía., S. A., afirmando que tales personas hicieron ventas al Departamento de terrenos o porciones, con mejoras y edificaciones, que fueron entregados real y materialmente y que se hallan dentro del lote de terreno que se alindera en el hecho 15º de la demanda, que a decir del demandante es el lote materia del despojo y que hoy ocupa el Departamento del Valle. El Tribunal en providencia que es objeto de la presente apelación decidió no darle curso a la solicitud de denuncia del pleito porque considera que los títulos acompañados por el apoderado del Departamento no demuestran que las porciones de terreno a que ellas se refieren, que fueron vendidas al Departamento, se encuentren incorporadas dentro del lote de terreno de que trata el hecho 15º de la demanda, ya que los linderos que determinan ese lote son diferentes de los que se dan para las porciones especificadas en las escrituras de compra. En el auto en que tal cosa se dispuso se resolvió asímismo abrir el juicio a prueba por el término de seis días y se admitió al doctor Antonio Holguín Garcés como apoderado del Departamento del Valle. Habiendo este último interpuesto reposición contra la providencia relacionada, en nueva decisión, mantuvo la primera en cuanto se abstuvo de darle curso a la solicitud de denuncia del pleito y la revocó en la parte que abre a prueba el juicio.

Surtido el trámite de la apelación ante la Corte el Departamento demandado no presentó memorial para sustentar la alzada y por lo mismo las razones que tuviese para disentir del pensa-

miento del Tribunal y de los motivos que éste expuso en su última decisión.

La denuncia del pleito tiene por objeto fijar las relaciones entre el denunciante y el denunciado, nacidas de la obligación en que se halla el vendedor de sanear la cosa vendida. Tal obligación se la impone la ley al vendedor para amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de ella. (Artículo 1893 del C. C.)

La acción posesoria de despojo la tiene una persona cuando ha sido privada de la posesión por medios violentos. En el caso de que aquí se trata, y según se afirma en la demanda, en el juicio de inventario adicional de la sucesión de Vicente Borrero Borrero que se adelanta en el Juzgado Primero del Circuito Civil de Cali se practicó el secuestro de un inmueble a que el juicio actual se refiere, el secuestre nombrado recibió real y materialmente el lote de terreno, y más tarde una cuadrilla de trabajadores invadió gran parte del inmueble entregado al secuestre, derrumbó cercas, cortó árboles y destruyó edificaciones (ranchos) y otras mejoras de que allí había, y el Gerente de la Empresa Licorera del Valle del Cauca, manifestó que por orden suya se habían iniciado esos trabajos para ampliar la Fábrica de Licores del Departamento.

No puede la Corte entrar ahora a la calificación de la demanda de despojo en sí misma, sino a su examen para juzgar con base en ella si la denuncia del pleito propuesta por el demandado ha de prosperar. Como la acción de despojo se plantea por hechos que implican violencia atribuídos a agentes del Departamento, surge la cuestión de si el saneamiento por evicción cubre situaciones alcanzadas por esos medios. La respuesta es negativa. El despojo no es un medio legítimo de adquirir el goce de una cosa. El vendedor debe poner en posesión de la cosa vendida al comprador. Pero si éste usa de la violencia no puede pretender que el vendedor le sanee la situación de hecho que sus actos de violencia produzcan. Estos actos son personales suyos, que no originan consecuencias como las emanadas de la posesión que el vendedor transmite con el título o con la tradición. Tales consecuencias proceden de sus propios hechos y no de la posesión que se le transmite. Por tanto no hay razón para pretender que a ellas se extienda la obligación de saneamiento que la ley impone al vendedor. Estas consideraciones demuestran que la denuncia del pleito hecha en este juicio no debe prosperar.

Pero aunque esto no fuese así, el estudio de las características del caso sometido a la Corte convence de que no procede la denuncia.

La Corte encuentra acertadas y suficientes las razones que motivan la insistencia del Tribunal al mantener su determinación de no darle curso a la denuncia del pleito, y que consisten precisamente en la falta de coincidencia de los linderos del lote de terreno a que se refiere la demanda y los de los lotes o porciones adquiridos en compra por el Departamento. No obstante haber expresado el Tribunal esta desarmonía, el apoderado del Departamento en su escrito de reposición presentado al Tribunal no aduce en forma precisa, como era de desearse, los argumentos que demostrasen la coincidencia en la alinderación echada de menos por el Tribunal. De un modo un tanto abstracto y general el abogado dijo simplemente: "....como el Departamento del Valle las únicas casas que ha demolido y los trabajos que ha adelantado con destino a la ampliación de la fábrica de licores, han sido precisamente las casas por él adquiridas y las obras por él adelantadas sobre los terrenos comprados a los denunciantes, si los linderos del lote materia del pleito no coinciden con los linderos de las varias porciones adquiridas por el Departamento, ya que lo primero dice relación a un globo general y las ventas a distintas porciones de terreno, aquella circunstancia y los documentos acompañados a la demanda, de muy discutible carácter probatorio, contribuyen, sin embargo, a reforzar la creencia en que está el Departamento de que le asiste el derecho de denunciar este pleito que se le ha promovido." Obsérvese cómo el señor apoderado del Departamento no sustenta de un modo afirmativo la aseveración en que se basa la denuncia del pleito, de que existe realmente una coincidencia entre los linderos señalados en el hecho 15º de la demanda y los de las escrituras de las compras que hizo el Departamento. El señor apoderado tan sólo anota que esa falta de coincidencia superficiaria podría explicarse porque la alinderación de la demanda es más amplia y las otras alinderaciones se refieren a lotes o porciones que se afirma están comprendidas por la primera. Pero esta razón no es bastante para demostrar el hecho que se pretende establecer, si al propio tiempo no se acredita que las porciones o lotes tienen linderos realmente abarcados por el alin-

damiento del globo señalado en el libelo. El propio apoderado, sin traer la demostración que se echa de menos, expresa que esas consideraciones suyas contribuyen a reforzar "la creencia" en que está el Departamento de que le asiste el derecho de denunciar el pleito.

El Tribunal en el auto que negó la reposición consigna una motivación que la Corte acoge después de verificar en los autos los documentos a que ella se refiere, observando que contra lo en ella dicho no se ha argumentado nada en contrario. Dice el Tribunal: "El aludido hecho 15º de la demanda dice así: 'El lote materia del despojo, y ocupado actualmente por el Departamento del Valle, se encuentra comprendido por estos linderos especiales: por el norte, márgenes del río Cali, por su cauce nuevo; por el sur con cauce antiguo del río Cali, al medio con lote que el Departamento compró a la señora Concepción Vélez en diciembre del año pasado; por el oriente, con lote de los herederos del doctor Vicente Borrero Borrero; por el occidente también con lotes de propiedad de los herederos del doctor Vicente Borrero, y cuyo lote ha sido cercado recientemente por Jensen & Cía., S. A. Ahora bien, por lo que hace a las dos personas primeramente mencionadas, no se ha traído prueba alguna para fundar la denuncia que a ellas se hace del pleito, de manera que no cumple con lo dispuesto en el artículo 235 del Código Judicial; en lo que concierne al lote de terreno vendido al Departamento por Concepción Vélez M. por escritura número 2975 de 13 de diciembre de 1945, no es posible considerarlo incorporado en el lote que se alindera en la demanda como el que ha sido materia de despojo, puesto que allí se señala como el lindero sur de éste, el comprado por el Departamento a la señora Concepción Vélez. Los dos lotes vendidos por Jensen & Cía. S. A. según escritura número 2732 de 20 de noviembre de 1935 tienen conjuntamente, según ese título, los siguientes linderos: norte, río Cali; Sur, Dócesis de Cali y carrera 1ª; occidente, Luis Murillo y herederos de Francisco Betancourt; oriente, calle 29 y Diócesis de Cali; y lo vendido por Petronila Marroquín de Caña, al mismo Departamento por escritura número 168 de 27 de enero de 1946, está determinado en los siguientes linderos: sur, la carrera 1ª de por medio con el cementerio católico; norte, con el río Cali; oriente, con propiedad de Carlos Martínez; y por el occidente, con propiedad de Clara Díaz. De acuerdo con la alinderación dada a estos dos últimos lotes de terreno, no hay como concluír que ellos forman parte integrante del lote de terreno de que trata el hecho 15º de la demanda, y los documentos acompañados a ésta no contribuyen a reforzar la tesis sostenida a ese respecto por el recurrente, ya que en ellos sólo se expresan linderos de carácter general sin mención alguna de los lotes de terreno a que se refieren las distintas escrituras traídas para respaldar la petición sobre denuncia del pleito".

Ha de confirmar la Sala, por lo dicho, la resolución del Tribunal en cuanto se abstiene de darle curso a la denuncia del pleito.

Como el propio Tribunal revocó su primera decisión en la parte referente a la apertura del juicio a pruebas, no hay sobre este punto materia para un pronunciamiento de la Corte.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto que fue objeto del presente recurso.

Comisiónase al señor Juez del Circuito Civil de Cali para que notifique esta providencia al señor Gobernador del Departamento del Valle.

Líbrese el despacho correspondiente.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS

1.—La irresistibilidad a que alude el artículo 1º de la ley 95 de 1890, consiste según la jurisprudencia en que el hecho no haya podido ser impedido y coloque a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla.

2.—La restitución de un término, en la forma admitida por el C. J., puede ser solicitada en cualquier tiempo antes del fallo, aunque se haya surtido un trámite posterior, pues la fuerza mayor o caso fortuito de que habla la ley puede ser, y ello ocurre ordinariamente, de tal naturaleza, que impida al litigante solicitar la restitución inmediatamente después de vencido.

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

(Magistrado sustanciador: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Después de haberse tramitado la segunda instancia de este juicio llegó a la Sala un memorial del doctor Augusto Socarrás Sánchez en el que como apoderado sustituto del doctor Juan Francisco Mújica solicita la "restitución del término probatorio correspondiente al término de fijación en lista, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 372 del C. J." La solicitud dio origen al trámite de la presente articulación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al descorrer el traslado de los autos considera extemporánea la solicitud y se expresa en la siguiente forma: "El artículo 372 del C. J. dice, es cierto, que la restitución de un término puede pedirse por el interesado siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva. Pero parece evidente que esa restitución deba solicitarse y decretarse inmediatamente después de vencido el término cuya restitución se pide. Y ello —ese es el sentido del artículo citado —siempre que el asunto no haya sido definitivamente resuelto. De lo contrario se llegaría al absurdo de que sería preciso anular toda una parte del proceso, lo cual no parece estar autorizado por la ley al amparo de la restitución de términos." Debe pues la Corte considerar, antes de ver si se halla probado el caso fortuito o la fuerza mayor para que pueda concederse la restitución de un término, el problema planteado por el señor Procurador.

Este funcionario, según la parte transcrita de su concepto, estima que en cualquier momento antes del fallo puede restituírse un término, pero que la oportunidad para hacer la petición, en cada caso, está constreñida a un tiempo inmediatamente posterior al término vencido y de que no se pudo hacer uso. Unas breves consideraciones serán suficientes para demostrar que esta interpretación de la ley no se acomodaría a la finalidad que ella persigue y a la naturaleza del fenómeno jurídico que contempla. En efecto, la restitución de un término originada en la imposibilidad en que estuvo una parte para hacer uso de él por fuerza mayor se funda precisamente en que esa fuerza le impidió al interesado actuar en el juicio en su debida oportunidad. Pero bien puede ocurrir y ocurre frecuentemente, que esa fuerza mayor se prolongue por un tiempo más largo que el de un término procesal. Sería ilógico y contrario a la institución misma que prevé su restitución el que una persona inhabilitada por la fuerza mayor más allá de la duración de un término no pudiese pedir que se restituya cuando tal fuerza haya cesado aunque esto ocurra expirado ya el término de que se trata. Luego no es regla jurídica la de que la restitución deba pedirse apenas ha vencido el término de que no se hizo uso.

En el caso de autos se hace consistir la fuerza mayor o el caso fortuito en una enfermedad de carácter mental sufrida por el doctor Juan Francisco Mújica, cuando era apoderado de la parte demandante, que le impidió hacer uso del término de fijación en lista para solicitar que el negocio se abriera a pruebas en la segunda instancia.

Dentro del término probatorio de la articulación a que ha dado origen este incidente se presentaron dos testimonios tendientes a probar la

grave enfermedad en que se hace consistir la fuerza mayor: uno del doctor José Francisco Socarrás, rendido por medio de certificación jurada, en su calidad de representante al Congreso; y otro del doctor Luis Jaime Sánchez. El doctor Socarrás dice así en su declaración: "...Desde el año de 1938... conozco al doctor Juan Francisco Mújica, con quien he tenido las más cordiales relaciones de amistad, y a ese título he tenido oportunidad de prestarle en varias ocasiones mis servicios profesionales. Tercero.—Más o menos desde el año de 1938 el doctor Mújica muy preocupado por su estado de salud me solicitó le hiciera un examen clínico. Dicho examen me reveló que el doctor Mújica padecía de un hipotiroidismo muy acentuado como lo ratificó luego la prueba del metabolismo basal, la cual es decisiva para el diagnóstico de dicha enfermedad. Además presentaba signos evidentes de fenómenos correspondientes a un estado de intoxicación crónica cuya causa no pude determinar en ese entonces, pero que más tarde se precisó como proveniente de una afección renal que hizo indispensable una intervención quirúrgica que consistió en la nefrectomía del riñón derecho. La enfermedad del doctor Mújica era grave debido tanto a la concurrencia de las dos afecciones mencionadas, como a la importancia de cada una de ellas por separado. El pronóstico del hipotiroidismo fuera que implica en los casos como el del doctor Mújica la necesidad de un tratamiento de por vida, es de suyo grave porque tiene repercusiones de orden psíquico; las intoxicaciones crónicas de origen renal también tienen tremendas repercusiones de orden psíquico. Cuarto. Me consta porque le practiqué sucesivos exámenes clínicos que desde antes de junio de 1944 hasta el mes de diciembre de 1945, fecha ésta de la intervención quirúrgica a que fue sometido el Dr. Mújica, el paciente estuvo sujeto a una serie de trastornos mentales cuya sintomatología fue la siguiente: sueño permanente hasta el punto de que se dormía caminando, como manifestación inequívoca de intoxicación nerviosa; retardo de los procesos de la percepción; disminución aguda de la atención; retraso de los procesos de la asociación; amnesias parciales; inafectividad; disminución de los procesos intelectuales llegando a presentar trastornos notorios del juicio y el razonamiento. Todos estos síntomas concurrían con la abulia a diagnosticar un estado de confusión mental típico en las intoxicaciones graves y al que no era ajeno el hipotiroidismo. Por consiguiente en el mes de agosto de 1944 el doctor Mújica se encontraba afectado psíquicamente, de acuerdo con los síntomas a que he hecho referencia... Sexto.—Es excepcional que los trastornos psicológicos sean previsibles para el mismo paciente. En cambio para los facultativos que tratábamos al doctor Mújica tales fenómenos eran previsibles y no fueron repentinos (sic), toda vez que los síntomas fueron agudizándose paulatinamente como ocurre en todos los procesos crónicos. Claro está que dentro de la conducta profesional, ni yo ni ninguno de mis colegas le comunicó nuestras previsiones al doctor Mújica porque ello era contraindicado ya que con tal proceder lo habríamos llevado a la desesperación sin beneficio ninguno...." Y el doctor Luis Jaime Sánchez se expresa así en una parte de su declaración: "...en la segunda mitad de 1944 practiqué varios exámenes clínicos al doctor Juan Francisco Mújica, de los cuales deduje que el doctor Mújica padecía de un hipotiroidismo crónico cuyos síntomas entonces fueron: somnolencia permanente hasta el punto de dormir caminando, gran fatigabilidad física é intelectual, signos de intoxicación de origen renal revelados en la presencia de albúmina en la orina y de un ligero aumento de la urea de la sangre... Estos síntomas que hicieron pensar en una enfermedad renal fueron comprobados más tarde en un hospital neoyorquino en donde se extirpó al doctor Mújica el riñón derecho...." Advierte también el doctor Sánchez que el doctor Mújica estuvo padeciendo de retardo en los procesos asociativos; fatigabilidad de la atención, alteraciones de la memoria, pérdida parcial de la afectividad, pereza en los procesos discursivos de la inteligencia y del pensamiento con perturbaciones notorias en la esfera del juicio y del razonamiento, y abulia. Agrega que estos trastornos psicológicos y orgánicos eran imprevisibles para el paciente y que él como médico no se lo comunicó para evitarle preocupaciones que agravarían el estado de su salud. Igualmente anota que el doctor Mújica no recuperó súbitamente el uso de sus facultades sino de una manera lenta y progresiva.

Según lo establecido en el artículo 372 del C. J. cuando por fuerza mayor no se ha hecho uso de un término puede pedirse por el interesado la restitución de él.

Y según el artículo 1º de la ley 95 de 1890 "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir...".

La irresistibilidad, según la jurisprudencia, consiste en que el hecho no haya podido ser impedido y coloque a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla.

Aplicando lo anterior al caso de que se ocupa la Sala se advierte fácilmente que el hecho que se alega por quien solicita la restitución del término tiene las características que configuran la fuerza mayor.

Los testimonios contestes, amplios, y claros de los doctores Francisco Socarrás y Luis Jaime Sánchez sobre las condiciones mentales en que se encontró el doctor Mújica al tiempo del trámite de este juicio y concretamente durante la época en que se dispuso la fijación en lista, hacen ver la imposibilidad física en que estuvo colocado el entonces apoderado de la parte demandante para hacer uso de ese término y pedir que el negocio se abriera a pruebas. Para la Sala estos testimonios constituyen una demostración completa de que los trastornos mentales sufridos por el señor apoderado de los demandantes, por las características especiales que distinguieron la enfermedad y que son señaladas en forma detallada por los médicos declarantes, a cuyo cargo estuvo la salud del doctor Mújica, impidieron que en forma adecuada atendiera a sus deberes y obligaciones como litigante.

La característica de irresistibilidad, que es la que configura la fuerza mayor o caso fortuito, se halla también demostrada en los mismos testimonios que se analizan: "Es excepcional que los trastornos psicológicos sean previsibles para el mismo paciente", dice el doctor Socarrás; y el doctor Sánchez afirma: los trastornos psicológicos y orgánicos del doctor Mújica eran imprevisibles por él mismo".

Con lo expuesto hasta ahora queda demostrado lo siguiente: la restitución de un término, en la forma admitida por el C. J., puede ser solicitada en cualquier tiempo antes del fallo, aunque se haya surtido un trámite posterior, pues la fuerza mayor o caso fortuito de que habla la ley puede ser, y ello ocurre ordinariamente, de tal naturaleza, que impida al litigante solicitar la restitución inmediatamente después de vencido; el doctor Juan Francisco Mújica, apoderado de la parte demandante, padeció, mientras el presente juicio estuvo fijado en lista durante la segunda instancia, trastornos mentales de carácter imprevisible que le impidieron hacer uso del mencionado término para pedir que el juicio se abriera a pruebas.

Por las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte declara procedente la restitución del término solicitado y ordena la fijación en lista del asunto por el término legal de cinco días.

Notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial**

Ramón Miranda — Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R.—Nicolás Lliás Pimienta, Secretario.

ACCION DE PROTECCION POSESORIA POR PERTURBACION DE UNA SERVIDUMBRE

El artículo 972 del Código Civil dice que las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de DERECHOS REALES constituídos en ellos. Entre los derechos reales que enuncia el artículo 673 del mismo Código figuran las SERVIDUMBRES ACTIVAS. De modo que, en principio, sí le es dado al poseedor de una servidumbre activa el ejercicio de la acción posesoria, cuando sufra perturbación o embarazo en su derecho de servidumbre. El juez a quien se ocurra en demanda de amparo ha de otorgarlo, si el actor comprueba de un lado el hecho jurídico de la posesión, tal como la concibe y configura el Código Civil en el Título 7º del Libro 2º; y de otro, la perturbación que se le haya inferido.

El ejercicio de una acción de perjuicios no puede llevarse por los trámites que la ley asigna a las acciones posesorias.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

El Honorable Tribunal Superior de Cartagena admitió, con fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, una demanda suscrita por el señor Federico Terril, mayor y vecino de esa ciudad, y ordenó que de dicha demanda se le diera traslado al señor Fiscal colaborador de aquella corporación.

Según el libelo, don Federico Terril es propietario de un globo de terreno ubicado en el municipio de Cartagena, a orillas de la carretera que de dicha ciudad va a Barranquilla, pasando por las poblaciones de Bayunca, Clemencia, Santa Catalina, etc.

Dice allí el señor Terril: "considero que se me ha privado injustamente de una parte de la servidumbre legal de camino en que desde tiempo inmemorial gozaba el predio que hoy me pertenece en propiedad, con lo cual se me perturba".

En esa consideración principal basa la única súplica que eleva al Tribunal para que "haga cesar los actos de perturbación provocados por la Nación por medio de un delegado suyo, con un contrato celebrado con terceros mediante el cual se me priva parcialmente de una servidumbre legal de camino".

La competencia del Tribunal la deduce el demandante señor Terril del artículo 155 del C. Judicial, y en seis hechos hace descansar su pretensión. Estos, en extracto, son los siguientes:

1º Que es propietario inscrito de un globo de terreno ubicado en el municipio de Cartagena, colindante por el frente, camino público de por medio, con predio de don Carlos A. Merlano.

2º Que desde tiempo inmemorial existe la vía pública convertida luégo en carretera, que de Cartagena va a dar a varias poblaciones vecinas como Bayunca, Clemencia, etc., y que llega hasta la ciudad de Barranquilla.

3º Que la empresa reconstrutora de la carretera mencionada creyó conveniente eliminar una curva que se introduce en el terreno del demandante, y desvió el camino hacia el predio de don Carlos A. Merlano, dejando desconectada de la carretera una porción de la finca del demandante.

4º Que la variante en referencia se llevó a cabo mediante una permuta de terrenos acordada entre el ingeniero interventor de la carretera Cartagena-Barranquilla y el mencionado señor Merlano, permuta que consta en escritura pública.

5º Que con tal permuta, el demandante queda privado en un cincuenta por ciento del derecho legal de servidumbre de caminos, y que su propiedad sufre demérito, ya que se le dificulta el acceso a la carretera, hecho que él estima como perturbación en el goce de un derecho.

6º Que creada la situación que el demandante estima como perturbadora de su derecho de servidumbre legal, la justicia debe ponerle remedio a tal situación.

En derecho se apoya la demanda en los artículos 897 y siguientes del C. Civil; 208 del C. P. y M., y 40 del C. Judicial.

Aun cuando la demanda fue admitida en la fecha que al principio se anotó, el traslado de la demanda no se le vino a dar al señor Fiscal del Tribunal sino con fecha 18 de abril de 1945, pues en el proceso ocurrieron irregularidades que llevaron al Honorable Tribunal a declarar su invalidez en auto de 9 de diciembre de 1944, para que se tramitara el juicio desde sus comienzos, de acuerdo con la naturaleza de la demanda propuesta por el señor Terril.

La demanda del señor Terril, enderezada solamente, como se ha dicho, a obtener que cesen determinados actos de perturbación que le atribuye a la Nación, no la halló el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cartagena debidamente fundamentada en derecho. Los hechos tampoco merecieron la aceptación de dicho funcionario.

El término de seis días que en definitiva fue el concedido por el Tribunal para el debate probatorio, lo aprovechó el demandante. Y el fallo de primer grado fue expedido por el Honorable Tribunal el diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, con la declaratoria de improcedencia de la acción ejercitada en el proceso.

De esa sentencia apeló el doctor Alfonso Romero Aguirre, apoderado del demandante. En la Corte, a donde vino el negocio por la alzada interpuesta, se han observado los requisitos procesales pertinentes a la instancia. El apelante no ha formulado alegación, y el señor Procurador Delegado, a quien se le dio el traslado de ley, al alegar de conclusión, pidió de esta superioridad la confirmación de la sentencia apelada.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 972 del C. Civil dice que las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de **derechos reales** constituídos en ellos. Entre los derechos reales que enuncia el artículo 675 del mismo Código figuran las **servidumbres activas.** De modo que, en principio, sí le es dado al poseedor de una servidumbre activa el ejercicio de la acción posesoria, cuando sufra perturbación o embarazo en su derecho de servidumbre. El Juez a quien se ocurra en demanda de amparo ha de otorgarlo, si el actor comprueba de un lado el hecho jurídico de la posesión, tal como lo concibe y configura el Código Civil en el Título 7º del Libro 2º; y de otro, la perturbación que se le haya inferido. En el caso de autos es preciso examinar, por tanto, si el señor Terril ha demostrado que es poseedor de la servidumbre, y si se le ha inferido efectivamente la perturbación de que se queja.

La posesión material.—En el término de los seis días de que habla el auto de veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, presentó el actor copia registrada de la escritura pública número 140, pasada ante el Notario de Cartagena el 28 de febrero de 1941. Según ella, entre los señores Carlos A. Merlano y Diego Cárdenas —éste en su carácter de ingeniero interventor de la carretera Cartagena-Barranquilla— se efectuó una permuta. Merlano le transfirió al Gobierno Nacional una porción de terreno que hace parte de la media caballería de la que compone la hacienda "Doña Manuela", ubicada en jurisdicción de Cartagena. El representante del Gobierno le transfiere en cambio al señor Merlano el dominio y posesión efectiva sobre una zona de terreno que ocupaba la carretera referida en la parte que ha quedado reemplazada por la variante construída entre las abcisas K. 2:532 y K. 3:160 del nuevo trazado de la carretera y que tiene una extensión aproximada de 10.420 metros cuadrados".

La cláusula segunda de la escritura de que se viene hablando dice expresamente que la zona de terreno cedida al Gobierno está libre de servidumbres y limitaciones de dominio. Y la cláusula cuarta contiene una declaración análoga respecto de la zona que el Gobierno le traspasa a Merlano.

Pedida en tiempo también fue una inspección ocular con peritos, y se llevó a efecto el veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco. De ella se halla constancia al folio 5 y v. del cuaderno número 3.

El acta de la diligencia de inspección, practicada por dos de los Magistrados de la Sala de Decisión, apenas da idea de que tales funcionarios se dieron cuenta de que ocurrió una variante en la carretera que conduce de Barranquilla a Cartagena por haber notado que en un terreno amontado que el acta llama "manga o embocadura" se advierten signos visibles de haber sido tramo de carretera. A mano izquierda de la manga —dice el acta— "queda un potrero que limita con ésta **y que el doctor Luis A. Gavalo dijo ser del señor Federico Terril".** (Subraya la Corte).

Los peritos, después de exponer su opinión de que con la variante ha quedado la finca del señor Terril enclavada o embotellada en un gran sector, llegan a la conclusión de que esa circunstancia le causa demérito considerable a la finca de Terril, quien por la misma causa habrá de verse obligado a entablar una demanda de servidumbre contra el señor Carlos Merlano, para poder comunicarse con la nueva carretera.

Ni en el acta de inspección ocular, ni en el experticio de los señores Néstor Vergara Támara y Aníbal Baena Calvo consta que el personal inspector o los reconocedores hubieran recorrido la finca del señor Terril por sus linderos para identificarla. De modo que ni siquiera hay la constancia concreta de que los Magistrados hubieran adquirido, por persuasión racional, la convicción plena de que el terreno "amontado" que llaman "manga o embocadura", formara parte integrante del terreno que describe la demanda, o si corresponde a otro predio. Del acta resulta que fue el apoderado del demandante, doctor Cavalo, quien dijo que a la izquierda de la manga, queda la propiedad del señor Terril.

Así que, de pruebas tan deficientes, no puede decirse que dejen establecido el hecho de la posesión actual que tenga el señor Terril de una servidumbre, en el sentido de "gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño" (artículo 879 del C. Civil). O de "derecho que tiene el propietario de una heredad sobre una heredad vecina, para comodidad de la suya propia", como la define el conocido expositor Pothier.

La perturbación.—Hay otro aspecto que no puede ser desatendido en el presente fallo, por cuanto resulta de voces ya transcritas del libelo:

Dice él, que la acción se encamina a que se hagan "cesar los actos de perturbación provocados por la Nación por medio de un delegado suyo, con un contrato celebrado con terceros".

Tomando **ad pedem literae** esa razón de la demanda, aparece que, según el actor, la perturbación la constituye el contrato celebrado por el delegado de la Nación. Y ese aspecto fue motivo del fallo del H. Tribunal **a quo.**

Tal fallo descansa en esta especial consideración: "El Estado es quien da y quita a un bien el carácter de uso público. Con cambiarle esta destinación convirtiéndolo en bien fiscal, no perturba posesión alguna; puede sí, en determinadas circunstancias, causar perjuicios a los particulares, quienes en tal caso tienen abierta la vía judicial para una acción de perjuicios, no para una posesoria. Y como esta última es la que el actor ha tratado de ejercer en este proceso, debe ella declararse improcedente, sin que sea necesario examen de prueba alguna".

En uno de sus apartes dice la demanda: "En el curso del presente año (el de 1941) la Compañía reconstructora de la carretera Cartagena-Barranquilla, introdujo —entre otras— una variante en la referida vía mediante la cual se eliminó una curva... Con este cambio operado en la referida carretera se me ha privado, sin mi consentimiento, en forma parcial del derecho de servidumbre legal de vía constituído en favor de mi predio desde tiempo inmemorial, y con este recorte o merma de mi derecho se desvaloriza mi propiedad y se me dificulta la salida a la carretera, por el hecho de que la faja de terreno sobre que existía la carretera, fue permutada por el Ingeniero Jefe de la Zona de Carretera Cartagena-Barranquilla, con el señor Carlos A. Merlano, por la nueva faja en donde se construyó la variante".

Considérense por separado las razones que el demandante expresa para creerse perturbado:

1ª **La celebración del contrato de permuta.**— A esta Sala de Negocios Generales le correspondió decidir en segunda instancia un interdicto posesorio propuesto por la sociedad Hacienda Real, S. A. contra la Nación, y entonces tuvo que resolver previamente esta cuestión:

¿Si el Estado, por razones de interés público y general dicta determinadas medidas, podrá luego ser entorpecida la actividad estatal mediante el ejercicio de una acción posesoria de perturbación y mediante la intervención de la justicia ordinaria?

El fallo de la Corte fue entonces confirmatorio del de primera instancia —que se pronunció en el sentido de que no había lugar a decretar la protección posesoria— con lo cual quedó absuelta la Nación de los cargos de la demanda.

La Corte, al pronunciarse en la forma absolutoria que se ha apuntado, expresó estas razones:

"Sería de gran interés entrar a investigar aquí si en asuntos de la naturaleza del actual procede la acción posesoria sin que se haya establecido, ni haya alegado siquiera en él, la existencia de una perturbación material de parte del supuesto perturbador, o sea en este caso de parte del Estado;

es decir, si en Colombia, como ocurre en Francia por ejemplo, basta para la procedencia de la acción posesoria que se trate de una perturbación de orden jurídico, consistente en un acto no material que vendría así a afectar, según observan los expositores franceses, no el elemento **corpus**, sino el elemento **animus** del poseedor respectivo y a la manera de la orden contenida en la Resolución del Ministerio de la cual trata este juicio. Se observa ahora, sin embargo, que resulta excusado en el presente fallo el estudio del interrogante jurídico de que se acaba de hablar, por surgir en él otra cuestión de mayor entidad y que toca también con la existencia de la acción posesoria, cuestión ésta última que se plantea así:... Si el Estado por razones de interés público y general dicta determinadas medidas según ocurre en el Decreto-ley que sirve de antecedente y fundamento a la Resolución ministerial, ¿podrá ser entorpecida luego la actividad del Estado mediante el ejercicio de una acción posesoria de perturbación y mediante la intervención de la justicia ordinaria? A la pregunta que precede hay lugar a contestar, a juicio de la Corte, en forma negativa, porque la ley ha autorizado el procedimiento. Y es que gracias al mandato expreso y categórico del Decreto-ley número 1381 de 1940, la Resolución ministerial, como acto de la administración fue dictada dentro de la esfera de su competencia por razones de interés público y general, no con miras a un interés patrimonial del Estado; y, en aquellos casos, y merced a lo preceptuado en los artículos 30 de la Constitución actual y 18 de la Ley 153 de 1887, las disposiciones respectivas son de cumplimiento general inmediato y ya que, como es bien sabido, el interés privado debe ceder al interés público o social".

El caso que en la actualidad tiene a su estudio la Sala de Negocios Generales guarda cierta analogía con el que se viene cotejando.

En efecto: el Legislador, por razones de interés público y general, expidió la Ley 62 de 1919, que en su artículo único dispone: "Autorízase al Poder Ejecutivo para que pueda vender las fajas que habiendo sido parte de caminos de propiedad de la Nación, hayan dejado de prestar aquel servicio. Las fajas de caminos Departamentales y Municipales que se encuentren en el mismo caso, como propiedades de esas entidades, puden venderse por ellas, de acuerdo con las leyes y ordenanzas".

Desarrollo de esa ordenación legal fue la permuta que entre el Interventor de la carretera Cartagena-Barranquilla y los señores Carlos A. Merlano y Diego Cárdenas se llevó a cabo, y de la cual da testimonio la escritura número 140 pasada ante el Notario de Cartagena el 28 de febrero de 1941. La permuta recayó sobre una faja que había sido parte del camino de herradura de propiedad de la Nación, que comunicaba entre sí a las ciudades de Barranquilla y Cartagena. Adoptada para construcción de la carretera llamada hoy de la Cordialidad la misma ruta, pero con las variantes que la técnica pudo indicar, las porciones desplazadas por las variantes no dejaban de pertenecer al Estado, y éste, por medio de sus representantes podía enajenar tales porciones que dejaban de prestar el servicio público que antes prestaban.

Cabe, por tanto, afirmar que en el caso **sub judice**, y gracias al mandato de la Ley 62 de 1919, el contrato de permuta celebrado por el Interventor con los señores Merlano y Cárdenas, está justificado en razones de interés público y general, y no con miras a un interés patrimonial del Estado solamente.

La transcrita consideración del fallo recurrido suministra un argumento de gran peso para la sustentación de tal fallo: el ejercicio de una acción de perjuicios no puede llevarse por los trámites que la ley asigna a las acciones posesorias.

2ª — **Las consecuencias de la permuta.** — La otra razón que el demandante expresa como fundamento de su acción, es la de que, efectuada la permuta entre el ingeniero y el señor Merlano sin contar para nada con el consentimiento del señor Terril, se le ha privado a éste de un derecho. Con aplicación de la doctrina de la Corte que acaba de reproducirse, se desvanacería el argumento. Porque ha de tenerse presente la preponderancia del interés público sobre el interés privado. Y viene muy a cuento reproducir la exposición del señor Procurador, cuando después de analizar en su vista de 11 de julio de 1946 las disposiciones que en el Código Civil definen lo que éste entiende por servidumbres y sus clasificaciones, y de advertir que tales disposiciones no consienten el progreso de la acción de amparo de posesión como la instaurada por el señor Terril, sitúa la cuestión en ese terreno del derecho público, y alega: "Es principio constitucional de la República que el interés privado deberá ceder al interés público o social. Por ello, puede el Gobierno Nacional, cuando así lo aconsejen razones de interés

público o razones técnicas indiscutibles, modificar el trazado de una carretera nacional, como en el caso de que da cuenta el informativo. Suponer que los particulares tengan establecida una servidumbre, o ejerzan posesión sobre los caminos públicos que no permita su modificación en bien de la comunidad, es tanto como desconocer aquel principio constitucional".

En resolución:

No se halla demostración plena en los autos de la posesión material de la servidumbre que el señor Terril dice que tiene a favor de su predio, para que pudiera decirse que la obra de la carretera constituye una perturbación de esa posesión. Pero, por sobre todo, debe tenerse en cuenta que el Estado por razones de interés público y general llevó a cabo la permuta e hizo la variante, respaldado en ley preexistente que al Gobierno facultaba para proceder así. La actividad del Estado no puede ser entorpecida, por lo mismo que la respalda una ley dictada por razones de interés público y general. Norma constitucional es la de que el interés privado debe ceder al interés público y social, cuando resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la ley. Y norma legal es la de que leyes que por motivos de utilidad pública restrinjan derechos amparados por ley anterior tienen efecto general inmediato (artículo 18, Ley 153 de 1887).

Las anteriores consideraciones bastan para que la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley, confirme, como en efecto CONFIRMA el fallo del Honorable Tribunal Superior de Cartagena, de fecha marzo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y seis, en cuanto declara improcedente la acción ejercitada en este proceso.

No se hace condenación en costas, por no ser palpable la temeridad de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán.— Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. — ENMIENDA DE UN ERROR ARITMETICO

El Juez que ha pronunciado una sentencia e incurre en un error simplemente aritmético, puede corregirlo de oficio y en cualquier tiempo, conforme a lo dispuesto en el artículo 483 del C. Judicial. La enmienda de la equivocación ocurrida en un fallo de la Corte, ha de corresponderle a esta entidad, de acuerdo con el tenor literal del artículo citado.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

El señor Manuel S. Fonnegra, mayor y vecino de Medellín, por medio de apoderado ha comparecido ante la Corte para que con vista del expediente que contiene el juicio sobre jubilación fallado aquí por sentencia de 24 de febrero de 1931, se declare:

1º Que tiene derecho a una pensión vitalicia de jubilación por un valor mensual de treinta y ocho pesos con noventa y cinco centavos a partir del siete de febrero de mil novecientos treinta y uno, la cual debe ser pagada por el Tesoro Nacional.

2º Que el mismo señor Manuel Fonnegra tiene, además, derecho a que por el Tesoro Nacional se le pague de una vez el total a que ascienden las partidas mensuales de cinco pesos con veinte centavos que se le han dejado de pagar desde el siete de febrero de mil novecientos treinta y uno.

Admitida la demanda, se ordenó el traslado al señor Procurador, quien lo descorrió en su oportunidad.

Tratándose de una petición para que se corrija un error puramente aritmético, como el que el petente cree que ha ocurrido en la Resolución de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y uno, no hay necesidad de ningua otra actuación para que se pueda entrar a resolver si aquella súplica tiene o no fundamento legal.

La que le ha elevado el peticionario a la Corte la hace reposar en los siguientes hechos:

Que por haber servido don Manuel S. Fonnegra como maestro de escuela por más de veinte años, se hizo acreedor a recibir del Tesoro Nacional la pensión vitalicia otorgada por la Ley 114 de 1913;

Que la cantidad que debió fijarse en la sentencia como pensión mensual de jubilación debía ser la de treinta y ocho pesos con noventa y cinco centavos, y no la de treinta y tres pesos con setenta y cinco centavos que fue la fijada;

Que la sentencia misma delata una contradicción entre la parte motiva y la parte resolutiva en orden al reconocimiento de la pensión;

Que por el error o equivocación ocurridos en la sentencia, ha dejado de pagársele mensualmente al señor Fonnegra desde el siete de febrero de mil novecientos treinta y uno, la diferencia entre las dos cantidades anotadas, o sea un saldo mensual de cinco pesos con veinte centavos.

Que el perjuicio que ha recibido el señor Fonnegra es considerable, dada su difícil situación pecuniaria, y que la Corte puede remediarla con la corrección del error aritmético anotado.

El señor Procurador halla procedente la corrección del error aritmético. Sin embargo, propone la excepción de prescripción consagrada en el artículo 2543 del C. Civil, respecto de las cuotas no cobradas por el actor desde el 7 de febrero de 1931 hasta el 6 de febrero de 1945.

La Sala debe, por tanto, detenerse en el examen de los dos aspectos que a la cuestión le marca el señor Procurador:

a) El Juez que ha pronunciado una sentencia e incurre en un error simplemente aritmético, puede corregirlo de oficio y en cualquier tiempo, conforme á lo dispuesto en el artículo 483 del C. Judicial. La enmienda de la equivocación ocurrida en un fallo de la Corte, ha de corresponderle a esta entidad, de acuerdo con el tenor literal del artículo citado.

Sólo en acatamiento a tal disposición ha acep-

tado la Corte esta demanda; porque, es lo cierto que hoy las demandas sobre pensiones como la acordada al señor Manuel S. Fonnegra no le competen a la Rama Jurisdiccional (artículo 54, ord. 5º, Ley 167 de 1941).

Esto asentado, se tiene:

El señor Fonnegra elevó, con fecha veintiocho de enero de mil novecientos treinta y uno una solicitud para que le fuera concedida una pensión mensual de jubilación por servicios prestados a la educación pública como maestro de escuela primaria oficial. Comprobó entonces que sus servicios abarcaban un lapso mayor de veinte años, caracterizándose por la honradez y consagración en el desempeño del magisterio y por la buena conducta social. Demostró igualmente que, alcanzada una edad mayor de cincuenta años, carecía de medios de subsistencia, y que del Tesoro Nacional nada había recibido por concepto de recompensa o pensión.

Las exigencias legales que por entonces se debían llenar para el éxito de esas solicitudes, las satisfizo el señor Fonnegra. Por eso la Sala de Negocios Generales de la Corte dictó la sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y uno, declaratoria de que el aspirante tiene derecho a la pensión, todo en cumplimiento de la Ley 114 de 1913.

La acción encaminada al reconocimiento de servicios, se surtió, pues, desde entonces, y culminó con el mencionado fallo. En él no solamente hizo la Corte el reconocimiento en abstracto, sino que, en concreto, fijó el **quantum** de la pensión, y la fecha desde la cual debía hacer el pago al Tesoro Nacional.

Que esa fijación fue errada, porque era mayor la suma que debía reconocérsele al señor Fonnegra como pensión mensual, es hecho que acepta el señor Procurador. Está patente, según dicho funcionario, que "la mitad del promedio de los sueldos devengados por el peticionario durante los dos últimos años de servicio y de acuerdo con las cifras que la Corte tuvo en cuenta para decretar la pensión es de treinta y ocho pesos con noventa y cinco centavos, y no de treinta y tres pesos con setenta y cinco centavos, como aparece en la parte resolutiva del mencionado fallo." Y agrega: "Se ha incurrido en un error aritmético ya que es manifiesta la contradicción que existe entre la parte motiva y la resolutiva del fallo al verificar la correspondiente operación aritmética." Y como hecha la verificación sobre la misma sentencia, la Corte encuentra patentizado el error aritmético, no le queda otro camino que enmendar la equivocación.

A la Corte que pronunció tal fallo, hay que suponerla animada del propósito de que su fallo estuviera en consonancia con la demanda; que quiso también tomar en cuenta en la motivación el objeto del litigio y las pruebas de los hechos; que buscó la conexión de los hechos con la cuestión de derecho a resolver, cual era la de saber si el señor Fonnegra era merecedor de la pensión en la forma y cuantía en que la solicitaba; y que halló, finalmente, que la cuestión propuesta revestía caracteres precisos de ajustamiento a la ley. Dadas esas bases, la resolución de la Corte no podía encaminarse a otro fin que a darle efectividad a los derechos sustantivos que al señor Fonnegra le asistieran y le pudieran ser reconocidos dentro de las normas legales.

El simple error numérico o emanado de operaciones aritméticas no afecta a una decisión estructurada en conformidad con los reglamentos legales. El error numérico que la afecta merece, por ende, la enmienda que el señor Fonnegra ha solicitado.

b) Pero el mismo artículo 483 circunscribe la facultad del Juez a la enmienda del error numérico cometido. De modo que cuando el señor Fonnegra pide que se le haga el pago de cantidades que han dejado de pagársele, ejercita con ello una acción distinta de la autorizada por el artículo 483. Es una acción de pago que puede corresponderle a otra autoridad, no a la Corte.

De ahí que ésta tenga que denegar el segundo de los pedimentos, como deniega la declaratoria de la prescripción que el señor Procurador formula como excepción, para que las partes puedan ventilar el pedimento y la excepción ante la autoridad correspondiente.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

La pensión mensual vitalicia a que tiene derecho el señor Manuel S. Fonnegra y que debe pagarle el Tesoro Nacional en virtud de la sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y uno, es la de **treinta y ocho pesos con noventa y cinco centavos,** y no la de treinta y tres pesos con setenta y cinco centavos, como se dijo

equivocadamente en la parte resolutiva del dicho fallo.

Esta pensión queda sometida a las condiciones de suspensión y pérdida consignadas en las leyes.

No es procedente la excepción de prescripción alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, ni lo es la súplica marcada con el numeral 2º de la demanda que aquí se resuelve.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

ASUNTOS REFERENTES A LA JURISDICCION DEL TRABAJO

La jurisdicción de los Tribunales del Trabajo ha de implicar la facultad de ejecutar o hacer ejecutar los fallos respectivos; y asuntos de la índole del que refieren los autos le corresponden a esa jurisdicción, de conformidad con el artículo 68 de la ley 6ª de 1945, no obstante tratarse en el caso de autos de un juicio ejecutivo sometido antes a la jurisdicción ordinaria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

El Tribunal Administrativo de Ibagué en sentencia de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco revocó la resolución número 114 de 19 de octubre de 1944 dictada por la junta directiva de la caja de previsión social del Tolima que negó a la señorita Leonor Parga el sueldo de retiro por ella solicitado, y en su lugar dispuso: "Páguese inmediatamente a la señorita Leonor Parga el sueldo de retiro correspondiente a ocho años, cuatro meses, veintiun días, con sueldos de sesenta y ocho pesos de acuerdo con la relación de sueldos que se halla dentro de la petición que ante la Caja de Previsión Social del Tolima formuló la demandante, para el reconocimiento del tiempo de servicios, el cual ya le fue cubierto".

Posteriormente la Caja de Previsión Social del Tolima profirió la Resolución número 297 que ordena: "Artículo único. Reconócese a favor de la señorita Leonor Parga N. y con cargo a los fondos de la Caja de Previsión Social del Tolima la suma de, doscientos cuarenta y seis pesos con treinta y ocho centavos ($ 246.38) m. c. como auxilio de cesantía que le corresponde por haberle prestado sus servicios al Departamento durante 3 años, 2 meses y 10 días o sea del 1º de julio de 1939 al 10 de septiembre de 1942, suma ésta que será girada y pagada con imputación al capítulo 3º, artículo 12 del presupuesto de rentas y gastos vigentes de la Caja".

Por medio de apoderado la señorita Leonor Parga N. presentó demanda ante el Tribunal Superior de Ibagué para que previos los trámites de un juicio ejecutivo contra el Departamento del Tolima se ordene el pago de la suma de trescientos veintitrés pesos con veintidós centavos (323.22), más los intereses desde que la suma se hizo exigible, explicándose en el libelo que esta cantidad corresponde al valor del auxilio de cesantía por el tiempo que no fue reconocido y pagado por la Caja de Previsión Social del Tolima, aunque sí ordenado por sentencia del Tribunal Administrativo de Ibagué, ya que éste dispuso pagar el sueldo de retiro correspondiente a ocho años, cuatro meses, veintiún días, y la Caja apenas pagó el auxilio que se refiere al lapso de tres años, dos meses, diez y seis días, o sea del 1º de julio de 1939 al 10 de septiembre de 1942. El Tribunal Superior falló la demanda ejecutiva en auto de tres de agosto de mil novecientos cuarenta y seis acogiendo las peticiones de ella y ordenando el pago por el Departamento a favor de Leonor Parga N. de la suma líquida de trescientos veintitrés pesos veintidós centavos ($ 323.22) m. c., y los intereses legales de dicha suma desde que se hicieron exigibles hasta cuando el pago se verifique. De esta providencia apeló ante la Corte el Sr. Gobernador del Departamento del Tolima, recurso que fue concedido en el efecto devolutivo. Antes de ser concedida la referida apelación el citado Gobernador del Departamento del Tolima, en escrito presentado el 10 de agosto de 1946, propuso ante el Tribunal Superior de Ibagué las excepciones siguientes:

1ª Que la tramitación final de la instancia promovida por Leonor Parga N. ante el Tribunal Administrativo de Ibagué para que éste revocara la Resolución 114 de 14 de octubre de 1944 de la Caja de Previsión Social del Tolima, está viciada de nulidad por cuanto ya estaba en vigencia el Acto Legislativo número 1º de 1945, y de acuerdo con el cual son los Gobernadores y no los Fiscales del respectivo Tribunal los que llevan la voz del Departamento en los negocios judiciales y administrativos; y por cuanto en la aludida tra-

mitación no intervino el Gobernador sino el Fiscal del Tribunal, no prestando, en consecuencia, mérito ejecutivo la providencia de esta Corporación.

2ª Que el Decreto número 353 de 1939, reglamentario de la Ordenanza número 50 del mismo año, que crea ciertas prestaciones a favor de los empleados departamentales, establece en su artículo 24 que para "la liquidación del sueldo de retiro, se tomará como fecha de partida el primero de julio del año de 1939." Que el Tribunal Administrativo al ordenar a favor de Leonor Parga N. el pago de los sueldos de retiro anteriores al primero de julio de 1939, extralimitó sus funciones y creó una situación de privilegio.

3ª Que la interesada no objetó ni apeló de la liquidación del sueldo de retiro hecha por la Junta de la Caja de Previsión Social del Tolima, liquidación que en consecuencia quedó en firme.

El incidente de excepciones fue tramitado por el Tribunal en legal forma, abierto a prueba por el término legal y a petición del apoderado del Departamento se practicaron las que éste solicitó. En sentencia de septiembre 26 de 1946 el Tribunal Superior de Ibagué declaró "no fundadas o infundadas" las excepciones propuestas por el Departamento; de esta sentencia apeló el apoderado de la entidad ejecutada.

El recurso recibió en la Corte la tramitación correspondiente habiéndose notificado personalmente todas las providencias al señor Gobernador del Departamento del Tolima, el cual se abstuvo de alegar y exponer razones para fundamentar la referida apelación.

Ahora bien: como ante todo cumple a la Corte examinar lo concerniente a su competencia para fallar, se hacen a este respecto las siguientes consideraciones:

Ha venido conociendo del juicio ejecutivo de primera instancia el Tribunal Superior de Ibagué, no obstante que se trata de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima; y ello merced al mandato expreso del artículo 123 de la Ley 167 de 1941, o Código Contencioso Administrativo.

Empero como manifiestamente se trata aquí de un asunto de los atribuídos por su naturaleza misma (inciso 2º, artículo 58, Ley 6ª de 1945) a la jurisdicción del trabajo, se tiene que hay lugar a la aplicación del artículo 68 de la Ley 6ª de 1945, cuyo tenor literal es así:

"Los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del Trabajo, de que vengan conociendo los jueces ordinarios, pasarán en el estado en que se hallen, a los Tribunales del Trabajo tan pronto como éstos se organicen".

De otro lado el artículo 66 de la misma Ley 6ª de 1945 estatuyó que "el Presidente de la República procederá antes del 20 de julio de 1945, a designar los lugares en donde hayan de funcionar los Juzgados de Trabajo; a señalar su jurisdicción territorial, su personal subalterno, dotación y asignaciones de los Tribunales Seccionales y Corte Suprema del Trabajo (hoy Tribunal Supremo), y la jurisdicción territorial de los primeros".

En armonía con esta autorización dictó el Presidente de la República el Decreto-ley número 1745, de 19 de julio de 1945, que versa sobre organización de la jurisdicción del Trabajo.

De donde se sigue que, una vez dictado el Decreto-ley al cual se acaba de hacer referencia, procedía dar cumplimiento al transcrito artículo 68 de la Ley 6ª de 1945, en el sentido de enviar los negocios respectivos de que venían conociendo los jueces ordinarios al conocimiento de los Tribunales del Trabajo.

Se presentaba sin embargo una dificultad acerca de los juicios sobre ejecución de fallos, juicios de que estuvieran conociendo los jueces ordinarios, pero correspondientes por su índole misma a la referida jurisdicción del Trabajo, tal como ocurre en el caso actual.

No obstante, el punto puede considerarse hoy suficientemente dilucidado en consulta absuelta por el señor Ministro del Trabajo según comunicación de 6 de mayo último, y en la cual, aparte de otras razones, se invoca el contenido del artículo 29 del Decreto-ley número 1745 antes citado, dispósición que es del siguiente tenor literal:

"A la Corte Suprema del Trabajo, a los Tribunales Seccionales y a los Juzgados del Trabajo corresponde exclusivamente, de modo regular y permanente, la potestad de aplicar las leyes en los juicios del trabajo; juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado".

En la consulta referida se hacen valer por el señor Ministro razones adicionales de carácter doctrinal acerca de que la jurisdicción de los Tribunales del Trabajo en calidad de jurisdicción plena, ha de implicar la facultad de ejecutar o hacer ejecutar los fallos respectivos, razones que unidas a la fundada en el contenido mismo de la

disposición legal que acaba de ser transcrita, han llevado a la Corte a la convicción de que, no obstante tratarse aquí de un juicio ejecutivo, hay lugar a dar cumplimiento al artículo 68, antes reproducido en la presente providencia, de la Ley 6ª de 1945, la cual ordena en general que asuntos de la índole del actual sean enviados al conocimiento de los jueces del Trabajo. Cumple observar ahora que, aunque esta Sala de la Corte en providencia de fecha 21 de marzo del presente año hubo de confirmar el auto ejecutivo, que ha servido de base a este juicio, tal hizo en lugar de declararse inhibida, para ello, por cuanto aún no había llegado a aceptarse que la ejecución de los fallos respectivos correspondiera a los Tribunales del Trabajo.

Se dispone en tal virtud que el presente negocio sea remitido al Tribunal Supremo del Trabajo solicitándole atentamente se sirva hacerlo llegar a la Oficina que corresponda según la organización de la Jurisdicción del Trabajo.

Por oficio que contendrá las inserciones pertinentes comuníquese esta resolución al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Notifíquese y cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Tiene consagrado la Sala en reiterada doctrina que, para acreditar el dominio privado sobre petróleos "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere el 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".

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En memorial dirigido al Ministro de Minas y Petróleos el día 30 de septiembre de 1940, la sociedad denominada **Regalías Petrolíferas, S. A.**, de nacionalidad colombiana y con domicilio en Bogotá, solicitó por conducto de su gerente primer suplente doctor Esteban Jaramillo, en contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, un lote de terreno de 95.128 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción de los municipios de Villavicencio y Restrepo y de los corregimientos de Acacías y Surimena, en la Intendencia Nacional del Meta, y singularizado por los linderos que se detallan en el aludido memorial.

El Ministerio del ramo, por resolución de 24 de enero de 1941, aceptó la propuesta en referencia y ordenó hacer los emplazamientos legales del caso. En tiempo oportuno formularon oposición la señora Josefina Luque de Páez y el ciudadano francés señor Jorge Barrault, alegando tener derechos de dominio sobre terrenos comprendidos dentro del área materia de la propuesta de contrato.

Estudiadas las referidas oposiciones, el Ministerio profirió la resolución de 31 de junio del mismo año, en que dispuso: a) No admitir la de la señora Josefina Luque de Páez, por no haber venido acompañada "de las pruebas en que el opositor funda su derecho", según lo exige el artículo 5º de la ley 160 de 1936; y b) Admitir la del señor Jorge Barrault.

En consecuencia, el mismo Ministerio resolvió suspender la tramitación de la propuesta y enviar el expediente a esta Sala de la Corte, a efecto de que aquí se decida si es o no fundada la pretensión del opositor, de acuerdo con las normas pertinentes de la misma ley.

Surtidos en la Corte los trámites de rigor, procede ya dictar el fallo respectivo, para lo cual se considera:

LAS PRUEBAS EN QUE VIENE APOYADA LA OPOSICION EN ESTUDIO

En los siguientes documentos que la Sala relaciona en orden cronológico, pretende el opositor Barrault fundar su afirmación de que le pertenecen en propiedad parte de las tierras a que se contrae la propuesta de Regalías Petrolíferas, S. A.:

1º Escritura de 6 de abril de 1797 (fs. 24 a 26, C. número 4), otorgada en Santafé ante el respectivo Escribano Real, por medio de la cual Antonio Romero, vecino del pueblo de Chipaque, "por sí y en nombre de sus herederos y sucesores, quien su título y causa huviere da en venta real por juro de heredad y señorío desde ahora y para siempre jamás a Vicente y Jacinta Rey, legítimos hermanos, quien compran para sí y quien su dro. representare: Es a saver lo que assi les vende y da en esta dha. venta las tierras llamadas de Apiay las mismas que fueron y poseyeron hasta su expatriación los padres Jesuítas que son las que encierran dentro de los dos ríos, Guaguaquí y Negro, comensando desde un cerrito que llaman Buena vista...".

2º Copia de la escritura número 251 de 15 de septiembre de 1864 (fs. 31 a 32 v., C. número 4), otorgada ante el Notario de Cáqueza, en la cual aparece Agustín Ramos vendiendo a Heliodoro Ruiz, "los derechos, acciones y propiedad que tiene en los terrenos denominados 'Quenane Apeay', Gramalote (hoy Villavicencio), Buenavista y de-

más sitios comprendidos dentro de los linderos siguientes: por el Sur el Río Negro; por el Norte, el río Guatiquía, por el Este la confluencia de dichos ríos; y por el Oeste la sierra de Buenavista...".

3º Copia de la escritura número 197 de 28 de junio de 1865, otorgada ante el Notario de Fómeque (fs. 27 a 28, C. número 4), por la cual Heliodoro Ruiz y su esposa Dolores Ramos venden a Matilde Ruiz de Ramos, entre otros bienes, "los derechos, acciones, propiedad, mejoras y plantíos y establecimientos que les corresponden en los terrenos denominados **Apiay, Quenane, Gramalote** (hoy Villavicencio), **Buenavista** y demás...", comprendidos dentro de los siguientes linderos: "...Por el Sur, el río Negro; por el Norte, el río Guatiquía; por el Este, la confluencia de dichos ríos; y por el Oeste, la sierra de Buenavista....".

4º Escritura número 123 de 9 de mayo de 1866, otorgada ante el Notario de Fómeque (fls. 29 v. a 30 v., C. número 4), mediante la cual Matilde Ruiz de Ramos vende a Heliodoro Ruiz los siguientes bienes: a) "los establecimientos y plantíos de plataneras, cacaotales, café, pasto, enramada y demás propiedades que le pertenecen en el sitio denominado 'Aguas Claras' en jurisdicción del distrito de Villavicencio, y la mitad de los demás derechos y acciones que le pertenezcan en dicho distrito adquirido por compra hecha al mismo señor Ruiz y a su esposa la señora Dolores Ramos de Ruiz..."; b) "los terrenos denominados 'Chirajara' ubicados en jurisdicción de Quetame y comprendidos bajo los linderos siguientes: por el pie el río Negro; por la cabecera la cima de la cordillera; por el costado de acá la quebrada de Chirijara; y por el costado de allá una línea paralela a dicha quebrada desde el lindero del pie hasta el de la cabecera lindando con los terrenos denominados Tasajeras...".

5º Escritura número 2083 de 29 de noviembre de 1869 (fs. 17 v. a 19, C. número 4), otorgada ante el notario segundo de Bogotá, por la cual el señor Joaquín Piñeros vende al General Santos Gutiérrez, "mil quinientas fanegadas de tierra, en el territorio de San Martín, las cuales hubo por compra que de ellas hizo al señor Heliodoro Ruiz por escritura otorgada ante el notario de San Martín con fecha ocho (8) de noviembre del presente año, en el corregimiento de Villavicencio, la que en testimonio legalizado tengo a la vista de que doy fe, y sus linderos son: por la cabecera la sierra o colina de Buenavista; por un costado, el río Negro; por el costado opuesto el río Guatiquía; y por el pie la confluencia de dichos ríos Negro y Guatiquía....". Fue también materia de la venta "un globo de tierra en sitio denominado 'Servitá', comprendido en los límites siguientes: por el Poniente; deslinde con terrenos del señor Diego Riveros, atravesando por casi la cima del cerro Servitá; por el Sur, un chorro que desciende de dicho cerro y cae al camino público; y de aquí sigue por todo el camino hasta el Tambo; por el Oriente; con terrenos del señor Prudencio Castro desde el mencionado tambo, línea recta al río Guatiquía; y por el norte, río arriba hasta enfrente del primer lindero...".

6º Escritura número 165 del 9 de julio de 1870 (fs. 20 a 23, C. número 4), otorgada ante el Notario de Fómeque, mediante la cual Matilde Ruiz de Ramos vende a la señora Dolores Ramos de Ruiz "los derechos, acciones y propiedad que le corresponden en un terreno ubicado en jurisdicción de Villavicencio, territorio nacional de San Martín; como también las mejoras, plantíos de café, pastos artificiales, caña, etc., casas de habitación, enramada, trapiche, fondos, útiles y enseres del trabajo ubicados en el sitio de 'Parrado' de la misma jurisdicción de Villavicencio...".

"La demarcación del globo en general dentro del cual se encuentran los derechos que enajena hoy, es la siguiente: Por el sur, el río Negro; por el Norte, el río Guatiquía; por el Este la confluencia de dichos ríos; y por el Oeste la sierra de Buenavista....."

7º Copia de la escritura número 562 del 3 de enero de 1872 (fs. 10 a 14, cuaderno número 4), otorgada ante el Notario 3º de Bogotá, por medio de la cual señora Dolores Ramos de Ruis vende al general Santos Gutiérrez "los derechos, acciones y propiedad que le pertenecen, proindiviso con otros propietarios, en los terrenos ubicados en el corregimiento de Villavicencio, actual capital del Territorio nacional de San Martín, y las mejoras que son de su propiedad e nel punto denominado "Vega de Parrado".... Dichos terrenos y mejoras están comprendidos dentro de los linderos siguientes: por el un costado, el río Negro; por el otro el río Guatiquía; por el pie la confluencia de dichos ríos y por la cabecera la sierra de Buenavista....."

8º Escritura número 185 de 16 de febrero de 1900, de la Notaría Segunda de Bogotá (fs. 15 a 22 del cuaderno número 2), por medio de la cual

se protocolizó "el juicio de sucesión adicional del General Santos Gutiérrez".

Allí aparece inserta la hijuela de la heredera Sra. Emelina Gutiérrez de Díaz, a quien se le adjudicaron estos bienes: a) "..... la sexta parte proindiviso de unos derechos de corte y cultivo..... comprendidos en general dentro de estos linderos: por el pie, el río Guatiquía; por el costado derecho, la cuchilla denominada "El Prado" o sea la línea de separación entre la finca denominada "San Lorenzo", de propiedad de los herederos del señor Manuel Fernández y el predio denominado "El Triunfo"; la expresada cuchilla en dirección ascendente hasta su arranque de la cuchilla de Buenavista, hasta el punto de nacimiento de un cañito, cuyo nombre se ignora, pero que es el que baja por la parte de arriba del predio denominado "El Vínculo", este caño hasta la confluencia con el caño de Parrado; por el costado izquierdo el referido caño de Parrado, aguas abajo, hasta encontrar el cerramiento de un potrero que posee el señor Ricardo Murcia; por este cerramiento hasta el camino público que de Villavicencio conduce a Quetame; per el camino público, en sentido descendente hasta encontrar las posesiones que ocupó el Coronel Ciriaco Castro y por la línea de esas posesiones hasta el río Guatiquía, primer lindero. Estos derechos se hallan en jurisdicción del municipio de Villavicencio y comprendidos además dentro de la demarcación general del globo comunero de "Apiay"....."

b) "La sexta parte de un globo de tierra denominado "Servitá" de la jurisdicción del municipio de Villavicencio, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: por el Poniente, deslindando con tierras del señor Diego Riveros, atravesando por casi la cima del cerro de Servitá por el Sur, un chorro que desciende del cerro dicho y cae al camino público antiguo; y de aquí sigue por todo ese camino hasta el Tambo; por el Oriente, con terreno que es o que fue de propiedad del señor Prudencio Castro, desde el mencionado Tambo, línea recta al río Guatiquía; y por el Norte, río Guatiquía; y por el Norte, río Guatiquía arriba hasta enfrente del primer lindero...."; y

c) "La sexta parte de los derechos que a la Comunidad de "Apiay" tenía el señor Santos Gutiérrez,.... comunidad que se encuentra en jurisdicción del municipio de Villavicencio y comprendida dentro de los siguientes linderos generales: por la cabecera, la cima o colina de Buenavista; por un costado, el río Negro; por el costado opuesto, el río Guatiquía; y por el pie, la confluencia de dichos ríos Negro y Guatiquía...."

9º Escritura número 2494 de 5 de diciembre de 1939, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá (fs. 23 a 25, cuaderno número 2), mediante la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Antonio Díaz Pérez y Emelina Gutérrez Bernal de Pérez. En esta sucesión fueron adjudicados los bienes relictos a la señorita Alicia Díaz Gutiérrez, en su calidad de hija legítima y única heredera de los causantes, figurando entre tales bienes: a) "Una sexta parte de los derechos de la comunidad de "Apiay", que se halla en jurisdicción del municipio de Villavicencio, y comprendida la comunidad dentro de los siguientes linderos generales: por la cabecera, la cima o colina de Buenavista; por un costado, el río Negro; por el costado opuesto; el río Guatiquía...." b) "La sexta parte de un globo de tierra denominado "Servitá" de la jurisdicción del municipio de Villavicencio, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: por el poniente, deslindando con tierras del señor Diego Riveros, atravesando la cima del cerro de Servitá; por el sur, un chorro que desciende del cerro dicho al camino público antiguo, y de aquí sigue por todo ese camino hasta "El Tambo"; por el Oriente, con terreno que es o fue de propiedad del señor Prudencio Castro; desde el mencionado Tambo, línea recta al río Guatiquía; por el Norte, río Guatiquía arriba hasta enfrente del primer lindero...."

10º Escritura número 2643 de 27 de diciembre de 1939, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá (fs. 28 a 30, cuaderno número 2), por medio de la cual Alicia Díaz Gutiérrez vende a Jorge Barrault: a) "un lote o globo de terreno que represente y pueda representar la sexta parte (1/6) de los derechos que tiene la vendedora en la comunidad de "Apiay", comprendido dentro de los linderos siguientes: "Por la cabecera, la cima o colina de Buenavista; por un costado, el río Negro en toda su extensión; por el costado opuesto, en toda su extensión el río Guatiquía; hasta la confluencia de estos dos ríos." b) "La sexta parte que le corresponde y le pueda corresponder a la otorgante vendedora señorita Alicia Díaz Gutiérrez, en el globo de terreno que se conoce con el nombre de 'Servitá' de la jurisdicción del municipio de Villavicencio, terreno que está comprendido dentro de los siguientes linderos generales: 'Por el poniente, deslindando con tierras del señor Diego Rivera, atravesando la cima del cerro

e Servitá; por el sur, un chorro de agua que desende del chorro dicho al antiguo camino públio; y de aquí sigue por todo ese camino hasta el unto denominado 'Tambo'; por el oriente, con erreno que es o fue de propiedad del señor Pruencio Castro desde el mencionado punto de El ambo, línea recta al primer linderó...".

11º Escritura número 1373 de 4 de junio de 941, otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, por la ual Eugenia Alicia Díaz Gutiérrez vende al seior Jorge Barrault, "todos los derechos y acciones que a cualquier título o por cualquier motivo e correspondan o puedan corresponderle en las sucesiones ilíquidas de las señoras Lastenia Gutiérrez de Uricoechea y Eloísa Gutiérrez de Cañón, en los siguientes bienes: a) en los derechos que a las expresadas señoras les correspondieron por la adjudicación que se les hizo en el juicio de sucesión del General Santos Gutiérrez..., en la comunidad de Apiay, formada por terrenos que se hallan en jurisdicción del municipio de Villavicencio, comprendido dentro de los siguientes linderos: por la cabecera, la cima de la colina de Buenavista; por un costado, el río Negro; por el costado opuesto, el río Guatiquía; y por el pie, la confluencia de los dichos ríos Negro y Guatiquía; b) En los derechos que a las mismas expresadas señoras les correspondieron por adjudicación que se les hizo en el mismo juicio de sucesión indicado, en un globo de tierra denominado 'Servitá', en jurisdicción del mismo municipio de Villavicencio, y que está demarcado así: por el poniente, deslindando con tierras del señor Diego Rivera atravesando casi la cima del cerro dicho y cae al camino público antiguo, y de aquí sigue por todo ese camino hasta El Tambo; por el Oriente, con terreno que es o fue del señor Prudencio Castro, desde el mencionado Tambo, línea recta, al río Guatiquía; y por el Norte, río Guatiquía arriba, hasta el frente del primer lindero; c) En los derechos de corte y cultivo que a dichas señoras se les adjudicó en el expresado juicio de sucesión, ubicados en el mismo municipio de Villavicencio, y comprendidos en general dentro de estos linderos: por el pie, el río Guatiquía; por el costado derecho, la cuchilla denominada El Prado, o sea la línea de separación entre la finca denominada San Lorenzo, de propiedad de los herederos de Manuel Fernández, y el predio denominado 'El Triunfo'; la expresada cuchilla en dirección hacia el Este hasta su arranque de la cuchilla de Buenavista; por la cabecera, la misma cuchilla de Buenavista, hasta el punto de nacimiento de un cañito cuyo nombre se ignora, pero que es el que baja por la parte de arriba del predio denominado 'El Vínculo' y este caño hasta su confluencia con el caño de Parrado; por el costado izquierdo, caño de Parrado aguas abajo hasta encontrar el nacimiento de un potrero que posee el señor Ricardo Murcia; por este cerramiento hasta el camino público que de Villavicencio conduce a Quetame; por el camino público en sentido descendente, hasta encontrar las posesiones que ocupó el coronel Ciriaco Castro; y por la línea de esas posesiones hasta el río Guatiquía, primer lindero...".

Examen de los títulos presentados

Apoyándose el opositor Barrault en las escrituras públicas anteriormente relacionadas, hace estas dos afirmaciones fundamentales: a) Que tiene la calidad de condueño respecto de los inmuebles distinguidos con los nombres de "Apiay" y "Servitá", ubicados ambos en jurisdicción del municipio de Villavicencio, en la Intendencia del Meta; y b) Que la propuesta de la compañía Regalías Petrolíferas Colombianas "abarca y comprende parte de lo que me pertenece y es de mi propiedad por virtud de la compra que hice a uno de los sucesores en el dominio de los terrenos mencionados." Agrega el opositor que "la titulación que se ha enunciado demuestra que los terrenos en los cuales están vinculados los derechos que yo compré, son de propiedad particular y salieron del dominio del Estado en los años de 1797 y 1781".

La identificación de los inmuebles respecto de los cuales se formulan las precedentes afirmaciones, debe ser lo primero en que se ocupe la Sala en este fallo, a efecto de comprobar si se cumple o no uno de los requisitos legales de que depende la prosperidad de la oposición, esto es, **"la determinación precisa del terreno de que se trata"** (artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 160 de 1936).

Sobre el particular, la Corte observa lo siguiente:

Las tierras distinguidas con el nombre de Apiay

En la escritura de 6 de abril de 1797, otorgada en Santafé ante el respectivo Escribano Real, se describen por primera vez estas tierras. Dicha escritura, que es la más antigua de las que se re-

lacionan con el fundo en referencia, da cuenta de que Antonio Romero, vecino de Chipaque, "por sí y en nombre de sus herederos y sucesores", vendió a los hermanos Vicente y Jacinta Rey, "las tierras llamadas de Apiay las mismas que fueron y poseyeron hasta su expatriación los padres Jesuítas que son las que encierran dentro de los dos ríos Guaguaquí y Negro, comenzando desde un cerrito que llaman Buena vista..." (fs. 24 del C. número 4).

En relación con esta primera escritura, la Sala considera:

Lo vendido por Antonio Romero a los hermanos Rey está comprendido —según escritura en examen— "dentro de los dos ríos Guaguaquí y Negro, comenzando desde un cerrito que llaman Buena vista." Se señalan, pues, tres linderos arcifinios, cuya identificación no resulta satisfactoria a la luz de la información que brinda el expediente. En efecto:

Examinando el plano en que el proponente localiza con detalles geográficos el área solicitada en concesión, se observa que ésta comprende parte de las tierras bañadas por los ríos Guatiquía, Ocoa, Guayuriba, Acacías y Negrito. (Parece que este último río se llama Negro en una parte de su curso). Mas no aparecen localizados en dicho plano el río Guaguaquí ni el llamado "cerrito de Buena vista". Tampoco se hace referencia a estos dos linderos de Apiay en el alindamiento correspondiente al globo de tierra materia de la propuesta de contrato.

Por su parte el señor Barrault trajo al proceso una carta geográfica del Departamento de Cundinamarca, levantada por la Oficina de Longitudes en 1941, en la cual aparece marcada con líneas verdes la alinderación que según el opositor corresponde al fundo de Apiay. En dicha carta también está localizado el río Negro, que es tributario del Meta después de su confluencia con el Guatiquía. Pero tampoco se obtiene allí información alguna en cuanto a los otros dos linderos de Apiay, esto es, el "cerrito" de Buenavista y el río Guaguaquí.

De tal manera que de la primitiva alinderación de las tierras de Apiay apenas es posible identificar hoy uno de sus tres linderos arcifinios, o sea el río Negro. Quiere ello decir que es patente la indeterminación del inmueble que fue materia de la venta de Antonio Romero a los citados hermanos Vicente y Jacinta Rey en el año de 1797.

Recurriendo a la información que suministran las escrituras otorgadas con posterioridad a este último año, resulta lo siguiente:

Después de la escritura de 1797 sigue en orden cronológico la del 15 de septiembre de 1864, distinguida con el número 251 y otorgada ante el Notario de Cáqueza. Mediante esta escritura Agustín Ramos vendió a Heliodoro Ruiz "los derechos, acciones y propiedad que tiene en los terrenos denominados 'Quenane Apeay, Gramalote (hoy Villavicencio) Buenavista' y demás sitios comprendidos dentro de los siguientes linderos: por el Sur el Río Negro; por el Norte el río Guatiquía, por el Este la confluencia de dichos ríos; y por el Oeste la sierra de Buenavista..." (Fs. 31 C. número 4).

Lo primero que ocurre preguntar ante la precedente alinderación es si efectivamente, como lo pretende el opositor, ella comprende las mismas tierras adquiridas por los hermanos Rey en 1797, ya que se advierten a primera vista varias diferencias de consideración entre uno y otro alindamiento.

Coinciden, en efecto, las dos alinderaciones en señalar el río Negro como uno de los linderos de los inmuebles materia de los respectivos contratos de venta. Pero ya en 1864 aparece el río Guatiquía y se deja de citar el río Guaguaquí. Que se trata en realidad de una misma corriente de agua con nombres distintos, es cuestión que no está aclarada en el expediente. Además, en lugar de señalar el cerrito de Buenavista citado en la escritura de 1797, la de 1864 hace referencia a la "cierra" del mismo nombre. Dada la notable diferencia geográfica entre un cerrito y una sierra, resulta arbitrario afirmar — como lo afirma el opositor — que una y otra denominación corresponden precisamente al mismo lindero. Porque si en 1797 era un "cerrito" y en 1864 es ya una "cierra", hay que admitir que al menos el lindero debió sufrir importantes alteraciones en cuanto a su extensión. Pero acerca de estas posibles alteraciones no encuentra la Sala ningún dato concreto en el proceso.

Por otra parte, en la escritura de 1864 se agrega una circunstancia que no se advierte en la de 1797: que la confluencia de los ríos Guatiquía y Negro constituye el lindero oriental del inmueble descrito en la primera de tales escrituras. Cuando los hermanos Rey compraron el fundo de Apiay, éste se encontraba encerrado dentro de los ríos Guaguaquí y Negro, sin que se hubiera dicho en-

tonces hasta qué punto preciso se extendía hacia el oriente. En la venta de Agustín Ramos a Heliodoro Ruiz el lindero oriental del inmueble respectivo se señala con toda claridad en la confluencia de los ríos Guatiquía y Negro. De tal manera que no sólo se hace referencia a una nueva corriente de agua (el río Guatiquía en lugar del Guaguaquí), sino que además se añade al alindamiento primitivo la circunstancia muy importante de que por el oriente el fundo materia de dicha venta se extiende hasta el punto en que se produce la unión de los citados ríos Guatiquía y Negro. Esta adición a los linderos en examen, cuya trascendencia salta a la vista, no tiene en el expediente explicación alguna, y constituye un serio motivo para poner en tela de juicio la identidad que según el opositor existe entre el fundo descrito en 1797 y el que es materia de la escritura de 1864.

En la carta geográfica atrás mencionada, el señor Barrault señala el lindero occidental del fundo de Apiay, trazando una línea recta desde un punto situado sobre el río Negro hasta otro punto sobre el Guatiquía. Observando detenidamente la carta en mención, se ve que efectivamente esa línea parece estar trazada sobre una sierra o cordillera que va de uno a otro río. ¿Pero es precisamente éste el mismo lindero que en 1797 se denomina "cerrito" de Buena vista y en 1864 "cierra" del mismo nombre? Este interrogante queda sin resolver por carencia de información en el proceso, resultando en tales circunstancias notoriamente infundada la localización que del lindero occidental aparece en la carta geográfica aducida por el opositor.

Se observa también que el opositor no trajo a los autos la prueba del título o títulos concretos por los cuales pasaran las tierras de Apiay del patrimonio de los hermanos Rey al del señor Agustín Ramos. Se trata de un grave vacío en la titulación del inmueble, que abarca el tiempo transcurrido entre 1797, año de la venta de Antonio Romero a dichos hermanos Rey, y el de 1864, en que aparecen como objeto de la venta del mismo Ramos a Heliodoro Ruiz. La falta de esa prueba repercute desfavorablemente en lo que a la identificación del fundo se refiere, ya que impide saber por cuáles linderos se efectuaron las sucesivas transmisiones del dominio durante los 66 años que comprende el referido vacío en la titulación que se examina.

De 1864 en adelante —como quedó visto en la relación de los títulos presentados por el opositor— las tierras de Apiay aparecen determinadas por los mismos linderos consignados en la escritura de 15 de septiembre de dicho año, con la única salvedad de que en la descripción del lindero occidental se emplea unas veces la expresión "sierra" de Buenavista, y otras la de "cima o colina" del mismo nombre. Esta diversidad de denominaciones empleadas en los títulos para designar el punto o zona geográfica a que corresponde dicho lindero, agrava aún más la dificultad que ofrece su identificación, pues, se repite, que el lindero será más o menos extenso, según lo que en la realidad resulte ser el "cerrito", la "sierra", "cima", o "colina" de Buenavista.

Así las cosas, estima la Sala innecesario examinar por separado cada uno de los alindamientos que al fundo de Apiay se señalan en las referidas escrituras posteriores a la de 15 de septiembre de 1864, bastando para oponer a todos esos alindamientos, por su identidad entre sí, las mismas objeciones que quedaron formuladas respecto de los títulos ya examinados de 1797 y 1864, objeciones que la Corte estima conveniente resumir de la siguiente manera:

1º No está identificado el río **Guaguaquí,** que se señala como lindero de las tierras "llamadas de Apiay", en la escritura de 6 de abril de 1797, contentiva de la venta de Antonio Romero a Vicente y Jacinta Rey;

2º No ha sido establecida la identidad entre el inmueble que con el nombre de tierras de "Apiay" se describe en la precitada escritura de 6 de abril de 1797, y el globo de tierra que con el mismo nombre se determina en las escrituras de fecha posterior, ya que se advierten estas importantes diferencias entre los respectivos alindamientos: a) en el título de 1797 el inmueble allí descrito limita (tal vez al norte) con el río Guaguaquí, y en cambio el lindero norte del fundo determinado en las escrituras de años posteriores, está formado por el río Guatiquía; y b) en el mismo título de 1797 no se señala el lindero oriental del inmueble, al paso que en los de años posteriores ese lindero lo forma invariablemente la confluencia de los ríos Guatiquía y Negro.

3º Dentro de la hipótesis de que sea uno mismo el inmueble que con el nombre de tierras de "Apiay" se describe en las escrituras presentadas en apoyo de la oposición respecto de este fundo, queda aún por identificar su lindero occidental, ya que se ignora a qué corresponde en la realidad geográfica y topográfica lo que al describir ese lindero se designa en el título de 1797 con el nom-

bre de **"cerrito que llaman de Buena vista"** y en las escrituras otorgadas con posterioridad a este año, con los nombres de **"sierra", "cima"** o **"colina"** de Buenavista.

El globo de tierra denominado "Servitá"

La oposición del señor Barrault se refiere también a un globo de tierra conocido con el nombre de "Servitá", ubicado en jurisdicción del municipio de Villavicencio. Este terreno aparece descrito por primera vez en la escritura número 2.083 de 29 de noviembre de 1869, otorgada ante el Notario Segundo de Bogotá (fs. 17 v. a 19 del cuaderno número 4), por la cual el señor Joaquín Piñeros lo vendió al General Santos Gutiérrez, singularizado por estos linderos:

"Por el poniente, deslinde con terrenos del señor Diego Riveros atravesando por casi la cima del cerro de Servitá; por el sur, un chorro que desciende de dicho cerro y cae al camino público;; y de aquí sigue por todo el camino hasta el Tambo; por el oriente, con terrenos del señor Prudencio Castro desde el mencionado Tambo, línea recta al río Guatiquía; y por el norte, río arriba hasta enfrente del primer lindero...."

La alinderación transcrita se repite sin ninguna variación en las escrituras que respecto del mismo inmueble aparecen otorgadas en los años de 1900, 1939 y 1941 (fs. 15 a 22, 23 a 25, 28 a 30 y 31 a 33 del cuaderno número 2), como quedó visto en la relación de los títulos presentados por el opositor.

Ahora bien, a la luz de las constancias procesales sólo es posible identificar el lindero **norte** del fundo "Servitá", o sea el **río Guatiquía",** que aparece claramente localizado tanto en el plano presentado por la Compañía proponente como en la carta geográfica traída a los autos por el señor Barrault.

Más ninguna información encuentra la Sala en el expediente para identificar los otros tres linderos del mismo inmueble, que según las descripciones de las escrituras pertinentes, están constituídos por "los terrenos del señor Diego Riveros (al occidente), el chorro que desciende del cerro de "Servitá" (al sur) y las "tierras del señor Prudencio Castro (al oriente).

En tales circunstancias, resulta manifiesta la indeterminación del globo de tierra que con el citado nombre de "Servitá" aparece descrito en la escritura de 29 de noviembre de 1869, y que posteriormente fue así mismo objeto de las que se otorgaron en los años de 1900, 1939 y 1941.

Corolario ineludible de todo lo hasta aquí expuesto es que los globos de tierra destinguidos con los nombres de "Apiay" y "Servitá", materia de la oposición en estudio, no están debidamente determinados en los autos, surgiendo por lo tanto la imposibilidad de comprobar si efectivamente, como lo afirma el opositor, se trata de inmuebles invadidos parcialmente por la propuesta de Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., habida cuenta del plano y linderos correspondientes al terreno que esta Compañía solicita en concesión para la exploración y explotación de petróleos que se consideran como de propiedad nacional.

Además, la misma indeterminación de los inmuebles en referencia releva a la Corte de entrar en el examen de las escrituras presentadas por el opositor y relacionadas al principio de este fallo, en cuanto con ellas pretende el señor Barrault acreditar el dominio privado de tales terrenos, ya que como lo tiene consagrado esta Sala en reiterada doctrina sobre el particular, "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere el 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).

Sentencia

Por todas las razones que se dejan 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, falla el presente juicio breve y sumario en la siguiente forma:

Declárase infundada la oposición que el señor Jorge Barrault ha formulado contra la propuesta hecha por la Sociedad denominada Regalías Petrolíferas, S. A., para la celebración de un contrato relacionado con la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, en un lote de terreno de 95.128 hectáreas de extensión, ubicado en los corregimientos de Acacías y Surimena, en la Intendencia Nacional del Meta, y singularizado por los linderos que se detallan en el respectivo memorial contentivo de la propuesta en mención.

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

Germán Alvarado. — Víctor Cock. — Ramón Miranda — Eleuterio Serna R. —El Conjuez, **Gabriel Rodríguez Ramírez. — Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

TERCERIAS EXCLUYENTES

El Código Judicial anterior al actual admitía las tercerías excluyentes y las coadyuvantes. El nuevo Código Judicial —ley 105 de 1931— suprimió las tercerías excluyentes del juicio ejecutivo. Es, pues, lo cierto que hasta antes de la vigencia de esta ley era legalmente permitido y de uso procesal el que terceros pudieran intervenir en los juicios ejecutivos con derecho a pedir, dentro de ellos, la declaración de mejor derecho sobre los bienes embargados. Propuesta la acción de tercería excluyente a que aluden los autos cuando era dable hacerlo porque la ley lo permitía, se admitió con derecho la demanda y debió fallársela, en consecuencia, de acuerdo con la ley de la época de su admisión, de conformidad con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, conforme al cual las tercerías introducidas se rigen por la ley aplicable al tiempo en que se promovió la tercería. (Artículo 1228, C. J.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Por escritura pública debidamente registrada, los señores Zenón y Enrique Ferrer aseguraron el manejo de fondos del primero, como Tesorero del camino de Quibdó a Istmina. Revisadas por la Contraloría las cuentas de los meses de noviembre y diciembre de mil novecientos veinticinco, resultó, a cargo del responsable, un alcance de diez y seis mil quinientos treinta y cinco pesos, con treinta y ocho centavos moneda corriente. Con base en ese alcance, el señor Juez Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales, libró, con fecha catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, mandamiento ejecutivo contra los mencionados Ferrer por la suma expresada.

Adelantada la ejecución por jurisdicción coactiva, comparecieron los señores Adriano Ferrer, Manuela Ferrer v. de Zúñiga, María Ferrer de Ferrer a presentar una tercería, lo que hicieron en escrito recibido en el Juzgado el veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

La parte petitoria del escrito reza así: "...Pedimos a usted muy atentamente, que con audiencia del representante de la Nación en el juicio ejecutivo que ese Juzgado adelanta por suma de pesos contra el señor Enrique Ferrer..., se declare previa la tramitación de una tercería excluyente, que la sociedad conyugal ilíquida del señor Enrique Ferrer y la señora Camila Castro de Ferrer, tiene mejor derecho que el ejecutante y el ejecutado al dominio de la casa embargada en dicho juicio...".

El señor Juez de ejecuciones, en providencia que quedó notificada el 29 de septiembre de 1931 —teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 15 de la Ley 39 de 1921— se limitó a exigir que se acompañaran "los sellos de papel competente precisos para que el incidente pueda considerarse propuesto".

El papel fue suministrado el día veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta y uno. Esa es la fecha que debe tenerse como la de presentación de la demanda, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 15 de la citada Ley 39.

El señor Juez dictó el seis de octubre subsiguiente un auto que dice: "Habiéndose presentado en oportunidad el anterior memorial sobre tercería excluyente, suscrito por las señoras Manuela Ferrer v. de Zúñiga, Adriana Ferrer y María Ferrer de Ferrer, fechado en Quibdó el 17 de septiembre último, se dispone darle el curso legal, y en consecuencia, se ordena que, previa citación de las partes, se envíen los autos originales al H. Tribunal Superior de Cali, Sala de lo Civil, entidad competente para conocer de esa controversia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 53 de 1917, ordinal segundo del artículo 73 del Código Judicial, inciso segundo del artículo 7º de la Ley 169 de 1896, artículos 1102 y 158 de la obra citada y artículo 1º, numeral IV de la Ley 23 de 1902...".

Cumplida la orden del Juez de Ejecuciones Fiscales, al Tribunal Superior de Cali llegó el expediente el veintiuno de enero de mil novecien-

tos treinta y dos, es decir, cuando ya estaba en vigencia la Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil. El Tribunal admitió la tercería el veinte de febrero de mil novecientos treinta y dos. Pero ese auto fue declarado nulo en providencia de veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cuatro, por haber considerado el Tribunal que la tercería es de competencia de la Corte, de acuerdo con lo que dispone el numeral 5º del artículo 36 del C. Judicial que hoy nos rige.

La Sala de Negocios Generales proveyó con fecha veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro: "Admítese —dijo— la tercería excluyente que Manuela Ferrer v. de Zúñiga, Adriana Ferrer y María Ferrer de Ferrer han presentado en este juicio, por estar de conformidad con lo dispuesto en los artículos 205 y 1063 del C. J."

El auto que se acaba de transcribir se le notificó personalmente al señor Procurador Delegado y por estado a las demás partes. Ni aquél ni éstas le formularon reparo alguno a la Sala por su intervención. Al contrario: el señor Procurador tomó a su cargo la publicación del edicto que había de dar cuenta de la admisión de la tercería. Y a tiempo que las terceristas pasaron por alto los trámites de pruebas y alegatos, el señor Procurador pidió que se surtiera el de pruebas, y fue él única parte que hizo uso del derecho de alegar.

Está, pues, el proceso aparejado para recibir fallo. Empero, antes de pronunciarlo, conviene parar la atención en los siguientes reparos que se hallan en la vista rendida por el señor Procurador el catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis:

"...la tercería mencionada —dice el señor Procurador— no puede prosperar como excluyente al tenor de las disposiciones vigentes con anterioridad a la Ley 105 de 1931, entre otras razones por la muy poderosa de que la Corte no sería competente para conocer de ella. De acuerdo con las disposiciones entonces vigentes, era el respectivo Tribunal Superior al que le correspondía el conocimiento de las tercerías excluyentes".

Como las observaciones del señor Procurador comprenden cuestiones que se relacionan con la índole de la tercería y el procedimiento a seguir por una parte, y con la competencia por la otra, la Corte las examinará por separado.

El carácter de la oposición. — En el procedimiento civil que precedió a la vigencia de la Ley 105 de 1931, había una sección del juicio ejecutivo dedicado a las tercerías. Las dividía en coadyuvantes y excluyentes. Las primeras las definía así: "Es tercería coadyuvante la petición que hace un tercero para que con el producto de los bienes embargados en una ejecución se le cubra un crédito que da acción personal sobre el ejecutado, o real sobre dichos bienes." Las excluyentes tenían su definición en el artículo 217 que era de este tenor: "Es tercería excluyente la petición que hace un tercero para que se declare que tiene mejor derecho que el ejecutado, el ejecutante y demás opositores, al dominio de alguno o algunos de los bienes embargados. También pueden reclamarse, en esta forma, los derechos que limitan el dominio de una finca que se ha embargado como libre de este gravamen".

Los autores del proyecto —que luego se convirtió en Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil— optaron por suprimir a la tercería excluyente del juicio ejecutivo. "Previa larga discusión —dice la Comisión redactora— se eliminó lo correspondiente al juicio de tercería excluyente. La mayoría, compuesta de cuatro miembros, estimó que ese juicio alargaba demasiado el procedimiento propio de los juicios especiales, introduciendo en el ejecutivo un juicio ordinario, que es el propio para las acciones de dominio de bienes raíces".

Es, pues, lo cierto que hasta antes de la vigencia de la Ley 105 de 1931 era legalmente permitido y de uso procesal, el que terceros pudieran intervenir en los juicios ejecutivos con derecho a pedir, dentro de ellos, la declaratoria de mejor derecho sobre los bienes embargados.

El mismo Juez ejecutor constató que la demanda de tercería excluyente propuesta por la señora Manuela, Adriana y María Ferrer fue presentada en su oportunidad, refiriéndose a la que señala el artículo 218 de la Ley 105 de 1890 que estaba vigente cuando ocurrió el lanzamiento de tal demanda. Y si ello es así, es decir, si la acción de tercería excluyente se entabló bajo los auspicios de la nombrada Ley 105 de 1890, ¿le será dado al Juez que en la actualidad tenga que dictar resolución sobre esa tercería, sustituírle al proponente la impetrada declaración de mejor derecho, por aquella otra de que puede hacer postura con la posibilidad de una prelación en el remate de los bienes? ¿Sería legal un cambio semejante del presupuesto procesal?

Para la absolución de tales interrogantes, preciso es recordar que la petición del tercero es una verdadera demanda, que tiene que resolverse como demanda. La ley exige que en el libelo se exprese qué cosa o qué hecho es lo que se pide que la justicia declare o defina. Y a esa exigencia corresponde la obligación que tiene el Juez de pronunciarse sobre la cosa o sobre el hecho que motiva la demanda, y nada más.

Esos principios no han cambiado, aun cuando en el nuevo Código de procedimiento puedan emplearse expresiones distintas. "Las sentencias —dice la ley 105 de 1931— deben ser claras, precisas, y **en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes**".

A la Corte, como Juez, no podría serle indiferente el detalle. Propuesta la acción de tercería excluyente cuando era dable hacerlo porque la ley lo permitía, fue esa la razón para que tal demanda se admitiera. De modo que si a la Corte le correspondiera fallar en el fondo, tendría que pensar en el momento en que la demanda fue propuesta, porque el fallo definitivo debe ser armónico con lo que a la justicia se le haya pedido, y que, desde luego, ha debido someterse, durante la secuela, a las normas que en el procedimiento resulten adecuadas.

El procedimiento. — El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 —incluído en la parte que tal ley dedica al asentamiento de "reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes"— consignó o estableció la siguiente:

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

Constituye, pues, el transcrito artículo de la ley 153 una norma que se debe seguir cuando hay tránsito de una legislación a otra, en orden a los procedimientos judiciales.

La misma inspiración se advierte en el artículo 1228 del C. Judicial: "Las disposiciones de este Código —se lee allí— se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principia a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió la tercería o el incidente".

Tratando la Corte de fijar el alcance de las transcritas disposiciones, dijo en providencia de 13 de mayo de 1935, pronunciada por la Sala de Negocios Generales:

"Tanto el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como el 1.228 del actual C. de Procedimiento Civil, contienen una misma regla general y también una misma excepción. En el principio general se establece que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, y que, por tanto, la Ley 105 habría de aplicarse en los juicios pendientes en el instante en que entrase en vigencia. Conforme a esta regla, inmediatamente que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, cualesquiera que sean las consecuencias jurídicas a que conduzca la innovación: todas las sustanciaciones y las ritualidades de los juicios se acomodarán sin dilación a la nueva forma establecida. Pero el principio general tiene una excepción que instituye que las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías o incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo de su iniciación o en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería, el incidente. Para el establecimiento de esta excepción, la Comisión redactora del Proyecto que es la Ley 105, dijo que las viejas normas no deberían sobrevivir 'sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido' ". (Jurisprudencia de la Corte. Tomo V, número 329).

De acuerdo con tal doctrina, al caso **sub judice** se le debe aplicar la ley que estaba vigente cuando las señoras Ferrer promovieron en 24 de septiembre de 1931 su tercería. Por consiguiente, la aplicación a la tercería excluyente propuesta por ellas de las disposiciones de la Ley 105 de 1931 o de las disposiciones que han venido a modificar ese estatuto, no solamente está en pugna con las normas del artículo 1228 del C. Judicial, sino que resulta exótica dentro de la reglamentación procesal hoy vigente.

Porque la voluntad del Legislador de 1931 fue la de suprimir del Código las tercerías excluyentes por razones que ya en ese fallo quedaron transcritas. Consecuente con esa intención el autor del actual Estatuto de Procedimiento no con-

siguió ninguno idóneo o eficaz para resolver dentro de un juicio ejecutivo sobre el mejor derecho al dominio de cosas embargadas, acción ésta que las señoras Ferrer lanzaron para que se ventilara mediante los trámites que por entonces servían para la decisión de tercerías excluyentes.

La competencia. — Al señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales le remitió la Contraloría General de la República la providencia declaratoria del alcance deducido contra el responsable señor Zenón Ferrer y su fiador, junto con las diligencias de notificación y ejecutoria "para lo de su cargo". El señor Juez Nacional citó a los deudores, los requirió de pago, y procedió a embargar y depositar bienes. Citado el día para la licitación, antes de verificarse ésta se presentó la tercería.

Disponía el artículo 1.112 del C. Judicial por entonces vigente: "si hubiere oposición excluyente, el empleado ejecutor la pasará junto con los autos al Juez de primera instancia respectivo, para que éste resuelva si es o no admisible la oposición, y sustancia y decida en el primer caso".

¿Cuál era en el de autos el **Juez respectivo?** Según el artículo 7º de la Ley 169 de 1896, todos los asuntos contenciosos en que tuviera parte la Nación — cualquiera que fuera su naturaleza y su cuantía — eran de conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito, como jueces de primera instancia. No exceptuó a las tercerías, ya por entonces reglamentadas extensamente en la Ley 105 de 1890.

La Ley 53 de 1917 le refrendó expresamente a la justicia ordinaria la facultad de decidir "de todas las controversias que se susciten en las ejecuciones por jurisdicción coactiva", sin retirarles a los Tribunales la competencia que la Ley 169 les había atribuído.

El Código de Organización Judicial de 1931 le atribuyó a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento del incidente de excepciones, y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de Rentas Nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales, investidos de jurisdicción coactiva (artículo 36). De su peso se deja caer que tal atribución, en lo atañedero a las tercerías, no podía referirse sino a aquellas que conforme a la mente del Legislador de 1931 pudieran sustanciarse y fallarse conforme a las reglas de procedimiento por él establecidas. Es decir, a las coadyuvantes, porque como ya se dijo, en la mente del autor del Estatuto procedimental de 1931 estuvo la intención de suprimir de tal código las tercerías excluyentes. Las razones para esta determinación quedaron ya transcritas en otra parte de este fallo.

El Honorable Tribunal de Cali en su auto de veinte de febrero de mil novecientos treinta y dos, dejó consignadas las razones que tuvo para avocar el conocimiento del negocio, como son las de haberse promovido la demanda por libelo de 17 de septiembre de 1931, cuando la acción propuesta por las señoras Ferrer era viable, y cuando le correspondía conocer de ella al Tribunal Superior.

En ese entendimiento ordenó el Tribunal que fuera personalmente notificada la demanda al ejecutante y al ejecutado, a quienes, según lo disponía la ley, debía tenerse como demandados en el juicio.

Con la admisión de la demanda afirmó el Tribunal su competencia. A su turno la afirmó el señor Fiscal colaborador del Tribunal al evacuar el traslado que éste ordenó que se le diera.

Importa destacar de la contestación que entonces dio el señor Fiscal, estas palabras:

"..... he leído la documentación presentada con la demanda de tercería y no me convencen esos documentos para considerar a los demandantes como dueños de la casa que ha sido embargada en el juicio que la Nación adelanta contra Zenón Ferrer G. y Enrique Ferrer. — Como no estoy conforme con esa demanda, debe abrirse el juicio a prueba a fin de que las partes hagan uso de sus derechos dentro del término probatorio correspondiente, pues la tercería de dominio y la sentencia que sobre ella debe recaer no pueden tener otro objeto que decidir si el tercerista es o no dueño de la cosa que reclama y si ésta debe o no ser excluída del embargo".

La controversia así perfilada por el señor Fiscal tiene estas características: que en ella es parte la Nación, y que envuelve la solución de una cuestión de derecho privado.

Esas peculiares condiciones, son las previstas en el primer inciso del artículo 76 del actual Código de Procedimiento Civil para atribuírle la competencia a los Tribunales Superiores, en todos aquellos negocios que específicamente las reúnan.

Lo expuesto lleva a estas conclusiones:

Obró el Honorable Tribunal dentro de las normas legales cuando expidió el auto de veinte de

febrero de mil novecientos treinta y dos, y por medio de él admitió la demanda propuesta por las señoras Ferrer.

No está, en cambio, ajustado a la ley el auto que dos años y dos meses después pronunció oficiosamente el señor Magistrado sustanciador, en el cual declara nulo el auto de admisión de la demanda y le atribuye a la Corte la competencia para conocer del negocio.

De este último proveído — que aparta definitivamente del conocimiento al Tribunal de Cali— hay que decir que es un auto que por su misma trascendencia ha debido proferirlo la Sala de Decisión del Tribunal y no el Magistrado sustanciador, sobre todo por acatamiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 84 del C. Judicial.

Proferido solamente por el señor Magistrado sustanciador, está incompleto; le falta un requisito sustancial.

La Corte pasó inadvertidas las irregularidades que se han anotado. Y, de esa suerte, el vicio que afecta al proceso desde cuando el señor Magistrado del Tribunal de Cali profirió el auto de veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cuatro, afecta también al procedimiento que se ha llevado en esta superioridad.

Por ello la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara nulo el procedimiento a partir del auto de veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cuatro, y dispone que el expediente vuelva al Honorable Tribunal Superior de Cali para los fines consiguientes.

Ofíciese al señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, comunicándole lo resuelto en la presente providencia.

Cópiese y notifíquese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán.— Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL SOBRE EL CIVIL

Podría complementarse la doctrina de la Corte en aplicación de los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de observar que probablemente la aplicación armónica de esos artículos daría, sin embargo, margen para admitir que el juez civil en el proceso respectivo puede ulteriormente, y no obstante el contenido del último de los artículos citados, aplicar las presunciones de culpabilidad instituídas en el título 34 del libro IV del Código Civil y presumir así la culpa del demandado en los casos previstos por dichas leyes civiles cuando la absolución en el proceso penal se base en la carencia de las pruebas suficientes para dar por establecida en el hecho la culpabilidad y siempre que esta solución no hubiera sido la adoptable en tal proceso penal si la presunción de culpabilidad, jurídicamente hablando, fuera allí de recibo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la providencia de 12 de marzo de 1946, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el presente juicio ordinario instaurado por la señora María del Carmen Velásquez y otros contra el Departamento de Antioquia y el municipio de Medellín.

En la aludida providencia se declaró no haber lugar a decidir aún sobre las peticiones constantes en la demanda y se ordenó suspender el juicio hasta que "se dicte sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, en el sumario sobre homicidio y lesiones personales que se sigue en el Juzgado Cuarto Superior de este Distrito Judicial, y en que aparecen como occisos Francisco Luis Rojas y Antonio Pérez Vélez y como lesionados varios ciudadanos".

Dados los términos de esta resolución y aunque fue dictada en el momento de decidir en definitiva sobre el fondo del negocio, estimó la Corte al venir éste a su conocimiento, que la segunda instancia debía adelantarse en armonía con los trámites propios de la segunda instancia de autos interlocutorios, y así hubo de procederse en consecuencia.

Se advierte ahora que ante la Corte la parte demandante ha sido representada por apoderado constituído al efecto, quien alegó en oportunidad: que el Departamento de Antioquia ha tenido la representación de su Gobernador; y que del municipio de Medellín ha llevado la representación el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien ha presentado también alegaciones escritas en este segundo grado del juicio.

Se advierte también que el apoderado de la parte demandante entra en su alegato a sostener que la providencia del Tribunal no es legal y que debe ser revocada a efecto de que se falle sobre el fondo del asunto, al paso que el señor Procurador Delegado en lo Civil pide la confirmación de aquélla.

Para resolver la Corte considera:

Hubo de fundarse el Tribunal para llegar a la conclusión de que había lugar a la suspensión del juicio en estos motivos: por el aspecto legal merced al contenido del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal; y en cuanto al hecho, en la circunstancia de que según aparece de la demanda aquí presentada, así como de una certificación del Juzgado Cuarto Superior de Medellín, cursa un proceso criminal en relación con los hechos mismos que son materia del presente juicio civil.

Sabido es, en efecto, que en armonía con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiere influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable.

Trae el auto recurrido un interesante estudio jurídico tendiente a demostrar que, en casos de la naturaleza del actual, plenamente se justifica la

suspensión decretada del proceso civil, precisamente para evitar la expedición de fallos contradictorios y haciendo al propio tiempo que al proceso penal le ceda el paso el proceso civil.

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil acoge en extenso estudio las ideas expuestas por el Tribunal; por lo cual, como ya hubo de expresarse, solicita la confirmación del auto recurrido.

En cambio el señor apoderado, ante la Corte, de la parte demandante sostiene la inaplicabilidad al caso del citado artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual se funda en la consideración de que, a su juicio, no hay lugar a confundir la culpa penal con la culpa civil, propia la primera, como es lógico, para ser objeto de decisión en el proceso penal y adecuada la segunda para ser definida en el juicio de carácter civil.

Empero habrá de anotarse ahora que, según hubo de expresarse atrás, el propio demandante en la demanda presentó el caso como el de un genuino delito. El hecho 2º de aquella pieza se halla, en efecto, concebido en los siguientes términos:

"2º La policía municipal y departamental al disparar sobre los concurrentes en el Estadio Municipal y en la fecha citada, fue, no digamos imprudente o imprevisora, sino sujeto activo directo de un delito, pues el hecho fue ostensiblemente criminoso, razón por la cual se inició el correspondiente sumario por doble homicidio y lesiones personales, contra todos los Agentes que participaron, sumario que sigue actualmente su curso en el Juzgado 4º Superior de esta ciudad de Medellín".

Se sigue de aquí que mal puede sostenerse, por contradecir la realidad procesal, que el presente negocio se halla al margen de lo que es objeto propio de la investigación de carácter criminal.

Está en efecto planteado aquí el problema de la culpa de índole penal. Si llegare a condenarse al sindicado en el referido proceso penal, no podrá ponerse ya en duda en el juicio civil la existencia del hecho que constituye la infracción ni la responsabilidad del condenado.

Por donde se echa de ver que el proceso criminal sí puede influír en el actual proceso civil y que esa influencia podría aun redundar en beneficio de la parte demandante en el presente juicio.

Si por el contrario en el proceso penal llegare a declararse por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo, que estén ejecutoriados, que la respectiva infracción no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en el cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, tales declaraciones tendrán valor jurídico suficiente a servir de óbice u obstáculo a la acción civil, y ello merced a lo que sobre estas materias estatuye el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal. (Véase también artículo 153 del Código citado).

De donde se sigue también que así el proceso penal está llamado a influír en el proceso civil y que, por consiguiente, de conformidad con el artículo 11 del Código citado, procede la suspensión del proceso civil en expectativa del resultado del proceso penal.

Pudiera ser que, en definitiva, lo que en el proceso penal llegue a constituír sujeta materia de decisión no coincida estrictamente y por todo concepto con lo planteado en la acción civil. Empero siendo como es obvio y manifiesto que, en el caso actual inicialmente no se hizo en la demanda la separación que en teoría presenta hoy el apoderado de la parte demandante en su alegato de este segundo grado del juicio, sino que ocurre precisamente lo contrario, mal puede hacerse tal separación en la presente providencia con el propósito de disponer que se falle anticipadamente acerca de la cuestión de fondo planteada en este proceso civil en lugar de esperar los resultados del proceso penal.

En relación con las materias aquí tratadas ha dicho la Corte en reciente fallo de 23 de mayo de 1947: "Dispone así la ley que en tales condiciones predomine el proceso penal. Una vez resuelto éste, toca al juzgador civil ver hasta qué punto su decisión puede conciliarse con aquella resolución. Es entonces cuando se presentan las grandes dificultades de orden práctico. Así, por ejemplo, si una persona fue absuelta por dudas acerca de la intención criminosa, cabe, sin contradicción, apreciar el hecho como fuente de indemnización civil. Si la absolución dependió de que el hecho incriminado no estaba catalogado en el Código Penal como delito, ningún impedimento existiría para una condenación por culpa meramente civil. En estas hipótesis, que se podrían multiplicar, el Juez civil, en lugar de verse entre obstáculos inconciliables, podría hallar fundamentación para sus providencias en los pronunciamientos del Juez penal.

"Cuando se trata de un proveído motivado, distinto a un veredicto de jurados, el Juez civil puede verse limitado, si el Juez penal enfocó todos los aspectos de la acción sin detenerse sólo en el análisis de los elementos relacionados con el delito y su sanción.

"No hay que olvidar que un mismo hecho es o puede ser causa de una acción represiva pública o tan sólo de una indemnizatoria".

Podría quizá complementarse la doctrina jurídica contenida en la transcripción precedente en el sentido de observar que probablemente la aplicación armónica de los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento daría, sin embargo, margen, para admitir que el Juez civil en el proceso respectivo puede ulteriormente, y no obstante el contenido del último de los artículos citados, aplicar las presunciones de culpabilidad instituídas en el Título 34 del Libro IV del Código Civil y presumir así la culpa del demandado en los casos previstos por dichas leyes civiles cuando la absolución en el proceso penal se base en la carencia de las pruebas suficientes para dar por establecida en el hecho la culpabilidad, y siempre que esta solución no hubiera sido la adoptable en tal proceso penal si la presunción de culpabilidad, jurídicamente hablando, fuera allí de recibo.

No vale alegar tampoco como lo ha hecho el apoderado de la parte demandante que siendo el delito sancionado en el Código Penal aplicable en este caso únicamente a las personas físicas, y responsables del daño civil las personas públicas a cuyo nombre obran, "no existe la identidad que se pretende en el auto recurrido y por tanto no hay razón ninguna para que en el proceso penal interfiera o demore la providencia que debe dictarse en el negocio civil a que vengo haciendo referencia".

Empero es indudable que, en armonía con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, si llega a declararse en sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que la infracción en que la acción civil se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o qué obró en el cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo resuelto por este aspecto y desde luego, según es claro, sólo en lo tocante a lo allí resuelto, puede beneficiar, o mejor dicho, está llamado por lo regular a beneficiar a la correspondiente persona jurídica, y de ahí que se justifique la suspensión procesal en casos de la naturaleza del actual.

De igual manera, si en el proceso penal llegare a declararse que el sindicado es responsable de la infracción, podría constituír ello una base firme y sólida y de gran trascendencia en el juicio civil seguido contra la entidad de derecho público, a efecto de que allí necesariamente se tenga en cuenta que no puede ponerse en tela de juicio ni la existencia del hecho que constituye la infracción, ni la responsabilidad del condenado (artículo 29 del Código de Procedimiento Penal).

En mérito de las consideraciones precedentes la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto de 12 de marzo de 1946, dictado en el presente asunto por el Tribunal Superior de Medellín.

No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE FERROVIARIO.—CASO DE CONCURRENCIA DE CULPAS

Se trata en el proceso de un caso que parece incontrovertible de concurrencia de culpas. De un lado la del menor y la de su padre, que prácticamente quedan confundidas en un mismo y único interés jurídico; y de otro la responsabilidad de la empresa del Ferrocarril que, faltando a graves deberes de vigilancia, no puso oportunamente o no dio los pasos conducentes a poner coto definitivo e inquebrantable a los hechos anómalos que se habían venido sucediendo en la estación de Ambalema, con perjuicio de los pasajeros y también de los menores que irrumpían, como a sitio de deporte, dentro de la carrilera a la llegada de los trenes, dedicándose a todo género de depredaciones en el propio material rodante de los trenes que allí afluían y distinguiéndose el occiso de que hablan los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Procede el presente negocio judicial del Tribunal Superior de Ibagué, y ha llegado a la Corte en virtud de apelación interpuesta por el representante del demandante, señor Gilberto Gamboa T. contra la sentencia de 13 de agosto de 1945, la cual hubo de absolver al Departamento del Tolima en calidad de parte demandada.

En el segundo grado del juicio se han llenado los trámites de rigor y de allí que proceda ahora el fallo definitivo de fondo.

Fue presentada la demanda ante el Tribunal con fecha 22 de enero de 1943; hubo de promoverla por medio de apoderado el señor Gamboa; y, está dirigida contra el Departamento del Tolima en calidad éste de propietario del Ferrocarril Ambalema-Ibagué.

Los hechos fundamentales de la demanda aparecen en ella enunciados en los siguientes términos:

"1º El Ferrocarril Ibagué-Ambalema es un bien de propiedad del Departamento del Tolima; 2º En contravención a lo dispuesto por la Ley 76 de 1920, el Ferrocarril Ibagué-Ambalema no ha establecido barreras en algunos puntos en los que cruza a nivel la vía pública, ni mantiene tampoco permanentemente guardas encargados de impedir el paso a los transeúntes en el momento de circular los trenes (artículo 8º). Los cambios o cruzamientos de la línea en el sitio en donde se sucedió el accidente de que dan cuenta los hechos subsiguientes a éste, no tienen ni tenían cuando aquél se sucedió, guardavías provistos de los aparatos necesarios para las señales (artículo 10). Tampoco acostumbra estacionar la Empresa guardias que impidan el paso del público en los puntos en que, como el del accidente, la línea férrea atraviesa calles, caminos o puentes ni existe la cadena de que habla el aparte F) del artículo 26 de dicha ley, en defensa de la vida de los ciudadanos que por una o por otra razón tienen que transitar o atravesar las líneas de la Empresa Ferroviaria. 3º Mi poderdante tenía un hijo de nombre Alirio Gamboa; este muchacho tenía el defecto de ser sordo, esto es de carecer del sentido del oído. 4º Esta circunstancia y las precauciones omitidas por el Ferrocarril Ibagué-Ambalema, no obstante el citado mandato de la ley, concurrieron a causar el accidente que el día cinco de septiembre del presente año ocasionó la muerte del nombrado hijo de mi poderdante. 5º La máquina o locomotora número 8 de la Empresa ferroviaria antes citada atropelló a dicho menor Gámboa, quien falleció debido a la hemorragia producida por el accidente, y a pesar de la amputación de la pierna derecha que hubo de hacérsele con el propósito de salvarle la vida, de acuerdo con el dictamen que los peritos médicos rindieron al señor Inspector de Policía Municipal y Tránsito en respuesta al oficio número 179 de este año, en el cual dicho funcionario solicitó de los médicos la certificación referente a la causa de ese fallecimiento. 6º El accidente ocurrió en las inmediaciones del sitio ocupado por la estación del Ferrocarril en la ciudad de Ambalema, entre las horas de las

once y las doce del primer medio día. 7º Testigos presenciales declaran circunstancias que hacen más grave la culpabilidad de la Empresa ferroviaria del Departamento, por la inexcusable negligencia que en el manejo de la máquina tuvieron en ese momento los empleados encargados de ella. 8º El Departamento del Tolima como propietario del Ferrocarril Ibagué-Ambalema es responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados por el accidente. La culpa la presume la jurisprudencia y la prueba de ella no incumbe al actor sino a la entidad que es demandada. 9º Mi representante ha sufrido perjuicios materiales y morales bastante cuantiosos por razones que es innecesario expresar en estos casos".

Puntualiza el demandante el derecho invocado al entablar su demanda aduciendo la doctrina contenida en los artículos 1494, 1613, 2341 y siguientes del Código Civil y en la Ley 76 de 1920 sobre policía de ferrocarriles.

En cuanto a las peticiones mismas de la demanda quedaron formuladas como sigue:

"**Primera.** — Que el Departamento del Tolima es, en su condición de propietario de la empresa ferroviaria Ibagué-Ambalema, responsable de la culpa civil en la muerte ocasionada al menor Alirio Gamboa, como consecuencia del accidente ocurrido el cinco de septiembre de este año en el Municipio de Ambalema, accidente en el cual dicho menor fue atropellado por una de las máquinas con que el Departamento tiene dotada la Empresa referida.

"**Segunda.** — Que el Departamento del Tolima debe pagar a mi representado en su doble carácter de padre de la víctima y de representante de la sucesión de ésta, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) moneda legal, suma ésta en que yo aprecio la indemnización de los perjuicios morales y materiales que le han sido causados, o la que en defecto de esa apreciación se regule por peritos.

"**Tercero.**—Que la Empresa del Ferrocarril Ibagué-Ambalema, de propiedad del Departamento del Tolima no satisface las exigencias prevenidas por la ley 76 de 1920, para seguridad de las personas.

"**Cuarta.**—Que el pago de la indemnización decretada a favor de mi mandante debe hacerlo el Departamento tan pronto esté ejecutoriada la sentencia que debe desatar este ordinario".

Admitida esta demanda por el Tribunal Superior se dio traslado de ella al Fiscal respectivo, quien en escrito de 9 de marzo del expresado año de 1943, manifestó que negaba los hechos de la demanda a efecto de que el demandante diera suficiente comprobación de ellos. Y agregó:

"Acepto, eso sí, por ser público y notorio en la población de Ambalema, que Alirio Gamboa, hijo del demandante era sordomudo y degenerado de nacimiento, circunstancias que indudablemente debieron tener influencia decisiva en el accidente en que pretende fundarse la acción, además de que, como oportunamente se demostrará, el mencionado menor Alirio Gamboa era inclinado a burlar cuantas órdenes y reglamentos se expidieran en la Estación de Ambalema con el fin de impedir que por allí transitaran libremente y con los consiguientes peligros para las personas y para la Empresa muchachos como él, cuya única ocupación consistía en importunar y obstaculizar las faenas propias de la Estación del Ferrocarril, cometiendo toda suerte de imprudencias, agarrándose de los trenes en marcha y exponiéndose permanentemente a ser atropellados por los vagones o por las locomotoras de servicio sin hacer el menor caso de las amonestaciones, regaños y hasta amenazas que freneros, conductores, maquinistas, agentes de policía y demás personas vinculadas con el servicio les hacían".

Cabe observar además que, en su alegato de conclusión presentado ante el Tribunal, el señor Fiscal alegó en calidad de excepción perentoria la consistente en que, a su juicio, el demandante ha debido dirigir su acción contra la Empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y no contra el Departamento del Tolima, tratando de sustentar esta pretensión en cierta autonomía reconocida a tal Empresa en el manejo de los intereses del Ferrocarril mencionado.

Empero, como lo observa con razón el Tribunal de la primera instancia en el fallo recurrido, la alegada autonomía de la Empresa carece de características adecuadas para poder elevarla a la categoría de persona jurídica distinta del Departamento mismo. En términos tales que, de manera particular, pudiera tener representantes judiciales distintos de los que al Departamento legalmente corresponden; y que además, el fallo que aquí se dicte pudiera dejar de afectar el patrimonio departamental tomado en general.

Y al no llenar tales exigencias, ni existir precepto alguno obligatorio para las entidades judiciales según el cual la representación corresponda a funcionario alguno distinto del Fiscal del Tri-

bunal (hoy, en su reemplazo, el Gobernador del Departamento), conduce todo ello a la conclusión de que está bien dirigida la acción contra el Departamento mismo, y a la vez estuvo bien representado este Departamento ante el Tribunal por el señor Fiscal en un principio; y luego, al entrar a regir el artículo 194 de la Constitución actual, por el señor Gobernador del Departamento del Tolima, representación de éste último funcionario que, de igual manera, se ha cumplido posteriormente ante la Corte.

Definido este punto, entra por tanto, la Sala a estudiar lo relacionado con los fundamentos de hecho y de derecho planteados en la demanda a la luz principalmente de las comprobaciones que obran en el proceso.

Acompañó el actor a la demanda certificado expedido por el Notario de Ambalema, del cual aparece que en el libro de Registro Civil de Matrimonios se encuentra el acta del contraído por Gilberto Gamboa Trujillo con María Encarnación Torres.

Así como también partida de origen eclesiástico acerca del matrimonio mencionado, acta de la cual aparece la constancia de que "para los efectos de la legitimación los contrayentes declaran como hijos suyos habidos hasta hoy a...., Alirio, de once años".

De otro lado, en el término probatorio vinò al proceso la partida de bautismo de Alirio Gamboa Torres, quien fue bautizado el 24 de febrero de 1930 y quien había nacido de María Encarnación Torres, el 22 de septiembre de 1929.

Finalmente figura en autos, presentado con la demanda, certificado notarial de defunción del menor Alirio Gamboa Torres.

Interesa transcribir el referido certificado:

"El infrascrito Notario Público Principal de este Circuito, CERTIFICA:

"Que en el libro de Registro Civil de Defunciones, que se lleva en esta Notaría, se encuentra un Acta que a la letra dice: 'Nombre del muerto: **Alirio Torres Gamboa.** En el Municipio de Ambalema, Departamento del Tolima, República de Colombia, a seis del mes de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, se presentó Gilberto Gamboa T., y manifestó que a las 6 de la tarde del día de ayer, murió el señor Alirio Torres Gamboa, de sexo masculino, a la edad de trece años, natural de Ambalema, República de Colombia, de estado civil soltero, que su última ocupación fue la de (no tuvo); y que la muerte ocurrió en la Unidad Sanitaria, que es hijo natural de Gilberto Gamboa T., que la causa principal de la muerte fue atropellado por una locomotora. En constancia se firma ante testigos.—El denunciante, Gilberto Gamboa T. Cdla. Nº 1027740, Ambalema. El testigo, Jorge E. Pinto S. Cdla. Nº 1364647, Ambalema. El testigo, Ignacio Chinchilla P. Cdla. número 971942, Ibagué. — **Rubén Luna Z.** (Hay un sello).

"En fe de lo cual expido la presente certificación, en Ambalema a veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

"El Notario Público, **Rubén Luna**".

De manera que merced a este documento, corroborado por declaraciones de testigos que en Ambalema presenciaron el acontecimiento, ocurrido el 5 de septiembre de 1943 del atropello por parte de una locomotora al menor Alirio, acontecimiento y muerte que no han sido presentados como discutibles en el proceso, puede llegarse a la conclusión de admitir, como debidamente establecido en el juicio, que en realidad el Ferrocarril de Ambalema-Ibagué fue el causante de la muerte del citado menor.

Igualmente el derecho del padre a entablar la presente acción por el aspecto de su personería sustantiva, no fue discutida siquiera en su calidad de tal. Exclusivamente para ser entablada por él en razón de la muerte de la madre comprobada en el proceso.

Se observa ahora que el Departamento demandado ha encaminado todos sus esfuerzos a demostrar que la culpa en el accidente corresponde íntegramente al menor, o al padre demandante por falta de una adecuada vigilancia del hijo; y que, en ningún caso se puede imputar culpa al maquinista que manejaba la locomotora que vino a causar la muerte de Alirio.

Este, según numerosos testimonios contestes que figuran en el proceso, además de ser sordomudo se dedicaba en calidad de diversión y en forma reiterada, a actividades peligrosas dentro de la línea férrea, por lo cual estaba naturalmente llamado a perecer, como en realidad hubo de ocurrir. Y sin que haya prueba suficiente en el proceso de que el padre, aunque advertido de lo que venía ocurriendo en la estación de Ambalema del Ferrocarril con su hijo menor, hubiera adoptado una conducta eficaz para tratar de librarlo de peligro tan manifiesto y de tanta gravedad.

No obstante lo que se acaba de expresar, estima la Corte que el accidente y la consiguiente muerte del menor no puede imputarse a exclusiva culpa de él, ni de su padre llamado a vigilarlo y a cuidarlo en forma eficaz para ponerlo a salvo del peligro constante de muerte a que estuvo por largo tiempo sometido.

Se trata aquí, en efecto, de un caso que parece incontrovertible de concurrencia de culpas. De un lado la del menor y la de su padre, que prácticamente quedan confundidas en un mismo y único interés jurídico; y de otro lado la responsabilidad de la empresa del Ferrocarril que, faltando a graves deberes de vigilancia, no puso oportunamente, o no dio los pasos conducentes a poner coto definitivo e inquebrantable a los hechos anómalos que se habían venido sucediendo en la estación de Ambalema, con peligro manifiesto de los pasajeros y también de los menores que irrumpían, como a sitio de deporte, dentro de la carrilera a la llegada de los trenes, dedicándose a todo género de depredaciones en el propio material rodante de los trenes que allí afluían. Y distinguiéndose entre ellos el occiso de que hablan estos autos.

Para dar una idea acerca del alcance de lo que se acaba de expresar, interesa transcribir los siguientes apartes de las declaraciones de tres, entre otros muchos, de los testigos presentados por la propia empresa del ferrocarril, es a saber: Carlos Flórez, Efraín Medina y Rómulo Méndez.

Así el señor Carlos Flórez (fol. 39 del Cuaderno número 2) depone:

"Me consta por percepción directa que en la estación del Ferrocarril en Ambalema se la pasaban varios muchachos atravesando la carrilera y haciendo picardías sin que valieran regaños de los particulares, ni de la policía, todo en la época en que ocurrió el accidente del muchacho Gamboa.

Y refiriéndose en concreto a éste último agregó más adelante en su declaración:

"Como seis ocasiones me hizo picardías desenganchándome los carros en el momento en que yo no estaba presente y si lo sorprendía haciéndome el daño echaba a correr y era imposible alcanzarlo, cerrábame las llaves angulares de los frenos de aire y por dos ocasiones lo vi arrojando tierra y arena a las cajas de las ruedas de las locomotoras, con peligro para él y para nosotros los empleados del Ferrocarril y nunca se moderaba por más que se le regañaba".

Efraín Medina (fs. 37 v. y 38) asevera:

"Me consta que en la época en que perdió la vida el muchacho Gamboa se la pasaban en la estación del Ferrocarril muchos muchachos haciendo daños, pasándose por la carrilera, perjudicando el movimiento de los trenes sin hacer caso de los regaños o avisos que se les hacían, antes se exponía uno a sus insultos y groserías".

Y en concreto con respecto al muchacho Gamboa atesta:

"Me consta que el joven Gamboa se dedicaba a enganchar y desenganchar coches poniendo en peligro la vida de pasajeros y cargas, pues exponíase a volcar así los coches con peligro para él mismo, desde que él estuviera por los predios de la estación buscaba la manera de cerrar las llaves angulares de los frenos de aire, levantaba las cajas de las chumaceras de los carros y les echaba arena y nunca hacía caso de las reprimendas y no enmendaba su conducta". Repreguntado contestó: "Fueron muchas las malas paradas que el muchacho nos jugó para poder enumerarlas y a mí personalmente me consta que me desenganchó muchas veces los carros del tren y les echó tierra a las chumaceras..... (fol. 31, v.)

El testigo Rómulo Méndez declara:

"Me consta por haberlo presenciado que en la estación del Ferrocarril de Ambalema, la pasaban de continuo muchachos sin ocupación que se entretenían en obstaculizar la marcha de los trenes o sus movimientos, que subían y bajaban de los coches y de las máquinas, todas estas travesuras las cometían sin dárseles nada de los regaños de empleados y particulares, todo en la época en que sufrió el accidente el muchacho Alirio Gamboa".

Y posteriormente agrega el mismo testigo en su declaración:

"Me consta que el muchacho Alirio Gamboa se dedicaba abusivamente, por pura maldad, a enganchar y desenganchar los coches y, esto con peligro especialmente para los pasajeros, alguna vez hizo una diablura: desenganchó el tren en el momento de partir y algunos coches quedaron, pues, sujetos sólo por las cadenas auxiliares proporcionando un buen susto a los pasajeros; cerraba las llaves angulares de los frenos de aire y tiraba arena o tierra a las cajas de las locomotoras....."

Si a lo anterior se agrega el grado de inferioridad en la defensa ante el peligro de parte del me-

hor Gamboa, ya que hay unanimidad en los declarantes en señalarlo como sordo mudo y aun como persona que sufría perturbación mental, se tiene que con respecto a él cobra aún mayor gravedad la falta de la empresa, su omisión culpable por no lograr en alguna forma adecuada, ella que era la beneficiada con la explotación del ferrocarril, una vigilancia tal en la estación de Ambalema que pusiera término a los actos de extraños que relatan los testigos y cuya tolerancia en el hecho de parte de dicha empresa, y dada la gravedad de ellos, no pueden menos de causar estupor. Tolerancia que en el caso de este litigio es suficiente para reconocer la concurrencia de culpas a la cual hubo de hacerse antes referencia.

Armoniza lo que se acaba de expresar con lo resuelto por esta Sala de la Corte en reciente fallo, de 22 de marzo de 1947, dictado en el juicio ordinario seguido contra el Departamento de Antioquia con ocasión de la muerte de Ignacio Gómez, ocurrida en la estación de la población de Cisneros del Ferrocarril de Antioquia, en circunstancias en mucho semejantes, aunque en verdad no tan graves, a las que motivaron el presente litigio.

Se dijo allí, en efecto, que no obstante haber tenido el mencionado Gómez culpa determinante en el accidente en que pereció, y no haberla tenido el maquinista que manejaba la locomotora del accidente, había lugar a reconocer la responsabilidad civil del Departamento de Antioquia y la correspondiente concurrencia de culpas por falta de vigilancia de la empresa en la estación dicha y a efecto de tratar de evitar acontecimientos como el allí ocurrido.

Se sigue de lo que se deja expuesto que procede en el caso actual la condenación del Departamento demandado.

Reposa en el proceso un avalúo pericial, en el cual la mayoría de los peritos, o sean el del Departamento y el perito tercero fijan en la cantidad de $ 300.00 los perjuicios materiales sufridos por el demandante con motivo de la muerte prematura de su hijo.

También el perito designado por el demandante señaló una cantidad global de $ 2.120.00 en concepto de tales perjuicios materiales.

Empero no halla la Corte fundamentados en manera alguna los referidos experticios en cuanto tocan con la asignación de una cantidad, cualquiera que ella pueda ser, como compensación de los perjuicios materiales sufridos por el padre del menor y en el concepto de haber quedado aquél privado del auxilio económico que le había podido prestar el hijo, y ya que dada la corta edad de éste, el no tener oficio propiamente dicho cuando la muerte ocurrió, punto este último que la propia partida de defunción delata; y, aun la presencia de sus condiciones personales de orden mental, indican que no existe base alguna atendible para aceptar en un fallo judicial como probable al menos, que con el tiempo el menor vendría a convertirse en un efectivo auxiliar de la economía propia de su padre.

Por el contrario, si ha de atenderse a las constancias del proceso, dejan ellas todas la sensación de lo que úno de los testigos de autos, Ernesto Samper (fol. 45 v. y 46, cuaderno número 2) expresa así:

"El estado de desviación mental que padecía el menor Alirio Gamboa hasta la fecha de su muerte no presentaba para los padres o familia ninguna esperanza de ayuda para subvenir los gastos de la vida de ellos, pues se alimentaba de escasos servicios que prestaba a particulares sin llevar de esto nada a su casa. Por esto digo que no tenía profesión ni oficio por lo cual hasta la fecha de su muerte no era ningún apoyo para sus padres".

Y si, en armonía con lo que se deja expuesto, no hay lugar a reconocimiento alguno por concepto de perjuicios sufridos por el padre por el aspecto del lucro cesante, tampoco hay fundamento para decretar un reconocimiento de calidad de daño emergente, en atención a gastos hechos por el padre con ocasión del accidente y muerte del hijo, ya que los autos no suministran comprobación alguna de que tales gastos en realidad hubieran sido hechos por el padre del menor.

Resta examinar lo concerniente a perjuicios morales. Ellos en calidad de perjuicios subjetivos han de fijarse en consonancia con lo estatuído en el artículo 95 del Código Penal. Se admitirá en el presente fallo el máximo de dos mil pesos ($ 2.000.00) fijado en tal precepto legal, por cuanto la pena sufrida con la muerte de un hijo, y de parte de su padre, puede estimarse que corresponde al máximo de intensidad, y sin que haya en el presente caso concreto razón de suyo suficientemente capaz de determinar en él una reducción del máximo indicado.

De otro lado, aunque como ya se vio, se reconoce aquí el concurso de culpas, esa circunstancia según jurisprudencia de esta Sala de la Corte no está llamada a incidir, para los efectos de la reducción de la cuantía de la indemnización, sobre la cantidad que, en calidad de máximo, señala el artículo 95 del Código Penal aplicable al caso de este litigio.

En reciente fallo, de 22 de marzo último antes citado, hubo de reiterar la Corte esta doctrina al expresar:

"Aun cuando de acuerdo con el sobreseimiento Ignacio Gómez tuvo culpa determinante en el acontecimiento en que pereció, por tratarse de indemnización por perjuicios morales subjetivos, ello no tiene consecuencias, ya que el Juez está facultado para apreciarlas dentro de la pauta elástica del artículo 95 del C. Penal".

Para terminar se observa que en la sentencia de primera instancia entró el Tribunal a resolver sobre tacha de testigos presentados por la parte demandada, tacha consistente en falta de imparcialidad con motivo principalmente de ser algunos de los testigos tachados empleados u obreros de la empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué. La tacha fue declarada no probada o infundada en la resolución del Tribunal.

Empero como en la parte resolutiva del fallo apelado el Tribunal se limitó a declarar no probadas las excepciones de inepta demanda e ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado alegadas por el señor Fiscal del Tribunal (y tocante con el punto de la personería del Departamento del Tolima como demandado en este caso) y además a absolver al expresado Departamento de los cargos formulados en la demanda, sentencia ejecutoriada en cuanto al Departamento, no se requiere en el presente fallo un especial pronunciamiento en cuanto a la inhabilidad de los testigos referidos.

En efecto: la presente sentencia de la Corte, en cuanto en parte será condenatoria del Departamento, no se funda en el dicho de exonerar de culpa al Departamento, sino que, por el contrario, lo depuesto por ellos ha servido de fundamento cardinal en el presente fallo para demostrar la falta de vigilancia de la empresa y de control para evitar peligros al público con la explotación del Ferrocarril, y cualquiera que haya podido ser la conducta del menor Alirio Gamboa y de su padre, falta de vigilancia y de control que presenta también al Departamento como culpable del accidente acaecido.

En mérito de lo expuesto habrá lugar a reformar la sentencia recurrida en el sentido de condenar al Departamento del Tolima a pagar al demandante, subrogado hoy por el señor Francisco B. Sánchez, vecino de Ibagué, en el cincuenta por ciento del derecho litigioso, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) en calidad de perjuicios morales subjetivos.

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, falla:

1º Confírmase el ordinal 1º de la parte resolutiva del fallo de la primera instancia, dictado por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha trece de agosto de 1945 y por cuanto en él fueron declaradas no probadas las excepciones propuestas en calidad de perentorias, de inepta demanda e ilegitimidad de la personería sustantiva del Departamento del Tolima;

2º Revócase el ordinal segundo del mismo fallo en cuanto en él hubo de absolverse en forma plena al Departamento del Tolima de los cargos formulados en la demanda, y, en su sustitución y por cuanto se reconoce la responsabilidad civil del Departamento, se le condena a pagar por mitad a los señores Gilberto Gamboa T. y Francisco B. Sánchez en calidad éste último de subrogatario o cesionario del demandante señor Gilberto Gamboa T. la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) en atención a los perjuicios morales a éste ocasionados con motivo del accidente sufrido por su hijo, que trajo como consecuencia su muerte, y que hubo de ocurrir en la población de Ambalema el día cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945);

3º Se absuelve al Departamento del Tolima de los demás cargos formulados en la demanda.

Sin costas en ambas instancias.

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

Germán Alvarado — Ramón Miranda — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSIONES ADMINISTRATIVAS

Cuando se trata de pensiones decretadas a favor de personas que han desempeñado cargos públicos distintos de los del Organo Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la competencia corresponde a la justicia administrativa, de conformidad con los artículos 164 a 168 de la ley 167 de 1941. La Corte acepta esta opinión del señor Procurador Delegado en lo civil, y ya que tiene ella reconocido, en jurisprudencia reciente, que habiendo el Código Contencioso Administrativo radicado en el Consejo de Estado la atribución para revisar de acuerdo con las reglas contenidas en el Capítulo XVIII de dicha obra toda suerte de reconocimientos hechos por las autoridades nacionales, hay lugar a admitir que casos de la naturaleza del actual, no sometidos por la ley a régimen diferente en materia de competencia jurisdiccional y no atribuídos en todo caso, de manera especial, al conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, mal puede reconocerse al Tribunal de Popayán competencia para conocer del presente en la primera instancia y, consiguientemente, a la Corte en el segúndo grado del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diez de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En sentencia de 15 de julio de 1936 el Tribunal Superior de Popayán resolvió lo siguiente:

"Nehemías Fernández, mayor de sesenta años, vecino de Santander, tiene derecho a una pensión de jubilación, por desempeño de cargos públicos durante más de treinta años, a la suma mensual de cuarenta y cinco pesos ($ 45.00), pensión que, con el carácter de vitalicia, será pagada por el Tesoro Nacional, desde el día diez y nueve de febrero del corriente año, día en que fue presentada la demanda".

Dicha sentencia hubo de ser consultada ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, la cual en providencia de 10 de diciembre de 1936 confirmó el fallo objeto de la consulta.

Posteriormente Nehemías Fernández por medio de apoderado presentó el 12 de noviembre de 1946 ante el Tribunal Superior de Popayán, demanda de revisión de la pensión decretada: en apoyo de su solicitud adujo el artículo 75 de la Ley 6ª de 1945, norma que autoriza la revisión de las pensiones, también mencionó casos en que la justicia ha decretado revisiones calculadas sobre el setenta por ciento de los sueldos actuales: pidió en consecuencia, que se aumente su pensión vitalicia de jubilación a la suma de $ 132.50 mensuales, cantidad equivalente al setenta por ciento del sueldo que en la fecha de la presentación de esta solicitud devengaban los Secretarios de los Juzgados de Circuito de Santander (Cauca), por cuanto éste fue el último cargo que desempeñó.

El Tribunal corrió traslado de la demanda al señor Fiscal del mismo, quien consideró que aquella Entidad no era la competente para asumir el conocimiento del negocio porque el Capítulo XVIII de la Ley 167 de 1941, y de manera especial los artículos 164 a 168 de ella, atribuyen el conocimiento de esas solicitudes a la Jurisdicción Administrativa. Por otra parte, agregó el señor Fiscal, ni la Ley 22 de 1942, ni la 71 de 1945, otorgaron a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial jurisdicción para resolver acerca de las solicitudes de revisión de pensiones de empleados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

El Tribunal Superior de Popayán, en proveído de 20 de febrero del año en curso, acogió la tesis del Fiscal y consecuencialmente hubo de resolver que no era competente para conocer de la referida demanda.

El señor apoderado del peticionario apeló de dicha providencia. En tal virtud esta Sala de Negocios Generales de la Corte entra a resolver el recurso mencionado una vez que ante esta Superioridad ha recibido la tramitación legal correspondiente, con intervención, por parte del Estado, del señor Procurador Delegado en lo Civil,

quien basado en razones diferentes a las del Fiscal y Tribunal Superior de Popayán, razones aquéllas a las cuales habrá la Corte de referirse en seguida, conceptúa que esta jurisdicción ordinaria no es la llamada a resolver acerca del presente negocio.

La pensión cuya revisión se pide fue decretada a cargo del tesoro nacional con fundamento en el artículo segundo de la Ley 29 de 1905 que daba el derecho **a los empleados civiles** que hubieran desempeñado destinos públicos por treinta años, a una pensión vitalicia de jubilación, equivalente a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido; ésta pensión, por tanto, es distinta a la de jubilación consagrada **exclusivamente** a favor de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público por las leyes 22 de 1942, 71 de 1945 y 95 de 1946.

Observa, por tanto, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito presentado en el presente asunto ante la Corte y a propósito del tema de revisión de pensiones de jubilación:

a) "Cuando se trata de pensiones decretadas a favor de personas que han desempeñado cargos públicos, distintos de los cargos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la competencia corresponde a la justicia administrativa (artículos 164 a 168 de la Ley 167 de 1941);

b) "Como la revisión solicitada por el demandante Fernández se funda en haber prestado servicios en cargos públicos distintos de los puestos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la solicitud de revisión sólo puede ser resuelta por la justicia administrativa;

c) "Como el demandante no ocupó cargos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo por más de veinte años, no puede acogerse, para solicitar su revisión, a las disposiciones especiales sobre competencia establecidas en las leyes 22 de 1942 y 71 de 1945".

Acepta de su parte la Corte las precedentes conclusiones a las cuales llega el señor Procurador Delegado en lo Civil, y ya que tiene ella reconocido en jurisprudencia reciente que, habiendo el Código Contencioso Administrativo radicado en el Consejo de Estado la atribución para revisar de acuerdo con las reglas contenidas en el Capítulo XVIII de dicha obra, toda suerte de reconocimientos hechos por las autoridades nacionales, hay lugar a admitir que casos de la naturaleza del actual, no sometidos por ley a régimen diferente en materia de competencia jurisdiccional, y no atribuídos en todo caso, de manera especial, al conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, mal puede reconocerse al de Popayán competencia para conocer del presente en la primera instancia; y, consiguientemente a la Corte en el segundo grado del juicio.

Se comprende, en armonía con lo que se deja expuesto, que hay lugar a la confirmación del auto apelado, por el cual el Tribunal mencionado hubo de declararse incompetente para conocer del presente asunto.

Se confirma, en consecuencia, el auto de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, dictado por el Tribunal Superior de Popayán, con motivo de la solicitud ante él presentada por el señor Nehemías Fernández sobre revisión de una pensión de jubilación.

No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Demanda de nulidad de la elección de un Consejero de Estado.—No se accede a decretar la nulidad pedida. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 301

Demanda de inexequibilidad del artículo único de la Ley 33 de 1945 "por la cual se fija la remuneración de los congresistas". — Se decide que es exequible el artículo único de la Ley 33 de 1945. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 304

Acción de inexequibilidad del artículo 65 de la Ley 6ª de 1945.—Se declara inexequible el artículo acusado. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 306

Acción de inexequibilidad del artículo 6º del Decreto Legislativo número 2 del 19 de enero de 1906 y del artículo 2º del Decreto Legislativo número 48 del 14 de septiembre del mismo año. — La autoridad de la cosa juzgada en el campo del derecho público. Se declara que no hay lugar a decidir sobre la inconstitucionalidad de algunas disposiciones acusadas y que son exequibles los artículos 6º del Decreto Legislativo número 2 de 1906 y 2º del Decreto Legislativo número 48 de 1906. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 311

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de disolución de una sociedad y de partición de bienes.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, proferida en el juicio ordinario seguido por el doctor Jorge Ulloa López contra la Arquidiócesis de Popayán sobre disolución de una sociedad y partición de bienes. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda.. 316

Págs.

Acción reivindicatoria.—Técnica de casación. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por Ester González v. de Bolaños, por sí misma y en representación de sus menores hijos, contra Víctor A. Cadena y Blanca López de Cadena sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 324

Acción reivindicatoria de una finca raíz perteneciente a una sociedad conyugal iliquida e hipotecada y vendida por el marido sin intervención de su mujer, para pagar deudas de aquél.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Carmen Payán de Núñez contra José María Núñez y Luis Mario Rengifo sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 329

Acción de responsabilidad civil por culpa.— Responsabilidad por el hecho ajeno. — La culpa, elemento vital de la responsabilidad. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Carlos Solorza y Bárbara González de Solorza contra el Municipio de Bogotá por perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 335

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Ana Lucía Caicedo de Armas contra Luis J. Suárez sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 341

Acción petitoria de declaración de una sociedad de hecho por concubinato.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por

Págs.

Lucía Ceballos contra Guillermo, Milcíades, Miguel Angel y María Rojas Cañizales y otros sobre liquidación de una presunta sociedad de hecho. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 345

Acción de nulidad de una legitimación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Eugenio Alfonso Bermúdez y otros contra María Elena Alfonso Ortiz sobre nulidad de una legitimación. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas.. 349

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio de partición de la sucesión de Angel María Uribe, en virtud de recurso de casación intentado por Rafaela y María Francisca Uribe Tovar sobre objeciones a esa partición. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 353

Acción de inexistencia de un contrato por simulación y de restitución de bienes.—Se declara inadmisible el recurso de casación intentado por Pedro Arias Ortiz en el juicio ordinario que le sigue Eusebia Garnica de Campos y Arquímedes Triana Garnica. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 359

Acciones reivindicatoria, de indemnización de perjuicios, etc. — Presupuesto procesal de legitimación en causa—Requisitos de la posesión.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, proferida en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Januario Sarmiento Q. contra la South American Gulf Oil Company. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 363

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.—Nulidad del proceso.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, proferida en el juicio de sucesión de Antonio Puentes y otra sobre objeciones a la partición hecha en ese juicio. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 370

Reivindicación. — Apreciación de pruebas. — Apreciación de la prueba testimonial.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por la sucesión de José Abelardo Muñoz contra Betsabé Arenas. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 376

Acción de filiación natural. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Carmen Rosa Alvarado Mesa contra el Municipio de Bogotá, sobre filiación natural. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 381

Acción de indemnización de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario promovido por Pedro A. Arenas contra el Municipio de Medellín, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 384

Acción de nulidad por simulación de unos contratos de compraventa y de nulidad de un testamento. — Técnica de casación.—El interés jurídico para la prosperidad de la acción de simulación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario promovido por el doctor José Abelardo García contra Baldomero Correa e Ismael Rojas, sobre nulidad de unos contratos. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 386

Reivindicación.—Prueba del matrimonio.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida en el juicio ordinario promovido por Helena T. Colina de Balcázar contra Eduardo Visbal, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 391

Cosa juzgada en lo penal.—Su influencia en el proceso civil. — Suspensión del proceso civil mientras se falla el penal.—Decidiendo en instancia la Corte revoca el fallo

Págs.

proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia y en su lugar declara suspendido el juicio a que se alude. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 396

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia anterior 400

Acción sobre pago de honorarios profesionales médicos. — Acumulación de acciones.— Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por los doctores Miguel Jiménez López, Alfonso Tarazona y Héctor Roa Martínez contra las señoras Cecilia Salazar de Owen y María Salazar de Umaña sobre pago de honorarios profesionales. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 403

Acción de nulidad de un matrimonio civil.— Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Milcíades Quimbaya contra Cecilia Molina de Quimbaya sobre nulidad de un matrimonio civil. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo..... 408

Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca a la sentencia anterior 416

Acción petitoria de indemnización de perjuicios. — Apreciación del testimonio único.— Acusación por error. — Apreciación de la prueba de indicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario seguido por Simplicio Oliveros contra Joaquín Arbeláez. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 419

Acción de nulidad de un remate y de reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Alfonso Londoño S. como curador **ad litem** de los menores Guillermo, Bernardo y Enrique Latorre, contra los consortes Bernardo Latorre y Magola Restrepo y contra Alejandro Arango Velilla, sobre nulidad de un remate. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 423

Acción de resolución de un contrato y otras. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, proferida en el juicio ordinario seguido por Rafael M. Nieto contra Mario Cogollo sobre resolución de unos contratos. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 427

Acción de simulación de un contrato y de reivindicación. — El interés jurídico en la acción procesal.—Simulación. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Carlos Leonidas y Antonio María Andrade contra el Excelentísimo señor Pedro María Rodríguez Andrade, Agustín Rodríguez y Concepción Rodríguez, sobre supuesta simulación de un contrato. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 432

Acción petitoria de declaración de mejor derecho a una mina. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por la sociedad ordinaria de minas La Concepción contra Peregrino Molina y otros, sobre oposición de una mina. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 438

Acumulación de acciones.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario seguido por Ramón Escobar Ossa contra Enrique Arbeláez sobre reivindicación y otras acciones. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 442

Acción de resolución de un contrato.—Excepciones.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, proferida en el juicio ordinario promovido por Luis Felipe Gómez contra Casimira Mora sobre resolución de un contrato. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 450

Recurso de hecho por denegación del de casación.—Se revoca el auto del Tribunal Superior de Ibagué proferido en el juicio se-

Págs.

guido por Ignacio Polanía y otros contra Rafael Bermúdez y otros. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo..... 452

Salvamento de voto de los Magistrados Ricardo Hinestrosa Daza y Alvaro Leal Morales a lo resuelto en el auto anterior..... 455

Acción de simulación de un contrato. — Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario seguido por Pedro Pablo López contra Mariana Villate de R. sobre simulación de un contrato. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda.. 457

Acción de impugnación de la paternidad legítima de un hijo.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario promovido por Luis Eliécer Medina Bohórquez y otros contra Oscar Obdulio Bohórquez sobre lo ya enunciado. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 461

Acción petitoria de liquidación de una sociedad de hecho.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida en el juicio ordinario promovido por José N. Chedraue contra José Chalela y Moisés Hechem sobre liquidación de una sociedad de hecho. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 465

Acción de resolución de la venta forzada de un inmueble y reivindicación.—Sentencia. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, proferida en el juicio regui contra Silvano Carvajal sobre resoordinario promovido por Félix María Jáulución de una venta forzada. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 469

Acción principal de simulación de un contrato y subsidiarias de resolución y de rescisión por lesión enorme.—Acumulación de acciones.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario sobre simulación de un contrato promovido por Bárbara Campos contra Ismael Torres. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 473

Acción sobre cobro de una suma de pesos. Mandato—Cuentas del mandatario—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por Obdulia y Concepción/López Vásquez contra la sucesión de Cruz López Vásquez para el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas. 479

Acción petitoria de declaración de dominio de una mina de carbón. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Pedro Luis Restrepo contra Justiniano, Luis, Nemesio y Guillermo Vélez Zapata y otros sobre declaración de dominio de una mina de carbón. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 484

Acción de perjuicios por culpa. — Responsabilidad civil de los establecimientos de educación.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido por el doctor Ramón Bernal Azula contra el Colegio de Boyacá sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo... 492

Contrato de trabajo. — Incompetencia de la Corte para el conocimiento del negocio.— Se declara incompetente la Sala para el conocimiento del juicio entablado por Luis Ortiz U. contra el Banco de Colombia sobre liquidación de una cesantía. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.... 501

Acción de perjuicios. — Motivos de casación. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por la señora Eloísa Robledo de Hoyos contra la Caja Colombiana de Ahorros. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 504

SALA DE CASACION PENAL

Homicidio.—Segunda causal contemplada por el artículo 567 del Código de Procedimiento

Págs.

Penal. — Circunstancias de peligrosidad.— Modalidades de la ejecución del hecho criminoso.—Su apreciación por el Juez de derecho.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, proferida en el juicio contra José del Carmen Guerrero por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 506

Nulidades en el proceso penal. — Causal segunda. — Modalidades del hecho criminoso. Circunstancias de mayor peligrosidad.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en la causa contra José del Carmen Castelblanco por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 509

Desistimiento del recurso de casación en materia penal.—Se acepta el desistimiento del recurso de casación interpuesto por Laureano Gaitán León contra la sentencia que le condenó por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 514

Asesinato, lesiones personales y robo.—Contradicción en el veredicto.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en la causa contra Jesús María Escobar,, Carlos Manzano y otros por los delitos de homicidio, robo y lesiones personales. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 515

Delito de abuso de autoridad—Indemnización de perjuicios por asesinato. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga proferida en el juicio contra el doctor Jorge Rivera Cabal. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 521

Apreciación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, proferida en la causa contra Félix Becerra por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 527

Causal 2ª de casación en materia penal.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en la causa contra Sixto Sánchez Campo por violencia carnal. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 531

Nulidad por inobservancia de las formas de notificación—Se declara nulo el proceso seguido contra Carlos Solórzano Cuéllar por el delito de fuga. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 533

Homicidio ejecutado en riña.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil proferida en la causa contra Vicente Ormidas Guerrero y Julio Vicente Guerrero por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 536

Igualdad de influencia del dolor y de la ira en la responsabilidad—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual se condenó a Alcides Tayak por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 543

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se revoca el auto apelado en el juicio promovido por Heliodoro Ordóñez contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 546

Acción de restitución de posesión.—Denuncia del pleito. — Acción posesoria de despojo. Se confirma el auto apelado en el juicio promovido por Carlos Alberto Olano contra el Departamento del Valle del Cauca sobre restitución de posesión. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 549

Restitución de términos. — Se declara procedente la restitución de términos en el juicio promovido por el doctor Juan Francisco Mújica en el asunto a que se alude. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 552

Acción de protección posesoria por perturbación de una servidumbre.—Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Cartagena, proferido en el juicio seguido por Federico Terril contra la Nación sobre perturbación

Págs.

de posesión. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 555

Pensión de jubilación—Enmienda de un error aritmético.—Se enmienda el error aritmético cometido en la demanda sobre pensión de jubilación intentada por Manuel S. Fernández. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 560

Asuntos referentes a la jurisdicción del trabajo. — Se dispone remitir el negocio a la jurisdicción del trabajo. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock 563

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos. — Se declara infundada la oposición que formuló Jorge Barrault contra la propuesta hecha por la sociedad denominada Regalías Petrolíferas, S. A. para la celebración de un contrato sobre exploración y explotación de petróleos. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 566

Tercerías excluyentes. — Se declara nulo el proceso seguido por Adriano Ferrer, Manuela Ferrer y otra en el ejecutivo de la Nación contra Zenón y Enrique Ferrer, sobre tercerías. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 573

Influencia del proceso penal sobre el civil.— Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio instaurado por María del Carmen Velásquez y otros contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock..... 578

Acción de responsabilidad civil por accidente ferroviario.—Caso de concurrencia de culpas.—Se confirma una parte del fallo recurrido y se revoca otra en el juicio seguido por Gilberto Gamboa contra el Departamento del Tolima sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock 581

Pensiones administrativas. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio seguido contra la Nación por Nehemías Fernández sobre pensión de jubilación. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock 587

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 43-25

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono
Nº 43-25, y será atendido inmediatamente.

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 I, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

(Procemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXII - BOGOTA, COLOMBIA - SEPTIEMBRE - OCTUBRE DE 1947 - NUMEROS 2050 - 2051

SALA PLENA

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 31 DE LA LEY 6ª DE 1945

Los artículos 12 y 17 de la ley 64 de 1946 subrogaron a los artículos 30 y 31 de la ley 6ª de 1945, es decir, que el nuevo estatuto de 1946 comprendió también las demás empresas ferroviarias a que aludía el artículo 31 de la ley 6ª de 1945. Luego la disposición que hoy podría afectar situaciones concretas en empresas ferroviarias particulares es la 17 de la ley 64 de 1946 y no el artículo 31 de la ley 6ª de 1945, porque ha sido reemplazado. Se deroga una ley cuando pierde su fuerza obligatoria, ora haya sido abolida o sustituída por otra. (Artículo 3º, Ley 153 de 1887). Estando insubsistente el artículo 31 de la ley 6ª de 1945, no hay objeto sobre qué decidir, ya que no puede haber conflicto entre la Constitución y una norma legal que ya no rige.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Jorge Mahecha Rey, en ejercicio del derecho otorgado por el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide se declare inconstitucional el artículo 31 de la Ley 6ª de 1945 y cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 31.—Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará igualmente a las pensiones de jubilación de las demás empresas ferroviarias".

El artículo 30 aludido, es como sigue:

"Artículo 30.—A los trabajadores de los Ferrocarriles Nacionales que hayan sido jubilados con anterioridad a la vigencia de la Ley 49 de 1943, se les aumentará, a partir de la vigencia del presente estatuto, la cuantía de su pensión, de acuerdo con la escala señalada en dicha Ley, computada sobre las asignaciones de los cargos respectivos en la fecha del retiro. Ninguna de estas pensiones podrá ser menor de treinta pesos ($ 30), y a esta cantidad queda elevada cualquier pensión inferior a esta suma.

"Derógase el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1943".

Señala el actor como infringido el artículo 26 —hoy 30— de la Carta Fundamental, en el cual

se consagra el respeto a los derechos adquiridos.

Razones de la acusación:

Dice el acusador que la Ley 49 de 1943 decretó un aumento de las pensiones de los trabajadores de empresas ferroviarias oficiales, semi-oficiales o particulares, pero con esta salvedad: "Parágrafo. Los beneficios consagrados en el presente artículo no se hacen extensivos a los trabajadores ferroviarios que se hallen disfrutando de pensión mensual vitalicia de jubilación con fecha anterior a la promulgación de la presente Ley, ni modifican la cuantía de las pensiones ya decretadas".

Dice al respecto el actor:

"Esta salvedad era no solamente razonable sino ajustada a los más elementales principios de derecho porque implicaba el respeto a situaciones jurídicas concretas establecidas con anterioridad a la ley: las de los que ocupaban una posición consolidada, ya de acreedores, ya de deudores de pensiones fijadas al operarse el fenómeno, al realizarse el hecho, de la jubilación, ocurridas con anterioridad a la ley".

Afirma el acusador que la derogatoria del parágrafo y el aumento de la pensión no tienen tacha de inconstitucionalidad, porque el Congreso puede a su arbitrio disponer, en tal forma, de los fondos nacionales; pero no ocurre lo mismo en el caso del artículo 31 transcrito, porque se quebranta una situación jurídica concreta.

Según el demandante, "ese estado, de un derecho y una deuda definidos, no podían venir a ser modificados sustancialmente por una ley posterior ni en pro ni en contra".

Después de algunas consideraciones jurídicas, pone de patente cómo la Ley 1ª de 1932 sobre pensiones ferroviarias y su respectivo decreto reglamentario se abstuvieron de conceder pensiones a los trabajadores salidos del servicio de empresas departamentales, municipales o de particulares, con anterioridad a la vigencia de aquella ley.

A continuación agrega que el legislador de 1945 "obró de manera abiertamente contraria, al gravar a todas las empresas ferroviarias, sin excepción, con el aumento de las pensiones causadas y determinadas antes de la ley 6ª, por jubilaciones ocurridas también con anterioridad, modificando un estado en que pensionado y pensionista ocupaban ya una situación definida y sabían a qué atenerse en cuanto a sus derechos y obligaciones, en todo sentido".

Concepto de la Procuraduría General de la Nación:

Dice el Agente del Ministerio Público:

"Para mayor claridad será bueno examinar previamente qué fue lo establecido por el artículo acusado:

"En el artículo 30 de la ley se dijo que se les aumentaba a los trabajadores de los Ferrocarriles Nacionales la pensión de jubilación de que estuvieren gozando en la proporción señalada en la ley 49 de 1943 y estableció que en ningún caso tales pensiones podían ser inferiores a $ 30.00. En el artículo siguiente, que es el acusado en la presente demanda, se dijo:

"Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará igualmente a las pensiones de jubilación de las demás empresas ferroviarias.

"Es decir, que por el artículo acusado se dispuso que los empleados que estuvieran gozando de pensiones de jubilación de empresas ferroviarias particulares, entrarían a disfrutar de un aumento según la escala señalada en la ley 49 de 1943 y que en ningún caso tales pensiones podían ser inferiores a $ 30.00.

"Como muy acertadamente lo afirma el demandante, lo dispuesto en el artículo 30 en relación con los trabajadores de los Ferrocarriles Nacionales puede ser hasta inconveniente para el Tesoro Público, pero no es inconstitucional porque en tales casos el legislador es soberano para disponer como le plazca el aumento o disminución de las pensiones que graciosamente otorga o el aumento de aquellas que por ley ha establecido. Lo inconstitucional es que pretenda hacer extensivo ese aumento a aquellas pensiones ya reconocidas por empresas particulares, de acuerdo con la ley vigente al tiempo de haberse hecho tal reconocimiento...".

Después de otros razonamientos, agrega:

"En el caso sometido a la decisión de la Corte, este despacho considera que se trata de pensiones compensatorias, nacidas de un estatuto general, impersonal, y que, por tanto, ninguna ley puede venir a agravar en cabeza de los patronos la obligación nacida con anterioridad a su vigencia, de manera que en tratándose de empresas ferroviarias de carácter particular, el aumento de las pensiones no puede cobijar a las ya reconocidas. Tal aumento sólo puede referirse a las de los empleados de los Ferrocarriles Nacionales y a las de todas las demás empresas para el futuro.

"Pido, pues, a la Honorable Corte, que en el fallo que ponga fin a este negocio se deje claramente establecido que el artículo acusado es inconstitucional en cuanto dispone el aumento de las pensiones ya decretadas por empresas particulares".

Consideraciones de la Corte:

Planteado así el problema, la Corte debería entrar a decidir si hay conflicto entre la disposición legal acusada y los artículos 30 y 183 de la Constitución que podrían ser los quebrantados en este caso.

Pero tal pronunciamiento no habrá de hacerse por los motivos siguientes:

La Ley 49 de 1943 expresó en el artículo 1º que los trabajadores de las empresas ferroviarias oficiales, semioficiales o particulares que tuviesen derecho a jubilación, gozarían de ella, en consonancia con la escala establecida, de suerte que los pensionados con anterioridad a la ley no quedaban favorecidos con dicho estatuto, como así lo expresa el Parágrafo 2º del mismo artículo.

Semejante situación fue mejorada por los artículos 30 y 31 de la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente se expidió la ley 53 de 1945, la que estatuyó en el artículo 4º:

"La pensión mínima para los trabajadores, de que trata esta ley, será de cuarenta pesos ($ 40) mensuales, y la pensión máxima será de doscientos pesos ($ 200) mensuales.

"La pensión de jubilación se liquidará de acuerdo con el último sueldo o jornal devengado, según las siguientes reglas:

"Los que ganen más de $ 40, recibirán $ 40, más $ 0.75 por cada peso más de salario, hasta $ 50.

"Los que ganen más de $ 50, recibirán $ 47.50, más $ 0.60 por cada peso más de salario, hasta $ 87.

"Los que ganen más de $ 87, recibirán el 80% de su salario".

El respectivo decreto reglamentario número 2340 de 1946, dijo:

"La escala señalada en el artículo 4º de la Ley 53 de 1945, es aplicable a todos los trabajadores de las empresas ferroviarias oficiales, semioficiales y particulares cuyo derecho a la pensión se haya causado o ejercitado o se cause o ejercite, con posterioridad a la vigencia de dicha ley".

En 1946 se expidió la Ley 64, en cuyos artículos 12 y 17 se estableció lo siguiente:

"Artículo 12. A los trabajadores de los Ferrocarriles Nacionales que hayan sido pensionados con anterioridad a la vigencia de la ley 53 de 1945, se les aumentará, a partir de la vigencia del presente estatuto, la cuantía de su pensión de acuerdo con lo establecido en dicha ley, computada sobre las asignaciones de los cargos respectivos a la fecha de su retiro...".

"Artículo 17. Lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14, 15 y 16 de la presente ley se aplicará igualmente a las pensiones de jubilación y de invalidez de las demás empresas ferroviarias".

Comparando los artículos transcritos con los artículos 30 y 31 de la Ley 6ª de 1945, se puede observar:

Los dos artículos últimamente mencionados, que fueron dictados para los trabajadores ya jubilados, colocan en igual situación a los pensionados con anterioridad a la ley 49 de 1943 y a los jubilados con posterioridad a ella. El artículo 12 de la ley 64, así como el 17, ponen en el mismo nivel a los jubilados anteriores a la ley 53 de 1945 y a los posteriores a ella.

Como resalta a la vista, la ley 64 de 1946 comprende también a los trabajadores pensionados con antelación a la ley 49 de 1943, pues se refiere a todos los que hayan sido jubilados con anterioridad a la ley 53 de 1945. Además, la base de la pensión en la ley 49 era de $ 30, o menos, y en la 53 es de $ 40, como mínimo.

En ambas leyes se conservó, en parte, una proporción semejante de aumento sobre sueldo, más en cuanto al máximo de la pensión, en la primera era de $ 150, y en la segunda de $ 200, que es la suma en que marca el límite para los trabajadores nacionales la Ley 6ª de 1945.

Dadas las circunstancias apuntadas, puede afirmarse que los artículos 12 y 17 de la ley 64 de 1946 subrogaron a los artículos 30 y 31 de la Ley 6ª de 1945, es decir, que el nuevo estatuto de 1946 comprendió también las demás empresas ferroviarias a que aludía el artículo 31 de la ley 6ª de 1945. Luego la disposición que hoy podría afectar situaciones concretas en empresas ferroviarias particulares es el 17 de la ley 64 de 1946 y no el 31 de la ley 6ª de 1945, porque ha sido reemplazado.

Se deroga una ley cuando pierde su fuerza obligatoria, ora haya sido abolida o sustituída por

otra. En este punto es claro el artículo 3º de la ley 153 de 1887 cuyo contenido es el que se reproduce a continuación:

"Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una ley que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Estando insubsistente el artículo 31 de la ley 6ª de 1945, no hay objeto sobre qué decidir, ya que no puede haber conflicto entre la Constitución y una norma legal que ya no rige.

Sabido es que la función de la Corte en la guarda de la Constitución tiene finalidades prácticas y no meramente especulativas o teóricas.

En fuerza de los anteriores razonamientos, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función consagrada en el artículo 214 del Estatuto Fundamental, declara que no hay hoy materia para decidir sobre la acusación del artículo 31 de la ley 6ª de 1945.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Alvaro Leal Morales—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda — Víctor Cock—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J. — Ricardo Hinestrosa Daza—Agustín Gómez Prada—Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca — Domingo Sarasty. Eleuterio Serna R.—El Conjuez, **Enrique A. Becerra**—El Conjuez, **Fabio Hernández**—El Secretario, **Pedro León Rincón.**

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 17 DE LA LEY 84 DE 1931 Y DE LOS DECRETOS NUMEROS 1640 DE 1944 Y 1962 DEL MISMO AÑO

De conformidad con la ley 3ª de 1945 debe estimarse que el artículo acusado de la ley 84 de 1931 está derogado, lo mismo que el Decreto número 1962 de 1944. Y como ha sido doctrina constante de la Corte que cuando ha dejado de regir un precepto que es acusado de inconstitucionalidad no hay materia sobre la cual pueda resolverse, toda vez que ha desaparecido el acto que debía ser objeto de la sentencia, la Corte obra en consecuencia.

Sobre el Decreto número 1640 debe observarse que fue declarado exequible en su totalidad por sentencia de la Corte de fecha 12 de junio de 1945.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, seis de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Los señores Jaime Villegas Angel y Germán Escobar Ballestas piden a la Corte que declare inexequibles el artículo 17 de la ley 84 de 1931 y los decretos números 1640, de 13 de julio de 1944, y 1962, de 16 de agosto del mismo año.

a) El artículo 17 de la ley 84 de 1931 dice así:

"Corresponde asimismo a la jurisdicción militar el juzgamiento y castigo de los espías; el de las personas no militares que seduzcan o intenten seducir la tropa para que deserte, conspire, se insubordine o se pase al enemigo; el de los que roban o compran clandestinamente o empeñan o destruyen o inutilizan las armas y demás elementos de guerra del Gobierno, o los víveres destinados a la tropa; el de los que incendian o tratan de incendiar los compamentos, cuarteles o vivaques, envenenan o tratan de envenenar las aguas o los víveres de que se proveen las tropas, siempre que tales delincuentes no pertenezcan a fuerzas regulares enemigas.

"Parágrafo. Los prisioneros de guerra son también justiciables por la jurisdicción militar".

El demandante dice, en resumen, que el precepto que se transcribe quebranta el artículo 170 de la Constitución, porque atribuye el conocimiento de las infracciones cometidas por personas civiles a tribunales militares, debiendo ser de los jueces ordinarios, sin que se establezca diferencia entre tiempo de paz y tiempo de guerra, diferencia que no hace el citado precepto del Estatuto Fundamental.

La Procuraduría, después de hacer un detenido análisis del asunto, concluye que el artículo acusado se refiere únicamente al tiempo de guerra, en que la justicia militar debe prevalecer, porque la defensa de la nacionalidad requiere entonces que el Ejército tenga los medios de reprimir los ataques que se le hagan por medio de los hechos contemplados en el precepto, "ya de parte de sus mismos miembros, ya de parte de los civiles".

Lo primero que debe resolver la Corte es si el mandato legal que se viene estudiando está vigente, pues según doctrina constante de esta corporación, cuando ha dejado de regir un precepto que es acusado de inconstitucionalidad, no hay materia sobre la cual pueda resolverse, toda vez que ha desaparecido el acto que debía ser objeto de la sentencia.

Y aquí ocurre precisamente ese fenómeno, pues la ley 3ª de 1945, que es el nuevo código de justicia penal militar, dice en su artículo 292:

"La presente ley rige desde su sanción y **deroga la ley 84 de 1931** (Código de Justicia Penal Militar) y las demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean contrarias y sustituye el Decreto Legislativo número 2180 de 1944." (Subraya la Corte).

Pero como el artículo 293 advierte que "los sumarios y juicios pendientes ante las autoridades militares, al entrar en vigencia esta ley, continúan rigiéndose por las disposiciones penales y procedimentales anteriores", queda la duda de si está en vigencia o no para aquellos procesos, el artículo acusado.

Mas la duda desaparece por completo si se tiene en cuenta que ese mandato legal no hace sino señalar la jurisdicción y competencia para conocer de las infracciones de que trata y que la ley 3ª de 1945 reglamentó nuevamente lo relativo a las dichas jurisdicción y competencia para atribuírles a los jueces castrenses el conocimiento de los mismos hechos y, por tanto, el juzgamiento de las personas que los realicen.

De manera que en lo que atañe con este punto y en cuanto pudiera haber duda sobre la supervivencia de los preceptos anteriores, es forzoso reconocer que ha habido una subrogación que no permite pensar en la actualidad de la norma legal que se estudia.

En tal virtud, habrá de resolverse que no hay lugar a decidir sobre si es exequible o no lo es, el artículo 17 de la ley 84 de 1931, de que se viene hablando.

b) El decreto 1640, de 13 de julio de 1944, radicó en el Comando de la Brigada de Institutos Militares el conocimiento de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en el territorio nacional, en conexión con los hechos ocurridos desde el 9 de julio del mismo año, o anteriores, relacionados con ellos; y dispuso, además, la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales para que juzgaran esos hechos delictuosos, cometidos por personas militares o no militares.

Sobre este decreto basta con observar que la Corte, en sentencia de 12 de junio de 1945, declaró (por mayoría de votos) que era exequible en su totalidad. (GACETA JUDICIAL, T. LVIII, números 2019-21, páginas 24 y siguientes). Y como esa decisión tiene fuerza obligatoria **erga omnes**, ya no puede discutirse de nuevo la constitucionalidad del citado decreto, pues con ello extralimitaría su jurisdicción y, por consiguiente, sus funciones.

Por tanto, la Corte estará a lo resuelto en la sentencia dicha, en lo que se refiere al decreto de que se trata.

c) En fin, por medio del decreto número 1962, de 16 de agosto del mismo año de 1944, se aclaró el 1640, diciendo que la jurisdicción de los tribunales establecidos en éste último comprendía "el juzgamiento de cualesquiera hechos delictuosos conexos con los allí previstos, de que sean responsables personas militares o no militares".

Pero también habrá de decir la Corte que carece de sujeta materia para proferir ninguna resolución sobre el decreto acusado, porque la sustrajo la ley 36 de 1945.

En efecto, después de autorizar al Presidente de la República para conceder indulto de las penas privativas de la libertad a los condenados "por los Consejos de Guerra Verbales convocados con motivo de los sucesos subversivos ocurridos el 10 de julio de 1944", dice en el artículo 5º:

"Los procesos en curso iniciados entre el 10 de julio de 1944 y el 7 de agosto de 1945, por delitos contra el orden público y la seguridad interior del Estado, se suspenderán indefinidamente. En el auto en que el Juez mande cesar el procedimiento ordenará la libertad incondicional de los detenidos".

A pesar de los términos confusos en que está redactado el artículo, puede concluírse con certeza que la jurisdicción atribuída a los Consejos de Guerra Verbales y al Comando de la Brigada de Institutos Militares terminó y, a la fecha, si algún negocio estuviera pendiente, no podría disponerse sino lo necesario para que cese la causa en su totalidad. En otros términos, ya no podrá haber procesos en lo futuro por hechos delictuosos de los previstos en el decreto y de que sean responsables militares o civiles.

Lo cual significa que tampoco puede la Corte fallar sobre la exequibilidad de este decreto, por no tener hoy vigencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en uso de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución y oído el concepto del señor Procurador, resuelve:

a) No hay lugar a decidir sobre si es exequible o no lo es el artículo 17 de la ley 84 de 1931;

b) Estése a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de doce (12) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), sobre la constitucionalidad del decreto mil seiscientos cuarenta (1640), de trece (13) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944); y

c) No hay lugar tampoco a decidir sobre si es exequible o no lo es el decreto número mil novecientos sesenta y dos (1962), de diez y seis (16) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

Dése cuenta al Gobierno Nacional.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Ramón Miranda—Germán Alvarado—Francisco Bruno — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro Castillo Pineda — Víctor Cock — Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Hinestroza Daza—Ricardo Jordán Jiménez — Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Hernán Copete, Conjuez.—**Alvaro Leal Morales—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

RECURSO DE HECHO

Escogido por el actor el trámite especial para el juicio de separación, no es dado convertirlo en ordinario en la segunda instancia para los efectos del recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Por sentencia de fecha 12 de marzo de 1947, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, decidió el juicio especial de separación de bienes propuesto por Petrona Aguirre contra su marido Carlos Charry, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de esa ciudad.

En la demanda se solicitó la separación de bienes o liquidación de la sociedad conyugal existente, y la consecuencial facción de inventarios y avalúos de los bienes que integran el patrimonio de la misma, así como la partición y adjudicación de ellos conforme a derecho.

El juicio fue tramitado en la primera instancia conforme a lo establecido en el Título XX del Libro II del C. J. El Tribunal conoció de la apelación de la sentencia y en el recurso se siguió el procedimiento establecido para el juicio especial en cuestión, con fijación del proceso en lista por cuatro días. "Esto cumplido —dice el Tribunal— y no observándose informalidad alguna capaz de afectar de invalidez la actuación, lo indicado era entrar a resolver inmediatamente sobre el recurso. Pero algunas incidencias provocadas por las partes, entre ellas la que tuvo su origen en un insistente pedimento del demandado para que se abriera a prueba el negocio, a lo cual terminó accediéndose, obligaron el aplazamiento por entonces de ese deber, que el Tribunal procede en seguida a llenar".

El recurso de hecho

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual no fue concedido por tratarse de un juicio especial no previsto en el artículo 519. Pedida y negada la reposición de ese auto, subsidiariámente se interpuso el recurso de hecho, el cual pasa a decidirse.

El recurrente afirma que el fallo de segunda instancia decide la suerte de un juicio que ha asumido en su trámite la calidad de ordinario; que aunque la parte actora lo enunció como acción especial, en su desarrollo procedimental, con recepción de pruebas, contrapruebas, alegaciones y términos, recibió una amplitud que lo deja comprendido en el caso final del numeral 1º del artículo 519 del C. J.

Considera además que estando íntimamente relacionado con la liquidación de una sociedad, tiene cabida tal caso dentro del numeral 2º del mencionado artículo 519.

Se considera:

El inciso 3º del artículo 799 del C. J., autoriza decidir la acción de separación de bienes mediante el trámite ordinario. El procedimiento establecido para el juicio especial consulta razones de brevedad y sencillez que muchas veces podrían no ser adecuadas al intento de las partes que quieran discutir con mayor amplitud su situación y que pueden ocurrir entonces a la vía ordinaria, razón por la cual se debe precisar en la demanda a qué procedimiento se acoge el actor, pues el desenvolvimiento del proceso y los recursos establecidos no son ni podrían ser los mismos.

En el presente caso el actor, con absoluta nitidez invocó el procedimiento especial establecido en los artículos 796, y siguientes del C. J. El recurrente afirma que el juicio, a pesar de haber sido incoado en la forma antes descrita, tomó en su desarrollo el carácter de ordinario. Observa

al respecto la Sala que el demandante puede escoger inicialmente una de las dos acciones autorizadas por la ley; pero decidida y determinada ante el Juez una vía no puede transformarse en el curso del proceso, en la que al comienzo de él no se tuvo en cuenta.

En caso igual al que ahora se estudia dijo esta Sala "que ningún juicio especial es susceptible de ser convertido en ordinario en la segunda instancia, motivo por el cual su tramitación como ordinario en ésta no puede desnaturalizar la índole legal de la sentencia. (Providencia de la Sala de Casación Civil de fecha 24 de junio de 1938). En el mismo sentido se pronunció esta Sala en el auto denegatorio del recurso de casación que lleva fecha 23 de septiembre de 1937, cuando dijo que "no porque el Tribunal acogiese en la apelación las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción de especial conviértese en ordinaria, en fuerza de que lo que caracteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercitado y las formas que el código de la materia adopte para discutir dicho derecho". Igualmente en sentencia de 31 de mayo de 1940, se reafirmó esta doctrina, al decirse que "la admisibilidad del recurso constituye una calidad inherente a la sentencia misma y que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza su índole legal".

Respecto del argumento de que la sentencia trae como consecuencia la liquidación de la sociedad conyugal y que, por lo tanto, cabe dentro de las que tienen recurso de casación de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 519 del C. J., observa la Sala, repitiendo la jurisprudencia ya afirmada en otras ocasiones "que la sentencia que pone fin al pleito de separación de bienes es de naturaleza distinta de la que contempla el ordinal 2º del citado artículo, sobre liquidación de sociedades disueltas, la cual se presenta como culminación de las diligencias previstas en los capítulos 3º y 5º del Título XXX del Libro II del C. J., y que, por lo tanto, el fallo que aquí se estudia no aprueba ninguna partición de los bienes de la sociedad conyugal".

Aplicando estos principios al caso en estudio, se encuentra que es improcedente el argumento del recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, considera bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 1947, dictada en el juicio de separación de bienes seguido por Petrona Aguirre contra Carlos Charry. Dése cuenta al Tribunal para los efectos del artículo 514 del C. J. y archívese.

Revalídese el papel de la presente providencia en los términos legales.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS, DE REIVINDICACION, ETC.—ACUMULACION DE ACCIONES

1.—El secuestro no confiere posesión por cuanto quien a ese título recibe algo lo hace para restituírlo a quien llegue a triunfar en la litis dentro de la cual sobrevino el secuestro. Todos los preceptos que en nuestra ley tienden a destacar las diferencias entre simple tenedor ALIENO NOMINE y verdadero poseedor, comenzando por la norma que describe o define la posesión (artículo 762, C. C.), destruyen la posibilidad de considerar, aunque sea en la más superficial de las apreciaciones, que en cualquier juicio sea demandado como poseedor el secuestre y no las personas a cuyo nombre ejerza aquél la tenencia material de los bienes disputados.

2—La acumulación de acciones puede asumir dos formas según se unan objetos o sujetos, es decir, según verse sobre extremos reales o personales, recibiendo en el primer caso el nombre de objetiva y en el segundo de subjetiva. Nuestra ley reglamenta la primera en el artículo 209 del Código Judicial, precepto según el cual pueden proponerse varias acciones en una misma demanda dentro de ciertas condiciones; la hermenéutica y la doctrina han concluído que este linaje de acumulación real no puede operarse sino entre las mismas partes, por cuanto, conforme a la naturaleza del fenómeno procesal que se menciona, no se trata de unir sujetos sino objetos.

La acumulación subjetiva permite que se verifique el fenómeno contrario, o sea, el de diversidad de personas en frente de la unidad de objeto, lo cual se manifiesta en las cinco grandes formas que puede asumir esta índole de acumulación: litis consorcio, litis denunciación, intervención principal voluntaria o forzada de terceros, intervención adhesiva, y acumulación de autos. Las características de cada una de estas especies señalan una diferencia profunda entre el fundamento de la acumulación objetiva y el de la subjetiva: mientras la primera tiende sólo a la realización del principio conocido con el nombre de economía procesal, enderezado al logro del mayor resultado con el mínimo de ejercicio jurisdiccional, la segunda, en atención a la eficacia de la cosa juzgada, obedece a la necesidad de evitar la colisión de fallos, o en otras palabras, a que no se divida la continencia de la causa (artículo 397, C. J.). Por esto no reconoce nuestra legislación el litis consorcio impropio, ni la coadyuvancia simple, figuras de recibo en otras legislaciones donde los dos tipos de acumulación son más elásticos y admiten que un proceso llegue a cubrir situaciones jurídicas que forzosamente no debieran quedar comprendidas en los efectos de la sentencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, y en un mismo libelo que presentaron el veintisiete de enero de mil novecientos cuarenta y dos, Guillermo Echeverri R. y Antonio Alvarez Q. propusieron demanda ordinaria contra la sucesión de Miguel Holguín, representada por Juan de Jesús Holguín, Francisco Antonio, Jesús María, Juan Bautista, Pablo Emilio, Mercedes, Trinidad, Ana Rosa, María del Carmen, Concepción y Martina Emilia Acevedo, Rafael Antonio y María Ignacia Ruiz; los demandantes dijeron desconocer el domicilio de los demandados sin cuidarse de la protesta exigida para el caso por el artículo 205 del Código Judicial.

Los actores conjuntos relatan en su demanda los hechos que a continuación se sintetizan: Por medio de escritura pública número 283 otorgada el 17 de agosto de 1939 ante la Notaría de Angelópolis, Miguel Holguín vendió a Manuel y a Alejandro Ortiz P. dos inmuebles llamados "El Carmelo" y "La Palmera", cuyos linderos y situación

se determinan en el libelo; por escrituras públicas números 3074 y 3156, fechadas respectivamente el siete y el quince de noviembre subsiguientes, los compradores Ortiz vendieron a Antonio Alvarez el inmueble "El Carmelo", y a Guillermo Echeverri "La Palmera"; Miguel Holguín murió testado el 20 de agosto del mismo año de 1939, y en el juicio mortuorio correspondiente se apersonaron como interesados las personas demandadas, una de las cuales solicitó el secuestro de los bienes raíces a que se viene aludiendo, con sus anexidades; en el procedimiento sucesorio se inventariaron dichos inmuebles cuyo secuestro se ha mantenido a petición de los herederos, a pesar de las reiteradas diligencias que al respecto promovieron los Ortiz y sus causahabientes, los demandantes.

Con base en estos hechos se pidieron de la justicia las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la finca denominada 'La Palmera', delimitada en el numeral primero letra B) de este libelo, la misma que ha sido inventariada en la sucesión de Miguel Holguín, pertenece en dominio a Guillermo Echeverri R. y que la finca denominada 'El Carmelo', delimitada en el numeral primero de este libelo letra A), que ha sido incluída indebidamente en los inventarios y avalúos de la sucesión de Miguel Holguín, pertenece en dominio a Antonio Alvarez Q.

"Segunda. Que en consecuencia se levanta el secuestro preventivo en relación con dichas propiedades, sus anexidades y enseres, descritos en el punto cuarto; se excluyen de los inventarios de la sucesión de Miguel Holguín, por lo cual no deben figurar en la masa partible; y se ordena la entrega material a sus respectivos dueños, Guillermo Echeverri R. y Antonio Alvarez Q.

"Tercera. Que se restituyan todos los frutos percibidos de las fincas en mención, que pertenecen a Guillermo Echeverri R. y Antonio Alvarez Q., por lo cual ha de rendir estricta y separada cuenta el secuestre, señor Antonio Mejía F.

"Cuarta. Que la sucesión de Miguel Holguín, representada por las personas mencionadas ya, o bien el denunciante de bienes interesado en la sucesión, está en la obligación de pagar los perjuicios causados por el secuestro de los bienes en referencia y por la inclusión indebida en los inventarios y avalúos. Fue denunciante el señor Emilio Acebedo H.

"Quinta. Que se condene en costas, inclusive honorarios de abogado, si existe oposición en este juicio".

Esta demanda no fue admitida en forma inmediata, de lo cual reclamó uno de los actores dando oportunidad así a que el Juez explicara en auto del 20 de febrero de 1942 que no había proferido la providencia correspondiente "porque creyó que quizá el doctor Carlos Arango Hoyos (apoderado de los demandantes), le hiciera alguna reforma", pero que "como ya se habla de demoras injustificadas del Juzgado" admite la demanda, y provee lo conveniente a su comunicación a la parte reo.

Los actores corrigieron entonces su demanda por escrito fechado el 14 de marzo de 1942, el cual no se arregla a las previsiones de la jurisprudencia sobre el modo material de aplicar el artículo 208 del Código Judicial; en tal libelo fraccionario se modifica el elemento pasivo de la acción, así:

"Dirijo la acción reivindicatoria contra los señores Emilio Acebedo H., Juan de Jesús Holguín, Mercedes Acebedo de Agudelo, Trinidad Acebedo de Zapata, Ana Rosa Acebedo de Acebedo, María del Carmen Acebedo, Concepción Acebedo H., Martina Emilia Acebedo de Arredondo, Francisco Antonio Acebedo, Jesús María Acebedo, Juan Bautista Acebedo, Emilio Acebedo H., hijos de María Josefa Holguín de Acebedo, hijos de María del Rosario Holguín de Ruiz, Rafael Antonio Ruiz y María Ignacia Ruiz, quienes son adjudicatarios conjuntos y en proindiviso de la finca denominada El Carmelo, delimitada en el punto primero de la demanda, la misma que se trata de reivindicar. Desconozco la vecindad de estos demandados. Asimismo dirijo esta acción reivindicatoria contra Emilio Acebedo H., adjudicatario de los bienes muebles descritos en el punto cuarto de la demanda y en parte de la finca denominada La Palmera, contra los pobres del distrito de Angelópolis, representados por el Alcalde y el Personero de dicho distrito, contra la Iglesia Parroquial de Angelópolis, representada por el Mayordomo de Fábrica, y contra el Cura Párroco de Angelópolis, todos adjudicatarios conjuntos y en proindiviso de un lote de terreno situado en el paraje del Barro del distrito de Angelópolis, el mismo que se ha delimitado en la letra B) del punto primero de la demanda, el que se trata de reivindicar".

También se agregaron otros hechos a la demanda inicial tales como la presentación del trabajo de partición por el partidor respectivo, y la aprobación de aquél por medio de la sentencia corres-

pondiente. Los demandantes aumentaron, mediante tal corrección, la parte petitoria de la demanda en el sentido de pedir que, para los efectos de las prestaciones mutuas, los demandados se consideren poseedores de mala fe.

El 21 de abril subsiguiente, los actores, por segunda vez y en abierta contradicción con el artículo 208 del Código Judicial, dijeron corregir de nuevo la demanda; en esta irregular prolongación de la facultad reconocida en dicho precepto modificaron la designación de los demandados, y la de los personeros de algunos de ellos, aclarando los hechos que como nuevos habían narrado en la primera corrección, reiteraron la petición adicional introducida en ella, e hicieron algunas otras observaciones de menor importancia.

Al pasar al despacho del Juez las dos enmiendas del libelo inicial el secretario del Juzgado se declaró impedido porque el apoderado de los actores le había hecho "cargos atrevidos"; el Juez, en auto del 23 de abril del mismo año de 1942, ordenó poner en conocimiento de las partes el impedimento, y luego, en providencia posterior y ante el silencio de aquéllas declaró separado al secretario y dispuso que actuara en su reemplazo el oficial mayor, lo cual no fue obstáculo para que aparezca ejerciendo tales funciones un secretario ad-hoc de cuyo nombramiento y posesión no hay huella en los autos; en la misma providencia admitió las correcciones de la demanda, y dispuso que de ellas y de la primitiva se corriera traslado a los demandados, para lo cual comisionó al Juez Municipal de Angelópolis.

Los demandados dieron respuesta a la demanda y a sus dos enmiendas en escritos de diversa índole, de los cuales llama la atención el suscrito por el Alcalde del mencionado Municipio a causa de su tono guasón e irresponsable.

Así trabado el juicio se adelantó la primera instancia cuya culminación fue el fallo proferido por el Juzgado con fecha 19 de octubre de 1944, favorable a las pretensiones reivindicatorias de cada uno de los demandantes, y desfavorable respecto de sus demás solicitudes.

Recurrida en apelación por ambas partes dicha sentencia fue confirmada previo el trámite de la segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante la proferida el 13 de noviembre de 1945; contra ésta última interpuso casación uno solo de los demandados, recurso que concedido "en el efecto suspensivo", admitido y tramitado legalmente se procede a resolver.

La sentencia recurrida.

La motivación de los fallos sobrevenidos en este juicio, tanto en la primera como en la segunda instancia es sobremanera precaria; en el primero, tras la transcripción de la demanda, y la simple enumeración de las pruebas aportadas por el actor, se da una sucinta ojeada sobre los pormenores de la acción reivindicatoria para concluír la prosperidad de las dos ejercidas en este caso; en el segundo grado fue aún más lacónico el juzgador: hechos los relatos indispensables en brevísima forma, y transcritas las peticiones de la demanda, dedujo el éxito de las acciones de dominio en menos palabras que las empleadas para el mismo efecto por el Juez de primer grado, poniendo además de presente la inercia probatoria de los demandados.

No se halla ciertamente en alguno de estos fallos huella de alguna meditación sobre la forma de la demanda, su irregular corrección, o los presupuestos procesales; dan ambos la impresión de trabajos apresurados concluídos más con el deseo de evacuar una obligación molesta, que con la mira de ser expresiones de la justicia previa la necesaria ponderación y medida de todos los factores que influyen en la tarea de administrarla.

El recurso

La demanda de casación es un escrito por entero carente de las condiciones técnicas formales y de fondo que la ley y la jurisprudencia exigen para este medio extraordinario de impugnación; se divide en una corta introducción y en cuatro capítulos de los cuales el primero es una historia del proceso ilustrada con abundantes transcripciones; en el segundo se anuncian los cargos que contra el fallo recurrido van a esgrimirse; en el tercero se intenta desarrollar en conceptos vagos e imprecisos una acusación por quebranto de ley sustantiva (artículo 952 del C. C.) en todas las formas que puede adoptar conforme a la ley; en el cuarto se desarrollan realmente dos cargos amparados todos por la denominación común de una sola causal que el recurrente llama segunda pero que es la sexta de las previstas por el artículo 520 del Código Judicial.

Primer cargo. Se formula dentro del capítulo tercero de la demanda, el cual es un comentario extenso sobre errores de hecho y de derecho en

que incurrió el Tribunal, sin que el recurrente concrete cuáles fueron las pruebas equivocadamente apreciadas, cómo han debido estimarse, y su repercusión en el desconocimiento de normas positivas sustanciales. Sobra reiterar en este fallo las conocidas enseñanzas que la Corte imparte cada vez que tropieza con recursos planteados fuera de la técnica que la ley y la doctrina indican, sobre cómo deben exponerse las acusaciones por quebranto de la primera, sea por vías directas, o consecuenciales de equivocada apreciación de elementos probatorios.

En el caso de autos apenas podría aprovecharse con utilidad para el recurso la cita del artículo 952 del Código Civil, único precepto de índole sustantiva que se menciona, pero el recurrente formula el cargo en forma tal que arrebata a la Corte la posibilidad de penetrar en un examen eficaz del fallo recurrido; en efecto:

Según el artículo 952 del Código Civil "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor", norma que en concepto del demandante en casación se vulneró de dos maneras:

a) "...porque los señores designados como poseedores no lo son de la totalidad de los bienes, acaso unos pudiendo haber sido poseedores de un bien y otros del otro bien, pero no todos a una poseedores de ambos bienes, luego se sufrió un error sustancial en materia tan grave como es la de saberse contra quién va dirigida la acción.

b) "Cuando los señores Echeverri y Alvarez Q. iniciaron su acción los bienes estaban secuestrados, luego los herederos no eran los poseedores de los bienes, y posteriormente cuando los mismos actores reformaron su demanda en el sentido de dirigir la acción contra los adjudicatarios, tampoco acreditaron con las hijuelas respectivas la partición que cada uno de esos adjudicatarios tuviese en los inmuebles que se reclaman".

Se considera:

a) Es evidente que por haber sido aceptadas las irregulares reformas a la demanda inicial, el pleito presenta un aspecto de incertidumbre sobre el elemento pasivo de la relación procesal, pues demandada la sucesión de Miguel Holguín la acción se enderezó luego contra ciertos adjudicatarios de bienes relictos, cuando ya no era posible que legalmente subsistiera juicio contra los titulares de la comunidad universal, sino sólo contra quienes, por virtud de la adjudicación, y conforme al artículo 1401 del Código Civil se reputa que sucedieron al difunto inmediata y exclusivamente en el dominio de los cuerpos ciertos adjudicados.

Pero no es menos cierto que la determinación viciosa del poseedor de que se duele el recurrente no puede obrarse sino como efecto de errores de hecho o de derecho en la apreciación de ciertas y determinadas pruebas, de tal suerte que, para llegar al quebranto del artículo 952 del Código Civil, el Tribunal hubo de errar desestimando pruebas, o apreciándolas equivocadamente; sobre estas circunstancias se guarda silencio al fundamentar el recurso, sustrayéndolas así al examen de la Sala, con lo cual se impide penetrar en el cargo, y por tanto, declararlo viable y proveer en consecuencia.

b) Que los bienes sobre los cuales se trabó esta controversia se mantuvieron en secuestro a la época en que el pleito se inició, en manera alguna impide, como parece creerlo el recurrente, que los poseedores sean los demandados; el secuestro no confiere posesión por cuanto quien a ese título recibe algo, lo hace para restituírlo a quien llegue a triunfar en la litis dentro de la cual sobrevino el secuestro; todos los preceptos que en nuestra ley tienden a destacar las diferencias entre simple tenedor **alieno nomine** y verdadero poseedor, comenzando por la norma que describe o define la posesión (artículo 762 del C. C.), destruyen la posibilidad de considerar, aunque sea en la más superficial de las apreciaciones, que en cualquier juicio sea demandado como poseedor el secuestre, y no las personas a cuyo nombre ejerza aquél la tenencia material de los bienes disputados.

El cargo, en sus dos aspectos, es inadmisible.

Segundo cargo. Se formula con base en la causal sexta de casación, o sea la relativa a las nulidades procesales que puedan afectar la validez del juicio; como informalidades capaces de viciar el procedimiento señala el recurrente dos, a saber:

Una inadmisible acumulación de acciones realizada en la demanda, y la actuación inexplicable de un secretario ad-hoc cuyo nombramiento y posesión no figuran en autos, y quien autorizó la sentencia de primera instancia.

La acumulación irregular de acciones, mencionada por quien recurre en casación como violatoria del artículo 397 del Código Judicial, y generadora de alguna nulidad procesal que el recurrente no concreta ni estudia, aparece de manifiesto aunque no con las características y los efectos que se le atribuyen:

La acumulación de acciones puede asumir dos formas según se unan objetos o sujetos, es decir, según verse sobre extremos reales o personales recibiendo en el primer caso el nombre de objetiva y en el segundo de subjetiva. Nuestra ley reglamenta la primera en el artículo 209 del Código Judicial, precepto según el cual pueden proponerse varias acciones en una misma demanda dentro de ciertas condiciones; la hermenéutica y la doctrina han concluído que este linaje de acumulación real no puede obrarse sino entre las mismas partes por cuanto conforme a la naturaleza del fenómeno procesal que se menciona no se trata de unir sujetos sino objetos.

La acumulación subjetiva permite que se verifique el fenómeno contrario, o sea el de diversidad de personas en frente de la unidad de objeto, lo cual se manifiesta en las cinco grandes formas que puede asumir esta índole de acumulación: litis consorcio, litis denunciación, intervención principal voluntaria o forzada de terceros, intervención adhesiva, y acumulación de autos. Las características de cada una de estas especies señala una diferencia profunda entre el fundamento de la acumulación objetiva y el de la subjetiva: mientras la primera tiende sólo a la realización del principio conocido con el nombre de economía procesal, enderezada al logro del mayor resultado con el mínimum de ejercicio jurisdiccional, la segunda en atención a la eficacia de la cosa juzgada obedece a la necesidad de evitar la colisión de fallos, o en otras palabras, a que no se divida la continencia de la causa. (Artículo 397 del C. J.). Por esto nuestra legislación no reconoce el litis consorcio impropio, ni la coadyuvancia simple, figuras de recibo en otras legislaciones donde los dos tipos de acumulación son más elásticos, y admiten que un proceso llegue a cubrir situaciones jurídicas que forzosamente no debieran quedar comprendidas en los efectos de la sentencia.

En el caso de autos bajo la forma de una acumulación objetiva realizada en la misma demanda, se ha intentado practicar una subjetiva violatoria de las previsiones legales; los dos actores, propietarios de sendos predios, demandan a quienes según ellos representan al fallecido causante de sus causantes para obtener cada cual una declaración singular y relativa sólo a sí mismo; no hay entre ellos más vínculo que la igualdad originaria de titulación en sus respectivos inmuebles comoquiera que cada uno adquirió por contrato de compra-venta en un todo autónomo del celebrado por el otro. Esta acumulación de facto no obedeció al principio de la economía procesal recogido en el artículo 209 del Código Judicial, ni a la necesidad de que no se dividiera la continencia de una causa por cuanto no hay conexión entre las dos acciones así ejercidas; es una gestión anómala tendiente a unir dos juicios que han debido iniciar separadamente cada uno de los demandantes, y que, por tanto quebranta desde su iniciación las base de la acumulación de acciones, o sea la que se forma en una misma demanda.

El artículo 397 del Código Judicial, citado por el recurrente como objeto de transgresión, contiene el ámbito dentro del cual pueden acumularse procesos legalmente, no puede aplicarse a las dos gestiones unidas de hecho en el libelo inicial de este pleito ya que en él aunque se buscó reunir juicios independientes entre sí para que fueran sustanciados y decididos en un solo trámite los asuntos a que se refieren, se acudió para lograrlo a una misma demanda, lo cual excluye la aplicabilidad de las normas contenidas en el Capítulo III, Título XII, Libro 2º del Código Judicial; en efecto: la continencia de la causa está descrita por el artículo 398, mandamiento que en sus cinco numerales detalla los casos en que puede sobrevenir la división aquella: a) cuando en los juicios hay identidad de elementos, acción, personas y objeto (primer ordinal); b) cuando entre ellos hay dos elementos comunes y uno diferente (ordinales 2º, 3º y 5º); y c) cuando entre los litigios hay un elemento común y dos diversos (ordinal 4º).

Ninguno de estos conceptos es aplicable al caso que se estudia, ni el Tribunal tuvo por qué discurrir ni decidir sobre ellos ya que cuando los actores en este juicio introducían su irregular demanda, y las no menos anormales enmiendas de aquélla, estaban volviendo la espalda al ordenamiento jurídico reglamentario de la acumulación de acciones en un mismo libelo, y no al de juicios separadamente iniciados; tal planteamiento ha debido producir como resultado inmediato el rechazo de la demanda por parte del Juez quien si aplazó la admisión, no lo hizo mientras meditaba sobre la regulación legal de las diversas formas asumidas por las acumulaciones objetivas y subjetivas, sino creyendo que "quizá el doctor Carlos Arango Hoyos le haría alguna reforma". El Tribunal Superior no fue más cuidadoso que su inferior: en la sentencia recurrida no se adi-

vina siquiera el propósito de analizar los diversos y complejos problemas legales planteados por la demanda misma, con independencia de la controversia, y apenas se reparó brevemente en el contenido de ésta última.

La negligencia en el estudio de la demanda condujo al Tribunal a confirmar el fallo de primer grado el cual no se detuvo en la ineptitud sustancial que conlleva la acumulación de acciones practicada por los dos demandantes, confirmación que implica el quebranto del artículo 209 del Código Judicial, reglamentario de las condiciones generales en que puede obrarse el dicho fenómeno.

No obstante las irregularidades comentadas no podrá la Corte proferir la casación del fallo por las razones que ya se dejaron expuestas: en primer lugar, porque el precepto violado por el Tribunal no fue el artículo 397 del Código Judicial que indicara el recurrente, sino el artículo 209 del mismo estatuto, normas que contienen figuras procesales semejantes aparentemente pero que abarcan diferencias profundas originadas en el fundamento mismo de las instituciones que contienen.

En segundo término, aunque no mediara la dicha circunstancia, tampoco podría casarse la sentencia ante esta sola acusación porque los conceptos en que ella se funda no inducen la nulidad procesal alegada por el recurrente, quien, por otra parte, calló las características concretas de la invalidez que aduce sólo en forma general e indiscriminada.

En cuanto al hecho de que un secretario ad hoc suscriba la sentencia de primer grado, estima la Sala que tal informalidad no acarrea por sí misma nulidad procesal, y que si llegara a aparejarla, ha debido ser propuesta en forma precisa por el autor del recurso de tal suerte que fuera posible adelantar su estudio; la sola presentación meramente enunciativa del cargo acogiendo los términos de que la ley se sirve para instituír la causal sexta de casación sin concretarla a alguno de los motivos de nulidad previstos por el artículo 448 del Código Judicial, y sin determinar los hechos o circunstancias constitutivos del vicio, impide un examen eficaz para el recurso pues sólo en instancia es dable al Juez verificar de oficio la regularidad del procedimiento para los fines contemplados en el artículo 455 del Código Judicial.

Fallo:

Con base en los motivos que se dejan expuestos 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 que en este pleito profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas.

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

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION. — INTERPRETACION DE LA LEY 69 DE 1946 FRENTE AL SISTEMA ANTERIOR DE LA LEY 28 DE 1932 SOBRE REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO EN CUANTO A LAS ENAJENACIONES HECHAS POR EL MARIDO SOLO ANTES DEL 1º DE ENERO DE 1933

1. Interpretar la ley es fijar su sentido y alcance. La necesidad de interpretar las leyes no depende sólo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aún suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran: sólo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de éstas, para resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica. Con referencia a las fuentes de donde dimana la interpretación, ésta es: a) Auténtica y obligatoria para todos, la del legislador, que se vale de una ley especial, o mejor dicho, de una ley nueva, para declarar el significado de otra precedente; b) Doctrinal, la de los jurisconsultos, que explican la ley por su propia autoridad. El valor de esta interpretación depende de la autoridad del intérprete; c) Jurisprudencial, la de los tribunales que, por aplicar repetidamente la ley a casos semejantes, tienen ocasión de declarar su alcance en todos los aspectos. La interpretación con autoridad o auténtica corresponde al legislador. Las leyes que explican o interpretan el significado o alcance de otra, no tienen por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sola con estas últimas. No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa, sino la ley interpretada, tal como ella lo ha sido legislativamente. La consecuencia es que la ley interpretativa se aplica a los hechos que le son anteriores, con tal que los mismos sean posteriores a la ley interpretada. Nuestra Constitución prescribe la aplicación de la ley antigua, aquella bajo cuyo imperio se ha concluído el negocio o consumado la transgresión, negando, por tanto, a la nueva ley fuerza retroactiva. Pero esta regla no se refiere a los casos de una interpretación auténtica de la ley antigua, es decir, a una determinación legislativa acerca de lo que haya de tenerse por ley, determinación o alcance de la ley que es de aplicación inmediata, aun para los casos ya realizados en el momento de entrar en vigencia. En cuanto a casos ya sentenciados, el principio de la autoridad de la cosa juzgada exige que las resoluciones ya dictadas, amparadas por el sello de la ejecutoria, queden firmes. De esta clase de interpretaciones hablan los artículos 25 y 26 del C. C. y 58 del Código Político y Municipal.

2. Conforme a la ley 69 de 1946 no se puede considerar ya, como en múltiples fallos lo entendió la Corte, que por haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal y, por tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la antigua 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 imperio simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina, con facultades suficientes para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero. (Artículo 25, C. C.)

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Por medio de apoderado, la señora Evelina Sánchez de Grimaldos presentó demanda contra el

municipio de Belén, ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara, en síntesis, que la sociedad conyugal formada por la demandante con el señor Rafael Grimaldos es dueña de una casa de dos pisos, con sus patios y solar adyacentes, ubicada en el área urbana del municipio de Belén, alinderada como se expresa en el libelo, y que el Municipio demandado, actual poseedor material e inscrito de aquel inmueble, debe restituírlo a la sociedad conyugal mencionada, junto con los frutos naturales y civiles liquidados desde el 4 de agosto de 1934, hasta el día en que se haga la entrega.

La actora se fundó en los siguientes hechos: que el 22 de enero de 1920 contrajo matrimonio con el señor Rafael Grimaldos; que tal matrimonio no se ha disuelto; que Grimaldos compró, para la sociedad conyugal, por escrituras públicas de 1921 y 1922, dos lotes contiguos que vinieron a formar uno solo, limítrofe con la plaza pública de la población de Belén; que la sociedad conyugal levantó en ese lote una casa de dos pisos, con dinero suministrado por ambos esposos; que por medio de escritura pública número 129 de 4 de junio de 1934, Rafael Grimaldos, sin consentimiento de su esposa, vendió al Municipio de Belén el lote y la casa en él edificada, con sus dependencias, afirmando equivócadamente ser de su propiedad tal inmueble; que cuando Grimaldos vendió la finca al Municipio, ya estaba en vigencia la ley 28 de 1932; y que, tratándose de una enajenación de bienes en tales condiciones, la venta realizada debe reputarse como de cosa ajena, susceptible, por lo tanto, de ser reivindicada por la sociedad conyugal.

Surtido el traslado de la demanda, el Personero del Municipio lo evacuó rectificando o negando la mayor parte de los hechos y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Propuso como excepciones, la de falta de personería sustantiva, carencia de acción, dolo y las demás que se establecieran en el curso del juicio.

Sentencia de primera instancia

Por sentencia de fecha 25 de abril de 1945, el Juzgado de Santa Rosa de Viterbo negó las declaraciones pedidas en la demanda, fundándose en que no se había identificado la cosa demandada.

La sentencia recurrida

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la anterior providencia, el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Al decidir la segunda instancia del proceso, mediante fallo de fecha 6 de junio de 1946, la citada corporación declaró que la sociedad conyugal es dueña del inmueble descrito en la demanda y que el Municipio está obligado a restituírselo, dentro del término de seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia, junto con los frutos naturales y civiles que de tal bien provengan, liquidados desde el 4 de agosto de 1934, hasta el día en que se verifique la entrega.

El Tribunal basó su decisión en las siguientes consideraciones: "En la segunda instancia y durante el término probatorio respectivo, en diligencia que practicara la ponencia, fue identificada la casa y accesorios materia de la venta a que alude el presente negocio civil. El bien inmueble vendido por Grimaldos pertenecía a la sociedad conyugal, pues, según el numeral 5º del artículo 1781 del C. C., el haber de la sociedad conyugal se compone, entre otras cosas, de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso. Los lotes y casa en referencia fueron adquiridos durante el matrimonio Grimaldos-Sánchez, y vendidos cuando ya estaba en vigencia la ley 28 de 1932, que quitó al marido las facultades administrativas y dispositivas respecto de bienes en los que la cónyuge tuviera alguna participación. Y como esta venta se hizo sin la intervención de la esposa, en guarda de claros preceptos legales, y con fundamento en las consideraciones que acaban de hacerse a través de este estudio, el bien a que aquella venta ilegal se refiere debe ser reintegrado a la sociedad conyugal Grimaldos-Sánchez, junto con los frutos naturales y civiles liquidados desde el 4 de agosto de 1934, hasta el día en que se consume la entrega. Es claro que quedan a salvo todas las acciones que bien puede entablar el Municipio defraudado, a efecto de conseguir la efectividad de los derechos que le asisten".

El recurso de casación

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación la parte demandada. El negocio sufrió en esta Corte el trámite de rigor y pasa, en consecuencia, a ser decidido.

El Municipio recurrente, asistido ante la Corte por el señor Procurador Delegado en lo Civil, presentó en su demanda cuatro cargos, de los cuales la Sala, obedeciendo a lo ordenado por el artículo 538 del C. J., escoge el que considera procedente y prescinde del estudio de los demás.

Dice el Procurador que el Tribunal consideró que respecto de los bienes adquiridos por la sociedad conyugal con anterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, el régimen patrimonial aplicable era el de la citada ley, y no el régimen civil anterior a ella. Afirma que tal interpretación es errada, especialmente en lo que hace referencia a los artículos 1º y 5º, ya que el legislador, que es el legítimo e indiscutible intérprete de las leyes, ha dicho que tales disposiciones deben entenderse de manera diferente a como lo hizo el Tribunal.

En efecto —dice— el artículo 1º de la ley 68 de 1946, "aclaratoria de la ley 28 de 1932", entendió que ésta "no disolvió las sociedades conyugales preexistentes, y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley." El artículo 2º, establece que la ley regirá desde su sanción.

El recurrente destaca el hecho de que la citada ley no es reformatoria de la 28 de 1932, sino aclaratoria de ella y cita el artículo 25 del C. C., referente a que "la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador." Considera que la consecuencia establecida en el texto que acaba de transcribirse es definitiva en lo que al pleito en estudio se refiere, ya que el Tribunal aplicó, respecto de un bien comprado antes del 1º de enero de 1933, y vendido con posterioridad a esa fecha, el régimen patrimonial de la ley 28 de 1932, en tanto que el legislador establece que, respecto de un bien en tales circunstancias, deben aplicarse las normas del régimen civil anterior.

De acuerdo con tales preceptos, el marido, como jefe de la sociedad conyugal, podía vender, sin el consentimiento de la esposa, cualquier bien perteneciente a dicha sociedad (artículos 1805 y 1806 del C. C.). Por lo tanto, fue legítima la venta hecha por Grimaldos al Municipio de Belén, y al no reconocerlo así el Tribunal, violó por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 1805 y 1806 del C. C. y 1º y 5º de la ley 28 de 1932.

Se considera:

Interpretar la ley es fijar su sentido y alcance. La necesidad de interpretar las leyes no depende sólo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aun suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas, porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran: sólo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de éstas, para resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica.

Con referencia a las fuentes de donde dimana la interpretación, ésta es: a) Auténtica y obligatoria para todos, la del legislador, que se vale de una ley especial, o mejor dicho, de una ley nueva, para declarar el significado de otra precedente; b) Doctrinal, la de los jurisconsultos, que explican la ley por su propia autoridad. El valor de esta interpretación depende de la autoridad del intérprete; c) Jurisprudencial, la de los Tribunales, que, por aplicar repetidamente la ley a casos semejantes, tienen ocasión de declarar su alcance en todos los aspectos.

La interpretación con autoridad o auténtica corresponde al legislador. Las leyes que explican o interpretan el significado o alcance de otra, no tienen por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda, el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sola con éstas últimas. No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa, sino la ley interpretada, tal como ella lo ha sido legislativamente. La consecuencia, es que la ley interpretativa se aplica a los hechos que le son anteriores, con tal que los mismos sean posteriores a la ley interpretada.

Nuestra Constitución prescribe la aplicación de la ley antigua, aquélla bajo cuyo imperio se ha concluído el negocio o consumado la transgresión, negando, por tanto, a la nueva ley fuerza retroactiva. Pero esta regla no se refiere a los casos de una interpretación auténtica de la ley antigua, es decir, a una determinación legislativa acerca de lo que haya de tenerse por ley, determinación o alcance de la ley que es de aplicación inmediata, aun para los casos ya realizados en el momento de entrar en vigencia. En cuanto a casos ya sentenciados, el principio de la autoridad de

la cosa juzgada, exige que las resoluciones ya dictadas, amparadas por el sello de la ejecutoria, queden firmes. De esta clase de interpretaciones hablan los artículos 25 y 26 del C. C. y 58 del Código Político y Municipal.

En el caso en estudio, por medio de repetidos fallos de la Corte que interpretaron la ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, esta corporación había sentado la siguiente doctrina:

"La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que entró a regir, 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 ilíquidas en 1º de enero de 1933, distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges y del social en el antiguo sentido del C. C., 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 ilíquida, 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".

Pero contra esta manera de entender el referido estatuto legal reaccionó el legislador del año 1946, declarando por vía de interpretación de la mencionada ley 28 que las sociedades en cuestión que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a la ley del año 32, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior, o sea bajo el régimen del Código Civil, respecto de los bienes adquiridos por tales sociedades antes del 1º de enero de 1933.

Es decir, no se puede considerar, como en múltiples fallos lo entendió la Corte, que por haber perdido el marido, desde el 1º de enero de 1933, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la antigua 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. En esa forma se intentó impedir la supervivencia de textos abolidos, que conducía a la yuxtaposición de sistemas antagónicos, con fundamentos en los principios jurídicos consignados en los artículos 19, 20 y 23 de la ley 153 de 1887, que imponen la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, concluyendo que las disposiciones de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que la inspiraron, favorecía no solamente a las mujeres casadas con posterioridad al día inicial de su imperio, sino también a las que casaron antes.

Ahora bien, los preceptos de la ley 69 de 1946, son disposiciones interpretativas de las normas consignadas en la ley 28 de 1932, a las cuales le dio la Corte determinado entendimiento, en cuanto se refiere a las sociedades conyugales que la ley en referencia encontró constituídas al entrar en vigencia. El legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina, con facultades suficientes para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero. (Art. 25 del C. C.).

Como la providencia que se revisa resolvió el problema de acuerdo con la interpretación rechazada por el legislador, la sentencia recurrida debe casarse.

Como fundamento del fallo que ha de reemplazar al del Tribunal, además de las consideraciones hechas, se agrega que siendo el marido al tenor del artículo 1806 del C. C. y a virtud de la ley 69 comentada, dueño ante terceros de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, en lo que respecta a las sociedades conyugales vigentes para el 1º de enero de 1933, bien pudo el señor Rafael Grimaldos enajenar la finca de cuya reivindicación se trata, ya que la venta se hizo con facultades suficientes (artículos 1805 y 1806 del C. C., 1º y 5º de la ley 28 de 1932 y 1º de la ley 69 de 1946).

Al revocar la providencia de segunda instancia se habrá de confirmar la del juez a quo, aun cuando por razones distintas a las que se tuvieron en cuenta en dicha oportunidad.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa, con fecha 6 de julio de 1946 y en su lugar confirma la proferida por el Juzgado de Santa Rosa de Viterbo el día 25 de abril de 1945.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

José Antonio Montalvo—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Ofl. Mayor en ppdad.

MANDATO

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato.

El artículo 2123 del Código Civil de Chile, de donde se tomó el 2149 del nuestro, añade: "pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico." El Código Francés, que en su artículo 1985 consagra en el fondo la doctrina del colombiano, advierte también expresamente que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones convencionales. El principio de la ley chilena según el cual la forma del mandato es generalmente libre, pero su prueba, en cambio, no puede admitirse sino en conformidad con las reglas del derecho común, una de las cuales es la restrictiva del uso de la prueba testimonial por razón de cuantía, fue modificada al pasar a nuestro código civil por virtud de la supresión ya vista, reveladora, a no dudarlo, de la inequívoca intención del legislador de autorizar para el mandato el régimen de excepcional libertad probatoria que lógicamente corresponde a los términos del citado artículo 2149 que le dan a este contrato la calidad de eminentemente consensual. El mandato puede ser un contrato de consentimiento tácito en que una persona confía o encarga por su aquiescencia tácita la gestión de un negocio a otra que acepta también tácitamente ejecutar el encargo, de modo que si la ley expresamente autoriza la perfección de este contrato tácitamente celebrado, se explica y justifica la excepcional libertad probatoria de que quiso rodearlo, sustrayéndolo expresamente del régimen restrictivo de la prueba testimonial referente a obligaciones que deben consignarse por escrito, según el artículo 1767 del C. C., del cual son apenas desarrollo y complemento los artículos 91 a 94 de la ley 153 de 1887 que determinaron los actos y contratos que debían constar por escrito para el efecto de restringir respecto de ellos el uso de la prueba testimonial. Esto por lo que hace al aspecto puramente probatorio del mandato cuando es consensual, como generalmente ocurre, porque los artículos de la ley 153 citados no enfocan cuestiones AD VALIDITATEM ni AD SUSTANTIAM ACTUS, sino AD PROBATIONEM. La restricción de la prueba de testigos por razón de cuantía difiere esencialmente de esa restricción cuando opera por virtud de la calidad de solemne que comporta el acto jurídico que quiere probarse. La supresión del aludido texto chileno, en lo que respecta a la inadmisibilidad de la escritura privada cuando las leyes requieren instrumento auténtico, se refiere a la forma del contrato; y en esta materia ninguna novedad ni modificación introdujo tal supresión a nuestro sistema general, porque es evidente que en los casos en que el contrato de mandato es solemne, como acontece con todos los de esta especie, no puede probarse con testigos. Tratándose de solemnidad, la cuestión ya no es simplemente probatoria sino de existencia jurídica del acto. Ya la Sala había sostenido reiteradamente que cuando el acto que constituye el encargo no implica un mandato solemne, la prueba del mandato no está sometida a las restricciones ni limitaciones consagradas en la ley 153 de 1887.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Se inició este juicio ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá el 27 de junio de 1944 con demanda de Jorge Enrique Viveros Cano contra la sucesión de Alejandro Viveros Cano, representada por sus herederos Carlos Augusto, Esnerley y Gloria Viveros Cataño, como hijos legítimos representados por su madre Carmen Lía Cataño de Viveros. De las peticiones principales y subsidiarias que contiene la demanda solamente se hace referencia a las que forman el primer pedimento subsidiario, porque habiendo acogido éste exclusivamente las sentencias de instancia y habiéndose conformado con esta decisión el actor, el recurso ha quedado reducido a sus cuestiones y límites. Allí se pidió que se declarara:

"a) Que existió un contrato de mandato verbal entre mi persona, como mandante, y Alejandro Viveros Cano, como mandatario, relativo a la adquisición de la casa y terreno determinado y alinderado en el hecho 6º de esta demanda; b) Que, en consecuencia, en el contrato de compraventa celebrado por escritura pública número 1006, de 31 de diciembre de 1942, otorgada en la Notaría de esta ciudad, Alejandro Viveros Cano, no adquirió el inmueble allí determinado y alinderado, para sí, sino que obró como mandatario mío, expresamente facultado para efectuar esa adquisición; c) Que en tal virtud, yo fui el que realmente adquirí la casa y terreno determinados y alinderados en el hecho 6º de esta demanda, y, por lo mismo, ese inmueble es de mi exclusiva pertenencia o propiedad, debiéndose cancelar el registro de la escritura 1006 de 31 de diciembre de 1942, hecho a favor de Alejandro Viveros Cano; d) Que la señora Carmen Lía Cataño, como representante de sus menores hijos Carlos Augusto, Esnerley y Gloria Viveros Cataño, debe otorgarme escritura a mi favor de la casa y solar determinados en el hecho 6º de esta demanda y entregarme ese inmueble materialmente, en la misma fecha en que se me otorgue la escritura de enajenación a mi favor; e) Que la parte demandada debe pagarme los frutos naturales y civiles del inmueble que se ordena restituír, no solamente los percibidos sino los que yo hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo ese inmueble en mi poder; y f) Que se condene en costas a la parte demandada, si temerariamente afronta el juicio y se opone a esta demanda".

Los hechos fundamentales de la acción, resumidos, se hacen consistir en que a comienzos de diciembre de 1942 el demandante encargó verbalmente a su hermano Alejandro que le buscara y comprara una casa en Tuluá hasta por un precio de $ 1.500, suma ésta en dinero que Jorge Enrique Viveros entregó a su padre Abraham Viveros para que la guardara, y a quien también rogó que por su parte hiciera gestiones para conseguirle la casa que deseaba adquirir. Abraham, a su turno, depositó el dinero en manos de Rómulo Ortiz, quien lo entregó en cheque contra el Banco de Colombia a favor de Alejandro Viveros, por exigencia del padre, para pagar el precio de la casa que aquél había comprado para su hermano Jorge Enrique a Concepción Valderruten v. de Zúñiga, María Zúñiga de Galvis y Emelia Zúñiga de Varela por la suma de $ 1.200, contrato que se hizo constar en la escritura número 1006 de la Notaría de Tuluá fechada el último día del año de 1942. Aunque el comprador —dice el demandante— olvidó advertir en este instrumento que compraba para su hermano, nunca dejó de reconocer que la compra había sido hecha para él y con dinero de su propiedad, como siempre lo manifestó y como lo dijo públicamente en el recinto mismo de la Notaría al otorgarse la escritura citada, y, hasta en momentos antes de su muerte recomendó a su esposa, en presencia de varias personas, que le hiciera la escritura de la casa a su hermano Jorge Enrique.

La demandada Cataño de Viveros negó los hechos fundamentales de la acción y se opuso a las pretensiones del actor, afirmando que la casa de que se trata fue adquirida por su difunto cónyuge para él y pagada con dineros propios, tal como lo reza el instrumento.

Trabada así la litis, el Juzgado del Circuito de Tuluá, previa la tramitación correspondiente y en sentencia del 11 de diciembre de 1944, resolvió, en resumen, acogiendo la primera petición subsidiaria, que entre el demandante y Alejandro Viveros Cano existió un mandato verbal, consistente en el encargo que el primero confió al segundo para la adquisición del inmueble descrito en la demanda; que, en consecuencia, en el contrato de venta que recoge la escritura número 1006 del 31 de diciembre de 1942, de la Notaría de Tuluá, Alejandro Viveros no adquirió para sí

sino para Jorge Enrique Viveros, de quien era mandatario y quien por tanto es el dueño del inmueble allí determinado. Se ordena, por consiguiente, cancelar el registro de la precitada escritura. La demandada, como representante legal de los herederos de Alejandro Viveros Cano debe entregar al actor, una vez ejecutoriada la sentencia, la casa y solar referidos, con sus frutos a partir de la fecha de la contestación de la demanda. Se declaran no probadas las excepciones propuestas y se ordena el registro de la sentencia.

Sentencia acusada

La apelación de la parte demandada dio lugar a la segunda instancia del juicio, surtida en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y decidida en sentencia definitiva de 29 de noviembre de 1945, en la cual se confirmó la recurrida con la única reforma consistente en suprimir la orden de cancelación del registro de la escritura 1006, contentiva del contrato de venta.

Para la motivación de esta sentencia confirmatoria, en lo que tiene relación con los temas del recurso, considera el Tribunal que el precepto del artículo 2149 del C. C. que establece que el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escrito, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aun por la tácita aquiescencia de una persona a la gestión de sus negocios por otra, como especial que es debe aplicarse rigurosamente, y por tanto acepta que cualquier medio probatorio es legalmente adecuado para demostrar la existencia de este contrato, sin consideración a su cuantía, pues lo que importa esencialmente probar en estos casos es que una persona obró en desempeño o ejercicio de un mandato. A la luz de los principios consignados en el citado artículo que consagra la libertad probatoria y del 2150 que reputa perfecto el contrato por la sola aceptación del mandatario, concluye el Tribunal que "en el caso de estudio existe una abundante prueba testimonial que demuestra sin lugar a duda que Jorge Enrique Viveros Cano encargó a su hermano Alejandro del mismo apellido la compra de una casa y que el comisionado la adquirió efectivamente por medio de la escritura número 1006 de 31 de diciembre de 1942, de la Notaría de Tuluá, mas de tal instrumento resulta que el comprador adquirió para sí y no para el mandante. Tal conclusión se saca del estudio de los testimonios de Luis Carlos Lerma, Ricardo María Lozano, Carlos Blandón, Rómulo Ortiz, Cristobalina Carvajal, Tulio Méndez, Delfín Castaño, Marcos Sáenz, Pedro Rodríguez, Ramón Arteaga, Concepción Valderruten v. de Zúñiga, Juan Francisco Vinasco y Carlos Materón S.".

Hace el sentenciador una minuciosa discriminación de estos testimonios, que transcribe largamente, como prueba legal y plena del contrato, y después de hacer su distinción entre éste y las prestaciones que origina, analiza las declaraciones de los testigos ante quienes Alejandro Viveros manifestó la víspera de su muerte que la casa en referencia no era suya sino de su hermano Jorge Enrique, recomendando al propio tiempo a su esposa que le hiciera la escritura del inmueble a su dueño, y las de los testigos a quienes manifestó la viuda de Viveros que ella quería devolverle la casa a Jorge Enrique pero que su padre Alfonso Cataño se oponía. De estas confesiones extrajudiciales, reforzadas por los abundantes testimonios del proceso, deduce el Tribunal que el mandante en este caso cumplió su obligación de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato, dándole el dinero para la compra de la casa.

El recurso

Debidamente admitido y oportunamente fundado, se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J.

Causal primera.—Por violación de ley sustantiva formula el recurrente los siguientes cargos:

a) Incurrió en error de derecho el Tribunal al admitir simples declaraciones testimoniales como prueba legal de un mandato para gestiones mayores de quinientos pesos, sin existir un principio de prueba por escrito que las hiciera aceptables, y "a consecuencia de este error de derecho.... violó los artículos 2149 del C. C. que interpretó erróneamente, aplicándolo también de modo indebido, toda vez que admitió una prueba del mandato que no es permitida por la ley; los artículos 91, 92, 93 de la ley 153 de 1887, los cuales no tuvo en cuenta y no aplicó siendo el caso de hacerlo, lo mismo que el artículo 1767 del C. C. Además aplicó indebidamente el 608 del Código Judicial en cuanto admitió como prueba para obligaciones mayores de quinientos pesos, la confesión extrajudicial".

b) Cometió error de hecho el Tribunal al ver en las declaraciones de Carlos Blandón, Tulio Méndez, Hernando Borja, Marcos Sáenz y Concepción Valderruten la confesión extrajudicial de Alejandro Viveros de haber sido mandatario del demandante en el negocio referido, porque tales declaraciones referentes a meras palabras y no a hechos no forman plena prueba de la confesión extrajudicial... Cometió también error de hecho evidente al deducir del testimonio de Blandón, Ortiz, Carvajal, López, Méndez, Materón, Lozano, Valderruten y Sáenz la confesión extrajudicial que Carmen Lía v. de Viveros hiciera sobre el hecho de que su marido había sido mandatario de Jorge Enrique en la compra de la casa, porque no estando demostrada la minoridad de los demandados tampoco lo está la representación legal de la madre para que su confesión valiera como tal. Al aceptar estas declaraciones como confesión extrajudicial del mandato violó el Tribunal los artículos 608 y 699 del C. J. y 2149, 2177 y 2150 del C. C.

c) El Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de los autos de 17 de agosto y 22 de noviembre de 1943, dictados en el juicio mortuorio de Alejandro Viveros Cano, en el cual se reconoció como sus herederos "a los menores Carlos Augusto, Esherely y Gloria Viveros Cataño" al aceptar sobre el mérito de esa providencia que éstos bien estaban representados en el juicio por su madre.

"No hay en el expediente prueba alguna legal que defina si en realidad los demandados son o no menores, y al haber dado como demostrada esa circunstancia de la minoridad, sin la existencia de elementos que la prueban, ateniéndose sólo el juzgador a la afirmación que hace el Juez en los autos citados, cometió un evidente error de hecho a consecuencia del cual violó los artículos 400, 2149 y 2177 del C. C., 240 y 244 del C. J., 53 de la ley 153 de 1887, 22 de la ley 57 de 1887 y 18 y 19 de la ley 92 de 1938.

"El error de derecho que hace consistir en que providencias en que incidentalmente un Juez afirma que una persona es mayor de edad, no es el medio establecido por la ley para fijar la edad".

d) El Tribunal, al fallar en la forma conocida, está declarando que la casa, que es de la sociedad conyugal Viveros-Cataño, pertenece exclusivamente a Alejandro Viveros, en un juicio en que no ha sido demandada la sociedad propietaria. Si el sentenciador hubiera visto que en autos está demostrado que el inmueble cuestionado fue adquirido a título oneroso durante el matrimonio habría reconocido la existencia de los hechos constitutivos de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada o de petición de un modo indebido, y no habría violado los artículos 343 del C. J., 2149 del C. C. y 91 a 94 de la ley 153 de 1887.

Se consideran los cargos.

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, como acontece en este caso, la concede el artículo 2177 del C. C. al autorizar el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. Contra ninguno de estos principios fundamentales del mandato sin representación que autoriza nuestra ley civil se dirigen las acusaciones del recurso, que enfocan exclusivamente el aspecto puramente probatorio del mandato o encargo que el demandante afirma haber conferido a su hermano Alejandro para que le comprara una casa en el municipio de Tuluá con dineros de que al efecto la proveyó, por estimar el recurrente que el Tribunal lo dio por demostrado con base en las pruebas legalmente inaceptables. Los dos primeros cargos se refieren a la forma y prueba del contrato.

De acuerdo con el artículo 2149 del C. C., "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

El artículo 2123 del Código Civil Chileno, de donde se tomó el precitado nuéstro, añade al texto transcrito: "pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". El código francés, que en su artículo 1985 consagra en el fondo la doctrina del 2149 del colombiano, advierte también expresamente que la prueba de

testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones convencionales.

El principio de la ley chilena según el cual la forma del mandato es generalmente libre, pero su prueba, en cambio, no puede admitirse sino en conformidad con las reglas del derecho común, una de las cuales es la restrictiva del uso de la prueba testimonial por razón de cuantía, fue modificada al pasar a nuestro código civil por virtud de la supresión ya vista, reveladora, a no dudarlo, de la inequívoca intención del legislador de autorizar para el mandato el régimen de excepcional libertad probatoria que lógicamente corresponde a los términos del citado artículo 2149 que le dan a este contrato la calidad de eminentemente consensual. El mandato puede ser un contrato de consentimiento tácito en que una persona confía o encarga por su aquiescencia tácita la gestión de un negocio a otra que acepta también tácitamente ejecutando el encargo, de modo que si la ley expresamente autoriza la perfección de este contrato tácitamente celebrado se explica y justifica la excepcional libertad probatoria de que quiso rodearlo, sustrayéndolo expresamente del régimen restrictivo de la prueba testimonial referente a obligaciones que deben consignarse por escrito, según el artículo 1767 del C. C., del cual son apenas desarrollo y complemento los artículos 91 a 94 de la ley 153 de 1887 que determinaron los actos y contratos que debían constar por escrito para el efecto de restringir respecto de ellos el uso de la prueba testimonial. Dice el recurrente que esta ley, como posterior que es, debe interpretarse como modificativa del código civil; pero como se acaba de ver, este estatuto, en la parte que se considera, se limitó a definir y señalar los actos que deben consignarse por escrito con el objeto de determinar la órbita prohibitiva del artículo 1767 del C. C., coetáneo del 2149, que al suprimir expresamente del texto chileno original la restricción de la prueba testimonial, exceptuó el mandato de este régimen probatorio general.

Esto por lo que hace al aspecto puramente probatorio del mandato cuando es consensual, como generalmente ocurre, porque los artículos de la ley 153 a que se ha venido haciendo referencia no enfocan cuestiones **ad validitatem** ni **ad sustantiam actus**, sino meramente **ad probationem**. La restricción de la prueba de testigos por razón de cuantía, difiere esencialmente de esa restricción cuando opera por virtud de la calidad de solemne que comporta el acto jurídico que quiere probarse. La supresión del aludido texto chileno, en lo que respecta a la inadmisibilidad de la escritura privada cuando las leyes requieren instrumento auténtico, se refiere a la forma del contrato, y en esta materia ninguna novedad ni modificación introdujo tal supresión a nuestro sistema general, porque es evidente que en los casos en que el contrato de mandato es solemne, como acontece con todos los de esta especie, no puede probarse con testigos. Tratándose de solemnidad, la cuestión ya no es simplemente probatoria sino de existencia jurídica del acto.

Las consideraciones que se han expuesto respaldan y explican la doctrina que esta Sala de Casación Civil ha sostenido reiteradamente de que cuando el acto que constituye el encargo no implica un mandato solemne, como en este caso que fue encargo de comprar, la prueba del mandato no está sometida a las restricciones ni limitaciones consagradas en la ley 153 de 1887.

"Se objeta que el mandato referido se acredita tan sólo con pruebas testimoniales, pruebas que según los artículos 91 y 92 de la 153 de 1887 no son admisibles, pues allí se previene que deben constar por escrito los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de $ 500. Este argumento, a juicio de la Sala, carece de fuerza en el presente caso, porque el artículo 93 de la misma ley 153 declara que los anteriores no son aplicables a los casos expresamente exceptuados por la ley, en los cuales debe entenderse comprendido el caso del mandato, desde luego que, según el artículo 2149 del C. C., el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente, o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. Es ésta, como se ve, una disposición especial de la ley en materia de mandato, que prevalece sobre la regla general contenida en los artículos 91 y 92 de la ley 153 de 1887, según ha decidido ya la Corte." (G. J. Tomo XXIII, pág. 119).

Las diferencias textuales de nuestra ley con la francesa en punto a régimen probatorio del mandato, a que se hizo referencia, restan fuerza e importancia a las transcripciones de los comentadores en torno de esta cuestión, que como argumento de autoridad trae la demanda de casación.

Concretando la consideración al cargo compendiado bajo la letra b) se advierte, en primer término, que la naturaleza de los reparos que en él se formulan a la apreciación probatoria del Tribunal parecen más bien conducentes a la imputación de un error de derecho y no de hecho, como lo hace el recurrente, porque se refieren al justiprecio equivocado del mérito demostrativo de la prueba. No existe error de hecho en la estimación de los testimonios que allí cita el recurrente, porque bien lejos de poder hallarse en tales declaraciones la contraevidencia del hecho que el Tribunal dio por probado con ellas, resulta que las aseveraciones de esos testigos coinciden con la certidumbre que refleja la sentencia y que se funda, no solamente en esos testimonios, sino en el conjunto de pruebas producidas en el juicio, excepcionalmente numerosas y de vigoroso poder de convicción. La confesión extrajudicial de Alejandro Viveros, que ataca el recurrente, la deduce el Tribunal de los testimonios de Méndez y Borja. El dicho de Sáenz y Concepción Valderruten, muy significativos por cierto, hacen referencia, no a palabras del demandado, sino al hecho de que el demandante autorizó a la Valderruten, que fue la vendedora de la casa, para que se entendiera con su hermano Alejandro en ese negocio. Por lo demás, como se dijo al sintetizar los fundamentos de la sentencia acusada, la confesión extrajudicial a que alude el recurrente, no se tuvo como prueba del mandato mismo, establecido con numerosos testigos, sino como demostración de que el mandante cumplió su obligación de proveer al mandatario de lo necesario para el desempeño del mandato, y sobre este particular no se ha debatido judicialmente. Podría añadirse como final de estas consideraciones destinadas a rechazar los dos primeros cargos que habiéndose concluído con la tesis de la libertad probatoria para acreditar en este caso la existencia del encargo que fue objeto del mandato cuestionado, los reparos de carácter probatorio a que se está aludiendo carecen de importancia.

En el cargo c), relacionado con la representación de los menores hijos de Alejandro Viveros por su madre Lía Cataño de Viveros, se imputa al Tribunal la comisión de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los autos en que se declararon herederos en la causa mortuoria por no aparecer la prueba de su edad. Se plantea de esta suerte una cuestión de personería adjetiva, vinculada a la representación en juicio, improcedente dentro del marco de la causal primera que se examina. Lo necesario, desde el punto de vista sustantivo del litigio, es la calidad de herederos de los demandados, para debatir con su audiencia obligaciones de su causante, y esta calidad está expresamente aceptada por el recurrente cuando dice: "No voy a negar que la existencia de esos autos demuestre la calidad de herederos de Alejandro Viveros Cano, pero ellos no demuestran la capacidad representativa que tenga Carmen Lía Cataño para obrar y aparecer demandada en nombre de Carlos Augusto, Esnerely y Gloria Viveros, en este juicio".

Respecto del cargo último por la causal primera, distinguido con la letra d) y consistente en que el Tribunal omitió ilegalmente declarar probada la excepción perentoria de petición de modo indebido puesto que se hace una declaración de dominio de la casa perteneciente a la sociedad conyugal Viveros Cataño sin audiencia de esta sociedad ilíquida, no resulta menos infundado que los anteriores.

Desde luego el sentido y fundamentación que se quiere dar a este cargo lo muestran completamente desconectado y sin incidencia sobre las disposiciones de los artículos 2149 del C. C. y 91 a 94 de la ley 153 de 1887, que el recurrente cita como infringidos, estudiados ya con ocasión del aspecto probatorio de este pleito.

No se trata aquí del ejercicio de una acción real reivindicatoria de la casa de Tuluá, ni la propiedad de este inmueble ha sido el objeto directo de esta controversia judicial. Se ha incoado en este juicio una acción de estricto carácter personal, generada en un contrato de mandato, por medio de la cual busca el mandante, contra el mandatario que ha obrado en nombre propio por virtud de un mandato oculto, que se declare que los efectos de un determinado contrato le corresponden a él y a él lo benefician, para lo cual ha emplazado en el debate judicial a su mandatario, representado en sus herederos como continuadores de su persona jurídica. El efecto o consecuencia jurídica del juicio es precisamente la de que la casa no ingresó al patrimonio del demandado Alejandro Viveros Cano, por haberla adquirido en desempeño del cargo que le confirió el demandante Jorge Enrique Viveros para éste, con dineros de que oportunamente lo proveyó.

En estas condiciones, no puede haber quebranto del artículo 343 del C. J., cuya violación, por

otra parte, no puede alegarse teóricamente, porque lo que tal precepto establece es que aunque una excepción perentoria no se haya propuesto ni alegado (salvo la prescripción), debe reconocerla el Juez y fallar en consonancia con ella, pero siempre que halle **justificados los hechos** en que la excepción se funde. Y ya se vio que en este caso no puede hallarse la justificación de hechos que induzcan una tara en la personería sustantiva de la parte demandada por no haberse enderezado la demanda contra la sociedad conyugal ilíquida Viveros-Cataño.

Causal segunda. — La última página de la demanda de casación se destina a fundar la acusación por la causal segunda tratando de configurar, a través de razonamientos sutiles y confusos, incongruencias entre lo decidido y las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante.

Hace notar el recurrente que en la petición principal de la demanda, que no fue la acogida por el Tribunal, es donde el actor pide que como consecuencia de la declaración de que Alejandro Viveros obró como mandatario del demandante en el contrato de venta recogido en la escritura número 1006, se condene al demandado a restituír la casa después de ejecutoriada la sentencia, y que en las primeras peticiones subsidiarias, que fueron las acogidas en la sentencia, lo que se pidió fue que la demandada otorgara escritura de traspaso de la casa al actor y que se le entregara materialmente en la misma fecha de esa escritura, y concluye que "son cosas muy distintas pedir que se ordene una entrega después de que se otorgue una escritura y disponer que se entregue la cosa sin que medie esa escritura".

No es posible hallar en esto inconsonancia ninguna. El pedimento principal de la demanda y el primer subsidiario coinciden en que se declaren los efectos del mandato oculto entre el demandante y su hermano Alejandro y que consecuencialmente se ordene entregar la casa a su dueño. Declarado por el Tribunal, por hallarlo plenamente probado, que Alejandro Viveros Cano obró como mandatario de su hermano Jorge Enrique en la compra de la casa en Tuluá, y que el dominio de este inmueble pertenece, en consecuencia, al mandante demandante, la circunstancia de que la orden de entrega correspondiente sea previa al otorgamiento de la escritura de traspaso o como consecuencia directa e inmediata de la declaración principal, es cosa secundaria que mira a la manera de hacer efectivo el derecho reconocido en favor del mandante. Esto es una cuestión de carácter jurídico y materia de decisión judicial. A este respecto no huelga advertir que la solución que trae la sentencia conforme a la cual no es necesario que el demandado otorgue escritura de traspaso al mandante para hacer eficaz el derecho de éste, judicialmente declarado, aunque en este caso se apoya en razones inaceptables, es la legal y acogida por esta Sala de la Corte como puede verse en sentencia de 23 de septiembre de 1942 (G. J., tomo LIV bis, página 105).

La causal por incongruencia no consiste en que no se falle en exacta coincidencia con todos los pedimentos de la demanda, cuando la diferencia entre lo pedido y lo fallado obedezca a consideraciones de carácter jurídico y de ajuste a la ley. La inconsonancia por defecto no se configura sino cuando se ha dejado de estatuír legalmente sobre alguno de los extremos del litigio.

No se ve, por lo demás, el legítimo interés con que el demandado formula este reparo en casación.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 29 de noviembre de 1945, 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.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

ACCION PETITORIA DE ILEGITIMIDAD DE HIJOS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO

En el caso del proceso la admisión de la coadyuvante no puede tener la eficacia de conferirle un derecho que la ley sólo asigna a las partes. Si cuando efectivamente es el caso legal de admitir una coadyuvancia, se discute sobre si el coadyuvante puede o no oponer recursos que el coadyuvado no ha opuesto o insistir en los que éste opuso pero de los cuales ha desistido, y si en tales casos sólo cuando la coadyuvancia es litisconsorcial cabe sustanciar el recurso que sólo el coadyuvante interpuso o sostiene, sin lugar a discusión es de reconocerse que no se trata de este evento excepcional cuando el llamado coadyuvante no puede en realidad serlo por la decisiva razón de no compartir ni defender las pretensiones de ninguna de las dos partes contendoras,

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá cursó en primera instancia el presente juicio ordinario incoado por Raimundo Ruiz contra Onofre, Luis José, Leonor, María Matea y Berta Isabel Virguez o Salazar o Ruiz para que se declare que no tienen la calidad de hijos legítimos suyos, por no ser hijos de él, no obstante que lo sean de Celia Virguez y que nacieron dentro de la existencia del matrimonio que con ésta contrajo el actor, y que, en consecuencia, no tienen vínculo de parentesco con él ni derecho a llevar su apellido. Posteriormente extendió la demanda a la Virguez.

Se funda en que contrajo matrimonio con ella en 1910, en que por serias diferencias entre los dos en 1918 él abandonó el Departamento de Boyacá y se estableció en Manizales y ella se fue a vivir con otro, y en que cuando él regresó al cabo de largos años a Chiquinquirá, al recibir alguna notificación como representante legal de sus actuales demandados, vino a saber que en su ausencia habían nacido éstos. Las partidas de bautismo indican que nacieron, en el orden ya visto, en 1921, 1923, 1925, 1932 y 1937.

Todos los demandados contestaron la demanda conviniendo en ella, representados los menores por curador **ad litem**. Adelante se citarán, en lo pertinente, sus respuestas.

Tramitada la instancia, el Juzgado sentenció el 29 de septiembre de 1945, así: "No se hacen las declaraciones pedidas en la demanda". El Juzgado consideró y decidió el problema a la luz de los artículos 217 y 218 del C. C.

Por apelación de Ruiz subió el asunto al Tribunal Superior de Tunja, donde, tramitada la segunda instancia, se cerró el 3 de septiembre de 1946 con fallo que, revocando el de la primera, hizo las declaraciones suplicadas. Su fundamento cardinal fue el artículo 6º de la Ley 95 de 1890.

Ninguno de los litigantes prenombrados formuló reclamo contra esta decisión; pero interpuso casación la señora Rosa Salazar de Matallana, quien había obtenido entrada al juicio como coadyuvante en providencia del Tribunal fundada en que ella es hija legítima de Jorge Salazar y en que este señor reconoció como hijos naturales suyos a los ya nombrados y los instituyó herederos junto con esta señora en el testamento bajo el cual falleció.

El recurso ha recibido su tramitación legal. Al llegarse la oportunidad de decidirlo, encuentra la Sala que previamente debe estudiar la personería de la recurrente y analizar ante todo, a tal fin, la forma y calidad de su coadyuvancia y, más aún, la razón de ser de ésta. Además, la primera alegación del abogado de Ruiz como opositor en el recurso es la negativa de tal personería.

La entrada en un pleito de una persona distinta de demandantes y demandados la establece o autoriza el artículo 233 del C. J. en estos términos: "Todo aquel a quien conforme a la ley pue-

da aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa". Dos son, pues, los requisitos necesarios al efecto: que a ese extraño pueda aprovechar o perjudicar la sentencia y que coadyuve o defienda la causa de una de las partes a cuyo lado gestionará ayudándola en la defensa de su causa. El artículo 202 de esa obra define como parte al "litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones".

Aquí el demandante Ruiz impugna la legitimidad de los demandados; no es, pues, con él con quien forma parte la señora Salazar, cuyo interés personal, único que la ha traído al pleito, es el de que, conservándose la presunción legal de legitimidad de los demandados, no se les pueda reputar hijos del padre de ella. Y como éstos no se oponen a la demanda y antes bien se ufanan de ser hijos de Salazar y rechazan el concepto de que se les tenga por hijos de Ruiz, bien se ve que tampoco las pretensiones de ellos son compartidas ni sostenidas por esta señora, quien, en suma, no coadyuva ni defiende la causa de ninguno de los contendores.

Esta fue la razón principal del Juzgado para negar la solicitud de ella sobre intervención, limitada a invocar dicho artículo 233, sin manifestar a cuál de las dos partes se iba a afiliar o adherir; y es de advertir que, conservándose esta falta de manifestación, el Tribunal revocó la negativa del Juzgado, mirando, como ya se dijo, al interés de la Salazar en que los demandados no lleven el apellido ni compartan con ella la herencia de su padre.

Sin expresar aquí, por lo extraño al debate, concepto alguno sobre participación de los demándados en la sucesión de Jorge Salazar y, por lo mismo, sin detenerse en las diferencias que para el caso pueda imponer el ser ésta testada o intestada, la Sala observa que las cuestiones que al respecto puedan suscitarse no son en manera alguna las que forman la materia del presente litigio y que, versando sobre aquellas y no sobre lo que aquí se controvierte el aludido interés personal de la señora Salazar, tal interés no la habilita para introducirse en la presente causa, relativa al estado civil de personas distintas de ella y que son las que han de responder, y no ella, de demanda promovida por la única persona a quien la ley privativamente confiere la correspondiente acción.

El artículo 216 del C. C. dice: "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo".

De los demandados sólo Onofre era mayor al instaurarse el pleito. Contestó la demanda diciendo: "No me opongo a que el señor Juez haga las declaraciones solicitadas por el demandante, por cuanto reconozco de una manera cierta y evidente que el señor Raimundo Ruiz no es mi padre legítimo ni ilegítimo, pues toda la vida he reconocido como padre al señor Jorge Salazar Villate, quien me trataba como a tal, lo mismo que a mis hermanos Luis José, Leonor, María Matea y Berta Isabel, hasta el día de su muerte".

Celia Virguez contestó la demanda diciendo: "No me opongo a que se hagan las declaraciones que solicita el señor demandante, por ser un hecho cierto y evidente que mis hijos, los que figuran como demandados junto con la suscrita, no son hijos del señor Raimundo Ruiz...." Adelante agrega: "Mis hijos los tuve con el señor Jorge Salazar, con quien hice vida marital después de que mi esposo se separó de mí....." En iguales términos se expresó en su alegato.

Los demás demandados, menores todos al comenzar el litigio, recibieron curatela **ad litem.** El curador respondió manifestando no oponerse a que se hagan las declaraciones solicitadas por el demandante.

Ya llegado a la mayor edad Luis José, junto con Onofre en su alegato de conclusión piden que se falle el negocio de conformidad con la demanda y cierran su escrito en estos términos: "Pedimos que sin pérdida de tiempo se pronuncie fallo reconociéndonos la calidad de hijos del señor Jorge Salazar y declarando, para honor nuestro, que el querellante no es, no ha podido ser nuestro padre".

Salta a la vista el completo acuerdo de las dos partes, de actor y reo. Al oponerse a uno y otro la señora Salazar, mal puede atribuírse el papel de coadyuvante. No podía serlo de Ruiz, por lo antedicho sobre cuál es el interés de ella que llevó al Tribunal a autorizar su entrada al pleito. Además, semejante coadyuvancia no habría sido posible ante el transcrito artículo 216 del C. C. Y tampoco podía serlo de los demandados, cuyas pretensiones, coincidentes en un todo con las de Ruiz, estaban, por lo mismo, en abierta pugna con las de ella. De esta pugna es ejemplo la circuns-

ancia de que el abogado de la Salazar en memorial de breves renglones presentado a guisa de alegato dijese simplemente: "me limito a alegar la prescripción de la acción", aludiendo al hecho de haber transcurrido más de sesenta días entre el regreso de Ruiz y la demanda. El Juzgado decidió sobre este pie.

En suma: el objeto de este litigio, el acuerdo de las partes y lo personal y extraño a este pleito del interés mencionado de la Salazar, hacen ver la improcedencia de su coadyuvancia o, por mejor decir, la imposibilidad legal de la presencia de esta señora con tal pretexto o nombre en este proceso y, consecuencialmente, su carencia de interés legítimo, de legitimidad para obrar, de personería para interponer y sostener válidamente recurso de casación contra el fallo consentido por las partes.

Es verdad que por auto ejecutoriado en su día, el Tribunal autorizó la entrada de esta señora como coadyuvante; pero esa providencia no puede tener la virtud de conferirle un derecho que la ley sólo otorga a las partes. Si cuando efectivamente es el caso legal de admitir una coadyuvancia, se discute sobre si el coadyuvante puede o no oponer recursos que el coadyuvado no ha opuesto o insistir en los que éste opuso pero de los cuales ha desistido, y si en tales casos sólo cuando la coadyuvancia es litisconsorcial cabe sustanciar el recurso que sólo el coadyuvante interpuso o sostiene, sin lugar a discusión es de reconocerse que no se trata de este evento excepcional cuando el llamado coadyuvante no puede en realidad serlo por la decisiva razón de no compartir ni defender las pretensiones de ninguna de las dos partes contendoras.

En providencia de 1º de marzo de 1945 (G. J., Tomo LVIII, páginas 630 a 633) esta Sala declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el coadyuvante, a pesar de haber desistido del suyo el coadyuvado. Este era el marido y aquél su esposa. Para llegar a esa conclusión de admisibilidad se tuvo en cuenta que era litisconsorcial la coadyuvancia, porque el juicio versaba sobre validez de actos y contratos relacionados con la propiedad de bienes de la sociedad conyugal que el marido había enajenado y, por tanto, a la mujer se extendía el alcance de la sentencia.

Es visible el contraste de un interés de esa calidad con el que sirvió al Tribunal para dar entrada a la señora Salazar en este pleito. La mera posibilidad de que más tarde se controvierta sobre la herencia de Jorge Salazar Villate, no es razón para que ella éntre en un litigio en que no se discute eso, sino algo tan distinto como saber si los demandados siguen reputándose legalmente hijos del marido de su madre. La mera contingencia de que en ese otro pleito, de que hoy no puede hablarse sino únicamente como posible, haya de influír o no la decisión sobre este problema de estado civil, no puede atribuírse o conferir a la señora Salazar la calidad de litisconsorte de la parte aquí demandada. Ya se vio el conflicto entre las pretensiones de ésta y el interés de quien se dice coadyuvante.

Varias providencias de esta Sala indican cómo se ha abstenido de conocer del recurso cuando no lo ha interpuesto sino el coadyuvante o ha quedado éste sosteniéndolo por sí solo sin el respaldo de la parte misma a quien coadyuva, cuando la coadyuvancia no ha sido litisconsorcial. Son de citarse la de 13 de mayo de 1935, 30 de marzo de 1936, 29 de marzo y 21 de noviembre de 1938 y 31 de mayo de 1940 (G. J., Tomo XLII, páginas 7 a 9; Tomo XLIII, páginas 749 a 745; Tomo XLVI, páginas 264 a 267; Tomo XLVII, páginas 673 y Tomo XLVIII, páginas 501 a 510).

En la de 29 de marzo de 1938 la Sala, refiriéndose al coadyuvante, dijo que no podía asumir la personería del actor, por carecer de interés jurídico directo e inmediato que le permitiera ejercer legítimamente la acción incoada, y de ahí dedujo que en el recurso no aparecía esta parte, por haber quedado sólo el coadyuvante, que no podía proceder por sí. No había, pues, propiamente hablando, recurso qué decidir.

Y en la de 13 de mayo de 1935 dijo la Sala: "La Corte no tiene por qué entrar a considerar si el Tribunal debió o no admitir como coadyuvante a una persona a quien la futura sentencia no podría perjudicar jurídicamente,..... provecho o perjuicio esencial para poder coadyuvar o defender la causa de otro ya fijada por la litis contestatió y desde entonces, pero aceptando el hecho cumplido de la intervención de un tercero como coadyuvante, es preciso entender que, en sentir de la Corte, cuando una persona coadyuva o defiende la causa que le interesa, la toma tal y como quedó fijada desde la litis contestatio; de tal manera que la intervención del coadyuvante no puede venir a darle posteriormente al actor una personería de que éste carecía, ni a crear un

derecho que no tuvo originalmente, ni a reformar la demanda".

En tales casos se ha observado que el coadyuvante es compañero o asesor, un ayudante de la parte a que adhiere y que va a la zaga de ésta en pie de adherencia y subordinación; y se ha concluído que la Sala no puede conocer del recurso interpuesto o sostenido por el solo coadyuvante, porque no estando interpuesto por parte legítima, no tiene jurisdicción al efecto.

Esta circunstancia bastaría en el presente caso para justificar o imponer igual determinación, puesto que el recurso no fue interpuesto por ninguna de las partes sino sólo por quien se ha llamado coadyuvante; pero no sobra insistir en que éste no lo ha sido en realidad por no haber defendido la causa de ninguna de las dos partes contendoras, y antes bien a ambas se ha opuesto.

En tal virtud, esta Sala se abstiene de conocer y decidir del recurso de casación contra la sentencia de tres de septiembre último con que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja puso fin al presente pleito.

Notifíquese.

José Antonio Montalvo. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto H., Ofl. Myr. ppdd.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION HECHA EN JUICIO DE SEPARACION DE BIENES

En repetidas providencias ha interpretado la Sala de Casación el numeral 1º del artículo 520 del C. J., cuando se trata de recursos contra sentencias de partición, en el sentido de que ante la Corte no se pueden proponer objeciones, ya que la oportunidad legal para presentarlas no es otra que la del traslado del trabajo que la ley prevé para el efecto de que las partes inconformes presenten sus reparos. Si el interesado no hizo valer dentro del término correspondiente los remedios legales contra la partición, no puede presentar objeciones en el recurso, pues los cargos en referencia no serían otra cosa que medios nuevos inadmisibles ante la Corte.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Son antecedentes del presente juicio los siguientes:

Por providencia de fecha 12 de septiembre de 1941, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, decidió la segunda instancia del juicio de separación de bienes propuesto por Francisca Barberena de O'Byrne, contra su marido Antonio O'Byrne Garcés, accediendo a las pretensiones de la actora y disponiendo consecuencialmente que se liquidara la sociedad conyugal de bienes entre ellos existente.

Con base en el fallo en cuestión y ante el Juez Segundo del Circuito de Cali, el apoderado de la esposa demandó la práctica de inventarios y avalúos de los bienes y su consiguiente distribución entre los cónyuges, lo cual se decretó de conformidad, no sin la oposición infructuosa del demandado.

La diligencia de inventarios y avalúos tuvo lugar el 17 de julio de 1942, y como durante el traslado que de ellos se surtió no se formularon reparos, el juez los aprobó por auto de fecha 16 de julio de 1943.

Posteriormente se llevó a cabo el trabajo de partición, el cual se puso en conocimiento de los interesados por el término legal. Vencido éste sin que se hubieran propuesto objeciones, el esposo presentó, fuera de tiempo, un pliego de reparos contra la partición que el Juzgado rechazó, por haberse aducido, como se dijo, extemporáneamente.

Surtidos estos trámites el juez del conocimiento por fallo de fecha 4 de julio de 1945, aprobó el trabajo de partición realizado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 964 del C. J.

La anterior sentencia fue apelada para ante el Tribunal Superior de Cali. Al decidir la segunda instancia del proceso, mediante fallo de fecha 3 de febrero de 1946, la citada corporación confirmó la sentencia del inferior, con la reforma aditiva de que el expediente debía protocolizarse en una de las notarías de la ciudad de Cali, de preferencia en la que designaran las partes.

El fallo del Tribunal consideró que no habiéndose presentado objeciones a la partición, ni irregularidad alguna en el proceso, debía confirmarse lo resuelto por el inferior.

El recurso de casación

Contra el fallo anterior interpuso en tiempo recurso de casación el representante del demandado. Llegada la oportunidad legal, la Sala pasa a decidirlo.

El recurrente acusa la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sociedad conyugal Barberena-O'Byrne, con fundamento en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. Presenta ocho cargos que se sintetizan así:

Violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1º, 26, 27, 113, 152, 176, 177 a 180, 197 a 212, 213 y siguientes, 250 y siguientes del C. C., porque tanto el juez como el Tribunal — dice — "desconocen al padre el derecho de castigar y corregir a sus hijos". Afir-

ma que el fallador de segunda instancia apreció indebidamente las posiciones absueltas por el doctor O'Byrne, ya que consideró como abandono de los deberes de padre y esposo, la circunstancia de haber declarado éste que recibe alimentación en un hotel. Sostiene que igualmente se violó el artículo 154 del C. C. por indebida aplicación, pues éste se refiere a los juicios de divorcio y no al de simple separación de bienes.

Refiriéndose también a la sentencia que decretó la separación de patrimonios entre los cónyuges y olvidándose de que el presente recurso está circunscrito a la sentencia aprobatoria de la partición, el recurrente presentā otra serie de cargos tendientes a demostrar que el fallo que decidió la acción de separación propuesta por la esposa, violó considerable número de disposiciones tanto civiles como procesales, que enumera.

En otros apartes de su demanda de casación el representante del señor O'Byrne Garcés, dirige sus reparos contra el trabajo de partición y formula algunas objeciones, que como se observó en otro lugar, no fueron presentadas en la oportunidad debida ante el juez de la causa. En efecto, afirma que el partidor tuvo en cuenta la existencia de deudas que no tienen base en la ley o en el acuerdo de las partes, violando por tal motivo los artículos 1494, 1508, 1509, 1510, 1511 y 1512 del C. C.

Que aun cuando no se demostró ni se adujo prueba alguna que estableciera el derecho a inventariar ciertas partidas, tales como sueldos devengados por el esposo, réditos, frutos o productos de bienes, se incluyeron éstos en los inventarios sin razón que justificara la medida, y fueron objeto de la partición. Estima violado por tal concepto el artículo 1781 del C. C.

En otro de sus cargos olvida también que la materia sometida al recurso de casación es la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sociedad conyugal y de nuevo ataca el fallo que decretó la separación, señalando como violados los artículos 2576 y 2637 del C. C.

Por último, el recurrente invoca la causal segunda del artículo 520 del C. J., y la funda en que su esposa, en la demanda de 1939, solicitó simplemente la separación total de bienes y el fallo decretó también, sin haberse pedido, la disolución de la sociedad conyugal.

Se considera:

Como se dijo en los antecedentes de esta sentencia, la partición fue llevada a cabo luégo de haberse ejecutoriado el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de separación de bienes propuesto por la señora Barberena de O'Byrne contra su esposo el doctor Antonio O'Byrne.

No puede esta sentencia ser materia del presente recurso, ni los motivos tenidos en cuenta por el Tribunal para proferirla son susceptibles de ser analizados en esta oportunidad por la Corte, ya que la demanda de casación debe versar en el caso en estudio solamente sobre el fallo aprobatorio de la partición. De aquí que los cargos formulados por el recurrente contra la providencia que decretó la separación de bienes, sean totalmente extraños a la materia del presente fallo.

Debe hacerse notar igualmente, en relación con lo que se dirá adelante, que decretada la partición a virtud de la demanda propuesta por la señora Barberena de O'Byrne, en desarrollo de la sentencia que decretó la separación de bienes con su esposo, se designó por el juez la persona que debía practicar el trabajo requerido, con fundamento en los inventarios que oportunamente se practicaron y aprobaron. Puesta en conocimiento de las partes la cuenta de partición, éstas dejaron transcurrir el término del traslado sin hacer reparos u objeciones a la labor realizada por el partidor. El apoderado del demandado presentó, fuera de término, un pliego de objeciones que fueron rechazadas por extemporáneas, y en tales circunstancias se aprobó la partición. De este fallo apeló el marido para ante el Tribunal que confirmó lo resuelto por el Juez a quo. Esta última sentencia es la recurrida.

En repetidas providencias esta Sala de Casación ha interpretado el numeral 1º del artículo 520 del C. J., cuando se trata de recursos contra sentencias de partición, en el sentido de que, ante la Corte no se pueden proponer objeciones, ya que la oportunidad legal para presentarlas no es otra que la del traslado del trabajo, que la ley prevé para el efecto de que las partes inconformes presenten sus reparos.

Si el interesado no hizo valer dentro del término correspondiente los remedios legales contra la partición, no puede en el recurso presentar objeciones, pues los cargos en referencia no serían otra cosa que medios nuevos inadmisibles ante la Corte.

En sentencia de 16 de abril de 1936, la Corte expresó que "mantiene la doctrina de que el recurso de casación no es ocasión ni medio para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron efectivamente durante el traslado que en instancia se les dio de ella".

En casación de 18 de septiembre del mismo año, reafirmó esta Sala su tesis declarando que "es necesario para la procedencia del recurso de casación, que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior y que no sean medios nuevos".

Causal Segunda. — En cuanto a la causal segunda, observa la Sala, que de nuevo se incurre en el error de considerar como materia del recurso un fallo que no está al estudio de la Corte.

En efecto, la providencia que decretó la separación de bienes quedó ejecutoriada, y como ya se ha repetido a lo largo de este estudio, el presente recurso está circunscrito al fallo aprobatorio de la partición realizada.

De lo anterior se desprende que el cargo tendiente a deducir incongruencia entre la demanda de separación de bienes presentada por la señora Barberena de O'Byrne contra su marido y el fallo que la decretó, no puede ser materia de la presente decisión, por no estar al conocimiento de la Corte este último fallo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 3 de febrero de 1946, proferida por el Tribunal Superior de Cali.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS ESCRITURAS DE HIPOTECA Y ACCION DE RESTITUCION DE BIENES. — NOTIFICACION DE TITULOS EJECUTIVOS A LOS HEREDEROS DEL CAUSANTE

1. El heredero es obligado a responder de las deudas y cargas de la herencia, es decir, de las obligaciones que gravan el patrimonio del difunto, así como de las que ha hecho nacer la transmisión misma de tal patrimonio, o de aquellas a que su muerte ha dado lugar y de las que el difunto impuso a su sucesor como tal. Estando colocado el heredero en el lugar y en reemplazo del DE CUJUS, tanto para responder de sus obligaciones, como para el ejercicio de los derechos que le competen, los títulos ejecutivos conservan la misma fuerza que tenían contra él; pero como el heredero pudiera ignorar la existencia de tales títulos, en el interés de impedir que se le sorprenda con un mandamiento de pago y consiguiente embargo de bienes, o adelantando a sus espaldas una ejecución ya incoada, la ley ha dispuesto que se llene previamente el requisito de la notificación judicial al heredero de la existencia del crédito, el cual no podrá servir como base de recaudo sino vencidos ocho días a partir de la notificación. En resumen, los acreedores pueden obrar contra los herederos de su obligado de la misma manera que contra el causante, salvo el cumplimiento previo de la formalidad de hacer conocer la existencia de su crédito y dejar transcurrir un término de gracia de ocho días.

2. Son distintos los términos del proceso judicial de los que se señalan para que por la Secretaría del despacho se llenen determinadas formalidades. En los primeros, como son, por ejemplo, el de pruebas y el de alegar de bien probado, tienen su punto de partida al día siguiente de la notificación del auto que los concede y en ellos no se cuentan los días feriados o de vacancia; en los segundos, como el de dar aviso al público para la celebración de un remate con cierto término de anticipación, no se descuenta el día de fijación o desfijación del cartel de aviso, ya que se entiende formado por días judiciales que se cuentan en la misma forma que para los edictos y con respecto a las horas de despacho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Ante el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, Jorge y Magdalena Campuzano Rivadeneira, en su condición de herederos de Arturo Campuzano Márquez, cuya sucesión es a su vez representante de la de Manuel Campuzano, demandaron en nombre y para esta última sucesión, al doctor Manuel A. Iriarte, en su propio nombre y como gerente de la sociedad civil denominada "M. Iriarte Rocha & Cía.", para que mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara lo siguiente: la nulidad de ciertas hipotecas, así como el registro que de las mismas se hizo en la extinguida oficina de registro de Leiva; que de igual manera se declarara nulo el juicio ejecutivo seguido por Manuel A. Iriarte contra Arturo Campuzano Márquez, en el Juzgado Primero del Circuito de Bogotá y el remate verificado el día 15 de junio de 1931. Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicitaron que se ordenara la cancelación de la inscripción de tal acto, debiendo quedar obligada la sociedad en referencia, poseedora del bien rematado, a restituírlo a la sucesión de Manuel Campuzano Márquez, con sus anexidades y frutos.

Son antecedentes de este litigio los siguientes:

1) Los hermanos Manuel y Arturo Campuzano Márquez celebraron tres contratos de mutuo o préstamo a interés, con garantía hipotecaria de un inmueble llamado "El Emporio", de propiedad del primero de los nombrados, situado en los municipios de Sáchica y Leiva, en el Departamento de Boyacá. Tales préstamos fueron: dos otorgados a favor de Manuel Bustamante, como consta

de las escrituras números 657 de 4 de julio de 1924 de la Notaría Segunda de Tunja y 1119 de 12 de septiembre de 1925 de la Notaría Quinta de Bogotá, por las sumas de cinco mil y dos mil pesos, respectivamente. Y otro, a favor de Manuel A. Iriarte, por la suma de cinco mil pesos, según reza la escritura número 1180 de 9 de septiembre de 1926 de la misma Notaría Quinta de esta ciudad. De tales obligaciones, las relativas a los dos préstamos de cinco mil pesos se constituyeron solidariamente, y la de dos mil, sin tal garantía.

2) Bustamante cedió posteriormente sus créditos a Iriarte, viniendo éste, en consecuencia, a ser acreedor único de los hermanos Campuzano Márquez, por la suma de doce mil pesos e intereses.

3) El doctor Manuel Campuzano falleció y su causa mortuoria se declaró abierta por providencia de fecha 14 de marzo de 1929 en el juzgado segundo de Bogotá, reconociéndose allí como único heredero a su hermano Arturo.

El 7 de junio del mismo año se llevaron a cabo los inventarios y avalúos, incluyéndose en ellos el predio de "El Emporio", y relacionándose en el pasivo sucesoral, a petición del representante de don Arturo, las tres obligaciones hipotecarias que garantizaban la acreencia del doctor Iriarte.

4) Practicados los inventarios, e incluída en ellos la deuda a favor de Manuel A. Iriarte, éste, en ejercicio de la acción hipotecaria y de la personal, demandó ante el Juez Primero del Circuito de Bogotá, el pago de la suma que se le adeudaba, designando al doctor Arturo Campuzano como poseedor del bien y como directamente responsable del pago. La acción ejecutiva se propuso sin haberse cumplido el requisito de notificar a los herederos de Manuel Campuzano la existencia del título ejecutivo, conforme lo establecido en el artículo 1434 del C. C.

5) Librada la ejecución, se intimó la orden de pago al doctor Campuzano, en el carácter ya dicho, quien denunció para responder de las resultas del juicio el bien pignorado y nombró como depositario al señor Francisco Calderón Páez.

6) En dicho juicio, Iriarte remató por cuenta de su acreencia la cuestionada finca de "El Emporio", según consta de la diligencia que lleva fecha 15 de junio de 1931, la cual fue aprobada el 24 del mes siguiente e inscrita en la Oficina de Registro de Leiva.

7) Como fundamento de la acción de nulidad materia del presente pleito, expresan los actores que además de no haberse cumplido con lo prescrito en el artículo 1434 del C. C. sobre notificación de la existencia del crédito a los herederos de Manuel Campuzano, omisión generadora de nulidad procesal, en el trámite del juicio ejecutivo que culminó con el remate del predio "El Emporio", se incurrió también en varias otras informalidades constitutivas de nulidad.

Sentencia de primera instancia

Por providencia de fecha 20 de noviembre de 1944, el Juez del conocimiento accedió a las peticiones de la demanda.

La sentencia recurrida

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la anterior providencia, el asunto subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Al decidir la segunda instancia del proceso, mediante fallo de fecha 29 de marzo de 1946, la citada corporación revocó la sentencia del inferior, y en su lugar negó las declaraciones pedidas en la demanda.

El Tribunal basó su decisión principalmente en el artículo 1434 del C. C., y dijo al respecto que aplicando literalmente la citada norma y no su espíritu, "esa omisión, constitutiva de nulidad, no afecta al remate, porque según el artículo 1082 del antiguo C. J., vigente en la época en que se verificó la subasta pública, afectaban aquel acto únicamente las nulidades previstas en el artículo 127 de la ley 105 de 1890, y la informalidad anotada no estaba incluída en este precepto. Lo que este texto erigía como primera causal de nulidad en los juicios ejecutivos era "no notificar legalmente al deudor el auto ejecutivo", mas no el omitir la notificación de los títulos ejecutivos a los herederos. Esta omisión no afecta el remate sub judice, por lo cual no es dable anularlo".

"Pero aún en el supuesto de que hubiera existido esa causal de nulidad, no hay lugar a declararla, por haberse purgado a virtud de la ratificación, toda vez que Arturo era legalmente el representante del deudor Manuel José, en calidad de heredero de éste, y por haberlo representado en el juicio sin reclamar oportunamente".

Se consideró igualmente en la sentencia que se habían llenado las demás formalidades del juicio ejecutivo que echan de menos los actores, tales

como la fijación de los avisos de remate en la oportunidad y tiempo debidos, y que no se demostró que el rematador hubiera dejado de cumplir con lo de su cargo.

El recurso de casación

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación la parte demandante. El negocio sufrió en esta Corte el trámite de rigor y pasa, en consecuencia, a ser decidido.

Se acusa la sentencia del Tribunal por la causal primera del artículo 520 del C. J., y se formulan contra el falló recurrido varios cargos que se estudian en el orden conveniente.

Cargos primero y tercero. — Violación de los artículos 1434, 1583 y 27 del C. C., por infracción directa de los dos primeros y por falta de aplicación del último; el artículo 1082 del antiguo código judicial por infracción directa; y el 127 de la ley 105 de 1890, por interpretación errónea.

Está demostrado, dice el recurrente, que de las obligaciones contraídas por los hermanos Campuzano Márquez, dos fueron solidarias y una se pactó sin tal garantía. Que el llamado Manuel, era el poseedor del bien hipotecado y que falleció antes de librarse el recaudo ejecutivo, no obstante lo cual se ejecutó su mortuoria sin haberse llenado el requisito de notificarle previamente a sus herederos la existencia del crédito conforme lo preceptúa el artículo 1434 del C. C.

Que al buscarle a la citada norma su espíritu, se violó el artículo 27 del C. C., que ordena que "cuando el sentido de una ley es claro", no se desatenderá su tenor tileral a pretexto de consultar su espírtu".

El legislador, dice, ha puesto especial interés en el cumplimiento del artículo 1434, ya que ordena que la notificación a los herederos sea judicial y no de cualquiera otra manera. "Cuando se es — agrega, — tan exclusivamente exigente en los medios para la obtención de un fin, hay que concluír que el legislador no lo ha hecho por capricho, sino atendiendo razones superiores de orden social".

Finalmente, afirma que se violó el artículo 1583 del C. C., por infracción directa, toda vez que siendo una de las obligaciones contraídas por Arturo Campuzano Márquez divisible, y a pesar de entenderlo así el juzgador, se confirmó la condenación del primero como si fuera codeudor solidario, sin que, por otra parte, se hubiera surtido la notificación judicial de los títulos ejecutivos a los herederos.

Se considera:

El heredero es obligado a responder de las deudas y cargas de la herencia, es decir, de las obligaciones que gravan el patrimonio del difunto, así como las de las que ha hecho nacer la transmisión misma de tal patrimonio, o de aquellas a que su muerte ha dado lugar y de las que el difunto impuso a su sucesor como tal.

Estando colocado el heredero en el lugar y en reemplazo del de cujus, tanto para responder de sus obligaciones, como para el ejercicio de los derechos que le competen, los títulos ejecutivos conservan la misma fuerza que tenían contra él; pero como el heredero pudiera ignorar la existencia de tales títulos, en el interés de impedir que se le sorprenda con un mandamiento de pago y consiguiente embargo de bienes, o adelantando a sus espaldas una ejecución ya incoada, la ley ha dispuesto que se llene previamente el requisito de la notificación judicial al heredero de la existencia del crédito, el cual no podrá servir como base de recaudo sino vencidos ocho días a partir de la notificación.

En resumen, los acreedores pueden obrar contra los herederos de su obligado, de la misma manera que contra el causante, salvo el cumplimiento previo de la formalidad de hacer conocer la existencia de su crédito, y dejar transcurrir un término de gracia de ocho días.

Como puede observarse, la notificación y el plazo tienen por mira evitar sorpresas al heredero, impedir que éste, por ignorancia de la situación económica de su causante, sufra perjuicios con una acción intempestiva de cobro.

Mas en el presente caso, sin entrar a considerar los efectos del incumplimiento de lo prevenido en la mentada disposición, debe recordarse que, como lo expresa el Tribunal, bajo la vigencia del antiguo código judicial, en que tuvieron lugar las diligencias ejecutivas cuya nulidad es el objeto del presente litigio, no se había erigido en causal de nulidad la falta de tal notificación, como puede verse en la consagración que hace el artículo 1082 del antiguo código judicial, referente a los motivos de nulidad que afectaban aquel juicio.

También es importante recordar que el doctor Campuzano Márquez, ya reconocido como heredero en la sucesión de su hermano, actuó en el

pleito, ratificando tácitamente los actos cuya nulidad hoy demandan sus herederos.

El artículo 27 del C. C., que también se reputa violado, es una regla de interpretación que no entraña el reconocimiento de un derecho que pueda ser materia de un cargo en casación; y en cuanto al artículo 1583, que también se indica como infringido, se hace el reparo de que no fue tenido en cuenta por el sentenciador porque consideró suficiente el conocimiento que tuvo el heredero de la existencia del crédito para que pudiera adelantarse la ejecución que culminó con el remate de bienes cuya nulidad se ventila en el presente pleito.

Por lo expuesto se rechazan los cargos en cuestión.

Cargo segundo. — Considera el recurrente que la sentencia en estudio violó los artículos 126, 127 y 137 de la ley 105 de 1890, disposiciones vigentes en la época en que se verificó el remate, por cuanto éste se llevó a cabo sin el lleno de las formalidades y el cumplimiento de los requisitos en tales textos exigidos, para poder verificar la venta de bienes en subasta pública. Señala también como infringido el artículo 1082 del C. J. antiguo, por mala apreciación de determinadas pruebas, tales como el acta de remate, el auto aprobatorio del mismo y la escritura pública número 85 de 16 de enero de 1929, en que consta que para la fecha de la venta en almoneda, el deudor señor Campuzano había abonado a cuenta de los créditos la suma de cuatro mil pesos.

Sostiene que el rematador no cumplió con lo de su cargo, a pesar de lo cual el Tribunal no declaró nulas las diligencias de la subasta pública, porque en su sentir se había cubierto el precio, sin que tal requisito estuviera plenamente establecido.

Que, además, perteneciendo la finca hipotecada al doctor Manuel Campuzano Márquez, quien había fallecido para la época en que se dio comienzo al juicio ejecutivo, se le condenó sin habérsele oído ni vencido en juicio, cometiéndose el error de considerar que Arturo Campuzano obraba como su heredero, cuando éste fue ejecutado en su carácter personal. Que por tal motivo erró el Tribunal al interpretar la demanda ejecutiva y ver en ella el ejercicio de la acción de cobro contra la mortuoria de Manuel Campuzano, sin que tal cosa se hubiera expresado. Que igual reparo cabe hacer a la interpretación dada por el mismo Tribunal a la notificación del mandamiento ejecutivo, donde entendió que se había intimado también la orden de pago contra la herencia del propietario del bien pignorado.

Se considera:

La ejecución fue propuesta contra Arturo Campuzano Márquez, por sí y como poseedor de la finca hipotecada llamada "El Emporio".

Para la fecha en que se dictó el mandamiento ejecutivo ya había fallecido el señor Manuel Campuzano y se había reconocido en su causa mortuoria como único heredero a su hermano Arturo. Su apoderado, hizo incluír en el activo de la sucesión de Manuel el predio en referencia, y en el pasivo de la misma, los tres créditos que gravaban con hipoteca tal inmueble. Iniciada la ejecución, después de las diligencias de inventarios, se ejercitó la acción real y la personal contra Arturo Campuzano, como poseedor del bien pignorado y como directamente obligado al pago. De tales circunstancias se desprenden las siguientes consecuencias que el Tribunal señala y que se acogen:

a) Que no era indispensable la notificación previa de la existencia del crédito, después de haberse inventariado, pues el fin propuesto por el legislador de no sorprender al heredero, estaba cumplido desde que éste judicialmente dejó constancia del conocimiento que tenía de la deuda de su causante.

b) Que si ajustándose literalmente al artículo 1434 y dejando de investigar su espíritu, hubiera de pensarse que era indispensable la notificación previa del crédito al heredero para poder adelantar la acción ejecutiva de cobro, esa moción constitutiva de nulidad, no afectaría el remate, ya que el artículo 127 de la ley 105 de 1890, señalaba taxativamente las causales de nulidad que podían afectarlo, cuando el rematador hubiera cumplido con lo de su cargo. El artículo en cuestión indicaba como causal de nulidad, entre otras, la falta de notificación del mandamiento ejecutivo al ejecutado, pero no el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1434 del C. C., como si lo considera el artículo 451 del C. J. en vigencia.

Pudiera argüirse que tal interpretación llevaría al absurdo de dejar impune el incumplimiento del referido mandato, pero esto no es realmente cierto, ya que tendría como sanción la nulidad del juicio ejecutivo y no como se pretende, en juicio distinto, cuando la ley vigente entonces no lo autorizaba.

c) Pero aún admitiendo la causal de nulidad, hay que convenir en que existió una ratificación tácita de lo actuado, porque el doctor Arturo Campuzano figuró en el juicio y estaba para entonces reconocido como heredero único de Manuel Campuzano por providencia ejecutoriada. Sobre el particular esta Corte ha expresado que "si quien pide la nulidad por mala representación, no es representante, no puede pedirla, ni obtenerla; y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla".

d) A diferencia de lo que establece el actual C. J. en su artículo 998 para el caso de ejercicio por parte del acreedor de la acción real hipotecaria, sobre que la notificación se hace al poseedor inscrito de la finca, el artículo 1022 del antiguo procedimiento, prescribía simplemente que el ejecutante designara bajo juramento quién era tal poseedor. En providencia de esta Corte, correspondiente al número 3021 del Tomo 3º de la Jurisprudencia, se dijo "que cuando se persigue un bien raíz en acción real, el actual poseedor no puede ser otro que el que tenga la tenencia del inmueble con ánimo de señor y dueño. La ley no exigía y la jurisprudencia lo entendió así, que el ejecutado fuera el poseedor inscrito".

Refiriéndose al mismo cargo dice el Tribunal: "Que Arturo era el poseedor material del inmueble lo están demostrando las siguientes circunstancias plenamente probadas en el proceso: el que hubiera denunciado ese inmueble para el pago; que se hubiera depositado en poder del secuestre designado por él, y que este secuestre, que también era su abogado y él, hubieran solicitado y obtenido el nombramiento de un nuevo depositario nombrado por ellos, en reemplazo del primeramente designado, quien renunció".

Debe recordarse que al tenor del artículo 1082 del C. J. vigente para la fecha en que se llevó a cabo la subasta de los bienes, ningún remate en el que el rematador hubiera cumplido con lo de su cargo podía anularse sino en juicio distinto y en tal caso, no afectarían aquel acto las nulidades del juicio ejecutivo, con excepción de las mencionadas en el artículo 916 del mismo código, que luégo se sustituyó por el 127 de la ley 105 de 1890. En tal disposición no se incluyó la falta de cumplimiento del artículo 1434 del C. C., requisito que sí erigió en causal de nulidad el artículo 451 del C. J. en vigencia.

En cuanto al abono que se afirma hicieron los deudores de las obligaciones hipotecarias, se observa que el respectivo comprobante de pago no se presentó en el juicio ejecutivo cuya nulidad es la materia del presente litigio. Parece que se trataba de una deuda distinta; pero aun siendo un pago inicial no tenido en cuenta, no sería tampoco motivo de nulidad.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo cuarto. — Violación de los artículos 1064 del C. J. antiguo, 127, numeral 2º de la ley 105 de 1890, y 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal.

Sostiene el recurrente que por parte del Tribunal se infringieron los citados artículos "por error de derecho en la apreciación de la prueba consistente en el cartel del remate fijado en el municipio de Sáchica"; que igualmente hubo error de derecho en la apreciación del despacho por medio del cual se envió a aquel municipio el cartel referido. La errónea apreciación de que se querella, la hace derivar de que debiendo haberse fijado el cartel al público en aquel lugar por seis días hábiles, no se cumplió con tal prescripción. Dice que el cartel fue fijado el 9 de abril a las diez de la mañana y desfijado el 16 del mismo mes a las cuatro de la tarde. Que en el cómputo de días ha debido descontarse el de fijación y desfijación, además del día feriado, domingo 14 de abril, de lo cual deduce que el cartel de aviso no permaneció al público sino cinco días hábiles y que tal informalidad vicia de nulidad el remate.

Se considera:

El error del recurrente consiste en equiparar los términos del proceso judicial con los que se señalan para que por la Secretaría del despacho se llenen determinadas formalidades. En los primeros, como son, por ejemplo, el de pruebas y el de alegar de bien probado, tienen su punto de partida al día siguiente de la notificación del auto que los concede y en ellos no se cuentan los días feriados o de vacancia; en los segundos, como el de dar aviso al público para la celebración de un remate con cierto término de anticipación, no se descuenta el día de fijación o desfijación del cartel de aviso, ya que se entiende formado por días judiciales que se cuentan en la misma forma que para los edictos y con respecto a las horas de despacho.

En el caso en estudio se llenó a cabalidad el requisito exigido por el artículo 1064 del código mencionado, pues desde el día nueve a las diez

de la mañana, día y hora en que se fijó el aviso, al día diez y seis, a las tres de la tarde, momento de la desfijación, transcurrieron siete días, a saber: del nueve a las diez de la mañana, a la misma hora del día diez, uno; de este día y hora a las diez de la mañana del siguiente, dos; y así sucesivamente, hasta el diez y seis a la hora mencionada, se cuentan, pues, siete días. Si descontamos el feriado; tenemos siempre que el aviso duró al público seis días hábiles.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 de fecha 29 de marzo de 1946, dictada por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario seguido por la sucesión de Manuel J. Campuzano contra Manuel A. Iriarte R.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Secretario.

SOLICITUD DEL "EXEQUATUR" DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA

Para el cumplimiento de sentencias extranjeras en Colombia continúa rigiendo en derecho internacional el principio de reciprocidad que consigna nuestro Código Judicial en el artículo 555, análogo al 581 del Código Judicial de Panamá. Proclamado ese principio en ambos Códigos no es de exigirse para reconocer esta situación institucional que ya los hechos la corroboren y que, por tanto, precisamente se aduzca la prueba de que tal ha sucedido en uno de los dos países para proceder en consecuencia el otro. Esa exigencia restaría toda fuerza a aquel principio y a su acogida por ambas Naciones e impediría su aplicación, si para ésta hubiera de esperar cada Estado a que el otro comenzase.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Hernán Copete, como apoderado de la señora Isabel Noriega de Martínez, solicita el exequatur que dé pleno efecto en Colombia a la sentencia del Tribunal Superior del Primer Distrito de Panamá, confirmatoria con fecha 2 de febrero de 1944, de la del Juzgado Segundo de ese Circuito que declaró en interdicción judicial por demencia al señor Mauricio o Morris Martínez Arroyo y designó como curadora suya a su mujer legítima la prenombrada mandante.

El señor Procurador General de la Nación, contestando el traslado ordenado por el artículo 559 del C. J., manifestó que no ve inconveniente de orden legal para tener en Colombia como curador de Martínez a su esposa; pero que, si nuestra legislación establece que en Colombia tienen las sentencias dictadas en país extranjero la fuerza que les concedan los respectivos tratados y, a falta de éstos, la que se otorgue en el país en que se ha dictado la sentencia a las sentencias dictadas en Colombia, no habiendo tratado al respecto entre Colombia y Panamá, y si es de atenderse a que la legislación panameña establece el mismo principio de reciprocidad legislativa adoptado en Colombia, sin embargo de todo ello, no puede afirmarse que en Panamá se dé cumplimiento a las sentencias pronunciadas en Colombia, de suerte que falta el requisito señalado en nuestra ley. Y para llegar a esta conclusión se funda en que debe demostrarse previamente que en Panamá se ha sentado ya esa interpretación, y esta prueba no se ha traído, no obra tal precedente.

De otro lado, estima que el decreto de interdicción no es sentencia propiamente dicha, pues no pone fin a ningún conflicto o litigio entre parte y contraparte, ni sobre él cabe el concepto de cosa juzgada, por lo cual bien podrían esas actuaciones adelantarse ante funcionarios administrativos, rodeándolas de las garantías correspondientes al asunto de grande interés social por tratarse de defensa de los incapaces.

Aquel alto funcionario se detiene a distinguir entre reciprocidad diplomática y legislativa y el alcance de una y otra, transcribiendo opiniones de disertos expositores colombianos sobre esos temas.

Se considera:

Por sobre esas diferencias y sus matices sigue rigiendo en derecho internacional el principio de la reciprocidad, el cual, concretando la atención a lo que es materia de esta providencia, lo consigna nuestro C. Judicial en su artículo 555, que dice: "La sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes en ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia." Y por su lado el C. J. de Panamá provee al respecto de idéntica manera, atendiendo a lo antedicho para cuando hay tratados, en su artículo 581, y disponiendo en su artículo 582: "Si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se dieren a las sentencias dictadas en la República de Panamá".

Es tan completa la analogía de las dos legislaciones, que el artículo 556 de nuestro Código citado dice: "Si la sentencia procede de un Estado en que por ley no se dé cumplimiento a las dictadas por Tribunales colombianos, no tiene fuerza alguna en Colombia." Y el artículo 583 del panameño dice: "Si la sentencia procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por tribunales panameños, no tendrá fuerza en Panamá".

Proclamado como queda visto el principio de reciprocidad en los Códigos colombiano y panameño, no es de exigirse para reconocer esta situación institucional que ya los hechos la corroboren y que, por tanto, precisamente se aduzca la prueba de que tal ha sucedido en uno de los dos países para proceder en consecuencia el otro. Esa exigencia restaría toda fuerza a aquel principio y a su acogida por ambas naciones e impediría su aplicación, si para ésta hubiera de esperar cada Estado a que el otro comenzase.

La circunstancia de tratarse de interdicción judicial y, además, las pruebas traídas sobre igualdad de procedimiento al respecto, con nombramiento de curador **ad litem** que represente en la actuación a la persona de que se trata, con la intervención del Ministerio Público, a que nuestro Código provee en sus artículos 820 y 821, y también el hecho de que nuestro C. Civil defiera la curaduría del demente en primer lugar "a su cónyuge no divorciado", llevan a reconocer que el solicitante llena su deber probatorio en relación con el artículo 557 de nuestro C. Judicial y que se cumplen y reúnen las exigencias de éste.

Obra en autos constancia de que la tramitación se siguió en la forma aludida y de que fue así como se decretó la interdicción definitiva en estudio, no sin haberse antes decretado la provisional. Para incoar las diligencias se presentó la prueba del matrimonio que el 1º de agosto de 1925 contrajeron en Panamá el señor Mauricio o Morris Martínez Arroyo y la señorita Isabel Noriega Asencio, españoles ambos, domiciliados en Panamá.

Para no aceptar el reparo de que el decreto de interdicción no es sentencia y bien podían estas diligencias seguirse administrativamente, basta traer a cuento los citados artículos 820 y 821 de nuestro Código, según los cuales la interdicción es un juicio y su decisión un fallo del juez que debe consultarse con el Tribunal. En ese capítulo y en el precedente, nuestro Código se vale indistintamente de los vocablos sentencias y resoluciones. No sobra recordar que hay varias sentencias que, ajustándose a lo que por tales entiende nuestro C. J. en su artículo 466, sin embargo no tienen la fuerza de cosa juzgada, lo que no las despoja de esa calidad.

El señor Procurador estima innecesario el **exequatur,** pues sin él ha de tenerse por representante legal de Martínez a su esposa. Las precedentes razones hacen inaceptable este concepto, a que se agrega que en cuanto otros funcionarios opinen de distinto modo, o los particulares, la falta del **exequatur** podría impedir actos necesarios o útiles, con perjuicio del interdicto.

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, declara que debe darse cumplimiento en Colombia a la sentencia pronunciada el dos de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro por el Tribunal Superior del primer Distrito de Panamá, confirmatoria de la del Juzgado 2º del Circuito de Panamá de diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, que decretó la interdicción judicial del señor Mauricio o Morris Martínez Arroyo por demencia y que designó curadora del mismo a su mujer legítima, señora Isabel Noriega de Martínez.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

REIVINDICACION

La ley 68 de 1946 interpretó la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio en sentido diametralmente contrario al que había venido sosteniendo y explicando la Sala de Casación Civil de la Corte, la cual deja constancia de su inconformidad doctrinaria con esta interpretación que produce el descarrilamiento de una jurisprudencia largamente explicada en numerosas sentencias como la más leal interpretación del pensamiento social y jurídico que inspiró la vasta reforma consignada en la ley 28, y como su más cabal aplicación. A partir de la sentencia del 20 de octubre de 1937, cuidadoso análisis jurídico del estatuto matrimonial y del alcance práctico del nuevo régimen, sostuvo invariablemente que como consecuencia de la aplicación inmediata que correspondía a la nueva ley, el marido, privado ya de su omnímodo poder dispositivo y de su calidad de dueño ante terceros de los bienes sociales y al lado de su mujer, copartícipe en el dominio de esos bienes e investido de iguales facultades administrativas y dispositivas, ya no podía disponer por sí solo, a espaldas de su cónyuge, de bienes pertenecientes a su sociedad conyugal preexistente e ilíquida al comenzar el imperio de la ley 28 de 1932. Para la Corte, como aparece en los pasajes que ella largamente transcribe de la sentencia de la Sala proferida el 13 de junio de 1946, la cuestión que se pretende aclarada en la ley 68 de 1946, no fue nunca la solución interpretativa de un punto legal oscuro, sino la consecuencia inevitable de la aplicación inmediata de la ley que no planteaba ninguna situación de duda respecto de la abolición, en sus fundamentos esenciales, del sistema patrimonial en el matrimonio que consagraba el C. C., inconciliable y de yuxtaposición imposible con el adoptado por la ley 28. Sistemáticamente se rechazó toda solución que implicara la supervivencia, o mejor la resurrección, de los textos del código que contenían los principios primordiales del antiguo régimen, y sin ningún equívoco se expresó la idea de que la recta aplicación de la ley 28 excluía, por contraria a su texto y a su espíritu, la doble clasificación de las mujeres casadas, en razón de la fecha de su matrimonio, para darles o negarles la protección que el nuevo estatuto consagró sin distinciones arbitrarias, en favor de la mujer colombiana al reconocerle la capacidad civil en condiciones de igualdad jurídica con su marido. El rechazo de esta tesis de la coexistencia de dos regímenes legales patrimoniales para la mujer casada, incompatibles entre sí y el uno de injustificable inferioridad jurídica, se fundó precisamente en la ausencia de un texto legal expreso que la consagrara. Este texto ha llegado a la legislación nacional al cabo de tres lustros en el artículo único de la ley 68 de 1946, cuya interpretación restrictiva recorta y desnaturaliza y hasta destruye los propósitos inspiradores y el alcance lógico de la ley 28 de 1932, que consagró una de las reformas de más vasto alcance dentro de la organización civil de la República. Quizá sea menos desacertado ver en la ley 68 de 1946 el repudio de una tesis jurídica, que una interpretación auténtica de la ley 28 de 1932.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Durante su matrimonio con Ester Julia Cano, Juan Ramón Sánchez, por medio de las correspondientes escrituras públicas, adquirió a título de venta en los años de 1923, 1924 y 1926, tres fincas rurales ubicadas en el paraje de Santa Emilia, de la jurisdicción municipal de Belén de Umbría.

Para garantizar el pago de la suma de $ 5.225 que el cónyuge Sánchez debía a Feliciano Ríos le hipotecó los mencionados inmuebles en escritura número 455 de 5 de agosto de 1929.

Por medio de la escritura pública número 186 de fecha 18 de abril de 1937, pasada ante el Notario de Belén de Umbría, Feliciano Ríos declara que el deudor Sánchez ha extinguido la deuda de $ 5.225, constituída por la escritura número 455 y cancela, en consecuencia, el gravamen hipotecario.

En esta misma fecha y en escritura otorgada a continuación, bajo el número 187, Juan Ramón Sánchez transfirió a Feliciano Ríos, a título de venta, por el precio de $ 6.000 que declara recibidos a su satisfacción, las mismas fincas sobre que pesaba el gravamen hipotecario.

Tales los antecedentes de este pleito, iniciado por Ester Julia Cano de Sánchez, por medio de apoderado, contra Feliciano Ríos y Juan Ramón Sánchez, ante el Juzgado promiscuo del Circuito de Apía, para que se declare que los bienes raíces a que se ha hecho referencia pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida Sánchez-Cano; que el comprador Ríos no adquirió su dominio por la compra que de ellos hizo en la escritura 187, y que, por tanto, está obligado a restituírlos, junto con sus frutos, a la sociedad conyugal formada por la demandante con Juan Ramón Sánchez, en cuyo nombre e interés demanda.

La razón jurídica de esta acción es la de haber el marido enajenado, sin consentimiento de su mujer y bajo el imperio de la ley 28 de 1932, bienes pertenecientes a la sociedad conyugal ilíquida y anterior a la ley.

El demandado Ríos se opuso a las pretensiones de la actora manifestando que no tiene ningún vínculo contractual ni de ninguna clase con ella y que la escritura 187 del 18 de abril de 1937 lo que contiene en realidad es una dación en pago que Juan Ramón Sánchez le hizo de las fincas que le había hipotecado en garantía de obligaciones contraídas con anterioridad a la ley 28, y en virtud de la cual en la escritura 186 de la misma fecha canceló las hipotecas y la referida obligación que constaba en la escritura número 455 del 5 de agosto de 1929. Y a su turno contrademandó a la sociedad conyugal Sánchez-Cano, representada por los cónyuges, para que, en el caso de que prosperara la demanda, se declarara que la sociedad conyugal le debe la suma de $ 5.225 y sus intereses según la escritura 455 de 5 de agosto de 1929, y la de $ 2.000 según contrato de prenda agraria celebrada con él, y que, en consecuencia, el crédito hipotecario, el documento sobre prenda agraria y el juicio ejecutivo entablado por Ríos contra Sánchez para el pago de esas deudas, conservan todo su valor, y para su pago están afectos todos los bienes sociales.

Manifestó el contrademandado Sánchez que no tenía cuentas pendientes con Ríos porque sus deudas las canceló éste en escritura número 186 de 18 de abril de 1937, y desenvuelto el litigio sobre estas bases, se decidió en primera instancia (26 de febrero de 1944), de conformidad con la acción principal reivindicatoria, y se condenó a la sociedad conyugal, de acuerdo con la contrademanda, a pagar a Ríos $ 5.225 y sus intereses al tenor de la escritura número 455 de 5 de agosto de 1929, y se declaró, en consecuencia, sin valor la escritura número 186 de abril de 1937.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Pereira en la sentencia (8 de marzo de 1946) que finalizó la segunda instancia a que dio lugar la apelación de ambas partes, revocó la recurrida y en su lugar absolvió a los demandados Ríos y Sánchez de todos los cargos de la demanda directa, y respecto de la demanda de reconvención declaró que no era el caso de hacer pronunciamiento sobre sus peticiones por no haber prosperado la principal a la cual se subordinó.

En los siguientes apartes de la sentencia, consignados después de minucioso y discriminado análisis de varios hechos indiciarios, está contenida sintéticamente su fundamentación:

"Ante estos indicios y presunciones tan directamente relacionados con la afirmación del demandado de que la venta que se hizo constar en la escritura número 187 obedeció a un arreglo mediante el cual Sánchez daría a Ríos en pago de la acreencia los mismos bienes hipotecados, llega el Tribunal sin lugar a dudas a la conclusión de que obedecieron a un solo móvil la cancelación de la hipoteca y del crédito garantizado con ella y la transferencia del dominio de los inmuebles hecha a continuación por Sánchez a Ríos. Es decir, que fue un solo negocio el que se verificó el 18 de abril de 1937 por los señores Ríos y Sánchez ante el señor Notario de Belén de Umbría aunque ese negocio se hizo constar en dos instrumentos diferentes: las escrituras 186 y 187. La primera es contentiva de las prestaciones a cargo de Ríos: cancelación del crédito hipotecario; y la segunda es contentiva de las prestaciones a cargo de Sánchez: transferencia del dominio de los bienes hipotecados al acreedor.

Si, pues, el señor Juan Ramón Sánchez al hacer transferencia del dominio de bienes de la sociedad conyugal de que él forma parte, no hacía sino pagar con ellos una deuda que pesaba sobre esa misma sociedad, deuda que estaba garantizada con hipoteca sobre esos mismos bienes, no era preciso que al otorgamiento de la escritura correspondiente concurriera también la cónyuge Ester Julia Cano, ya que, aun en 1937, ante terceros era Juan Ramón Sánchez el único deudor de las obligaciones sociales contraídas antes del 1º de enero de 1933, y como tal podía pagarla, como en efecto lo hizo, sin anuencia de su cónyuge y aun con bienes sociales, máxime que estos bienes estaban pignorados con hipoteca para garantía de aquellas obligaciones.

El recurso

Preparado legalmente, se decide hoy el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. y en tres capítulos formula la demanda los cargos que en seguida se compendian:

Dice el recurrente que la conclusión fundamental de la sentencia, de que el contrato que aparece en la escritura número 187 del 18 de abril de 1937 no fue sino la manera de satisfacer el pago de obligaciones de la sociedad conyugal Sánchez-Cano, contraídas con anterioridad al 1º de enero de 1933, no se estableció fehacientemente en el proceso, pues "todos los esfuerzos del demandado resultaron fallidos porque no alcanzó a demostrar ese hecho." Y después de relacionar las diversas declaraciones e instrumentos en que se basó la inferencia indiciaria del Tribunal sobre la dación en pago afirma que incurrió al apreciarlos en error de hecho "porque no se reúnen en ellos los requisitos necesarios para que formen una prueba" y porque no vio de las escrituras que los inmuebles que se quieren reivindicar pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida. A consecuencia de estos errores de hecho dice el recurrente que se violaron los artículos 66, 1602, 1618, 1759, 1768, inciso 3º, del C. C. y 661, 662, 665, 667 y 698 del C. J.

Violó el Tribunal los artículos 1º y 7º de la ley 28 de 1932, 1633, ordinales 2º y 3º del 1796, 2470 y 2471 del C. C., porque aun aceptando que con la citada escritura 187 de 18 de abril de 1937 lo que hizo Juan Ramón Sánchez fue pagar deudas de la sociedad conyugal enajenando al efecto bienes de ella gravados con hipoteca, es evidente que sin el concurso de la esposa no se podía hacer esa transferencia de propiedad, porque si a la luz de las disposiciónes de la ley 28 de 1932, según la reiterada doctrina de la Corte, se necesita la concurrencia de los dos cónyuges para vender inmuebles sociales adquiridos antes de 1933, para transferir en pago la propiedad de esos inmuebles también se necesita. Es equivocado concluír que el marido puede hoy disponer libremente de bienes raíces de sociedades conyugales ilíquidas, anteriores al 1º de enero de 1933, aunque se alegue como motivo que se hace para pagar deudas sociales contraídas con anterioridad a la ley 28 de 1932.

Considera la Corte:

En curso este litigio, se expidió la ley 68 de 1946 (diciembre 23), "aclaratorio de la ley 28 de 1932", cuyo artículo 1º dispone:

"La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del primero de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley".

Esta interpretación auténtica o legislativa, hecha con autoridad y de manera general (artículos 14 y 25 del C. C.) al fijar obligatoriamente para la Corte el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas, abarca todos los extremos de este litigio y desplaza hacia campo de completa inutilidad e inoperancia la tesis del recurso, que buscaba apoyo en la interpretación que por vía de doctrina había venido sosteniendo y explicando esta Sala de Casación Civil en sentido diametralmente contrario al impuesto por el legislador en la llamada ley interpretativa de la que instituyó un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio hace muy cerca de quince años.

A ninguna finalidad práctica conduciría el estudio del cargo que formula la demanda de casación sobre yerros en la apreciación probatoria en demostración de la tesis central de la sentencia acusada, de que la escritura pública número 187 del 18 de abril de 1937 no fue sino la forma usada por el marido de pagar deudas de la sociedad conyugal contraídas antes del primero de enero

de 1933, porque sea que el citado instrumento público contenga realmente una dación de los bienes hipotecados en pago de obligaciones sociales, como lo estimó fundamentalmente el Tribunal, o sea contentiva de un simple contrato de venta, como lo sostiene y propugna el recurrente, el acto dispositivo de bienes de la sociedad conyugal ilíquida cuando empezó a regir la ley 28, que en esa escritura se llevó a efecto por el marido sin concurrencia de la mujer, ha venido a quedar legalmente cimentado y perfecto por virtud de la ley 68 de 1946, que manda considerar y decidir casos como éste de acuerdo con reglas del código civil revitalizadas después de un largo período de abrogación, según las cuales no hay duda de que el marido estaba legalmente capacitado para obligar ilimitadamente la sociedad conyugal y en que él era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que era jefe y gerente exclusivo de la sociedad conyugal al lado de su mujer, relativamente incapaz, y en que disponía como señor y dueño de los bienes que integraban el patrimonio social. (Artículos 1805, 1806, 1807, 1808, del C. C.).

Lo antedicho podría ser la decisión de este recurso, por haber quedado en el vacío, sin incidencia posible sobre la sentencia acusada, los cargos de ilegalidad que contiene la demanda, por el ministerio de la aludida interpretación legislativa contentiva de la ley 68 de 1946, que hay que considerar y aplicar como incorporada en la 28 de 1932.

La Corte quiere sin embargo, dejar constancia de su inconformidad doctrinaria con esta interpretación que produce el descarrilamiento de una jurisprudencia largamente explicada en numerosas sentencias como la más leal interpretación del pensamiento social y jurídico que inspiró la vasta reforma consignada en la ley 28, y como su más cabal aplicación. A partir de la sentencia del 20 de octubre de 1937 cuidadoso análisis jurídico del estatuto matrimonial de 1932, la Corte fijando, por vía de doctrina el sentido lógico y el alcance práctico del nuevo régimen, sostuvo invariablemente que como consecuencia de la aplicación inmediata que correspondía a la nueva ley, el marido, privado ya de su omnímodo poder dispositivo y de su calidad de dueño ante terceros de los bienes sociales, y al lado de su mujer, copartícipe en el dominio de esos bienes e investida de iguales facultades administrativas y dispositivas, ya no podía disponer por sí solo, a espaldas de su cónyuge, de bienes pertenecientes a su sociedad conyugal preexistente e ilíquida al comenzar el imperio de la ley 28 de 1932.

"Ninguna razón de derecho se opone a esta solución que estanca o inmoviliza, con el requisito de la voluntad dual de marido y mujer, el patrimonio de las antiguas sociedades matrimoniales sobre el límite de la vigencia del nuevo estatuto de la mujer casada, y por el contrario, es la manera de interpretar con lealtad jurídica la reforma de la ley 28, a la hora en que con ocasión del tránsito de regímenes está la mujer más expuesta al desamparo...

"Ciertamente en el anterior sistema, el llamado del código civil, la mujer poseía solamente la posibilidad de llegar a ser partícipe en los bienes sociales si ellos existían a la disolución de la sociedad conyugal y que sólo entonces adquiría realidad el derecho de la cónyuge sobre el patrimonio social, en el cual había tenido una mera expectativa. La Sala de Casación Civil de la Corte ha entendido, para salvar el espíritu de la reforma de las deformaciones que lo amenazan en relación con matrimonios preexistentes, que lo mismo que acontece cuando se cumple uno de los eventos de disolución de la sociedad conyugal adquiere operancia el derecho de la mujer como socio o partícipe en esa comunidad matrimonial o "institución **sui generis**, de naturaleza especial, con características peculiares que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal", como la ha calificado la Corte, el nuevo estatuto patrimonial del matrimonio, que introdujo modificaciones radicales al régimen de la sociedad conyugal, es sobrada razón jurídica y moral para darle también realidad y sentido práctico a la noción de patrimonio social, con participación efectiva de sus dos socios creadores.....

"La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que entró a regir, 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 ilíquidas 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 ju-

rídica de quien vende cosa ajena, de cuyo dominio es único titular la sociedad conyugal ilíquida, 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.....

"Como las disposiciones que se citan como infringidas directamente por el Tribunal contienen los principios de la jefatura única, la apariencia ante terceros del dominio del marido sobre los bienes sociales y la carencia de derecho de la mujer sobre éstos durante la sociedad, que son precisamente las vértebras rotas del antiguo sistema patrimonial del matrimonio y éstan, por consiguiente, abrogadas por el contrario imperio de la 28 de 1932, hay que entender que en el caso que se estudia, el recurrente propugna la supervivencia del abolido régimen del código civil como aplicable a las sociedades conyugales anteriores al 1º de enero de 1933 y que no se han liquidado provisional ni definitivamente. La Corte ha considerado invariablemente que carece de todo fundamento jurídico y de equidad esta pretendida supervivencia de textos abolidos que conduciría a la yuxtaposición de sistemas antimónicos, con fundamento en los principios jurídicos consignados en los artículos 19, 20 y 23 de la ley 153 de 1887 que imponen la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las sociedades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, y ha concluído asímismo que el estatuto de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que lo inspiraron, favorece no solamente a las mujeres casadas con posterioridad al día inicial de su imperio sino también a las que se casaron antes. "Se impone asímismo — ha dicho la Corte, refiriéndose a este punto — por el espíritu general de las leyes, de la cual no aparece, para los efectos de su aplicación, que se deban considerar dos categorías de mujeres casadas: sometidas las unas, las casadas antes de la ley, a una situación de inferioridad con respecto a determinados bienes, sobre los cuales el marido mantuviera sus originales prerrogativas; y otras, las casadas bajo la vigencia de la ley, gozando en su plenitud de todas las nuevas facultades. Para admitir semejante diferencia habría sido necesario un texto expreso que la consagrara. Pero ese texto excepcional no existe. Y en ausencia de él corresponde al intérprete darle a la ley su alcance lógico....."

En los preinsertos párrafos, tomados desordenadamente de la sentencia de esta Sala del 13 de junio de 1946 (G. J., Tomo LX pág. 688), están consignados claramente los conceptos y conclusiones de la Corte, reiterados y sostenidos invariablemente a lo largo de diez años de adoctrinamiento jurisprudencial, respecto de la situación jurídica de las sociedades conyugales existentes el día que entró a regir el nuevo sistema patrimonial del matrimonio, como resultado ineludible del "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." Para la Corte, como se ve de estos recuerdos doctrinales, la cuestión que se pretende aclarada en la ley 68 de 1946, no fue nunca la solución interpretativa de un punto legal oscuro, sino la consecuencia inevitable de la aplicación inmediata de la ley que no planteaba ninguna situación de duda respecto de la abolición, en sus fundamentos esenciales, del sistema patrimonial en el matrimonio que consagraba el código civil, inconciliable y de yuxtaposición imposible con el adoptado por la ley 28. Sistemáticamente se rechazó toda solución que implicara la supervivencia, o mejor la resurrección, de los textos del código que contenían los principios primordiales del antiguo régimen, y sin ningún equívoco se expresó la idea de que la recta aplicación de la ley 28 excluía, por contraria a su texto y a su espíritu, la doble clasificación de las mujeres casadas, en razón de la fecha de su matrimonio, para darles o negarles la protección que el nuevo estatuto consagró sin distinciones arbitrarias, en favor de la mujer colombiana al reconocerle capacidad civil en condiciones de igualdad jurídica con su marido. El rechazo de esta tesis de la coexistencia de dos regímenes legales patrimoniales para la mujer casada, incompatibles entre sí y el uno de injustificable inferioridad jurídica, se fundó precisamente en la ausencia de un texto legal expreso que la consagrara.

Este texto ha llegado a la legislación nacional al cabo de tres lustros en el artículo único de la ley 68 del año próximo pasado, cuya interpretación restrictiva recorta y desnaturaliza y hasta destruye los propósitos inspiradores y el alcance lógico de la ley 28 de 1932, que consagró una de las reformas de más vasto alcance dentro de la

organización civil de la República. Quizá sea menos desacertado ver en la ley 68 de 1946 el repudio de una tesis jurídica, que una interpretación auténtica de la ley 28 de 1932.

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 Pereira el 8 de marzo de 1946, 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 su origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.



ACCION SOBRE USO DE LAS AGUAS DE UN RIO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Ya dijo la Corte que en el conflicto de intereses con respecto al uso de las aguas de un río el interés individual está subordinado al público y que por encima de la disposición general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común existe la disposición especial de orden público que limita el uso que una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella a lo necesario para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual prima el interés colectivo.

De las disposiciones de los artículos 892 a 894 del Código Civil se deducen las siguientes consideraciones:

a) Que las aguas que atraviesan distintas heredades son bienes nacionales del Estado, de uso público o social, no susceptibles de ser incorporadas a los patrimonios individuales, ya que los riberanos no tienen sobre ellos sino un derecho de uso, conservando el Estado su carácter de supremo propietario, administrador y distribuidor de esas aguas para beneficio público y de la economía nacional en general;

b) El uso que de las aguas pueden hacer los propietarios de predios riberanos, además de sufrir restricciones en cuanto a las personas y en cuanto a la extensión del mismo uso, está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Esta es una ejemplar subordinación del interés privado al interés general, que tiene su base antes que en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C., en la Constitución Nacional y si, como toda excepción es de estricta interpretación, como norma es de preferente y no eludible aplicación;

c) La ley autoriza al pueblo vecino a una fuente de uso público para expropiar las aguas, previa indemnización de todo perjuicio inmediato. Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, dice el artículo 893 en su parte final, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas en la cantidad que considere necesaria. La Constitución Nacional autoriza la expropiación por graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, con indemnización del valor antes de verificarse la expropiación. El legislador tiene como grave motivo al efecto el de adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de las poblaciones o caseríos (Ley 26 de 1926, además de los casos que enumera el artículo 21 de la Ley 21 de 1917). Pero lo anterior no quiere decir que en todo caso, cuando el Municipio use de las aguas de una fuente sin ser riberano, necesariamente debe haber precedido un juicio de expropiación y que no habiéndolo debe suspenderse el uso de dichas aguas y ordenarse su devolución al cauce natural; porque la expropiación y previa indemnización no se requiere sino cuando alguien tenga derecho a la indemnización y la haya demandado.

Cuando un Municipio no es riberano debe, para aumentar el caudal de sus aguas, solicitar el permiso del caso. Al Gobierno Nacional corresponde la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas, como lo determina el artículo 9º de la ley 113 de 1928. (Decreto número 796 de 1938, reglamentario de la citada ley y artículo 2º de la ley 87 de 1935).

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

En el juicio ordinario seguido por Nicolás Sierra contra el Municipio de Bello, sobre uso y goce de las aguas del arroyo "El Hato", la Corte, por providencia de fecha 26 de febrero de 1946, casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar dictó un auto para me-

jor proveer, por cuanto el proceso no ofrecía la claridad necesaria sobre varios puntos de hecho, que la Sala consideró conveniente dilucidar para ilustrar la decisión de instancia.

Motivó el presente pleito la solicitud del señor Nicolás Sierra encaminada a obtener que se hicieran por la justicia ordinaria las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que la quebrada de 'El Hato' es un bien nacional de uso público en los territorios que ella baña.

"Segundo.—Que como mi finca 'Providencia' o 'Santa Ana' es riberana de la quebrada de 'El Hato', yo tengo derecho a usar y aprovechar sus aguas en ejercicio del derecho de riberanía y de acuerdo con la ley.

"Tercero.—Que el Municipio de Bello está obligado a devolver las aguas que deriva de la quebrada de 'El Hato' al cauce natural de ésta, dentro del mismo predio en que las toma, de manera que yo pueda aprovecharlas en mi finca 'Providencia' o 'Santa Ana'.

"Cuarto.—Que el Municipio de Bello debe pagarme los perjuicios que me ha venido causando, y los que me cause durante el curso del juicio, hasta la ejecución de la sentencia, como consecuencia de haberme privado ilegalmente del uso de las aguas de la quebrada de 'El Hato', es decir de haber desconocido y violado mi derecho de riberanía, según el avalúo que de ellos se haga en este o en otro juicio. En subsidio de las peticiones tercera y cuarta que anteceden, pido que se declare en la sentencia:

"a) Que el Municipio de Bello no tiene derecho en ningún caso, ni bajo ningún concepto, para usar o aprovechar en perjuicio mío el caudal íntegro de las aguas de la quebrada de 'El Hato', y que, por consiguiente, está legalmente obligado a partir o dividir esas aguas conmigo;

"b) Que como consecuencia de la declaración que antecede, el Municipio de Bello está obligado a someterse a la reglamentación que del uso de tales aguas pueden y deben hacer las autoridades de policía, al efecto de que sean equitativamente distribuídas, por cantidades o por turnos, entre el Municipio y yo;

"c) Que las autoridades de policía están obligadas a distribuír esas aguas entre el Municipio y yo, cuando la distribución se haga necesaria, mediante su división en cantidades o el establecimiento de turnos, y en forma tal, que en ningún caso sea irrisoria para mí la reglamentación, sino que sea eficaz, para que yo pueda atender debidamente a mis menesteres domésticos y a la explotación agrícola e industrial de mi finca 'Providencia' o 'Santa Ana' ".

Se funda el demandante para hacer las anteriores súplicas, en que es propietario del predio agrícola "La Providencia", el cual es riberano de la quebrada "El Hato", y tiene, por lo tanto, derecho para gozar del beneficio de tal fuente para riego, cultivos, uso de un tejar, movimiento de maquinaria, aseo de establos y menesteres domésticos de su hacienda. Que el Municipio capta todas las aguas, especialmente a partir del año de 1930, en que una nueva planta de energía eléctrica reclamó el empleo de mayor cantidad de aquel elemento. Que el Municipio carece de derecho para desviar las aguas pues no es riberano, con el agravante de que no cumple con la obligación de devolver el sobrante al cauce común a la salida del predio.

Los fundamentos de derecho los hace depender de que la fuente materia de la disputa es un bien nacional de uso público (artículo 677 del C. C.); que siendo su finca riberana del arroyo en cuestión, tiene derecho a usar sus aguas para fines agrícolas, industriales y en los menesteres domésticos de su predio, al tenor del artículo 892 del C. C. Finalmente, que el Municipio para desposeerlo en el uso y goce de la fuente pública, ha debido expropiar las aguas, indemnizándolo de todo perjuicio inmediato. (Artículo 893, inciso 3º del C. C.).

Surtida la primera instancia, el juez del conocimiento profirió fallo con fecha 12 de agosto de 1939, condenando al Municipio simplemente al pago de los perjuicios causados al demandante, provenientes de haberlo privado del agua durante los veranos a partir del año de 1930.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el actor y el Tribunal, en fallo de fecha 15 de diciembre de 1943, decidió la segunda instancia, revocando el fallo del inferior. En su lugar declaró que el señor Sierra, como propietario de la finca "La Providencia", riberana del arroyo "El Hato", tiene derecho a usar y aprovechar las aguas, de acuerdo con la ley, y que, en consecuencia, el Municipio está obligado a devolver las aguas que deriva de la mencionada corriente a su cauce natural, dentro del mismo predio en que las toma, y en cuanto ellas sean indispensables para su aprovechamiento en la finca

"Providencia" del mencionado riberano, o "a cesar en la derivación del caudal de aquella quebrada, que se requiera para las necesidades del predio del señor Sierra, señalando al efecto un término de quince días para el cumplimiento de la orden.

Recurrida la sentencia, la Corte la casó, y en su lugar, como atrás se dijo, dispuso, como cuestión previa para dictar la decisión de fondo, que se practicara en el lugar del litigio una inspección ocular por el personal de Magistrados que integran la Sala Civil, asesorados por peritos ingenieros que oportunamente designaron las partes.

En la diligencia de inspección la Sala observó, entre otras cosas, lo siguiente:

"1.—.....

"2.—En el trayecto comprendido entre la bocatoma del Municipio y la del señor Sierra hay propiedades de otras personas que se aprovechan del caudal que sigue corriendo por el cauce de la quebrada.

"3.—Las aguas que desvía el Municipio son utilizadas en dos pequeñas plantas eléctricas, la nueva y la de El Calvario, de uso público ambas. Y el agua con que se mueven es utilizada posteriormente para el Acueducto Municipal.

"4.—De la toma municipal se desvían varios acueductos de particulares.

"5.—Aproximadamente dos kilómetros abajo de la bocatoma del Municipio, el señor Sierra capta las aguas de la quebrada 'El Hato' en su totalidad y las destina para los siguientes usos: para irrigación de praderas y sembradíos de pastos de corte; para surtir de agua una bañadera y sus dependencias; para abrevaderos de ganados; para uso de una pila ornamental; para el baño con manguera de los animales y lavado de los pisos de los establos; para beneficio de una alfarería; y, por último, se emplea en la época de abundancia de aguas para dar movimiento a una rueda hidráulica de antigua construcción. Los sobrantes de todos estos servicios vuelven al cauce acostumbrado dentro del mismo predio. La maquinaria del trapiche, cuando no existe agua suficiente, se mueve mediante el empleo de fuerza eléctrica.

"6.—Las aguas después de ser utilizadas por el Municipio y por lá hacienda 'La Providencia', son empleadas en diferentes servicios por la Fábrica de Tejidos El Hato".

Los peritos ingenieros, de mutuo acuerdo, rindieron su dictamen, del cual se desprende:

a) Que el arroyo denominado "El Hato" tiene una cantidad de agua suficiente, aun en tiempo de verano, para llenar las necesidades de la población de Bello y las del predio riberano "La Providencia" o "Santa Ana".

b) Que medido el volumen de agua del mencionado arroyo antes de la captación que realiza el Municipio, se halló que tiene un caudal de 338 litros por segundo, de los cuales se distraen por el cauce o toma municipal 227 litros para sus necesidades y las de numerosos particulares, entre otros el Ferrocarril de Antioquia y la Fábrica de Tejidos "El Hato", que disfrutan de las mismas aguas.

c) Que por el cauce natural del arroyo continúan corriendo 111 litros por segundo, que se aumentan, más abajo, con el caudal de algunos tributarios en la cantidad de 37,87 litros por segundo, los cuales sumados a la cantidad que sigue corriendo por el cauce después de la captación hecha por el Municipio, arrojan un volumen de 148,87 litros por segundo, que los toma íntegramente el señor Sierra.

d) Que el Municipio tendría suficientemente con un caudal de 202 litros, sin contar el gasto de terceros que toman el agua del cauce municipal y que el predio "La Providencia" puede llenar la totalidad de sus necesidades con la cantidad de 129,33 litros por segundo.

e) Hicieron constar los mismos peritos, que la finca "La Providencia" no tiene plantaciones de caña de azúcar; que la que se beneficia en el molino del predio, es transportada de otro inmueble situado a orillas del río Medellín, no riberano de la fuente "El Hato".

Como puede observarse, el estudio de la cuestión encomendada a los expertos fue completo y todos los puntos sometidos a su consideración fueron absueltos satisfactoriamente. En la oportunidad procesal se puso en conocimiento de las partes el concepto pericial, y el término respectivo transcurrió sin que se hubiera hecho reparo alguno.

Se desprende de allí, como conclusiones generales, las de que las aguas son suficientes para las necesidades de los dos litigantes; que el Municipio, para sus servicios más indispensables, toma 227 litros, dejando correr por el cauce de la quebrada 11 litros, cantidad que unida a la de al-

gunos tributarios, es suficiente para los usos a que la destina el señor Sierra. Que para la conveniencia general sería de interés una regularización y reglamentación del uso de las aguas, especialmente en lo referente al grupo de derechantes conocido en el expediente con el nombre de comuneros.

Como puede colegirse de los antecedentes del litigio, se plantean en este negocio cuestiones jurídicas de enorme trascendencia, referentes al régimen legal de aguas de uso público, a la naturaleza de los derechos que sobre esos bienes pueden adquirir o tener los particulares y las poblaciones en beneficio de sus habitantes y la competencia de la autoridad administrativa o de la judicial para dirimir las cuestiones que puedan suscitarse en el uso y goce del bien público en referencia.

Importa recordar, para los fines de la decisión, que en la sentencia dictada por la Sala en este mismo asunto, por medio de la cual se casó la del Tribunal, se consideró que en el conflicto de intereses con respecto al empleo de las aguas, el interés individual está subordinado al público. Que por encima de la disposición de orden general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común, existe la disposición especial de orden público, que limita el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, cuando éstas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino; caso en el cual prima el interés colectivo.

Que habiendo dispuesto el Tribunal en la sentencia de segunda instancia que decidió el pleito, que el Municipio estaba obligado a devolver las aguas de la quebrada "El Hato" al cauce natural, dentro del mismo predio en que las toma (o sea la pequeña faja de propiedad municipal donde se construyeron las obras de captación), "en cuanto éstas fueren indispensables para su aprovechamiento en el predio de "La Providencia", la Corte consideró ilegal tal determinación y dispuso casar la sentencia, como se pidió en el recurso, por violación del artículo 893, inciso 3º del C. C.

Importa para los fines de este fallo, determinar los principios generales que informan la reglamentación del uso de las aguas en Colombia.

Se llaman bienes de la Unión, aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además, su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.

Se desprende de lo anterior, que los bienes de la Unión son bajo este aspecto de dos clases: de dominio público, o de dominio privado del Estado, incluyéndose en este último, el de las demás entidades de derecho público, departamentos y municipios. Dentro de la primera categoría de bienes se hallan todas aquellas cosas que tengan la aptitud de satisfacer usos de utilidad pública o general y que pertenezcan en propiedad al Estado.

Entre tales bienes se encuentran los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, con excepción de las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. Los artículos 892 a 894 del C. C., consagran los derechos y obligaciones que en lo relativo al uso y goce de las aguas nacionales otorgan las leyes, ya a los habitantes de un pueblo vecino, como a los riberanos.

La jurisprudencia ha interpretado estas disposiciones en el sentido de que el derecho que otorga a los riberanos para el uso de tales aguas, queda sujeto a tres requisitos, a saber: que el agua se dedique exclusivamente a los menesteres domésticos e industriales del fundo; que se haga de tales aguas un uso conveniente, es decir, que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres; y que el agua se tome dentro del predio y se devuelvan los sobrantes al cauce de origen dentro del mismo fundo.

Cumplidas estas condiciones es como el riberano puede hacer uso de las aguas.

Pero estas facultades del riberano para el empleo de las aguas, está limitado, entre otras circunstancias, cuando ellas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino; pero en este caso se dejará una parte a la heredad y se le indemnizará de todo perjuicio inmediato.

El artículo 893, inciso 3º del C. C., dice: "El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, se limita:

"1.—.....

"2.—.....

"3.—Cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un

pueblo vecino; pero en este caso se dejará una parte a la heredad, y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato".

De las disposiciones que se acaban de citar, se desprenden las siguientes consideraciones:

a) Que las aguas que atraviesan distintas heredades son bienes nacionales del Estado, de uso público o social, no susceptibles de ser incorporadas a los patrimonios individuales, ya que los riberanos no tienen sobre ellos sino un derecho de uso, conservando el Estado su carácter de supremo propietario, administrador y distribuidor de esas aguas para beneficio del público y de la economía nacional en general;

b) El uso que de las aguas pueden hacer los propietarios de predios riberanos, además de sufrir restricciones en cuanto a las personas y en cuanto a la extensión del mismo uso, está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Esta es una ejemplar subordinación del interés privado al interés general, que tiene su base antes que en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C., en la Constitución Nacional, y si, como toda excepción es de estricta interpretación, como norma es de preferente y no eludible aplicación.

c) La ley autoriza al pueblo vecino a una fuente de uso público, para expropiar las aguas, previa indemnización de todo perjuicio inmediato.

Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, dice el aparte final del artículo 893, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas, en la cantidad que considere necesaria.

La Constitución Nacional autoriza la expropiación por graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, con indemnización del valor antes de verificarse la expropiación. El legislador tiene como grave motivo al efecto, el de adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de las poblaciones o caseríos (ley 26 de 1926, además de los casos que enumera el artículo 21 de la ley 21 de 1917).

Pero lo anterior no quiere decir que en todo caso, cuando el Municipio use de las aguas de una fuente sin ser riberano, necesariamente debe haber precedido un juicio de expropiación, y que no habiéndolo debe suspenderse el uso de dichas aguas y ordenarse su devolución al cauce natural; porque la expropiación y previa indemnización no se requiere sino cuando alguien tenga derecho a la indemnización y lo haya demostrado.

En el presente caso no se ha demostrado que el Municipio al tomar las aguas de la fuente "El Hato", para el movimiento de sus máquinas y demás necesidades de la población, estaba en el caso de expropiar el uso que el señor Sierra estaba a su vez disfrutando de las mismas aguas como riberano, ni tampoco se demostró que se hubieran causado perjuicios inmediatos para la utilización de las aguas por la entidad pública.

No siendo riberano el Municipio, ha debido, para aumentar el caudal de sus aguas, solicitar el permiso del caso. Al Gobierno Nacional corresponde la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas, como lo determina el artículo 9º de la ley 113 de 1928. (Decreto 796 de 1938, reglamentario de la citada ley y artículo 2º, ley 87 de 1935. Véanse las sentencias de la Corte publicadas en los números 1930, página 922 y 1980, página 588 de la G. J.).

Pero habiéndose captado las aguas por la población de Bello, sin perjuicio del riberano, éste carece de interés jurídico para oponerse a tal hecho, máxime si, como se ha dicho, el Municipio tiene prelación para su uso.

En el pleito en estudio, entre un particular que tiene, como propietario de un predio riberano derecho al uso de las aguas de determinada fuente, y el Municipio demandado, que a la vez necesita de ellas para los menesteres públicos más urgentes e imprescindibles, se presenta la siguiente situación de hecho que se desprende del proceso y en especial de la inspección ocular, y de la prueba pericial complementaria, que practicó esta Sala en los días 17 y 18 de junio del año próximo pasado:

I.—Que la cantidad de agua que conduce el riachuelo de "El Hato", es suficiente para las necesidades del Municipio de Bello y del predio riberano.

II.—Que no se han causado perjuicios inmediatos al propietario del predio inferior con la captación que el Municipio realiza para sus necesidades.

III.—Que la reglamentación solicitada no es del resorte de las autoridades judiciales, porque la ley 113 de 1928 y el Decreto-ley 1381 de 1930, la atribuyen a la rama administrativa. De aquí que no sea del caso proveer en esta sentencia a lo que solicita al respecto como petición subsidiaria la demanda inicial de este juicio. En este sentido se pronunció también esta Sala en sentencia de 7

de noviembre de 1946, G. J., tomo 61, páginas 421 a 424).

Lo dicho es suficiente para que esta Sala pronuncie la siguiente decisión:

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, como Tribunal de instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de primera instancia y falla el pleito así:

a) Absuélvese al Municipio de Bello de los cargos aducidos tanto en la demanda principal como en la subsidiaria. No hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas.

b) En cuanto a la reglamentación del uso de las aguas, los interesados pueden ocurrir a las autoridades administrativas correspondientes.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION

No basta la inclusión de bienes en los inventarios del causante de un juicio de sucesión para que prospere la reivindicación de ellos, sino que es preciso comprobar el dominio del causante. De lo contrario sería sencillo a cada cual hacerse a cuantos bienes deseara con sólo relacionarlos en la mortuoria de alguien de quien sea heredero y adjudicárselos en la partición y obtener el decreto de posesión efectiva. (Artículo 968, C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Zipaquirá desató con fallo absolutorio de 27 de julio de 1945 el presente juicio ordinario de Alejandro Méndez contra Carlos J. Ramírez, Irene Ramírez y Julio Prieto y contra Mercedes Espinosa viuda de Méndez y Adolfo Gaitán, sobre reivindicación de los inmuebles ubicados en Cajicá que el libelo alinda; y el Tribunal Superior de Bogotá confirmó ese fallo en el de 14 de octubre de 1946, contra el cual el abogado del actor interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

Juzgado y Tribunal se fundan en no haber acreditado el demandante su dominio, por lo cual, faltando este elemento, el primero de los que configuran la acción reivindicatoria, absolvieron sin lugar a estudiar la prescripción adquisitiva opuesta por los demandados, porque las excepciones, que se encaminan a enervar la acción, no son de tomarse en cuenta cuando ésta no existe.

El recurrente aduce los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

El motivo 2º es visiblemente improcedente, porque consiste en la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas, y, en lo general, con ser absolutoria queda desde luego descartada esa posibilidad, a que se agrega que en tal yerro incurre el fallo que deja de decidir sobre algo de lo controvertido o se extiende a algo que no se pidió o a más de lo solicitado, nada de lo cual sucede aquí. El recurrente quiere fundarse en no haberse decretado una nulidad que el sentenciador, como se verá en seguida, no podía ni considerar siquiera, por no haberse incoado esta acción.

Cuanto al motivo 1º, se considera:

Acusa el recurrente de violación de numerosas disposiciones legales, tanto directa como por obra de error en la apreciación de ciertas pruebas. Entre aquéllas figuran en primer lugar las relativas a nulidad y reivindicación que, según el recurrente, dejaron de aplicarse al cerrar el paso a estas acciones.

Méndez sostiene haber demostrado su dominio por haber traído en legal forma las hijuelas que en la mortuoria de su madre natural María Librada Méndez le adjudicaron los dos terrenos materia del presente juicio, ubicado uno en el partido de Chuntamen y denominado el otro La Capilla. El Tribunal no los encontró suficientes ni adecuados o constitutivos de prueba de ese dominio, porque el predio de Chuntamen lo había vendido María Librada Méndez a Bonifacio Chaves, de quien procede por transferencias sucesivas el título de los actuales demandados Adolfo Gaitán y Mercedes Espinosa; y porque, si bien el predio de La Capilla se relacionó y adjudicó en esa mortuoria íntegramente, ello es que el título de la causante, que fue adjudicación en la mortuoria de su hermano Rafael Méndez, se limita a derechos y acciones en ese fundo. Y como meros derechos o cuota no pueden convertirse en el todo y, por otra parte, lo que enajenó una persona no puede pasar a su heredero ni figurar válidamente entre los bienes relictos, el sentenciador dedujo de éstos sencillos e incuestionables reparos que el demandante no ha comprobado el dominio que alega, lo que vale como decir que no le asiste la acción que ejerce.

El recurrente sostiene la nulidad de la venta de Librada Méndez a Chaves y que ha debido declararse esta nulidad. De ahí el fundamento a que se aludió aquí al hablar del motivo 2º. Pero acon-

tece que en manera alguna formula esta petición la demanda inicial, por lo cual, como ya se dijo, la sentencia no podía decidir al respecto ni siquiera estudiar ese problema, según preceptos universales de derecho que informan lo que al respecto establece nuestro C. J. en su artículo 471.

La demanda inicial no contiene más súplicas que éstas: declaración de que los demandados están obligados a entregar al demandante los mencionados predios y condena a pagarle el valor de los frutos de los mismos y las costas del juicio, si se oponen.

Es verdad que en el hecho primero dice que Librada Méndez fue demente; pero, a más de que mencionar este detalle en uno de los hechos del libelo no es demandar nulidad, es de anotarse que ese hecho habla de tal demencia en términos generales, sin aludir siquiera a la venta a Chaves ni a ninguna otra y, además, que concluye diciendo que si la señora celebró algunos negocios, éstos se declararon nulos judicialmente. Se advierte que en el proceso no hay prueba alguna de que se haya seguido juicio sobre nulidad de la venta a Chaves ni, por tanto, de que tal nulidad se haya declarado.

Así las cosas, hasta sorprende que a estas horas de la litis se tome esa nulidad como motivo de acusación por no haberse declarado y como violación de las aludidas disposiciones legales, relativas a nulidad, en tal sentido, y a reivindicación, cargo que consiste en no haberse acogido esta acción, no obstante no haber probado el actor su dominio.

A lo antedicho sobre imposibilidad de convertir meros derechos o cuotas en la totalidad del respectivo inmueble, es de agregarse este detalle: según el demandante mismo, el predio de La Capilla en que a su madre no se habían adjudicado sino derechos y acciones y que en la mortuoria de ella su hijo, el actual demandante, relacionó el todo, es un fundo en que él ocupa una porción de fanegada y media y los demandados Ramírez y Prieto ocupan una extensión de unas dos y media fanegadas.

El abogado recurrente, en la mira de sostener su cargo de errónea apreciación de las pruebas del dominio del demandante, dice que su hijuela ha de leerse, y así la de su madre en la mortuoria de Rafael Méndez, como adjudicación del derecho de dominio que éste tenía en el terreno de La Capilla, y no con la limitación implicada por la expresión derechos y acciones en este fundo, porque a ninguno de los demás interesados en la mortuoria de Rafael se les adjudicó parte de esta finca, lo que obliga a reconocer que toda fue para su hermana Librada. Ese razonamiento es inadmisible, no sólo porque no hay constancia de que Rafael fuera dueño del todo y a ninguno de sus otros causahabientes se les adjudicara algo de La Capilla, circunstancias que, aun comprobadas, no serían sino un indicio de que a Librada se le hubiera querido adjudicar el total, sino también y principalmente, porque la hijuela que se formó a Librada y que se registró y que, por ende, constituye el título de lo que dejó al morir, contiene inequívocamente una limitación a derechos y acciones, reñida con el concepto de abarcar la totalidad, y sobre esa limitación no puede pasar el sentenciador, obligado como está a estimar cada prueba como ella figura en el proceso y a sentenciar como preceptúa el C. J. en su artículo 593.

Vigente como está la enajenación mencionada de Librada a Chaves, no es posible reputar a Méndez dueño de lo que ella así enajenó, tan sólo porque Méndez tuviera a bien incluír entre lo dejado por ella a su muerte el inmueble de que se había desprendido. Para un juicio como el presente no basta esa inclusión, sino que debe comprobarse el dominio del causante. De lo contrario, sencillo sería a cada cual hacerse a cuantos bienes deseara con sólo relacionarlos en la mortuoria de alguien de quien sea heredero y adjudicárselos en la partición u obtener el decreto de posesión efectiva. (C. J., artículo 968).

Si no se demandó nulidad alguna, si se ejerció directa y exclusivamente la acción reivindicatoria y si el demandante no ha demostrado dominio, no puede prosperar ninguno de los cargos que se formulan contra un fallo absolutorio que, cabalmente en fuerza de las mismas disposiciones que el recurrente señala como quebrantadas, tenía que ser absolutorio.

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 catorce de octubre último.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

ACCION REIVINDICATORIA.— CAUSAL DE INCONGRUENCIA

Ya ha dicho la Sala que la incongruencia como causal de casación, sólo puede existir cuando en la sentencia se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja de resolver sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena en más de lo pedido o no se falla sobre alguna excepción oportunamente alegada. También ha dicho la Sala en jurisprudencia constante que el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Ricardo Mora y Tránsito León contrajeron matrimonio el 15 de agosto de 1912. Mora compró a María Teresa Vargas, el 17 de julio de 1928, por escritura número 1308 de la Notaría Quinta de Bogotá, un solar situado en la calle 1ª de esta ciudad y determinado por ciertos linderos. El 16 de diciembre de 1939, el mismo Mora vendió al Municipio de Bogotá, por escritura número 1469 de la Notaría Primera de Bogotá, una zona de terreno que constituye la finca marcada con el número 7-75-A de la calle 1ª, destinada por el Municipio para la apertura de una vía pública Aunque el vendedor declaró que había adquirido la zona vendida en virtud de la compra hecha a María Teresa Vargas, en la escritura de venta aparece individualizada por linderos diferentes de los que trae aquella compra.

La señora Tránsito León de Mora, por medio de apoderado, demandó a su esposo Ricardo Mora y al Municipio de Bogotá, para que se declarara la nulidad de la venta del lote de terreno número 7-75-A de la calle 1ª, celebrada entre Mora y el Municipio, para que éste entregara a la sociedad conyugal Mora-León, en consecuencia, el terreno con sus frutos naturales y civiles, y para que los demandados le pagaran solidariamente las costas; en subsidio de la primera declaración, solicitó que el Municipio le entregara la mitad del lote.

Se fundó la demanda en que el terreno comprado por el Municipio pertenecía a la sociedad conyugal que se había formado entre la demandante y el demandado Mora por el hecho de su matrimonio católico, y en que el marido había verificado la venta sin consentimiento de la demandante, quien no había transferido, por otra parte, el derecho que como cónyuge tenía sobre la mitad del solar.

Los demandados fueron absueltos de todos los cargos de la demanda, en sentencia del 29 de enero del 45, pronunciada por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá. Apelado este fallo por la parte demandante, fue reformado y adicionado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 6 de julio de 1945, en que niega las peticiones de la demanda y en consecuencia absuelve a los demandados de los cargos que en ella se les formulan.

La parte demandante recurrió en casación ante la Corte y como el recurso está ya debidamente sustanciado, la Sala procede a decidirlo.

El Tribunal consideró que la venta de un bien adquirido por la sociedad conyugal con anterioridad al 1º de enero de 1933, efectuada por el marido con posterioridad a esta fecha, sin el consentimiento de su mujer, es una venta de cosa ajena que vale sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño o sea la sociedad; que es inobjetable la acción de la mujer casada, como coadministradora de la sociedad conyugal para reivindicar, para la sociedad el inmueble vendido por el marido en las circunstancias dichas; pero que en el caso presente la actora no probó la identidad entre el terreno que era objeto de su demanda y el solar comprado por Mora a María Teresa Vargas en 1928.

El recurrente invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., que se consideran en seguida en su orden lógico.

Segunda causal.—Dice el recurrente que la sentencia violó el ordinal 2º del artículo 520 del C. J. porque absolvió a la parte demandada fundándose en la falta de prueba de la identidad entre el terreno reivindicado y el terreno delimitado en el título aducido como prueba de la propiedad, punto sobre el cual no hubo discrepancia alguna entre las partes, ni entró en las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

No puede existir violación del ordinal 2º citado, que se limita a establecer precisamente la causal de casación llamada de incongruencia; en ese caso lo que se deja de aplicar es la disposición legal que determina el modo como deben dictarse los fallos judiciales, o sea el artículo 471 del C. J.

Por el modo como el recurrente formula el cargo, se ve claramente que no da a la segunda causal su genuino significado por estimar como pretensiones de los litigantes el hecho de que no hubieran disputado sobre la identidad mencionada. Pero las pretensiones no son los hechos que puedan servir de fundamento a una demostración probatoria o a una conclusión jurídica, sino las solicitudes que se hacen en la demanda o en la reconvención, los medios de defensa que opone el demandado, sobre los cuales ha de pronunciarse el fallo de modo claro y preciso. Por eso la causal de incongruencia se estudia comparando la parte resolutiva del fallo con las súplicas de la demanda, o las excepciones opuestas en la contestación, o en otra oportunidad legal. Pero esa comparación no es la que implica el cargo en consideración, porque uno de los términos que pone el recurrente no son los derechos que creía tener la demandante, según lo pedido en el libelo, sino la ausencia de disputa entre las partes acerca de la identidad. Lo que muestra más claramente la improcedencia del cargo.

Ya ha dicho esta Sala que la incongruencia, como causal de casación, sólo puede existir cuando en la sentencia se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja de resolver sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena en más de lo pedido o no se falla sobre alguna excepción oportunamente alegada. Ahora bien, en ninguno de estos casos puede comprenderse el motivo en que el recurrente sustenta esta causal. Para resolver sobre la reivindicación el Tribunal tenía que considerar si la prueba del dominio alegado por la demandante correspondía al terreno delimitado en la demanda, punto comprendido implícitamente en la acción reivindicatoria.

Finalmente, la sentencia acusada es absolutoria y en este caso no procede la segunda causal de casación, como lo tiene decidido una jurisprudencia constante, pues el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado.

Primera causal.—El recurrente alega violación de ley sustantiva por cuanto el fallo negó la declaración de nulidad de la venta de Mora al Municipio, sin consentimiento de la actora, siendo así que el vendedor había perdido el carácter de administrador único de la sociedad conyugal propietaria del inmueble, que la disposición de los bienes sociales se hace por los dos esposos simultáneamente, y que es contradictorio considerar ilegítima la venta, según el espíritu de la nueva ley de régimen patrimonial en el matrimonio, y no declarar la nulidad invocada.

También alega el recurrente que hubo en la sentencia una interpretación errónea de la prueba y hace consideraciones sacadas del contenido de la escritura de venta otorgada por Mora al Municipio y de otras pruebas que se encuentran en el cuaderno segundo y que no especifica.

Bastan dos razones para declarar inadmisible el cargo. Es la primera que el recurrente no citó los textos de la ley sustantiva que estima infringidos, como consecuencia de las razones que alega, exigencia formal que para el recurso de casación hace el artículo 531 del C. J. y que no puede satisfacerse con la cita general de la Ley 28 de 1932, o de la doctrina que acerca de esta Ley ha sostenido la Corte, ni con alusiones vagas al espíritu de la ley de régimen patrimonial en el matrimonio. Es la segunda, que de la supuesta apreciación errónea de la prueba en general, el recurrente no dedujo violación de ley sustantiva alguna, consecuencia que ha debido sacar para que su recurso quedara acomodado a la regulación establecida por el inciso segundo del ordinal 2º del artículo 520 del C. J.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por la parte actora y se niega a casar la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el seis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

SEPARACION DE BIENES

Guía de interpretación son los principios del derecho natural, conforme al artículo 4º de la ley 153 de 1887. En la interpretación de los contratos el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, reza el art. 1620 del C. C. Si el vocablo ABSOLUTO de que se vale el artículo 154 en su causal antes transcrita, se tomase en el sentido estrecho y rígido que le atribuye el recurrente, lógicamente quedaría en el hecho abrogada esa disposición. Y nada es tan ajeno o contrario a la hermenéutica como interpretar una ley en forma que conduzca a negarla.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora Georgina Gutiérrez de García demandó en vía ordinaria al señor Maximino García, su marido, para que se decrete la simple separación de bienes entre ellos y la entrega a la señora de los que le correspondan como gananciales y los de su exclusiva propiedad que él explota y usufructúa, y con el calificativo de subsidiaria formula la súplica de decreto de liquidación de la sociedad conyugal y de entrega de tales bienes.

Los hechos fundamentales se resumen así: 1º La demandante y el demandado se casaron católicamente el 27 de agosto de 1913 y tuvieron tres hijos llamados Eliseo, Ciro y Edilia; 2º García abandonó por completo a su mujer y a sus hijos, lo que llevaba más de diez años al presentarse la demanda (diciembre 6 de 1943); 3º Ese abandono tiene por causa que él vive con una concubina con quien malgasta el fruto de su trabajo y los productos de algunas de las fincas de su mujer legítima que él conserva, y 4º A pesar de la Ley 28 de 1932 él ha continuado explotando en su provecho exclusivo y de su manceba los bienes herenciales de su mujer legítima, salvo la finca que le devolvió a poder de esfuerzos de los mismos hermanos de él.

Admitida la demanda en el Juzgado 1º del Circuito de Bucaramanga, García por medio de apoderado la contestó oponiéndose y en cuanto a los hechos, dijo: "El 1º es cierto, el 2º no es cierto, el 3º lo ignoro y debe ser probado, y el 4º es cierto en parte".

Al mismo tiempo presentó demanda de reconvención para que, si se decreta la liquidación de la sociedad conyugal, a favor de ésta y a cargo de la señora Georgina se reconozcan estos créditos: lo gastado en la adquisición y defensa judicial de las fincas llamadas La Caiceda y El Uvo, así como en las edificaciones, plantaciones y mejoras en general hechas en las mismas; y para que se reconozca a García el derecho de retener la finca de El Uvo como garantía de tales créditos.

Tramitada la instancia, el Juzgado la cerró con fallo de 20 de febrero de 1946, cuya parte resolutiva se resume así: 1º Declara la simple separación de bienes y ordena que, en consecuencia, se proceda a liquidar la sociedad conyugal; 2º Ordena entregar a la señora sus bienes propios y los que le correspondan en la liquidación como gananciales; 3º Reconoce "a favor de la sociedad el valor de los precios, saldos, costos judiciales y expensas de toda clase que se hubieren hecho en la adquisición de los bienes de exclusiva propiedad de cualquiera de los cónyuges"; 4º Reconoce a favor de la sociedad $ 1.139 como valor total de las mejoras incorporadas a los bienes propios de la señora. Advierte que la liquidación será judicial si los consortes no acuerdan hacerla extrajudicialmente.

Por apelación de ambas partes se surtió la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien en fallo de 16 de julio del mismo año desató la controversia así: confirmó la sentencia del Juez en sus puntos 1º y 2º, es decir, en cuanto decreta la separación de bienes, la liquidación de la sociedad y la entrega a la señora de sus bienes propios y de los que le toquen por gananciales, y en

cuanto a lo solicitado por la contrademanda, reformó, limitando la condena pronunciada por el Juez en esta forma: la señora debe a la sociedad $ 120 pagados para completar el precio de adquisición de La Caiceda, más lo que se invirtiera en el pleito sobre esta finca, que no puede pasar de los $ 480 señalados en la contrademanda, y la mejora de la misma finca consistente en la edificación de una casa de habitación, sumas que se estimarán por peritos dentro del inventario que se haga para la liquidación de la sociedad. Declara que la señora no debe recompensa por los demás gastos a que se refiere la reconvención, y niega a García el derecho de retención de El Uvo. Sin costas.

El abogado de García interpuso casación, recurso que hoy se decide.

Antes de estudiar sus cargos y para mayor claridad en esa tarea, deben relatarse ciertos antecedentes, a saber:

A la señora Georgina se adjudicaron las fincas llamadas La Caiceda y El Uvo en pago de sus derechos herenciales en la causa mortuoria de sus abuelos Ramón y María Bernardina Gutiérrez y de su padre Justo Gutiérrez, respectivamente. Estas mortuorias se protocolizaron en Bucaramanga, en su orden, así: ante el Notario 1º por instrumento número 596 de 20 de mayo de 1916, y ante el Notario 2º con el número 49, el 25 de enero de 1919.

Como el precio de La Caiceda excedía al valor del derecho de la adjudicataria Georgina, se le impuso en la partición el pago del exceso a otros interesados. Como este pago se hizo durante la sociedad conyugal de que aquí se trata, el Tribunal reconoce a favor de ésta la respectiva suma.

Y como durante la sociedad ocurrió un juicio ordinario incoado por Pascual Castillo sobre esa finca, lo gastado en defenderla lo reconoce también el Tribunal con la mencionada limitación a $ 480, de que no podrán pasar los peritos el día de su avalúo, porque a esa cifra dice el contrademandante que ascendió este gasto.

También se reconoce en favor de la sociedad lo que en tal avalúo se fije como gastado por ella en la edificación de la casa de la misma finca.

Para reconocer estas recompensas a cargo de la señora y a favor de la sociedad conyugal en su liquidación, el Tribunal se ajustó a lo que disponen los artículos 1801 y 1802 del C. C., por lo cual, en lo tocante a la edificación de la casa advierte, de acuerdo con la segunda de esas disposiciones (artículo 1802), "en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor a la fecha de la disolución de la sociedad, a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas".

Para negar lo solicitado en la contrademanda en razón de otras expensas hechas durante la sociedad en las fincas de la señora, el Tribunal se funda en que la sociedad es usufructuaria de esos bienes, por lo cual está obligada a ese pago, conforme al numeral 4º del artículo 1796 del C. C., a más de que, conforme al artículo 854 **ibídem,** "corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo".

Quedan vistos los antecedentes del pleito y los fundamentos del fallo del Tribunal en lo atañedero a la contrademanda.

Cuanto al decreto de separación de bienes y consecuencial liquidación de la sociedad, el Tribunal acogió la causal 4ª de las del divorcio señaladas en el artículo 154 del C. C., que lo son también de separación de bienes desde que entró a regir la Ley 8ª de 1922, cuyo artículo 2º así lo dispone. Esa causal consiste, dentro de lo pertinente a este juicio, en "el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre." Aunque la demanda también aduce el amancebamiento del marido, que es la 2ª causal de las de dicho artículo 154, el Tribunal, hallando justificada aquélla (la 4ª) y que las probanzas traídas sobre ese amancebamiento no alcanzan a demostrarlo, si bien concurren a la comprobación de aquella otra causal, decretó lo demandado fundándose en el abandono.

La demanda de casación, invocando el motivo 1º del artículo 520 del C. J., formula dentro de él el cargo de violación de estas disposiciones legales: a) De dicho artículo 154, por interpretación errónea y aplicación indebida, en cuanto, requiriendo él que el abandono de que habla sea **absoluto,** el Tribunal lo aplica a pesar de que García atendió a su hija Edilia en su educación; b) De los artículos 593 y 595 del C. J., en cuanto consideró obligado a García a probar, siendo así que la carga de la prueba es de la señora, no sólo como demandante, sino porque el abandono consiste en hechos positivos que implican afirmaciones cuya prueba debió dar ella y no dio; y c) De

los artículos 2417 y 970 del C. C. por haberse negado a García el derecho de retener El Uvo.

Se considera:

Abundante número de testigos que dan la razón de su dicho y llenan los demás requisitos legales, declaran en forma de dejar plenamente comprobado en ley que García abandonó a su mujer y a sus hijos al extremo de no proveer en nada a su sustentación o manutención siquiera, dicen también que sólo por esfuerzo de sus hermanos entregó a la señora una de sus fincas, La Caiceda, que le produce últimamente $ 200 anuales y antes sólo $ 150; que de los hijos uno es epiléptico y cayó en enajenación mental; que García retiene en su exclusivo provecho la otra finca de la señora, y que tal es la conducta de él desde más de diez años antes de comenzar este pleito.

Pretende el recurrente que esto no es absoluto abandono por García de sus deberes de esposo y de padre, porque a su hija Edilia le costeó la escuela primaria y después una clase de modistería.

Inaceptable semejante interpretación de que el abandono no es absoluto y la tesis de que, por lo mismo, no es el caso del artículo 154, quebrantado por haberse aplicado indebidamente.

Tales tesis e interpretación acabarían con la aplicabilidad de esa disposición y la harían irrisoria. Nunca o rarísima vez sería aplicable, si sus efectos quedaran conjurados con un paso como el que dio García a manera de favor excepcional para uno de sus hijos y con sólo darlo resultara cumpliendo los deberes que, así fuese la naturaleza tan sólo, tiene sobre sí el padre para con todos sus hijos, y para con su mujer el marido, no sólo en cuanto se refiere a manutención o a materialidad de la vida, sino en cuanto moral y socialmente significa la atención personal permanente, la dirección, el ejemplo, en una palabra, lo que se cifra en la voz hogar.

Un insignificante gasto a través de lustros enteros hecho para uno de los hijos, no para todos, no puede en manera alguna destruír el concepto de abandono relativo a los hijos y, mucho menos, respecto de la esposa.

Guía de interpretación son los principios de derecho natural, conforme al artículo 4º de la Ley 153 de 1887. En la interpretación de los contratos el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, reza el artículo 1620 del C. C. Si el vocablo **absoluto** de que se vale el artículo 154 en su causal transcrita, se tomase en el sentido estrecho y rígido que le atribuye el recurrente, lógicamente quedaría en el hecho abrogada esa disposición. Y nada es tan ajeno o contrario a la hermenéutica como interpretar una ley en forma que conduzca a negarla.

Se rechaza, pues, el cargo de violación del citado artículo 154.

Al respecto debe advertirse que se ha estudiado, a pesar de que, en rigor de verdad, faltó para su formulación la acusación de error en la apreciación de las pruebas aludidas, puesto que si García funda su reparo en que su abandono no fue absoluto, ha debido comenzar por atacar de error de derecho o de error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos la estimación de las pruebas en que apoya su curioso concepto de no haber abandono, al menos como en su sentir debe ser, para que exista la causal referida.

Tampoco prospera el cargo de quebranto de los artículos 593 y 595 del C. J. Para no acogerlo bastaría observar que no es verdad que el Tribunal haya invertido la carga de la prueba eximiendo de ella a la demandante y exigiéndosela al demandado. La actora comprobó el abandono en la forma atrás aludida. El reo, por su lado, comprobó lo ya visto en relación con uno de sus hijos (Edilia). Otra cosa es que esto no pueda entenderse como algo que reste al abandono respecto de sus hijos la calidad de abandono o que ello pueda significar algo contra el abandono respecto de su mujer.

El Tribunal no impuso a García la carga de la prueba del abandono ni libró de ella a la señora. Simplemente advirtió respecto de aquél que podía haber probado en contrario, esto es, haber destruído con pruebas lo que acreditan las de su contraparte. Y esa posibilidad de contraprobar se ve en el esfuerzo de él para hacerlo respecto de la escuela y clase de modistería de Edilia. Si acaso por ventura hubiera hecho algo más en el cumplimiento de sus deberes, todo indica que no habría quedado silencioso ni inactivo para alegarlo y probarlo.

Tampoco es aceptable el cargo relativo a la retención. El artículo 2417 del C. C. es terminante en el sentido de que no la hay ni puede haberla sino cuando la ley la establece expresamente, por lo cual, no estableciéndola en un caso como el que se estudia, tiene que reconocerse la legalidad de su negativa. El recurrente cree aplicable aquí el

artículo 970 de ese Código, y de ahí el cargo de violación de estas dos disposiciones por haber pronunciado esa negativa el Tribunal. Pero este artículo 970 versa sobre prestaciones mutuas, capítulo a que corresponde dentro del título sobre acción reivindicatoria, y confiere aquel derecho al poseedor vencido. No se comprende cómo se confunda esa situación con la de una sociedad conyugal que va a liquidarse.

No se comprende tampoco cómo, al terminar una sociedad y procederse a liquidarla, se la invista de vida y personería para atribuírle capacidad de retener. Se habla en esto de la sociedad conyugal y no de la persona del marido como retenedor, porque la retención demandada la sostiene él como garantía de los supradichos créditos a cargo de la señora dueña de las fincas, y esos créditos corresponden a quien atendió a las erogaciones de donde provienen, es decir, de la sociedad conyugal. Siendo ella y no el marido el acreedor, si la retención cupiese no sería en favor de él. Talvez sobre recordar que su calidad de socio no le asigna en singular ningún bien determinado mientras la liquidación no se le adjudique, por lo cual, estando ésta apenas decretada, no se sabe en qué forma disponga ella en su día sobre los créditos.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este juicio con fecha dieciseis de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—INTERRUPCION CIVIL DE LA PRESCRIPCION.

Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia nacional que la interrupción civil de la prescripción extintiva se opera por juicio formal en que comparece la parte que puede alegarla, según principio general de derecho civil. Es la notificación oportuna de la demanda en que se ejercita la acción lo que interrumpe el lapso prescriptivo. Uno de los efectos legales de la notificación del auto admisorio de la demanda, de su traslado, aunque no determinado expresamente en la ley 105 de 1931, sigue siendo en doctrina procesal y a la luz de los artículos 2524 y 2539 del C. C., como lo estatuía el numeral 2º del artículo 421 del antiguo Código Judicial, la interrupción de la prescripción de la acción. El auto en que se admite la demanda y se ordena su traslado legal no puede producir ningún efecto según la disposición del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil. En ninguna forma dice el artículo 2539 del C. C. que la interrupción civil de la prescripción se opera por la sola presentación de la demanda. Por el contrario, se establece allí, con la referencia a las excepciones señaladas en el artículo 2524, que la interrupción no tiene lugar si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Alicia Van Arcken Mallarino, por medio de apoderado y en libelo de fecha 18 de junio de 1943, repartido al Juzgado 1º Civil de este circuito, en representación e interés de la sucesión de Henry A. Van Arcken, demandó a la sociedad colectiva de comercio Pedro A. López & Cía., en liquidación, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare:

Que el liquidador de la sociedad "debe tener en cuenta que en el pasivo de dicha sociedad figura la cantidad de cuarenta mil dólares, debidos con sus intereses a razón del 6% anual, computados desde el día en que se hizo la liquidación de negocios respectiva, a favor de Henry A. Van Arcken";

Que el liquidador de la sociedad "debe proceder a pagar en el menor tiempo posible con los bienes de la extinguida sociedad a la sucesión o herederos de Henry A. Van Arcken la cantidad enunciada y sus intereses a la rata dicha y durante el tiempo allí expresados", y

Que la sociedad "debe las costas de este juicio si diere lugar a él".

El hecho fundamental originario de esta acción consiste en que la sociedad Pedro A. López & Cía. "tuvo negocios con el señor Henry A. Arcken y al terminarlos manifestó a éste haber liquidado su cuenta y hecho los correspondientes asientos a fin de que en el pasivo social y en la cuenta particular de Van Arcken apareciese la cantidad de cuarenta mil dólares", no obstante lo cual, los liquidadores sociales, a pesar del tiempo transcurrido y de tener bienes destinados al efecto, no han hecho ningún abono a la deuda referida.

De la referida liquidación de negocios da cuenta la siguiente carta, traída legalmente al proceso, y que interesa conocer textualmente:

"Bogotá, julio 18 de 1923.—Señor don Henry A. Van Arcken—Ciudad—Estimado señor y amigo: De acuerdo con la liquidación y confrontación que hicimos con usted de las cuentas y reclamos pendientes con los señores Gastón, Williams & Wigmore, Inc. y de nuestro convenio verbal, nos permitimos avisar a usted que en esta fecha estamos haciendo los asientos correspondientes en nuestra contabilidad para que aparezca en nuestro pasivo las cuentas así: la de Gastón, Williams & Wigmore, Inc. (o sus sucesores) con un saldo definitivo a su favor de $ 45.000.00 U. S. Cy. Igualmente hemos abonado a usted en su cuenta particular la cantidad de $ 40.000.00 U. S. Cy. como la parte que le corresponde a usted en esa

liquidación. Es entendido que las cantidades arriba mencionadas, más sus intereses a razón del seis por ciento anual, las pagaremos tan pronto como nos sea posible sin lugar a más descuentos y que usted nos dará facilidades para su cancelación en vista de nuestras actuales condiciones. Como esta cuenta estaba en manos del Guaranty Trust Co. of New York para su cobro, esperamos que usted cablegrafíe a dicha entidad las instrucciones del caso para que suspendan toda gestión. Esperamos su confirmación a la presente y nos suscribimos de usted attos. amigos y S. S. (Fdo.) **Pedro A. López**".

Surtido el traslado legal de la demanda el día 19 de julio de 1943, el representante de la sociedad demandada no contestó, pero en su alegato de bien probado en primera instancia, manifestó que aun aceptando que la preinserta carta del 18 de julio de 1923 "fuera título de una obligación", "ya se había consumado la prescripción de veinte años, que, al tenor del artículo 2536 del Código Civil, extingue las acciones más perdurables. Este juicio ordinario nació muerto —dice— pues ya el tiempo había extinguido toda acción a que pudiera haber tenido derecho la parte actora".

El Juzgado del Circuito, en sentencia del 25 de noviembre de 1944, declaró que no era el caso de entrar a decidir acerca de las peticiones de la demanda por encontrarse probada "la excepción de que es ilegítima la personería del señor Pedro N. López para representar exclusivamente a la sociedad Pedro A. López & Cía., que fue la entidad demandada." Consideró fundamentalmente este sentenciador que siendo tres los liquidadores de la sociedad, la demanda contra ella ha debido enderezarse contra todos sus representantes legales.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 15 de julio de 1946 que puso fin a la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la parte demandante, desecha la motivación del fallo recurrido por estimar improcedente y fuera de sitio en el fallo de fondo la cuestión de personería adjetiva, pero concluye en la absolución, por considerar que la obligación pura y simple de que da cuenta la carta del 18 de julio de 1923, exigible desde este día, no puede ser judicialmente demandada porque "la prescripción extintiva de la acción estaba consumada en el momento de trabarse el pleito." En consecuencia, revocó la sentencia recurrida y en su lugar declaró "probada la excepción perentoria de prescripción extintiva ordinaria, respecto del crédito a que se refiere la carta del 18 de julio de 1923, en consonancia con lo alegado por la parte demandada." Sin costas.

El recurso

Preparado legalmente, se decide hoy el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal.

Con invocación de la primera de las causales que señala el artículo 520 del C. J. se formulan contra la sentencia los dos cargos que en seguida se enuncian compendiadamente:

a) Violación por interpretación errónea de los artículos 5º de la ley 57 de 1887 y 27, 2524 y 2539 del C. C. en que incurrió el Tribunal "al sentar en la sentencia que se acusa la teoría de que se ha cumplido la prescripción por no habérsele notificado en oportunidad la demanda a Pedro A. López & Cía. En efecto, conforme al artículo 2524 la interrupción civil es valedera para el que se pretende verdadero dueño de una cosa contra el que la posee, sólo si la notificación de la demanda ha sido hecha en forma legal. Pero conforme al artículo 2539 la prescripción que extingue las acciones en cuanto se refiere a las deudas se interrumpe civilmente por el solo hecho de la presentación de la demanda judicial. Es ésta una disposición especial que debe aplicarse preferencialmente de conformidad con la regla primera del inciso 2º del artículo 5º de la ley 57 de 1887 y sin desatender su tenor literal como lo manda el artículo 27 del C. C.".

b) "Con la sentencia que se acusa el H. Tribunal violó también los artículos 1496, 1511, 1553, 1602, 1603, y 1818 del Código Civil por apreciación errónea de la prueba que constituye la carta expedida por Pedro A. López & Cía., el 18 de julio de 1933", porque esta carta "es un contrato unilateral el cual se ha de interpretar en la forma como lo cree la compañía. No hay ninguna cláusula en ese documento que no se ajuste a las más estrictas normas legales y en consecuencia el Tribunal al modificarlo por medio de la interpretación que le ha dado violó la disposición del artículo 1602 del C. C., pues sostiene que es una obligación pura y simple exigible desde que se expidió, lo que no corresponde a la realidad del

documento que si bien reconoce que adeuda la suma de 40.000 dólares, también condiciona la obligación a un plazo. Se trata de un acto jurídico unilateral que es necesario tomarlo en toda la plenitud de su creación, es decir, con el plazo indeterminado que le impuso Pedro A. López & Cía. al reconocer la deuda. De manera que aceptando por mera teoría la tesis de que la interrupción de la prescripción en relación con el pago de deudas sólo se cumple con la notificación de la demanda, tampoco habría acertado el Tribunal pues como ya se vio por pequeño que se considere el plazo éste es más que suficiente para interrumpir la prescripción".

Se consideran los cargos:

La prescripción extintiva, definida en el mismo artículo 2512 del C. C. con la adquisitiva, es un modo de extinguir los derechos y acciones ajenos por no haberlos ejercitado el acreedor durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. De estos requisitos y condiciones, consistentes en el transcurso del lapso legal, en la ininterrupción, en la alegación y en la no renuncia, el cargo que se considera enfoca solamente el aspecto de la interrupción, que se vincula a la inacción del acreedor, o al silencio de la relación jurídica, según expresión de algunos tratadistas, que si dura por el término de la ley determina la imposibilidad de hacer efectiva la obligación, que se transforma en natural, y que se puede romper por la actividad del deudor produciendo la interrupción natural, o por la del acreedor dando lugar a la interrupción civil. (Artículo 2539 del C. C.).

Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia nacional que la interrupción civil de la prescripción extintiva se opera por juicio formal en que comparece la parte que puede alegarla, según principio general de derecho civil. Es la notificación oportuna de la demanda en que se ejercita la acción lo que interrumpe el lapso prescriptivo. Uno de los efectos legales de la notificación del auto admisorio de la demanda, de su traslado, aunque no determinado expresamente en la ley 105 de 1931, sigue siendo en doctrina procesal y a la luz de los artículos 2524 y 2539 del C. C., como lo estatuía el numeral 2º del artículo 421 del antiguo código judicial, la interrupción de la prescripción de la acción. El auto en que se admite la demanda y se ordena su traslado legal no puede producir ningún efecto según la disposición del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil.

En ninguna forma dice el artículo 2539 del C. C. que la interrupción civil de la prescripción se opera por la sola presentación de la demanda. Por el contrario, se establece allí con la referencia a las excepciones señaladas en el artículo 2524, que la interrupción no tiene lugar si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal. "Desde luego que si no se considera interrumpida cuando la demanda no se ha notificado legalmente (2524), es la notificación y no la introducción de la demanda lo que produce el efecto de cortar la prescripción, sin que pueda decirse lo contrario, porque si simplemente se anulara el juicio por la falta de notificación o por ser ésta ilegal, quedaría vigente la interrupción por virtud de la sola presentación de la demanda y no habría motivo para declararla ineficaz a causa de no haberse notificado y así se violaría el texto expreso del artículo 2524 del C. C. Si no se interrumpe la prescripción cuando la demanda no se ha notificado en la forma legal o en forma alguna, es claro que después de vencido el plazo necesario para prescribir, aunque se haya establecido antes la demanda, sería inútil la notificación porque no se puede interrumpir lo que se ha consumado ni cortar un plazo que está vencido." (G. J. Tomo XXII, pág. 408).

El primer cargo, por lo visto, carece de fundamento legal.

Por lo que hace al segundo, se advierte, en primer término, que haciéndose provenir la violación de la ley de equivocada estimación de pruebas, es técnicamente insuficiente formular la acusación simplemente "por errónea apreciación", sin discriminar el mecanismo de la pretendida equivocación probatoria. El inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del C. J. establece que en estos casos "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos." Sólo por la vía de uno de estos errores puede llevarse a la Corte el estudio de cuestiones probatorias como medio de violación de ley sustantiva y con relación a cada caso concreto.

Sin detenerse en esta falla que afecta de ineptitud el cargo, la Sala considera, sin embargo, que las razones en que se apoya la acusación no son valederas. La carta del 18 de julio de 1923 no

es propiamente un contrato, y menos un contrato unilateral. En ella se hace referencia a obligaciones anteriores, y su objeto no fue crear una obligación, como sería preciso para poderla calificar como un contrato, sino simplemente determinar el monto de una liquidación por deudas preexistentes. El origen del crédito que ese documento confiesa deber Pedro A. López & Cía. es el resultado del ajuste de cuentas y reclamos pendientes entre esa sociedad y la firma Gastón, Williams & Wigmore, Inc., en cuyo saldo líquido confiesa que le corresponde al destinatario Van Arcken la suma de $ 40.000 U. S. Así, ningún reparo merece el pasaje de la sentencia en que alude la citada carta como la prueba de confesión respecto de una obligación líquida generada en causas de naturaleza bilateral. Tampoco se advierte ilegalidad en la calificación de pura y simple que el Tribunal hace de la obligación de Pedro A. López & Cía. a favor del destinatario de la carta del 18 de julio de 1923 porque de sus términos no aparece la pretendida modalidad del plazo para su cumplimiento, modalidad ésta, que como la condición y el modo, no se presumen nunca y tienen que ser el producto de estipulaciones expresas que modifiquen el efecto de las obligaciones. Nada autoriza en el caso presente para considerar la aludida obligación como a plazo porque no se ha fijado época para su cumplimiento, no existe el día futuro y cierto del cual pendiera su exigibilidad. Así lo ha entendido el propio recurrente como se ve de varios hechos fundamentales de su demanda en que se refiere a la exigibilidad de la deuda desde la fecha de la liquidación contenida en la carta de 1923.

De lo expuesto se sigue que ninguno de los dos cargos formulados en la demanda de casación tiene base legal. Por lo cual, 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 Bogotá el 15 de julio de 1946, materia de este recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION

Habiendo interpretado el Congreso de 1946 la ley 28 de 1932 con su "autoridad" de legislador, no hay lugar a aplicar ya las anteriores doctrinas de la Corte sobre la citada ley 28.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Ante el Juez Civil del Circuito de Anserma demandó la señora Noemí Cruz de Costaín a los señores Jesús María y Aníbal Ocampo y Roberto Pérez para que se declare que la sociedad conyugal existente, sin liquidarse, entre ella y el señor Carlos Constaín, es el dueño del inmueble que el libelo determina y que los demandados deben entregárselo y pagarle sus frutos y las costas del juicio. Pide también la cancelación del registro de la escritura número 294, otorgada ante el Notario de Anserma el 11 de diciembre de 1933, por medio de la cual su prenombrado marido vendió esa finca a los demandados.

Estos respondieron oponiéndose, y contrademandaron a la señora y su marido para que se declare la validez de esa venta hecha con consentimiento de ella y cuyo precio lo invirtieron en obligaciones de ambos, y subsidiariamente que esa validez cobija al menos la mitad que dicen pertenecer al marido; y para que se les condene a restituír a los demandados el precio que cubrieron y a pagarles las mejoras que han puesto en la finca, con derecho de retenerla en seguridad de estas prestaciones.

Puso fin a la instancia el fallo de 16 de mayo de 1945, que absolvió a los demandados y declaró, en consecuencia, no ser el caso de resolver sobre la contrademanda. Sin costas.

La apelación de la actora llevó el asunto al Tribunal Superior de Manizales, donde, sustanciada la segunda instancia, se cerró el 14 de agosto de 1946 con fallo que revocó el apelado y en su lugar declaró y decretó las súplicas de la demanda y reconoció a los contrademandantes el valor de las aludidas mejoras y el derecho de retención de la finca hasta su pago. Sin costas.

Interpuso casación el abogado de la demandante. Tramitado el recurso, hoy se decide.

El fundamento cardinal del Juez para no acceder a lo solicitado en la demanda consiste en que el nuevo régimen patrimonial establecido por la Ley 28 de 1932, si bien introdujo cambios trascendentales, no atribuye la libre disposición de que ella habla en su artículo 1º sino respecto de los bienes que cada cónyuge tuviera ya como suyos o adquiriese en lo sucesivo, por lo cual no puede entenderse comprendida en esa nueva situación una finca que no es bien propio de ninguno de los consortes porque pertenece a la sociedad conyugal. Así el Juez en sentencia de estudio loablemente detenido llega a esa conclusión negativa en desarrollo lógico de una premisa que esta Sala ha tenido por errónea, por cuanto implica que, a despecho de cuanto estableció aquella ley, el marido pueda válidamente y con alcance sobre la sociedad conyugal enajenar por sí solo los bienes de ésta, cual si conservase su jefatura.

Sobre estos temas la Sala ha conceptuado en forma que puede resumirse así: al entrar a regir el 1º de enero de 1933 la citada Ley 28, cesó para el marido la representación legal de su mujer y la jefatura de la sociedad conyugal, así como terminó la identidad para ante terceros entre el patrimonio social y el personal de él. Y como cada uno de los cónyuges quedó investido de libre disposición sobre lo que de ahí en adelante adquiriera, ya no le fue dado al marido disponer por sí solo de los bienes que eran sociales para aquel día; de suerte que al venderlos él solo, la sociedad no liquidada podía ejercer los derechos que al verdadero dueño reserva la misma disposición legal que dice que la venta de cosa ajena es válida. No dejó de observar la Sala que la Ley 28, dictada sin salvedades, no formó grupos distintos de las mujeres casadas, de manera que unas quedaran amparadas por el nuevo estatuto

y otras privadas de su beneficio y protección. Múltiples sentencias formaron sobre este pie la doctrina de esta Sala a partir de la que pronunció el 20 de octubre de 1937.

A esta doctrina ajustó el Tribunal la que forma la materia del presente recurso.

El recurrente le hace varios cargos. Prosperando el que se estudia en seguida, se prescinde de los demás (C. J., artículo 538). Ese cargo es el de violación de los artículos 1781, 1805 y 1806 del C. C., por no haberse aplicado, y 1º de la Ley 28 de 1932 por interpretación errónea y aplicación indebida, y de la Ley 88 de 1938 por haberse desatado el litigio en forma incompatible con la interpretación que da a aquélla.

Aquí se tiene: un inmueble adquirido a título oneroso durante la sociedad conyugal y, por tanto, perteneciente a ésta, según el artículo 1781 del C. C., y la venta del mismo hecha por el marido con la potestad que le dan los citados artículos 1805 y 1806, también durante la sociedad, la cual, como se advierte desde la demanda, no se ha liquidado en forma alguna.

Estas circunstancias determinan la validez de esa venta con pleno alcance para la sociedad conyugal, de acuerdo con la interpretación dada por el legislador de 1946 a la Ley 28, interpretación que prevalece sobre la meramente doctrinaria que le había dado la Corte.

La Ley 68, refiriéndose a las sociedades conyugales que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a la Ley 28, declara que "se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933", y agrega: **"En estos términos queda interpretada la citada ley".**

Apenas habrá para qué recordar que si los Jueces en la aplicación de las leyes a los casos particulares, en busca de su verdadero sentido la interpretan **por vía de doctrina,** la interpretación **con autoridad** "sólo corresponde al legislador" (C. C., artículos 25 y 26); y que por precepto constitucional (artículo 76), es al Congreso a quien corresponde hacer las leyes y quien por medio de ellas ejerce, entre otras atribuciones, la de "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes".

Lo dicho hasta aquí indica que debe invalidarse la sentencia recurrida y, al mismo tiempo, cómo debe pronunciarse la que ha de reemplazarla.

El abogado opositor hace varios reparos a la demanda de casación a la luz del artículo 531 del C. J.; pero, si bien algunos se justifican, ello no impide que quede en evidencia la acusación por quebranto de las disposiciones legales sustantivas antedichas y la expresión del modo de producirse ese quebranto, en especial de los artículos 1781 y 1805 y 1806 del C. Civil.

Cuanto al reemplazo del fallo recurrido, basta la prevalencia de la interpretación con autoridad sobre la doctrinaria, para denegar las súplicas del libelo como lo hizo el de primera instancia.

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 Manizales el catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis y en su lugar confirma la del Juzgado del Circuito Civil de Anserma de diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

La ley autoriza el testamento nuncupativo solemne ante testigos, sin la presencia del Notario, como lo estatuye el artículo 1071 del Código Civil, pero sólo como forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos. "La inteligencia más juiciosa del precepto la sugiere el mismo código en el artículo 2578, porque de su contexto se induce que el testamento nuncupativo sin Notario puede extenderse, aun en cabecera de Notaría, cuando el Notario no estuviese 'expedito', es decir, desembarazado, libre de estorbo, dispuesto a obrar. Interpretando así, la enfermedad del Notario, su ausencia prudencialmente apreciada, su transitoria incapacidad, o cualquiéra otro impedimento parecido, justifica el otorgamiento del nuncupativo ante testigos. Claro que esta tesis no puede alambicarse al extremo de que el abierto sin Notario pierda el carácter subsidiario; no debe correrse el riesgo de facilitar este modo de testar hasta convertirlo en modo general, que sería pervertir el querer del legislador, que lo autoriza para obviar la dificultad que se presenta cuando se hace imposible conseguir la presencia del Notario".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Estefanía Múnera Vásquez v. de Muñoz, natural de Carolina y vecina de la ciudad de Medellín, otorgó testamento solemne ante cinco testigos en esa ciudad el día 29 de abril de 1944. La testadora falleció a las dos de la tarde del día 3 de mayo siguiente. El Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, previas las diligencias legales correspondientes, en auto del 14 de junio del año citado declaró testamento nuncupativo el otorgado por Estefanía Múnera v. de Muñoz, en el cual instituyó heredera universal a Teodora Lotero v. de Múnera y ordenó protocolizarlo en una de las Notarías de la ciudad e inscribirlo en el Registro Público.

En libelo fechado el 4 de diciembre de 1944, ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, por medio de apoderado, María del Carmen Múnera, con interés de heredera abintestato como hermana de la testadora, demandó en juicio ordinario a Teodora Lotero v. de Múnera para que se declare nulo el testamento referido, por haberse otorgado sin la presencia de Notario. Subsidiariamente se pidió la declaración de nulidad por falsedad del testamento, o por haberse otorgado estando la testadora sin el pleno uso de sus facultades.

Se opuso la demandada a las pretensiones de la actora, y en relación con el hecho de la ausencia del Notario, que es la cuestión vinculada a este recurso, dijo: "Es cierto que se otorgó ante testigos. Y se hizo así después de haber buscado al Notario; cuando ya no quedaba esperanza de conseguirlo, cerca de las doce de la noche; después de que se le habló al efecto a uno de dichos funcionarios y contestó que lo dejaran para la mañana del día siguiente. De modo que no es cierto que no faltara el Notario o dejara de estar éste expedito...".

Desarrollado sobre estas bases el litigio, fue decidido en primera instancia el 22 de octubre de 1945 declarando la nulidad del testamento, porque "ninguno de los Notarios que prestan sus servicios en esta ciudad estaba fuera de la misma en los días de su realización y no consta, de manera plena, que se hayan negado a intervenir en la confección de acto testamentario de la señora mentada. En consecuencia, resulta que se trata de un acto carente de mérito, pues para reconocérselo era preciso que se hubiera demostrado que en verdad ninguno de los Notarios estuvo dispuesto a llenar sus deberes en relación con el acto en referencia".

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Medellín, en su sentencia del 29 de mayo de 1946, que finalizó el segundo grado del juicio a que dio lugar la apelación de la parte demandada, confirmó la sentencia recurrida. Sin costas.

"Partiendo de la base —dice el Tribunal— de que con las copias sobre nombramiento y posesión de los Notarios de Medellín, y de que no se ha probado siquiera que se hubiera pedido a todos su intervención en el acto testamentario, quedan descartados los casos de excepción dichos en el citado artículo 1071 del C. C., el caso queda reducido a una cuestión de puro derecho que se decide así: el testamento abierto, y a esta clase pertenece el de que ahora se trata, debe ser otorgado ante el respectivo Notario, o sea el de la vecindad del testador (artículos 1064 y 1070, C. C.); si se omite esta formalidad el testamento no tendrá valor alguno; la señora Estefanía Múnera v. de Muñoz estaba cuando hizo testamento en Medellín, donde había Notario en ese momento y no otorgó ese acto ante Notario, luego el acto no tiene valor alguno (artículo 11, ley 95 de 1890).

El recurso

Agotados los trámites correspondientes, se procede a decidir el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Con apoyo en la primera causal del artículo 520 del C. J. dice el recurrente que "el Tribunal al entender o interpretar que el acto testamentario debió hacerse ante Notario y decidirlo así, violó por indebida aplicación el artículo 1070 del C. C., y la primera parte, que es condicional, del 2578 del mismo código. Al declarar nulo el acto, violó, también por indebida aplicación, los artículos 1740, 1760 del C. C., a la vez que el 11 de la ley 95 de 1890 en su primer inciso. Infringió asimismo y por falta de aplicación debida, que era de rigor en justicia y en derecho, el artículo 1071 del C. C. que autoriza el testamento ante cinco testigos, en las condiciones en que se hizo el que declaró nulo, desconociendo el derecho que consagra tal artículo; también y en la misma forma el artículo 1072 que le da valor esencial a ese testamento en que la testadora hizo sabedores de sus disposiciones a los testigos, por no haber Notario en el momento de otorgarse".

La parte fundamental de la acusación es un examen hecho en estilo y forma de alegato de instancia de las pruebas aducidas sobre las diligencias que se hicieron para la consecución de Notario el día 29 de abril de 1944, antes de otorgar Estefanía Múnera de Muñoz su testamento ante cinco testigos en la ciudad de Medellín. Hace resaltar el recurrente las circunstancias especiales del caso como la avanzada edad de la testadora, el hondo quebranto afectivo que le causó la muerte de su esposo en la mañana de ese día y la enfermedad que la aquejaba, y concluye con estas consideraciones generales: "Debemos situarnos dentro de la realidad de las cosas y de las circunstancias. La testadora, como dice en el testamento y consta de autos, era una anciana; el 29 de abril murió su esposo y sólo después del entierro y por la tarde podían ir en busca del Notario, como fueron, para ella hacer nuevo testamento. Era sábado, día de week-end en todo centro poblado y más en las ciudades como Medellín y Bogotá. Todo funcionario en esos días sale temprano de su oficina y no vuelve; siente pereza de actuar; llegaron los solicitantes y no creyeron de urgencia y menos de importancia el caso, por lo cual nadie fue, pues si les hubieran llamado por teléfono tampoco habrían acudido, salvo que el peticionario fuera el Gobernador o un conocido acaudalado. El domingo 30 de abril mucho menos fueron a la oficina, ni estuvieron expeditos; tampoco el lunes primero de mayo y día festivo; cuántos se irían para el campo. Pero ya el domingo y el lunes era tarde, porque la enferma entró en gravedad y murió el miércoles. Y ocurre, que en un pueblo pequeño, donde sólo hay un Notario, se le encuentra fácilmente y a cualquiera hora porque todos se conocen entre sí y saben en dónde puede encontrarse. Pero en una gran ciudad onde (sic) hay varios, los sábados por la tarde y días festivos, no los encuentran ni sus esposas, porque salen a distintos lugares a distraerse y descansar... Si la parte demandante hubiera demostrado el hecho positivo de que la testadora pudo buscar y hallar al Notario o que pudo aplazar su acto testamentario o repetirlo luego, aquí no habría discusión y el acto sería ostensiblemente nulo. Pero la ley es racional y no obliga imposibles. En tal sentido debe interpretarse y aplicarse. No lo hicieron así el Juez de primera instancia, ni el Tribunal de apelación y por eso se violó la ley sustantiva, porque éste es uno de los casos típicos en que prácticamente puede operar el artículo 1071 del C. C. en relación con la parte final del 2578, tomada a contrario sensu, porque las declaraciones de los

propios Notarios no son prueba de haber estado expeditos o listos, ya que declarar ellos lo contrario, sería acusarse de faltar a sus deberes, de no estar listos para cumplirlos".

Considera la Sala:

El testamento, según la definición legal, es un acto más o menos solemne, pero siempre solemne, y según el régimen que gobierna esta especie de actos, nulo cuando no está revestido de las solemnidades propias según su clase. (Artículo 11, ley 95 de 1890). Desde el punto de vista de las fórmulas y según el artículo 1064 del C. C., puede decirse que los testamentos son ordinarios y excepcionales según que se observen todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, o que puedan omitirse algunas de estas formalidades por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley. Esta autoriza el testamento nuncupativo solemne ante testigos, sin la presencia del Notario, como lo estatuye el artículo 1071 del C. C., pero sólo como forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos. "La inteligencia más juiciosa del precepto la sugiere el mismo código en el artículo 2578, porque de su contexto se induce que el testamento nuncupativo sin Notario puede extenderse, aun en cabeceras de Notaría, cuando el Notario no estuviere "expedito", es decir, desembarazado, libre de estorbo, dispuesto a obrar. Interpretando así, la enfermedad del Notario, su ausencia prudencialmente apreciada, su transitoria incapacidad, o cualquiera otro impedimento parecido, justifica el otorgamiento del nuncupativo ante testigos. Claro que esta tesis no puede alambicarse al extremo de que el abierto sin Notario pierda su carácter subsidiario; no debe correrse el riesgo de facilitar este modo de testar hasta convertirlo en modo general, que sería pervertir el querer del legislador, que lo autoriza para obviar la dificultad que se presenta cuando se hace imposible conseguir la presencia del Notario." (Las Sucesiones. Carrizosa, pág. 219).

Con ajuste cabal a esta doctrina legal decidió el Tribunal de Medellín el caso de autos, porque después de analizar particularizadamente las pruebas del proceso consideró que no se ha demostrado fehacientemente que Estefanía Múnera de Muñoz se hallara en las circunstancias de hecho, determinadas expresamente por la ley, que le permitieran testar válidamente en la forma excepcional en que lo hizo. Efectivamente, el Tribunal tuvo a su consideración los testimonios de José Angel Múnera y Tulia Múnera de Arango, hijos de Teodora Lotero de Múnera, la heredera testamentaria, de los cuales resulta que el primero, a solicitud de Estefanía Múnera, llamó en las horas de la noche al Notario 4º, que se hallaba en un café, para que autorizara el testamento y que le manifestó que lo dejara para el día siguiente; y que la testigo "recorrió las Notarías 1ª, 2ª y 3ª y en todas ellas se le contestó que estaban muy ocupados y que no podían atenderla" y que en la Notaría 4ª le dijeron que lo dejara para el día siguiente. El hecho de que en la fecha en que Estefanía Múnera Vásquez de Muñoz testó ante testigos, y hasta el 3 de mayo siguiente, en que la testadora murió, estaban los cuatro Notarios en Medellín, expeditos y listos para haber autorizado el testamento público en la forma ordinaria, aparece establecido plenamente en el proceso con los nombramientos, posesiones y declaraciones juramentadas de los propios funcionarios notariales.

De la confrontación de estos testimonios, no concordes como se ve, rendidos por los dos hijos de la heredera instituída en el testamento, con las afirmaciones unánimes de los cuatro notarios públicos, dedujo el sentenciador que no se habían probado las circunstancias particulares exigidas por la ley para que válidamente pudieran omitirse las solemnidades que ordinariamente requiere el testamento público, porque no está suficientemente acreditado que se hubiera requerido de todos los cuatro Notarios la prestación de sus servicios para un caso dentro de la ciudad y con suficiente margen de tiempo para su realización en la forma ordinaria. Carece de razón el recurrente cuando afirma que a cargo del demandante corría la obligación de demostrar que la testadora pudo buscar y hallar Notario, o aplazar su testamento o repetirlo luego en la forma legal, porque conforme a conocida regla de derecho probatorio es a quien pretende amparar su interés en una situación legal de excepción, como es el caso, a quien corresponde acreditarla plenamente probando los hechos que la producen y justifican.

La demanda de casación con que se pretende variar la solución que trae la sentencia acusada,

fuera de que no revela ninguna inconformidad del fallo con la doctrina legal, es improcedente porque está confeccionada con menosprecio de las normas legales del recurso. Siendo, en efecto, la decisión acusada el resultado o conclusión del examen y justiprecio del acervo probatorio del juicio, reposando la aplicación de la ley sobre la apreciación circunstancial de una situación de hecho deducida de un estudio de pruebas, la violación legal que se le imputa al Tribunal dentro de la causal primera de casación no puede ser por quebranto directo; tendría que ser como consecuencia de errónea apreciación de las probanzas en que se fundó el sentenciador para afirmar que las circunstancias particulares en que fue otorgado el testamento de que se trata no autorizaban legalmente para pretermitir la intervención de uno de los cuatro Notarios públicos del circuito de Medellín. Mientras esta situación de hecho no se modifique por los medios adecuados que ofrece la técnica de la casación, la aplicación de la ley no resulta defectuosa. La forma de análisis general de pruebas, con acotaciones circunstanciales a algunas de ellas, que se ha usado en este caso, no consulta el objetivo y naturaleza de este recurso extraordinario, en el cual, como tantas veces se ha repetido, no pueden estudiarse las pruebas con la libertad y fines con que se hace en las instancias, sino solamente en cuanto su mala apreciación sea inductiva de un error de hecho, esto es, de una evidencia manifiestamente contraria a la que se tuvo por demostrada con la prueba, o de un error de derecho por haberle otorgado un mérito o valor distinto del que le adscribe la ley, y siempre que alguno de estos errores haya conducido a la violación de la ley sustantiva. (Artículo 520, ord. 1º, inciso 2º).

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 29 de mayo de 1946, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION

Como lo ha decidido la Corte, entre las excepciones que establece el artículo 91 de la ley 153 de 1887 a la regla general del artículo 91 sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía hay que considerar incluído el mandato, contrato que según el artículo 2149 del Código Civil, puede celebrarse verbalmente o de cualquiera otro modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos no tendría cumplimiento esta última disposición, especial para el mandato y, como tal, de preferente aplicación a la del artículo 91 citado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Antecedentes

Justa Páez de Garzón demandó a María Adela Díaz de Díaz para que con citación de ésta se declare que es dueña del lote de terreno y edificaciones distinguidos con los Nros. 2-68 E y 2-72 E de la calle 6ª-A de esta ciudad; que la demandada debe restituírle tal inmueble y los frutos naturales y civiles desde el 19 de abril de 1941, fecha desde la cual tiene el bien reclamado, hasta que verifique la restitución, y que debe pagarle el valor de perjuicios, deterioros y costas.

Se fundó en que el inmueble le había sido adjudicado en el juicio mortuorio de su hijo Moisés Páez; en que éste había adquirido el terreno por compra a Juan Barbosa según escritura número 3598 de la Notaría 2ª de Bogotá, de fecha 23 de octubre de 1928, y las edificaciones por haberlas construído a sus expensas; y en que la demandada está poseyendo y usufructuando la finca desde el 19 de abril de 1941, sin título alguno.

María Adela Díaz se opuso a la acción; negó los hechos y alegó las excepciones de falta de personería sustantiva en la actora, carencia de acción y petición indebida.

Y por separado propuso demanda de reconvención para que se declare que el inmueble mencionado no fue de propiedad de Moisés Páez, ni de su sucesión, ni de sus herederos, ni de la demandante Páez de Garzón, sino de la contrademandante, especialmente la edificación, construída por ella a sus expensas; que la adquisición que del lote de terreno hiciera Moisés Páez debe entenderse hecha por la contrademandante, pues en ese acto obró Páez como su mandatario; y en subsidio de la última súplica, que tiene derecho opcional a que se le reconozca y pague el justo precio de la edificación, o a hacer suyo el terreno pagando su justo precio.

Se fundó la reconvención en que María Adela Díaz había pactado con Juan Barbosa la venta del solar y se lo había pagado directa y personalmente; en que hallándose ella enferma el día del otorgamiento de la escritura, recomendó a Páez para que como su mandatario la aceptara, lo que no hizo Páez pues aceptó la venta para sí, pero con intención de adquirir para María Adela, de acuerdo con Barbosa, quien no tuvo intención distinta de transferir el solar a la misma; en que las edificaciones levantadas sobre el solar fueron construídas por su orden y cuenta, con dineros de su exclusiva propiedad y a ciencia y paciencia de Moisés Páez; y en que ella ha venido poseyendo como dueña y sin interrupción, tanto el terreno como las edificaciones, por más de diez años con anterioridad a la reconvención que fue presentada el 19 de noviembre de 1942.

En fallo del 15 de febrero de 1944, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá definió el pleito declarando que Justa Páez es la dueña del solar y de las edificaciones, que María Adela Díaz debe restituírle el inmueble con sus frutos naturales y civiles desde el 19 de abril de 1941, y que debe pagarle los perjuicios y desperfectos que la primera acredite, y las costas del juicio.

Por apelación de la parte demandada el Tribunal Superior de Bogotá revisó la decisión del Juz-

gado y en sentencia del 12 de febrero de 1945 la reformó fallando así la doble controversia:

1.—Pertenecen a la demandante Justa Páez de Garzón el lote y faja de terreno adyacente, alindados en la demanda; 2.—Pertenecen a la contrademandante María Adela Díaz de Díaz las edificaciones construídas en esos lotes y distinguidas por los números 2-68 E y 2-72 E de la calle 6ª-A; 3.—La demandante está obligada, para recobrar el terreno a que se refiere el numeral 1º, a pagarle a la demandada el valor de estas edificaciones; 4º—María Adela Díaz de Díaz está obligada a pagarle a la demandante Páez de Garzón los frutos civiles del terreno ocupado por las edificaciones, desde el 19 de noviembre de 1942 hasta la restitución; el importe de esta prestación se fijará en la ejecución de la sentencia, de acuerdo con las bases consignadas en la parte motiva; 5º—Se niegan las demás peticiones contenidas en la demanda principal y en la de reconvención; 6º—Sin costas en ninguna de las instancias.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación que se pasa a decidir por estar ya debidamente tramitado.

La sentencia acusada

Mediante el estudio de las pruebas producidas en las dos instancias, el Tribunal concluyó que la adjudicación hecha a la demandante en la sucesión de su hijo era prueba suficiente de dominio sobre el terreno reivindicado, aunque ella no hubiera llevado a los autos la escritura de compra del inmueble por su causante a Juan Barbosa, pues la certificación de propiedad y libertad del Registrador, acompañada a la demanda, relativa a un período mayor de diez años, acreditaba la existencia de ese título y su registro, y puesto que a la adjudicación no se había opuesto por la demanda un título preferente.

En cuanto a las edificaciones aceptó que era admisible la prueba testimonial, aunque aquéllas pudieran valer más de quinientos pesos, y comparando las declaraciones aducidas por las dos partes, contradictorias entre sí, prefirió las de la parte demandada, para tener como probado que ésta había contruído a sus expensas las edificaciones a ciencia y paciencia de Páez, y que tenía derecho, conforme al artículo 739 del C. C. a que la demandante le abonara su valor, pudiendo retenerlas hasta el pago.

Después de haber desestimado las excepciones, entró en el estudio de la reconvención, cuyas peticiones principales estimó improcedentes dado que no se encaminan sino a obtener la declaración de que ni la demandante ni su causante habían sido dueños de los bienes reivindicados y siendo así, que estaba probado el dominio de la demandante; y en cuanto a la petición subsidiaria no consideró viable el derecho opcional que allí se pretende porque conforme al artículo 739 citado es la dueña del terreno y no la constructora, quien tiene la opción entre el pago de las edificaciones al constructor, o la demanda del justo precio del terreno ocupado por ellas, con sus intereses legales por todo el tiempo que el constructor lo haya tenido en su poder.

Sobre la restitución de frutos conceptuó que la demandada Díaz no era poseedora de mala fe, aunque carecía de título, puesto que de las declaraciones resultaban estos hechos: que había vivido con Páez, como si fueran casados, y que había suministrado a Páez seiscientos pesos para la compra de los lotes de terreno reivindicados.

En fin, hizo constar el Tribunal que no se habían acreditado los desperfectos y perjuicios cuyo pago suplicaba la demandante.

Recurso de la demandada

Por exigencia lógica se estudia primeramente el recurso de la parte demandada.

Primera causal de casación. — A) Primer motivo. — Violación de los artículos 762, 946, 950 y 1757 del Código Civil y 635 del Código Judicial. La deduce el recurrente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la hijuela formada a Justa Páez en la mortuoria de su hijo Moisés Páez, y del certificado del Registrador sobre la propiedad del inmueble reivindicado, porque el Tribunal tuvo esas pruebas como título suficiente a pesar de que la demandante no trajo a los autos el **título mismo** de qué habla el artículo 635, que en concepto del recurrente no es otro que aquel por el cual Moisés Páez hubiera adquirido el terreno, título cuya presentación era necesaria pues la demandada había opuesto una posesión anterior en mucho tiempo a la hijuela; porque consideró que el certificado del Registrador acredita la existencia del título de Páez; y porque tuvo como plena prueba del dominio la mera hijuela formada a la demandante en la sucesión de su hijo.

Se considera:

Como la adjudicación de los lotes es título legal del dominio de Justa Páez, cuya suficiencia fue acreditada con el certificado del Registrador (artículos 765, C. C., 635, C. J.) y como a ese título no opuso María Adela Díaz otro título de mejor derecho, ni una posesión anterior a la muerte del causante, la falta de presentación de la escritura de compra de este causante a Juan Barbosa no impedía que el Tribunal tuviera aquellas pruebas como plena demostración del dominio reclamado. El título mismo, requerido por el citado artículo 635, era en este caso la hijuela de la demandante y no el título que hubiera tenido su causante. Por otra parte, María Adela no tiene título de dominio, reconoce el título del causante Moisés Páez y lo que ella ha pretendido es que Páez compró los lotes como su mandatario, pretensión negada por la sentencia; también alegó posesión por más de diez años, pero no produjo prueba alguna sobre el hecho hasta el punto de que en el estudio de la acción reivindicatoria el sentenciador no pudo deducir el requisito de la posesión por la demandada, sino de la referida alegación. En fin, no era inexacto decir que el certificado demuestra la existencia del título de Páez y su registro, y aunque lo fuera esa inexactitud no invalidaría la apreciación de la hijuela y el certificado por las circunstancias del caso, según lo ya expuesto.

Por estas razones se rechaza el cargo.

B) **Segundo motivo.** — Aplicación indebida de los artículos 1767 del C. C. y 91 de la Ley 153 de 1887 y falta de aplicación del artículo 2149 del C. C., al rechazar la sentencia la prueba testimonial producida para la comprobación del mandato.

Es cierto que el Tribunal al estudiar lo relativo a frutos estimó que la demandada era poseedora de buena fe, entre otros hechos porque "consta también, por el dicho de varios testigos, que la Díaz suministró a Páez la suma de seiscientos pesos para la compra de los lotes, compra que no pudo realizar personalmente la Díaz por encontrarse enferma por ese entonces en el hospital, por lo cual la escritura correspondiente quedó en cabeza de Moisés Páez", y en seguida continuó así: "Esta última prueba, si bien no podría servirle a la demandada Adela Díaz, para acreditar su dominio en los lotes, por prohibirlo las disposiciones de los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 1767 del C. C., sí sirve de base —en concurrencia con las anteriores— para concluír que la posesión de la demandada no puede reputarse como una posesión de mala fe, aun cuando ella carezca del título correspondiente".

Se considera:

El cargo es fundado porque como lo ha decidido la Corte en ocasiones anteriores, entre las excepciones que establece el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 a la regla general del artículo 91 —sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía— hay que considerar incluído el mandato, contrato que según el artículo 2149 del C. C. puede celebrarse verbalmente o de cualquiera otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos no tendría cumplimiento esta última disposición, especial para el mandato y como tal de preferente aplicación a la del artículo 91 citado. (Sentencias de casación del 17 de septiembre de 1910 y julio 29 de 1913, G. J. Tomo XIX, pág. 87 y Tomo XXII, pág. 119; 14 de julio de 1947, ordinario de Jorge Enrique Viveros contra la Sucesión de Alejandro Viveros).

Pero ese quebrantamiento de la ley sustantiva no da lugar a la casación del fallo acusado, porque de la apreciación de los testimonios no resulta plenamente acreditado el mandato tal como lo describe concretamente la contrademandante Díaz cuando dice en el hecho 3º de la reconvención:

"El día acordado para el perfeccionamiento del contrato, esto es, para el otorgamiento de la correspondiente escritura, hallándose enferma la compradora, recomendó al señor Moisés Páez para que como su mandatario recibiera para ella tanto la escritura como el mismo contrato; pero el recomendado o mandatario señor Moisés Páez quizá por ignorancia recibió para sí esa escritura como el contrato de compraventa respectivo, mas careciendo de la intención de adquirir para sí tal inmueble sino para María Adela Díaz, según el encargo e instrucciones dadas oportunamente por ésta".

Según esto, el mandato fue conferido por María Adela a Páez de modo verbal, estando ella enferma, y Páez debía obrar como mandatario, no en nombre propio. Y esto era lo que aquella señora debía probar.

De los que declararon en primera instancia, a David Cortés, Luis Eduardo Quintero y Demetrio

Ospina, nada les consta en ese particular como lo dijeron en sus respuestas a la pregunta 9ª del interrogatorio, que fue la referente al mandato; y Eusebio Tobar y José Muñoz sólo hablan de una entrega de dinero, punto que luego se tratará. En la segunda instancia declararon Justiniano Rodríguez, Daniel Tobar, Luis Felipe Ortega y Wenceslao Muñoz. Quiso la contrademandante probar con estas declaraciones que Páez intervenía en todos sus negocios y los realizaba con dinero de ella y que había dado a Páez $ 600 para pagar a Juan Barbosa el terreno materia del pleito, compra que aquél hizo como mandatario. Pero los declarantes no dan razón satisfactoria de aquella afirmación de carácter general y abstracto. Lo mismo pasa, en cuanto a la entrega del dinero referida en las declaraciones de Eusebio Tobar M., Daniel Tobar y Luis Felipe Ortega, quienes no dijeron cómo les constaba el hecho. La misma entrega es relatada con diferentes circunstancias de modo, tiempo y lugar por Jesús Muñoz, Justiniano Rodríguez y Wenceslao Muñoz.

De ninguna de las declaraciones citadas aparece la recomendación o el encargo verbal, concreto y circunstanciado que describe el hecho tercero, antes copiado, y todas ellas están en contradicción con los fundamentos mismos de la reconvención de María Adela, según los cuales ella pactó la venta con Juan Barbosa y no con un comisionista, y pagó directa y personalmente a Barbosa la suma acordada como precio del terreno, lo que excluye que diera esa suma a Páez para la compra, y precisamente a título de mandato.

Los declarantes Daniel Tobar, Ortega y Muñoz refieren una manifestación verbal de Páez en la víspera de su muerte, acerca de que él había obrado en la compra del terreno como mandatario de María Adela; pero aun suponiéndola como establecida, esa confesión extrajudicial no tendría el valor de plena prueba. (Artículo 608, C. J.).

Recurso de la demandante

Causal 6ª del artículo 520. — Dice el apoderado recurrente que hay nulidad en el proceso porque la demandante, que no estaba representada por apoderado, falleció antes del pronunciamiento del fallo acusado. Para rechazar este cargo basta observar que no hay constancia de la fecha del fallecimiento de Justa Páez y que solamente después de notificada la sentencia del Tribunal, los herederos se apersonaron en el juicio presentando copia del auto que abre la mortuoria y los declara herederos, auto que es de fecha posterior a la sentencia.

Causal 2ª—Se acusa el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia como contrario a los artículos 205, 466 y 471 del C. J. por cuanto el Tribunal concedió allí a la demandada derecho de retención sin que ésta lo hubiera pedido.

Se observa que, por una parte, la cuestión sí estaba comprendida en la controversia puesto que ambas partes se pretendieron dueñas del terreno y con derecho a las edificaciones y al paso que la demandante pedía restitución de aquél y de éstas, la demandada solicitaba, en subsidio, que se declarara su derecho al pago de su precio. Y, por otra parte, la cuestión era consecuencial de las decisiones sobre la propiedad del suelo por parte de la demandante y sobre el derecho a las edificaciones hechas en suelo ajeno por la demandada, y entraba dentro de la regulación de las prestaciones mutuas a que daba lugar el triunfo de la demandante. (Artículos 739, 966, 970 del C. Civil).

No prospera este cargo.

Causal 1ª—Violación de los artículos 1767, C. C., 91 de la Ley 153 de 1887, 702 y 703 del C. J., 2221 a 2223, 2053 y 2060 del C. C. por infracción directa y apreciación errónea de la prueba testimonial.

La violación de los artículos 1767 del C. C. y 91 de la Ley 163 de 1887, 702 y 703 del C. J., la deduce el recurrente de haber aceptado el Tribunal la prueba testimonial sobre la construcción de las edificaciones, aunque pudieran valer más de quinientos pesos, pues aunque dijo que no se trataba sino de un hecho, después dedujo a cargo de la demandante la obligación de pagarlas. Se rechaza el cargo porque las disposiciones citadas se refieren a los actos jurídicos voluntarios sobre objetos de valor mayor de quinientos pesos, y no son aplicables a los hechos materiales, como una construcción en suelo ajeno, con conocimiento del dueño, aunque esos hechos produzcan el nacimiento o la extinción de una obligación de esa cuantía.

En cuanto al error de hecho en la apreciación de los testimonios producidos por la demandada en primera y segunda instancias, de los cuales dedujo el Tribunal que María Adela había edificado a sus expensas, con conocimiento de Páez, el recurrente no señala el error de hecho, ni de-

muestra que de autos resulte lo contrario a aquella conclusión, sino que hace una crítica general y breve a los dichos testimonios como fundamento del cargo. Pero tanto por aquella deficiencia de técnica en la presentación del recurso, como porque éste no tiene por objeto una nueva revisión del pleito, ni puede provocar un nuevo análisis de las pruebas —que a eso conduciría el estudio de las alegaciones del recurrente sobre este particular— la Sala considera el cargo como inadmisible.

Los artículos 1758 del C. C. que define el instrumento público y la escritura pública, el 789 **ibídem** que habla del modo como termina la posesión inscrita de los inmuebles, los artículos 630 y 635 del C. J., que establecen el modo de probar por medio de una escritura pública y el de acreditar sumariamente, en ciertos casos y para ciertos fines, la suficiencia de un título de dominio sobre inmuebles, se dicen violados porque la adjudicación del terreno y edificaciones a Justa Páez no puede infirmarse con testimonios. Prescindiendo de otros motivos obvios, la razón del cargo es impertinente porque la sentencia no se funda en una conclusión contraria a la negación que hace el recurrente, sino en que estando acreditado con prueba testimonial que María Adela había hecho construcciones a sus expensas, en terreno de Páez, con conocimiento de éste, "debe concluírse que la contrademandante sí tiene derecho a que se le pague el valor de ellas y a retenerlas, de acuerdo con la disposición legal en cita, hasta tanto la demandante no satisfaga esa prestación. Así habrá de declararse en la parte resolutiva de esta providencia." (C. 5, f. 13 v.).

Estando en firme esta conclusión del Tribunal, las calificaciones que el abogado recurrente da a los hechos, en el supuesto de que los testimonios sean aceptables, diciendo que entonces habría mutuo de dinero por María Adela a Páez, o comunidad entre los dos sobre las construcciones, son meras hipótesis que no pueden dar lugar a violación de los artículos 2221 a 2223 del C. C. sobre el contrato de mutuo, o de los artículos 2053 y 2060 **ibídem** sobre contrato para la confección de una obra material, y constituyen cuestiones extrañas al pleito, medios nuevos, inadmisibles en casación.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el doce de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

No hay lugar a condena en costas del recurso.

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

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

ACCION PRINCIPAL DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION. NULIDAD. — INOPONIBILIDAD

La Corte rectificó su primitiva tesis sobre nulidad de los actos dispositivos de bienes sociales concluídos por el marido después de la vigencia de la ley 28 de 1932, cuando aún no se había hecho liquidación alguna del patrimonio afecto a la sociedad conyugal. En el caso de autos el Tribunal, acogiendo la doctrina según la cual los contratos celebrados en las condiciones en que lo fue el que es materia del pleito no están afectados de nulidad sino que son simplemente inoponibles por falta de concurrencia, llegó a confirmar la sentencia que decretaba la nulidad. Salta a la vista el yerro en que el Tribunal incurrió, pues no podía confirmar la invalidación de un acto jurídico sobre la base de que dicho acto no es nulo. La nulidad declarada judicialmente extingue el acto tanto entre las partes como respecto de terceros, al paso que la inoponibilidad lo deja subsistir pero privándolo de efectos en relación con aquéllos; la nulidad implica un vicio del acto considerado en sí mismo, mientras que la inoponibilidad no reza con su validez sino con su vigencia en cuanto pueda afectar a terceros.

Los artículos 1740 y 1741 del Código Civil determinan con claridad las causas que pueden invalidar los actos jurídicos en nuestro derecho; tales causas pueden resumirse así a la luz de los nombrados preceptos: a) La nulidad absoluta se genera: por falta o por ilicitud del objeto, por ausencia o por ilicitud de causa, por omisión de requisitos o solemnidades AD SUBSTANTIAM ACTUS, por incapacidad absoluta; b) La nulidad relativa se origina por error, fuerza, dolo, lesión, por incapacidad relativa o por falta de formalidades habilitantes, o sean, las previstas por la ley en consideración al estado o calidad de las personas. La inoponibilidad no está reglamentada en nuestra ley: en ella se hallan diseminados preceptos que mediante alguna sistematización permiten determinar que sanciona inoponibilidades de forma y de fondo: de las primeras, por falta de publicidad como ocurre en los casos de los artículos 1766, 1960, 534 del C. C. y en otros preceptos semejantes, por razón de incertidumbre en la fecha de los instrumentos privados (artículo 1762 ibid.) y por ausencia de solemnidades tales como el registro de enajenaciones de derechos nominativos en sociedades anónimas (artículo 35, Ley 58 de 1931). La doctrina también puede señalar en nuestro sistema legal causales de inoponibilidad de fondo: el fraude que resta eficacia respecto de los acreedores a los actos y contratos dolosos de su deudor y que les causen desmedro; el desconocimiento de derechos constituídos como ocurre con las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales pactados sobre los bienes del desaparecido cuando reaparece (artículo 109, numeral 4º del C. C.); la falta de concurrencia, de que es ejemplo singular la venta de cosa ajena reglamentada por el artículo 1871 del C. C.

La Corte había situado precisamente dentro de esta última clasificación los contratos celebrados por uno solo de los cónyuges respecto de bienes sociales adquiridos antes del 1º de enero de 1933, reputándolos inoponibles por falta de concurrencia del cónyuge que no había prestado su asentimiento; en esta interpretación creyó no sólo ajustarse a los términos de la ley 28 de 1932, sino especialmente al fin social de sus preceptos, criterio que en el comercio jurídico actual es prevalente sobre el exegético. Para llegar a esta estructura jurisprudencial la Sala abandonó sus primitivas tesis sobre nulidad de los mencionados contratos, por no haberlas hallado suficientemente respaldadas en la ley y en la doctrina. Como el Tribunal que decidió esta causa razonó sobre la inoponibilidad aceptando que ella era predicable del contrato SUB JUDICE, pero confirmó la decisión del juez inferior que lo declara nulo, sobre razonamientos encaminados a decretar la nulidad, es visible su ye-

rro y la transgresión de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Ahora, de acuerdo con la ley 68 de 1946, ya no se puede prolongar la vigencia de la interpretación doctrinaria que había hecho la Corte de la ley 28 de 1932, pues aquella ley, a título de interpretativa, se reputa incorporada en ésta última según el mandamiento del artículo 14 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Por los ritos de la Iglesia Católica se unieron en matrimonio Francisco Luis Quintero y María Belén López el día doce de febrero de mil novecientos dieciocho; varios años después, en mil novecientos veintiséis, el marido adquirió a título de compra el inmueble llamado "El Barcino" cuya ubicación está descrita en estos autos, según contrato regido en la escritura pública número mil treinta y dos (1032), pasada el dos de octubre del ya mencionado año ante la Notaría de Calarcá; diez años más tarde el cónyuge comprador vendió el inmueble de que se trata a Etelvina Correa de Botero según consta en la escritura que el dieciséis de julio de mil novecientos treinta y seis se otorgó bajo el número seiscientos sesenta y siete (667) en la Notaría de Sevilla; entre los esposos Quintero y López no medió separación de bienes, ni liquidación provisional de la sociedad conyugal con anterioridad al acto dispositivo del bien a que se viene haciendo referencia.

Sobre estos hechos fundamentales, y sobre otros de menor interés, Belén López de Quintero, promovió demanda contra su marido y contra los causahabientes de éste ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, para que previo el trámite de un juicio ordinario se hicieran los siguientes pronunciamientos: nulidad de la compraventa pactada entre los demandados, y cancelación consecuencial del registro del respectivo instrumento público; obligación a cargo de la demandada Correa de Botero, de restituír libre de gravámenes a la sociedad conyugal Quintero-López el inmueble comprado al marido, junto con los frutos naturales y civiles correspondientes al lapso transcurrido desde el contrato hasta la restitución; obligación a cargo de la misma demandada de indemnizar los perjuicios causados por la compraventa, y de pagar los gastos del juicio.

Dentro de la oportunidad legal correspondiente la demandada propuso demanda de reconvención "contra la sociedad conyugal nacida del matrimonio habido entre la señora López y el señor Francisco Luis Quintero, representada por éstos"; se admitió tal libelo cuyas pretensiones se pueden sintetizar así:

Declaración de que la carga de pagar el precio de la compraventa pactada conforme a la escritura número mil treinta y dos (1032) de dos de octubre de mil novecientos veintiséis, gravita sobre la sociedad conyugal Quintero-López; declaración de que dicha sociedad carece de personería sustantiva, lo mismo que "sus socios representantes" para pedir la restitución del inmueble materia del pleito por cuanto su precio se empleó en extinguir una deuda social. Subsidiariamente el reconventor pidió la restitución del precio y de sus intereses, el reconocimiento a su favor del derecho de retención necesario para cautelar el valor de las mejoras por él plantadas en el inmueble, y condena en costas a la sociedad conyugal demandada.

Los hechos en que se sustentan las pretensiones que se dejan resumidas, son, también en síntesis:

El cónyuge Quintero al adquirir el fundo "El Barcino" sólo pagó parte del precio constituyendo hipoteca sobre el mismo bien adquirido para garantizar la parte insoluta de aquel; el acreedor cedió el crédito hipotecario, para cuya efectividad se ejecutó al deudor; para pagar dicha deuda Quintero vendió el inmueble a la demandada quien no sufragó el precio porque según el convenio estaba destinado a solucionar el crédito hipotecario aludido; la compradora ha transformado mediante su esfuerzo "El Barcino" en una magnífica empresa.

El doble litigio trabado sobre estos extremos halló decisión en primera instancia el veintiuno de febrero de 1944, fecha de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá en la cual se resolvió textualmente:

"1º Declárase no probadas las excepciones propuestas. — 2º Infírmase el contrato de compraventa recogido en la escritura número 667 de dieciséis de julio de mil novecientos treinta y seis, otorgada en la Notaría de Sevilla (V.) En consecuencia, líbrese oficio al señor Registrador de

Instrumentos Públicos de Calarcá para efectos de la cancelación del registro de dicho instrumento. También se librará oficio al señor Notario de Sevilla para que cancele el contrato de compraventa a que se refiere la escritura mencionada. — 3º La señora Etelvina Correa de Botero, mayor y vecina de Cartago, restituirá a la sociedad conyugal ilíquida de Francisco Luis Quintero y María Belén López, dentro de los siete días siguientes a la ejecutoria de este fallo, una finca territorial ubicada en el paraje de Ríoverde, en el punto denominado El Barcino, jurisdicción del municipio de Calarcá, alindada así: ("Aquí la descripción consiguiente") — 4º La demandada Etelvina Correa está en la obligación de pagar a la sociedad conyugal ilíquida que ha venido figurando en este proceso, los frutos naturales y civiles percibidos y que se hubieren podido percibir desde la contestación de la demanda hasta el día de verificarse el pago. — 5º Se reconoce a la señora Etelvina Correa de Botero el derecho a retener el inmueble hasta que la sociedad conyugal ilíquida Quintero-López le pague el valor de las mejoras, o se le asegure a su satisfacción. — Parágrafo. Tanto el valor de las mejoras, como el de los frutos naturales y civiles se establecerá mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. — 6º La sociedad conyugal restituirá a la señora Etelvina Correa de Botero, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de siete mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 7.775.00), con sus intereses legales desde la contestación de la demanda hasta que se efectúe la restitución ordenada.—7º El doctor Carlos Alzate López está subrogado en la tercera parte de los derechos que en el presente juicio correspondan a la señora Belén López de Quintero. — 8º Niéganse todas las demás peticiones solicitadas en las distintas demandas de este proceso. Sin costas".

Contra este fallo se alzó en apelación Etelvina Correa de Botero, dando así origen a la segunda instancia la cual fue resuelta por el Tribunal Superior de Pereira en sentencia de siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en un todo confirmatoria de la proferida por el Juzgado inferior. Contra el fallo de segundo grado interpuso la misma parte apelante recurso de casación que se procede a resolver, por haberse tramitado en forma adecuada.

El fallo recurrido

En dicha providencia el Tribunal, siguiendo la que hasta entonces era interpretación doctrinaria sobre los efectos de la Ley 28 de 1932, hizo notar que la compraventa celebrada por Francisco Luis Quintero y Etelvina de Botero, no está viciada de nulidad por cuanto apenas puede reputarse que el vendedor enajenó lo que no era suyo sino de la sociedad conyugal; sobre esa base concluye la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Examinando luégo las pruebas aducidas por el demandado reconventor en orden a demostrar las mejoras plantadas por él en el inmueble considera que si bien ellas están demostradas por "numerosas declaraciones de testigos", y por exposiciones periciales surtidas dentro de la práctica de una inspección ocular, no aparece comprobado su valor líquido el cual debe fijarse por medio del trámite establecido en el artículo 553 del C. J.

El recurso

Contra la sentencia proferida por el Tribunal de Pereira se proponen numerosos cargos de los cuales se acoge el que a continuación se examina, haciéndose así innecesario el estudio de los restantes.

El recurrente considera violados los artículos 1740, 1741 y 1502 del C. C., en tanto se interpretan erróneamente al admitir un motivo de nulidad contractual que no está comprendido dentro de los límites que tales normas señalan a la invalidez de las declaraciones de voluntad.

Se considera:

La súplica primordial del actor tiende a obtener una declaración de nulidad respecto de la compraventa que celebraron los demandados; el Juez de primera instancia halló viable la prosperidad de esa acción con base en los primeros pasos que sobre la interpretación de la Ley 28 de 1932 dio la jurisprudencia; olvidó el fallador de primer grado que esta Corte rectificó su primitiva tesis sobre nulidad de los actos dispositivos de bienes sociales concluídos por el marido con posterioridad a la vigencia del nombrado estatuto, cuando aún no se había hecho liquidación alguna del patrimonio afecto a la sociedad conyugal, y, obrando en consecuencia, falló diciendo textualmente: "Infírmase el contrato de compraventa recogido en la escritura número 667 de 16 de julio de 1936, otorgada en la Notaría de Sevilla." Infirmar, según el sentido corriente que el idioma atribuye a dicha acción es invalidar, es

decir, anular; la misma idea contiene dicho verbo en el léxico jurídico, de tal suerte que el Juez de instancia cuando infirmó el contrato sub judice lo anuló en acuerdo con las premisas que para llegar a ello había sentado en la exposición de motivos del fallo.

El Tribunal, sin rectificar expresamente los fundamentos expuestos por el inferior, y acogiendo la doctrina según la cual los contratos celebrados en las condiciones en que lo fue el que es materia del pleito no están afectados de nulidad sino que son simplemente inoponibles por falta de concurrencia, llegó a confirmar la sentencia que decretaba nulidad; salta a la vista el yerro en que el Tribunal incurrió, pues no podía confirmar la invalidación de un acto jurídico sobre la base de que dicho acto no es nulo.

La nulidad declarada judicialmente extingue el acto tanto entre las partes como respecto de terceros, al paso que la inoponibilidad lo deja subsistir pero privándolo de efectos en relación con aquéllos; la nulidad implica un vicio del acto considerado en sí mismo, mientras que la inoponibilidad no reza con su validez sino con su vigencia en cuanto pueda afectar a terceros.

Los artículos 1740 y 1741 del C. C. determinan con claridad las causas que pueden invalidar los actos jurídicos en nuestro derecho; tales causas pueden resumirse así a la luz de los nombrados preceptos: a) la nulidad absoluta se genera: por falta o por ilicitud del objeto, por ausencia o por ilicitud de causa, por omisión de requisitos o solemnidades **ad substantiam actus,** por incapacidad absoluta; b) la nulidad relativa se origina por error, fuerza, dolo, lesión, por incapacidad relativa o por falta de formalidades habilitantes o sean las previstas por la ley en consideración al estado o calidad de las personas.

La inoponibilidad no está reglamentada en nuestra ley; en ella se hallan diseminados preceptos que mediante alguna sistematización permiten determinar que sancionan inoponibilidades de forma y de fondo; de las primeras por falta de publicidad cómo ocurre en los casos de los artículos 1766, 1960, 2534 del C. C. y en otros preceptos semejantes, por razón de incertidumbre en la fecha de los instrumentos privados (artículo 1762 ibídem), y por ausencia de solemnidades tales como el registro de enajenaciones de derechos nominativos en sociedades anónimas (artículo 33 de la ley 38 de 1931). La doctrina también puede señalar en nuestro sistema legal causales de inoponibilidad de fondo: el fraude que resta eficacia respecto de los acreedores a los actos y contratos dolosos de su deudor y que les causan desmedro; el desconocimiento de derechos constituídos como ocurre con las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales pactados sobre los bienes del desaparecido cuando reaparece (artículo 109, numeral 4º del C. C.); la falta de concurrencia, de que es ejemplo singular la venta de cosa ajena reglamentada por el artículo 1871 del C. C.

La Corte había situado precisamente dentro de esta última clasificación los contratos celebrados por uno solo de los cónyuges respecto de bienes sociales adquiridos antes del 1º de enero de 1933, reputándolos inoponibles por falta de concurrencia del cónyuge que no había prestado su asentimiento; en esta interpretación creyó no sólo ajustarse a los términos de la Ley 28 de 1932 sino especialmente a la finalidad social de sus preceptos, criterio que en el comercio jurídico actual es prevalente sobre el exegético; para llegar a esta estructura jurisprudencial la Sala abandonó sus primitivas tesis sobre nulidad de los mencionados contratos, por no haberlas hallado suficientemente respaldadas en la ley y en la doctrina; el Tribunal que decidió esta causa, como ya se ha visto, razonó al motivar la sentencia recurrida sobre la inoponibilidad aceptando que ella era predicable del contrato **sub judice,** pero confirmó la decisión del Juez inferior que lo declara nulo sobre razonamientos encaminados a decretar la nulidad.

El fallo materia de este recurso de casación quebranta, pues, los preceptos que contienen en la forma que se deja expresada las causales que la ley señala para invalidar los actos y contratos, transgresión en que incurrió al interpretar erróneamente los artículos 1740 y 1741 del C. C. El cargo debe prosperar.

La sentencia recurrida.

Debiendo prosperar el recurso ha de proferirse el fallo que reemplace al que es materia suya, y en orden a ese fin se considera:

Con posterioridad a la sentencia acusada sobrevino la expedición de la Ley 68 de 1946 aclaratoria de la 28 de 1932, e interpretativa de ésta última por vía de autoridad; a virtud de la norma sobreviniente los bienes adquiridos por las sociedades conyugales antes del 1º de enero de

1933 se entiende que continúan sometidos al régimen civil anterior, o sea al previsto en el Código Civil, especialmente en los capítulos 2º, 3º, 4º y 5º del Título 22 del Libro 4º. De esta suerte no podrá prolongarse la vigencia de la interpretación doctrinaria que sobre la teoría de las inoponibilidades había sostenido la Corte, ya que ella pugna con el texto de la Ley 68 de 1946 la cual, a título de interpretativa, se reputa incorporada en la Ley 28 de 1932, según el mandamiento del artículo 14 del C. C.

A la compraventa pactada entre los demandados respecto del inmueble "El Barcino", recogida en escritura pública número 667 pasada el dieciseis de julio de mil novecientos treinta y seis ante la Notaría de Sevilla, concurrió Francisco Luis Quintero, cónyuge de la demandante, y dueño ante terceros de los bienes sociales conforme al artículo 1806 del C. C. En tales condiciones, como ya la intención de la actora tiende a impugnar la posibilidad jurídica de que su marido enajenara por sí solo un bien del haber social, halla en la disposición mencionada escollo fundamental a la prosperidad de sus pretensiones. El contrato de que se hace mérito, por fuerza del mismo precepto, es oponible al otro miembro de la sociedad conyugal, quien por el imperio y dentro de los términos de la Ley 68 ha vuelto a quedar sometido a la voluntad de su consorte, y expuesto a las contingencias que de ellas puedan desprenderse.

Basta lo dicho para concluír que las peticiones de la demanda principal no pueden prosperar.

En cuanto a la reconvención se observa que fue propuesta sobre la base de la posible prosperidad de la acción reivindicatoria acumulada consecuencialmente a la de nulidad y que, el éxito de sus peticiones está condicionado por el de la demanda principal, pues sólo ante él tendrían sentido e interés jurídico para el reconventor.

FALLO:

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia del recurso o sea la proferida en esta causa con fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) por el Tribunal Superior de Pereira, y REVOCANDO la de primera instancia dictada el veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro por el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, falla este pleito así:

1º DENIEGANSE las súplicas de la demanda principal de cuyos cargos se ABSUELVE a los demandados Francisco Luis Quintero y Etelvina Correa de Botero.

2º No es el caso de decidir sobre las peticiones del libelo de reconvención.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PARA LA ENTREGA DE UNOS OBJETOS TRANSPORTADOS POR UNA COMPAÑIA DE AVIACION O DE SU VALOR SEGUN TASACION PERICIAL, DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES, ETC.—LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACION.—OBLIGACION DE SEGURIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE—CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE.—CASO FORTUITO—CONTRATO DE FLETAMENTO.—CONTRATO DE PASAJE.—CARTA DE PASAJE.—DICTAMEN PERICIAL.—ERROR DE DERECHO—APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL.—LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE—INACUMULACION DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y DE LA DELICTUAL.—COSTAS.—GASTOS DEL JUICIO.

1.—El principio de la libertad de contratación dominante en derecho privado y en el que están inspirados los artículos 1604 (inciso final), 1616 y 2072 del Código Civil, tiene claras limitaciones, impuestas unas por el legislador, en cuanto fuerza a los contratantes a estipular determinadas obligaciones que son de la esencia del contrato que se proponen crear, a las cuales no se puede faltar sino a riesgo de que aquél no produzca efecto alguno o de que degenere en otro contrato distinto, o motivadas otras principalmente por razones de orden público o interés social, de moral y buenas costumbres. (Artículos 15, 16, 1501 y 1522 del C. C.).

2.—En el contrato de transporte (artículos 2070 del C. C. y 258 del C. de Co. T.) al lado de las obligaciones principales que él genera de pagar el precio o flete estipulado y de conducir el pasajero y las mercaderías de un lugar a otro, han encontrado la doctrina y la jurisprudencia que existe otra que no por implícita deja de ser menos real y esencial: la obligación de seguridad, cuyo contenido o alcance varía según se trate de contrato ajustado con empresarios públicos o particulares, de transporte de personas o de mercaderías.

En la legislación colombiana el contrato de transporte de personas celebrado con empresarios públicos, calificación dentro de la cual está comprendida la sociedad demandada, crea una obligación de seguridad, como es la de conducir sano y salvo al pasajero al lugar de su destino, que le impone al transportador el deber de cumplir todas las previsiones y precauciones posibles a fin de evitar que un daño cualquiera se consume; pero de la responsabilidad que de la inejecución de esa obligación se deriva para el transportador puede éste exonerarse mediante la sola prueba de la ausencia de culpa, sin que tenga necesidad de demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, o la intervención de agente extraño. Esto se desprende de lo estatuído en los artículos 2072 del C. C., 322, numeral 4º del C. de Co. T. y de otras muchas disposiciones del Código de Co. Marítimo. Si esa obligación es como se deja apuntado esencial en el contrato de transporte, cabe deducir como consecuencia que a las partes o, mejor, al transportador no le es dable exonerarse de ella mediante estipulación expresa; pero en cuanto a la responsabilidad inherente al incumplimiento de esa obligación y al consiguiente deber de reparar, el régimen legal sobre exoneración expresa varía según se confronte la cuestión a la luz de los principios del C. C. o del C. de Co. Terrestre y según se trate de empresario público o particular de transporte.

Siguiendo el principio general de derecho de que quien tiene en su poder una cosa ajena es obligado a conservarla y de prestar el cuidado debido y que si a éste falta se hace por ello responsable del perjuicio que sobrevenga al dueño, el segundo miembro del artículo 2072 del Código Civil impone al acarreador o transportador la responsabilidad por el deterioro o destrucción de la carga salvo que pruebe el vicio de ésta o la fuerza mayor o caso fortuito; pero también le concede derecho para que mediante

una estipulación expresa se pueda exonerar de esa responsabilidad, desde luego que el citado texto la hace de su cargo "a menos que se haya estipulado lo contrario." De allí, pues, que dentro del régimen general del Código Civil sea lícita la cláusula de no responsabilidad en materia de transporte de carga, porque en cuanto al de personas se verá más adelante por qué no lo es. Esa regla es de aplicación al contrato de transporte, sin perjuicio de las particulares que para cada especie de tráfico consagra el Código de Comercio, según mandato del artículo 2078 del Código Civil.

En las secciones primera a cuarta del Capítulo 2º del Título 5º del C. de Co. T. reglamentarias del contrato de transporte celebrado con empresarios particulares no existe disposición legal alguna que haga referencia expresa, ya para autorizarla o prohibirla, a la cláusula de no responsabilidad; empero como las reglas del C. C., por virtud de lo dispuesto en el artículo 2078, son aplicables a tal caso, es claro que para el empresario particular también es lícita la expresada cláusula; pero a falta de ella su responsabilidad se gobierna por lo establecido, entre otros, en los artículos 283, 284, 285, 290, 298, 299, 306 y 308 del C. de Co. T. Las reglas del citado Título son aplicables a los empresarios públicos de conducciones, por mandato del artículo 318 ibídem; mas, como en el Capítulo 3º de ese título, especial y parcialmente se reglamentan los derechos y obligaciones de aquéllos, es evidente que tales reglas no tienen aplicación sino en tanto no pugnen con las contenidas en el Capítulo 3º De ese capítulo son los artículos 329 y 8º de la ley 52 de 1919.

Ahora bien, los deberes y la responsabilidad que tienen "según las leyes" los empresarios públicos de conducciones hacen referencia no sólo a la carga sino también a la persona de los pasajeros (numeral 4º, art. 322 del C. de Co.), y de allí que conforme a los textos en cita les esté claramente vedado hacer figurar en sus contratos cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad que por ley les incumbe o corresponde con respecto a carga y pasajeros. Algunos juristas han pensado que dados los términos empleados en los artículos 329 del C. de Co. y 8º de la ley 52, éstos versan sobre el transporte de mercaderías y no sobre el de personas; pero para la Corte, por lo que en el párrafo precedente se apuntó, tal observación no es fundada; y si eso no obstante, hubiere alguna duda sobre el particular, entonces tomando en consideración que la seguridad e integridad de la persona humana están en juego y que los derechos que a ella se refieren son irrenunciables, habría que reputar como ilícita, por contraria al orden público, la cláusula que atenúe o suprima la responsabilidad de todo transportador, y no solamente del público, en relación con daños causados a los pasajeros por culpa de aquél o por la de las personas por quienes él debe responder.

Investigando la reglamentación que el legislador ha hecho en cuanto al contrato de fletamento o de transporte marítimo, se encuentra que en el Código de la materia, en el Título 6º, está regulada, sobre la base de la culpa, la responsabilidad de los contratantes por avería total o parcial de la carga, y que esa reglamentación gobierna las relaciones jurídicas que surgen del contrato "a falta de convenciones especiales", acordadas entre aquéllos, de conformidad con lo que textualmente dispone el artículo 279. Es decir, que de acuerdo con el C. de Co. Marítimo las partes pueden regular libremente la responsabilidad, derivada del contrato de transporte, y que en defecto de "convenciones especiales" sobre el particular la ley suple la voluntad de aquéllas determinando esa responsabilidad, y como a esto se añade que en ese mismo Código no existe disposición alguna que prohiba la cláusula de no responsabilidad, de todo ello se puede concluír que ésta es lícita en el contrato de fletamento o de transporte marítimo de mercaderías.

En Colombia no existen disposiciones que gobiernen el contrato de transporte aéreo. Luego entonces corresponde a la jurisprudencia llenar el vacío, para lo cual deben tenerse en cuenta las normas del artículo 8º de la ley 153 de 1887. Según los mandatos claros de este texto legal debe el juzgador atenerse en primer lugar, cuando falte "ley exactamente aplicable" al caso en litigio, a lo que haya dispuesto el legislador para casos o materias semejantes, y sólo en defecto de disposiciones de esta naturaleza, debe

acudir a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho. La Corte anotó en su sentencia de 15 de mayo de 1946 que muchos de los tratadistas que se han ocupado en el estudio del derecho de la aeronavegación han sostenido que éste tiene más afinidades con el derecho comercial marítimo que con el derecho comercial terrestre, y que el legislador colombiano se mostró inclinado al mismo criterio, en el único caso en que ha tenido ocasión de expresarse, como es en el artículo 31 de la ley 89 de 1938, cuando asimila el comandante de una aeronave al capitán de un buque; pero ha estado muy lejos de identificar el derecho aéreo con el marítimo para gobernar con las normas de éste la integridad de las relaciones que surjan de contrato de transporte aéreo, pues sólo ha creído y continúa creyendo que a las reglas del derecho marítimo debe acudirse cuando en el derecho común o comercial existan deficiencias de legislación que sea preciso llenar con las normas del marítimo o cuando las disposiciones de aquéllos sean incompatibles con la índole particular del transporte aéreo. Así lo expresó la Corte en la mencionada sentencia. Expositores que, como Luis Tapia Salinas, encuentran grandes analogías en muchos puntos entre el derecho aéreo y el marítimo, rechazan sin embargo la tesis de la identificación completa entre esas dos ramas del derecho, por considerar también que no obstante tales analogías, tienen profundas diferencias jurídicas que hacen que no sea posible esa identificación.

En la sentencia antes citada, por las razones que allí detenidamente se expusieron la Corte llegó a concluír que "así como el artículo 306 del Código de Comercio que obliga al empresario privado de transporte a probar el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad por daño de lo transportado, es incompatible con el carácter de la navegación aérea, sucede lo propio con el artículo 329 del mismo Código y con el artículo 8º de la ley 52 de 1919 sobre limitación de la responsabilidad, limitaciones que son aceptables en el régimen común del derecho civil, claro que no hasta dejar impune el dolo del deudor, sino con sentido de aminorar su responsabilidad pecuniaria, o de excusarlo de ciertas culpas leves no intencionadas." Entonces, acudiendo para llenar el anotado vacío a los principios del C. Civil en donde está visto que es válida la cláusula de no responsabilidad, a igual solución cabe llegar con respecto al transporte aéreo, y si hubieren de seguirse los principios del derecho marítimo, la conclusión sería en todo caso la misma; pero debe advertirse que tal solución sólo reza con el contrato de transporte de mercaderías, porque en cuanto al de personas ya se ha dicho que esa cláusula es inválida por contraria al orden público, siempre que con fundamento en ella se pretenda descartar la responsabilidad del transportador por cualquier clase de culpas suyas o de las personas por quienes él debe responder. Y aun dentro del contrato de transporte de cosas, de cualquier naturaleza que él sea, la cláusula de exoneración en los casos en que ella es lícita no tiene un poder liberatorio absoluto, pues no exime al transportador de responsabilidad cuandoquiera que en la inejecución de la obligación medie el dolo o una culpa grave que le sea imputable. Porque esa cláusula no puede entenderse en el sentido de que el deudor de la obligación de transportar pueda tener la facultad de cumplirla o no, a su arbitrio, porque entonces se confrontaría el caso de una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, la que es nula al tenor del artículo 1535 del C. C. Además, porque con tal entendimiento dicha cláusula equivaldría a una condonación del dolo futuro, lo que determina su invalidez, al tenor del artículo 1522 del C. C.

Y como en materias civiles la culpa grave equivale al dolo (artículo 63 del C. C., inciso 1º), la solución debe ser la misma en uno y en otro caso. De allí que la potestad exonerativa de una cláusula de no responsabilidad deba ser restringida en materia de transporte de mercaderías a aquellas clases de culpas que según el citado artículo 63 caben dentro de las catalogadas como leves o levísimas. De todo lo dicho se pueden desprender las siguientes conclusiones:

1ª—La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de transporte terrestre, sea de personas o mercaderías, celebrado con empresarios públicos de conducciones;

2ª—Esa cláusula es válida cuando se hace constar en el contrato de transporte de mercaderías, ajustado con empresarios particulares, ya sean terrestres, marítimos o aéreos, pero no para eximirlos de responsabilidad en caso de que se les pruebe dolo o culpa grave en la inejecución de la obligación;

3ª—La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de transporte de personas, ya sea terrestre, fluvial, marítimo o aéreo, en cuanto con fundamento en ella se pretenda exonerar al transportador de la responsabilidad que le corresponde por cualquier clase de culpa, ora por las que le sean imputables directamente o a las personas por quienes él debe responder.

Empero, volviendo al contrato de transporte aéreo de personas, como por mandato del artículo 1620 del C. C. el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, y en atención a que los llamados riesgos del aire no provienen de culpa del transportador, la Corte le ha asignado a la cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte de personas un limitado y circunscrito sentido en que ella es válido. Sobre el particular puede consultarse la sentencia de 29 de noviembre de 1946.

3.—En concepto de la Corte el contrato de transporte de personas no puede gobernarse por el precepto del artículo 306 del C. de Co. Terrestre, pues ante la ausencia en la legislación de un derecho especial que determine la responsabilidad del transportador aéreo, el juzgador debe acudir en primer lugar —como así lo manda el artículo 8º de la ley 153 de 1887— a aplicar las leyes que regulan casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional o las reglas generales del derecho, y el artículo 306 no reglamenta un caso análogo al de este pleito. Basta observar, al efecto, fuera de lo ya dicho por la Corte en su sentencia de 15 de mayo, que esta disposición determina ante todo la responsabilidad del empresario particular de transportes, como que forma parte de la sección 3ª del capítulo 2º que trata "del transporte ajustado con empresarios particulares", y que aquí se trata de esclarecer la responsabilidad derivada de un contrato de transporte celebrado con un empresario público de conducciones.

Es verdad que las disposiciones del Título 5º, del cual hace parte el artículo 306, son aplicables a los empresarios públicos de conducciones, por ordenarlo así el artículo 310; pero, como antes se anotó, esas reglas sólo pueden tener aplicación cuando no pugnen con las del Capítulo 3º del mismo Título, que son especiales para el contrato de transporte ajustado con empresarios públicos. En este capítulo está incorporado el artículo 322 que en su numeral 4º dispone que los empresarios públicos están obligados "a indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones", de donde se ve que a esta clase de empresarios la ley no les impone la prueba del caso fortuito, pues sólo les exige para exonerarlos de la presunción de culpa por la inejecución del contrato la prueba de ausencia de culpa, y en cambio la ley es más severa con respecto al empresario particular, pues el artículo 306 sólo lo exime de aquella presunción mediante la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de agente extraño. Esta última disposición es, por tanto, inaplicable en el contrato de transporte de personas, e igualmente lo es para regir la del transportador aéreo, cuando se trate, como en el caso de autos, de un empresario público.

También el régimen imperante en el C. Civil en cuanto al transporte de personas es el de ausencia de culpa. Además no puede entenderse que el inciso 2º de dicho artículo se refiere también a la responsabilidad del acarreador en el transporte de personas, porque allí se habla expresamente de la carga, y porque de la responsabilidad que allí se impone puede eximirse aquél mediante estipulación expresa, lo cual confirma lo dicho, ya que en tratándose de personas la cláusula sería nula, por contraria al orden público. Y en el C. de Co. Marítimo, aplicable también al comercio fluvial por virtud de lo estatuído en el artículo 2º de la ley 35 de 1875, impera de igual manera el régimen de la ausencia de culpa, como puede verse de los artículos 56, numeral 4º, 101, 105, 112, 180 y 353.

Analizando detenidamente el mismo problema a la luz de los principios generales de derecho encontró la Corte, en su sentencia de 15 de mayo del año próximo pasado, que "la obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no puede ser sino de simple prudencia y diligencia", por lo cual le basta para liberarse de responsabilidad demostrar el cumplimiento de todas aquellas previsiones posibles tendientes a evitar el daño y que su compromiso probatorio no va al extremo de tener que acreditar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de elemento extraño.

De consiguiente, sea que la responsabilidad del empresario público en el transporte aéreo de personas se examine teniendo en cuenta lo que dispone el C. de Comercio Terrestre en relación con el empresario público de conducciones, o el Código Civil o el Código de Comercio Marítimo y Fluvial, o los principios generales de derecho, cabe concluír que la prueba de la ausencia de culpa en el acaecimiento del accidente aéreo, exonera al transportador aéreo de responsabilidad por la inejecución del contrato de transporte.

4.—Tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 1º de la ley 95 de 1890, 1604 y 1733 del C. Civil y siguiendo de cerca la doctrina de los más reputados tratadistas, la jurisprudencia de la Corte ha fijado los caracteres o circunstancias que deben concurrir para que un hecho determinado sea constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor y pueda tener virtud liberatoria suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor que no ha ejecutado su obligación. Sobre el particular puede verse lo que dijo la Sala en sentencia de 5 de julio de 1935.

5.—Conforme al Código de Comercio Marítimo el contrato de fletamento puede tener por objeto el transporte de mercaderías o de personas, constituyendo éstos, por consiguiente, dos especies diversas derivadas de un mismo género de contrato y que tienen, como se ha insinuado, una reglamentación separada.

El Capítulo III del Título V del C. Marítimo no contiene disposición alguna especial sobre prueba del contrato de transporte de personas, llamado generalmente por la doctrina contrato de pasaje, y las que sobre el mismo punto traen las secciones antes mencionadas hacen referencia al contrato de fletamento cuando versa sobre transporte de carga o mercaderías; por consiguiente, para juzgar aquel contrato sería aplicable por analogía, ante el vacío que al respecto se observa en el Código, el primer miembro del artículo 320 del C. de Co. Terrestre, o el artículo 266. Pero lo cierto es, en todo caso, que la ley no exige prueba escrita para su demostración, y que para tal fin puede, en consecuencia, acudirse a los medios probatorios ordinarios.

Por el hecho de celebrar el contrato de pasaje todo pasajero tiene derecho, según práctica o costumbre comercial generalmente admitida, a llevar consigo determinada cantidad de efectos, como "sacos de noche, valijas o maletas, que según la costumbre no pagan porte" (artículo 325 del C. de Co. T.), que reciben el nombre de equipaje y cuyo peso, cantidad o medida están usualmente precisados en el contrato mismo o en los reglamentos de las empresas transportadoras. De allí que el contrato de equipaje tenga que ser considerado como accesorio del contrato de transporte de personas, y como tal ha sido reputado por la doctrina, y que deba ser sometido a las mismas reglas sobre pruebas para éste permitidas. (Artículo 325, inciso 2º). Esta es también la conclusión del profesor Ripert en su tratado de Derecho Marítimo, en donde sostiene que la prueba escrita no es indispensable en el contrato de transporte de personas; que todos los medios de prueba deben admitirse para demostrarlo, ya que el contrato es un acto de comercio para el armador y que la ley comercial consagra la libertad de la prueba, y que para el transporte de equipaje del viajero debe seguirse la misma regla, por lo cual considera innecesario el conocimiento. (Tomo III, número 1977, páginas 969 y 970, Droit Maritime). Igual tesis propugnan Lyon-Caen y Renault bajo el número 833 del Tomo V de su "Traité de Droit Commercial". En el caso de autos, desde el momento en que el equipaje fue recibido por la empresa e introducido en ella en la cabina del avión, aquel necesariamente quedó bajo el cuidado y guarda del capitán, lo cual determina que al pasajero deba repu-

társele como cargador de los objetos que lleva, con los derechos inherentes a tal calidad para los efectos de la indemnización que le confieren, entre otros, los artículos 101, 104 y 105 del C. Marítimo y 2072 y 2073 del C. C.

6.—De la reglamentación legal que trae el Código Marítimo de Comercio en sus artículos 168, 170, 171 y 172 a 177 se desprende que el escrito o la póliza de fletamento no es exigido como una solemnidad en el contrato, sin la cual éste sería nulo, sino como una formalidad AD PROBATIONEM, y que puede —por tanto— ser reemplazado por las partes con los muchos medios probatorios que la ley indica, y aun hasta con la prueba de testigos, cuando el flete no exceda de doscientos pesos, como ocurre en el caso de autos.

7.—En presencia de lo estatuído en el artículo 238 se pueden deducir las siguientes conclusiones: 1ª Que el objetivo principal o fundamental del CONOCIMIENTO o POLIZA DE CARGA es constatar entre el capitán y el cargador el hecho del embarque de las mercaderías; 2ª Que no es esencial para la validez del conocimiento que él contenga la plenitud de los pormenores previstos en el artículo 239 que se refieren a las condiciones del contrato, porque éstas pueden ser establecidas por otros medios probatorios y porque, además, la falta de esas condiciones no está consagrada como motivo de nulidad.

8.—Es inadmisible la tesis, que pretende desprenderse de lo dispuesto en el artículo 721 del C. J., de que cuando se trata de avalúos o de una regulación cualquiera en cifra numérica se requiere que el dictamen pericial, para que pueda asignársele el valor de plena prueba, deba ser rendido por dos peritos principales y que en tales casos es ilegal la intervención de un perito tercero para dirimir el desacuerdo que entre ellos se suscite. Semejante deducción no tiene asidero en la mencionada disposición, que apenas habla del dictamen rendido por "dos peritos", sin excluír que ambos sean principales, por lo cual no es opuesto a la validez de aquél que uno de ellos tenga esa calidad y el otro la de tercero, que también es perito. Tal ha sido la jurisprudencia sentada por la Corte en varios fallos.

9.—El error de derecho en la apreciación de una prueba consiste —según reiterada jurisprudencia de la Corte— en atribuírle a aquélla un valor que legalmente no le corresponde o en desconocerle el que tiene conforme a la ley, y en materia de justipreciación de dictámenes periciales sobre avalúos ese error puede producirse cuando, entre otras cosas, se les otorga el valor de plena prueba a pesar de que carezcan de toda explicación y fundamentación, desde luego que la ley requiere para tal efecto que ellos sean explicados y debidamente fundamentados; pero no se da ese error cuando el experticio tiene explicación y fundamentación, aunque ellas puedan ser deficientes o erróneas, y el sentenciador de instancia le confiere o le niega el valor de plena prueba, pues la debida fundamentación del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador para reconocer o negar, según que encuentre que ella exista o no, fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Cuando ese último caso se contempla, es preciso que el recurrente alegue y demuestre en casación que en la apreciación probatoria se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos con incidencia en violación de la ley sustantiva, para que la Corte pueda variar la apreciación del sentenciador

10.—Es sabido que la jurisprudencia de la Corte y la doctrina de los expositores están conformes al sostener que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez, que es a quien en definitiva corresponde asignarle la fuerza probatoria del peritazgo.

11.—Es regla general la de que toda indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, ya provenga ella de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. De esa regla sólo se exceptúan los casos en que la ley expresamente limita la indemnización al daño emergente o la regula de manera diferente. Son casos de excepción, entre otros, los previstos en los artículos 1988 y 1991 del C. C., relativos al arrendamiento de cosas; pero esas disposiciones de suyo excepcionales, no pueden,

por lo mismo, tener aplicación para casos distintos de los en ellas contemplados, como sería, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de transporte, que es diferente de aquél, hasta el punto de que ambos están regulados en capítulos separados del Título 26 del C. C. Por lo cual, al generalizar el Tribunal y al aplicar aquellas disposiciones al contrato de transporte que motiva este pleito, lo hizo indebidamente, e incurrió en su quebranto.

12.—Cuando se trata de pérdida de las mercaderías la obligación indemnizatoria del transportador la concreta expresamente la ley al pago del precio que aquéllas tuvieren, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, prescindiendo con esa regla fija y clara, del principio general del derecho civil que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante y de toda la serie de complejos problemas que de ordinario suscita el definir ante los hechos hasta dónde llegan el uno y el otro. (Artículos 308, 309, C. Co.).

13.—En varias ocasiones ha condenado la Sala por inaceptable la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica.

14.—Si es atribución exclusiva del sentenciador de instancia analizar la prueba pericial y determinar a la luz de las razones que exponga si está o no debidamente fundamentado, para reconocerle o negarle, según que encuentre lo uno o lo otro, el valor de plena prueba, es incuestionable que en casación resulta impertinente atacar esa apreciación probatoria si no es para demostrar que el sentenciador incurrió en ella en un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.

15.—Los gastos que de ordinario origina el sostenimiento de un pleito, tales como los de abogado, papel sellado, peritos, intérpretes, etc., constituyen lo que se denomina costas del proceso; deben ser computados en toda liquidación y pagados por la parte a quien ellas se imponen, por contemplarse alguno de los casos previstos en la ley procedimental. (Artículos 575 y 578 del C. J.). Según el sistema del Código la condena en costas no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición, y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio, en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación. Ahora, cuando no se trata de costas judiciales, o sea de gastos ocasionados directamente por el sostenimiento del pleito, sino de erogaciones sufragadas como consecuencia directa e inmediata del hecho dañoso, tales como los de médico, medicina, hospitalización, en el caso de heridas, y los de entierro, funerales, etc., en el caso de muerte, ya esas erogaciones sí forman parte del perjuicio o lesión patrimonial causados por el hecho dañoso, y deben ser reparadas por el autor. Pero en esos casos la reparación no se debe por concepto de costas en el sostenimiento del pleito, sino por el de perjuicios motivados directamente por razón del hecho que ha causado el daño.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo de demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero del Circuito de Barranquilla, Farid Cajale, hablando en el carácter de "cesionario a título de venta de todos los derechos de los herederos del señor Wasfi Mabardi, propuso juicio ordinario de mayor cuantía contra la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), con fundamento en los siguientes hechos:

"**Primero.**—Con fecha cinco de agosto del año de mil novecientos treinta y seis, el señor Wasfi

Mabardi, quien tenía establecidos importantes negocios en Buenaventura y el Chocó, y, especialmente en Condoto, llegó al Campamento de Andagoya de la Compañía Minera Chocó-Pacífico con el fin de conseguir pasaje para trasladarse a Buenaventura en el hidroavión "Córdoba" de ese día, de la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), y al efecto, se entendió con la Agencia de la Scadta en dicho lugar de Andagoya, y con el piloto del hidroavión "Córdoba";

"**Segundo.**—Como el señor Wasfi Mabardi no pudo conseguir pasaje en ese hidroavión, el mismo día cinco de agosto próximo pasado, contrató con la Agencia de la Scadta en Andagoya, y con intervención del piloto del hidroavión "Córdoba" por la suma de ciento cincuenta y dos pesos ($ 152.00) moneda legal, un vuelo o viaje expreso para el día siguiente (jueves) seis de agosto, para trasladarse de Andagoya a Buenaventura, junto con una remesa de platino crudo;

"**Tercero**—La Scadta, tuvo perfecto conocimiento de que el objeto del viaje del señor Mabardi era el de transportar o llevar en el hidroavión "Córdoba", de Andagoya a Buenaventura, una remesa o lote de tres mil trescientos sesenta ($ 3.360) castellanos de platino crudo, debidamente reconocidos, pesados y empacados ante la Alcaldía de Condoto, en los días cuatro y seis de agosto, platino cuyo flete liquidó la Scadta en Andagoya en la suma de sesenta y nueve pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 60.45) moneda legal.

"**Cuarto.** — Como la supracitada remesa de platino constituía ya un valor declarado ante la Scadta, y el precio del vuelo o viaje aéreo expreso de Andagoya a Buenaventura, contratado por el señor Wasfi Mabardi con la Agencia de la Scadta en Andagoya y con intervención del piloto del hidroavión "Córdoba", era la suma de ciento cincuenta y dos pesos ($ 152.00) moneda legal, o sea, el valor del cupo íntegro de ese hidroavión (cuatro pasajeros), la agencia de la Scadta en Andagoya, autorizó el transporte de la precitada cantidad de platino en el hidroavión "Córdoba", a reserva de que él (Mabardi) pagara adicionalmente en la oficina de la Scadta en Buenaventura, los sesenta y nueve pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 69.45) moneda legal del flete de la remesa de platino, caso de que en dicha oficina así se lo exigieran;

"**Quinto.** — De comprobante de remesa del citado platino, la agencia de la Scadta en Andagoya entregó al señor Wasfi Mabardi para la agencia de dicha compañía en Buenaventura el documento que dice así: "Scadta — Correspondencia interna — De Agencia de Andagoya el 6 de agosto de 1936. — A Oficina de Buenaventura. — S./D. — Referencia. Vuelo de servicio del señor Wasfi Mabardi. — Como ya es de su dominio el señor Wasfi Mabardi contrató en el día de ayer con el piloto del avión del vuelo número 165, un vuelo de servicio de Andagoya hasta Buenaventura para el día de hoy. Este señor ha pagado importe correspondiente a cuatro pasajeros, de acuerdo con sus instrucciones telegráficas y lleva consigo una remesa de platino, cuyo flete asciende a sesenta y nueve pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 69.45). Como se trata de un vuelo en servicios especiales, toda vez que él paga su cupo completo y no habiendo podido encontrar en nuestro record instrucciones al respecto, hemos permitido que el señor Mabardi lleve dicha remesa como equipaje a condición de que dado el caso deba pagar también el flete de dicha remesa lo haga en esa oficina. Nos ha sido imposible consultar telegráficamente con ustedes este punto debido a la premura del tiempo y a las malas condiciones telegráficas de esta región. De usted atento y seguro servidor. — Scadta — Agencia de Andagoya. — (Fdo.) **Francisco de la Guardia.**— (MVR).";

"**Sexto.** — De acuerdo con el contrato de transporte celebrado por Mabardi con la Scadta, el día seis de agosto de mil novecientos treinta y seis, como a las dos y media de la tarde, se presentó en el puerto aéreo de Andagoya, tripulado por el señor Guenther Fries como piloto y por el señor Joseph Englert como mecánico o copiloto, el hidroavión "Córdoba" de propiedad de la Scadta";

"**Séptimo.** — Recibidos a bordo dentro de la cabina del hidroavión "Córdoba" el señor Wasfi Mabardi, como único pasajero y las tres maletas del equipaje de dicho señor, la más pequeña de las cuales contenía el paquete con los tres mil castellanos de platino crudo (el otro paquete con los trescientos sesenta castellanos de platino iba en uno de los bolsillos de un abrigo o sobretodo de caucho del señor Mabardi, abrigo o sobretodo que también fue puesto dentro de la cabina), emprendió el vuelo el hidroavión "Córdoba", siendo las quince y cinco minutos (15.05) del citado día (6) seis de agosto de mil novecientos treinta y seis de Andagoya para Buenaventura, donde debía llegar una hora después, más o menos";

"**Octavo.** — Llevaba consigo el señor Mabardi la carta para la Scadta que se deja copiada en el hecho quinto de la presente demanda, carta que la agencia de la Scadta en Andagoya le había confiado a Mabardi para que él a su vez la entregara a bordo del hidroavión al piloto o al mecánico, pues éstos demostraron tal precipitud en emprender el viaje de regreso a Buenaventura, que ni siquiera bajaron a tierra desde el hidroavión para revisarlo antes de partir, a pesar de haber recibido un fuerte golpe en una playa al acuatizar en Andagoya dicho aparato, emprendiendo el viaje sin sobordo o conocimiento, y sin los demás papeles de rigor";

"**Noveno.** — El mismo día seis de agosto de mil novecientos treinta y seis, como media hora después de haber salido del aeropuerto de Andagoya, el hidroavión "Córdoba" descendió o acuatizó, en forma anormal y violenta, en las aguas del río San Juan, en el sitio denominado "Pagala", pereciendo de modo trágico, como consecuencia de ese accidente, el señor Wasfi Mabardi";

"**Décimo.** — Para entenderse en todo lo relacionado con el rescate y salvamento del hidroavión "Córdoba" y de su carga, la Scadta encargó a sus empleados señores Kurt Richelsy y Adolfo Ruiz, quienes con este fin se embarcaron en el vapor o remolcador "Andagoya";

"**Décimo primero.** — Puesto a flote el hidroavión "Córdoba" bajo las órdenes del señor Kurt Richels y registradas por Adolfo Ruiz la cabina y la bodega de dicho hidroavión, porque así lo ordenó Richels, del equipaje perteneciente al señor Wasfi Mabardi apenas se entregó o puso sobre la cubierta del Andagoya la maleta de tamaño mayor de las tres que llevaba Mabardi en el hidroavión, faltando por entregar, por consiguiente, tanto la maleta de tamaño mediano, como la más pequeña que contenía el paquete con los tres mil castellanos de platino crudo, ya mencionados en esta demanda, y faltando también por entregarse el otro paquete con trescientos sesenta castellanos de platino crudo que Mabardi llevaba y había puesto en el bolsillo de su sobretodo de caucho";

"**Décimo tercero.** — El señor Kurt Richels, empleado de la Scadta, abandonó el vapor Andagoya y se trasbordó de este barco al avión "Darién", en el cual llegó a Buenaventura, cuando era su deber que se hubiera quedado en este barco custodiando el hidroavión "Córdoba" hasta que dicho buque llegara a Buenaventura";

"**Décimo quinto.** — No solamente niego y rechazo que el accidente del hidroavión "Córdoba" sea un caso fortuito o de fuerza mayor, como alega el piloto Guenther Fries, sino que de las mismas declaraciones de este piloto se desprende que seguramente se habría salvado de perecer el señor Wasfi Mabardi (quien no sabía nadar), si él le presta el debido auxilio, puesto que Fries confiesa que él sí sabía nadar, que se sintió con fuerzas suficientes para haber llegado a nado hasta la orilla del río y que había visto a Mabardi "perfectamente sano" sentado sobre el ala del hidroavión, antes que éste comenzara a hundirse";

"**Décimo sexto.** — Del mismo modo, el piloto Fries, en lugar de abandonar después del accidente el sitio de Pangala para venirse, como se vino a Buenaventura, debió quedarse en aquel sitio estableciendo la debida vigilancia";

"**Décimo noveno.** — El costo original de los tres mil trescientos sesenta castellanos de platino crudo que llevaba Mabardi en el hidroavión "Córdoba", no era menor de veintisiete mil pesos moneda legal, en Buenaventura, el día en que tal remesa debió haber llegado a esta última ciudad, o sea, en la misma tarde del seis de agosto de mil novecientos treinta y seis; pero como tal cantidad de platino estaba destinada por Mabardi para venderla en New York (E. U. de N. A.) en el curso de ese mismo mes de agosto, resulta que en dicha ciudad de New York habría podido vender Mabardi ese platino a razón de sesenta y cinco dólares americanos la onza troy, lo que habría dado a Mabardi un producto líquido de unos cuarenta y siete mil pesos moneda colombiana";

"**Vigésimo.** — José Mabardi y Matilde Mabardi viuda de Sidaoui, en sus propios nombres, y esta última señora, además, en nombre de Rosa Mabardi de Andalaft, me vendieron todos sus derechos en la sucesión del finado Wasfi Mabardi, de quien son los citados vendedores los únicos herederos";

"**Vigésimo primero.** — Por el mero hecho de haber declarado su precitada remesa de tres mil trescientos sesenta castellanos de platino crudo el señor Wasfi Mabardi, como lo declaró ante la Scadta, y por el mero hecho de conocer, como conocía la Scadta, que el fin u objeto del viaje aéreo expreso del señor Mabardi era el de transportar esa cantidad de platino de Andagoya a Buenaventura, la Scadta asumió, automáticamente y conforme a sus propios reglamentos, toda la responsabilidad y todas las obligaciones inherentes

al transporte de esa cantidad de platino y de la persona de su dueño señor Wasfi Mabardi";

"**Vigésimo segundo.**—La Scadta (Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos) no empleó toda la diligencia y el cuidado debidos para que ese transporte del señor Wasfi Mabardi y de su precitada cantidad de platino se realizara feliz y seguramente a bordo del hidroavión "Córdoba", lo que equivale a decir que la Scadta no cumplió esas obligaciones ni antes ni durante ni después del accidente del mencionado hidroavión".

Apoyado en esos hechos el actor pidió que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la citada sociedad está obligada a entregarme las dos maletas faltantes, el sobretodo de caucho y los tres mil trescientos sesenta castellanos de platino crudo de propiedad de Wasfi Mabardi, todo lo cual fue recibido por la Scadta y estaba en la cabina de su hidroavión "Córdoba" cuando éste partió de Andagoya para Buenaventura en la tarde del seis de agosto de mil novecientos treinta y seis con Mabardi como único pasajero en ese viaje expreso;

"b) Que en caso de que la Scadta no quisiere o no pudiere hacerme la entrega que solicito en el punto a) que precede, entonces debe pagarme lo que según el dictamen de peritos se señale en el presente juicio como valor de la cantidad de tres mil trescientos sesenta castellanos de platino crudo el día seis de agosto de mil novecientos treinta y seis en la ciudad de Buenaventura, lugar donde ese platino debió ser entregado ese mismo día por la Scadta a Wasfi Mabardi;

"c) Que en el mismo caso de que la Scadta no quisiere o no pudiere entregarme la precitada cantidad de tres mil trescientos sesenta castellanos de platino crudo, entonces —además de pagarme el precio de dicho platino como pido en el punto b) que precede,— me pague también la Scadta lo que de acuerdo con dictamen de peritos y las demás probanzas que se aporten en este juicio, se señale como monto de lo que hubiere podido derivar u obtener como utilidad el señor Wasfi Mabardi vendiendo en Nueva York (EE. UU. de N. A.) ese platino en agosto de mil novecientos treinta y seis;

"d) Que además, en el caso que antecede, la Scadta me pague también en el mismo concepto de indemnización, lo que por medio de peritos y las demás probanzas en el presente juicio, se fije o señale como monto o valor de lo que con mediana inteligencia hubiera podido obtenerse y se obtuviere como utilidades con el empleo y manejo de la suma que se señale como producto de la venta del citado platino en Nueva York en agosto de mil novecientos treinta y seis, no solamente desde el tiempo en que esta suma hubiera podido ser recibida por Wasfi Mabardi, sino por todo el tiempo en que dicha suma permanezca impagada por la Scadta;

"e) Que también me debe pagar la Scadta la suma que por medio de peritos se señale en el presente juicio como valor de todos los perjuicios morales y materiales resultantes de la pérdida de la vida del señor Wasfi Mabardi con motivo del accidente del hidroavión "Córdoba" mencionado en esta demanda;

"f) Que la Scadta debe pagarme también las costas y costos del presente juicio".

En caso de que las declaraciones que pido no se hicieren en mi favor como cesionario de todos los herederos de Wasfi Mabardi, pido que, en subsidio, sean hechas tales declaraciones en favor de la sucesión de Wasfi Mabardi representada por mí en mi carácter de cesionario de los herederos José Mabardi y Matilde Mabardi viuda de Sidaoui".

Admitida la demanda, el representante de la Sociedad demandada la contestó así:

"**Primero.**—No me consta.

"**Segundo.**—Sí fue cierto en cuanto compró cuatro (4) pasajes equivalentes al cupo del avión para poder justificar el viaje; niego que se contratara el transporte de una remesa de platino crudo.

"**Tercero.**—Niego este hecho.

"**Cuarto.**—Niego este hecho. Niego que el platino crudo del señor Wasfi Mabardi, en el supuesto que se transportara en el avión "Córdoba", lo que a la Empresa no le consta, se hiciera como **valor declarado.**

"**Quinto.**—Niego este hecho. No consta en la carta a que se refiere este hecho que la Compañía hubiera recibido ningún paquete o bulto como **valor declarado** ni tampoco consta peso, cantidad ni valor de la supuesta remesa, ni ninguna otra de las especificaciones de esta clase de valores, y, además, tampoco consta la entrega a la Compañía de los supuestos valores; tampoco consta el número de paquetes, se habla de una remesa en calidad de equipaje.

"**Sexto.**—Es cierto, pero, repito, el contrato a que se refiere fue sólo de conducción de pasajero

y equipaje, en las condiciones impresas en el billete o tiquete de pasaje.

"**Séptimo.** — Sí fue cierto que el hidroavión "Córdoba" emprendió el vuelo alrededor de las 15.05 del día 6 de agosto de 1936 de Andagoya para Buenaventura llevando a Wasfi Mabardi como único pasajero, y manejado, como lo afirma el demandante en el hecho anterior, por el piloto Guenter Fries y por el mecánico Joseph Englert, cuyas matrículas oficiales presento desde ahora para que sean tenidas como pruebas; niego los demás extremos de este hecho, porque no le consta a la Compañía ni me consta a mí personalmente que en la más pequeña de las maletas se condujera el platino o que en el paquete que se dice iba en uno de los bolsillos del sobretodo existiera también platino, y los niego porque el contenido de la más pequeña de las maletas no fue denunciado a la Compañía, ni conocido por ésta antes de su recibo en el avión ni después de acaecido el accidente, y tanto el contenido de esta maleta como la existencia del paquete que se dice iba en uno de los bolsillos del sobretodo, son hechos totalmente desconocidos por la Compañía, y por lo tanto los niego; en el sobordo respectivo, que presento con esta contestación para que sea tenido en cuenta como prueba en este juicio, se registró el recibo de tres maletas sin especificación del contenido de ninguna de ellas ni se denunció la existencia de ningún paquete chico ni grande ni siquiera de un sobretodo; por consiguiente, salvo la excepción del recibo a bordo de la cabina del hidroavión "Córdoba" del señor Wasfi Mabardi como único pasajero y de tres maletas que, como lo afirma aquí muy claramente el demandante, fueron recibidas a bordo en calidad de equipaje, y la hora aproximada de la salida del hidroavión y su lugar de destino, niego este hecho.

"**Octavo.** — Como este hecho contiene varios, contestaré separadamente los distintos hechos aquí tratados. No me consta que el señor Mabardi llevara la carta y, en todo caso, niego que esta carta le fuera entregada al piloto o al mecánico del hidroavión "Córdoba"; no es cierto que el piloto y el mecánico del hidroavión "Córdoba" manifestaran precipitud en emprender el viaje de regreso a Buenaventura, sino, que, por el contrario, se demoraron el tiempo necesario y suficiente para recibir a bordo al único pasajero y su equipaje; y no revisaron el hidroavión porque en vuelos cortos no se revisan los motores en las estaciones intermediarias; el hidroavión llevaba sus papeles de rigor, y en cuanto al sobordo fue hecho por la Agencia de la Compañía en Andagoya pero se omitió entregarlo al piloto; en cuanto al conocimiento o relación de valores declarados no se entregó por no haberse hecho ese documento, no habiendo ningún valor declarado para transportar; niego que el hidroavión "Córdoba" sufriera un fuerte golpe en una playa al acuatizar en Andagoya, de haber sido cierto este hecho la tripulación hubiera tomado las precauciones necesarias antes de emprender el vuelo, tanto en seguridad de la vida del pasajero como para seguridad de sus propias vidas, y es bueno dejar sentado desde ahora, que el accidente no sobrevino en ningún caso por vicio, defecto o daño en el vehículo. Presento, para que sea tenido como prueba, el original del sobordo.

"**Noveno.**—Es cierto que el día 6 de agosto de 1936 el hidroavión "Córdoba" después de media hora de vuelo continuo hizo un acuatizaje de emergencia en condiciones desfavorables en el sitio denominado "Pangala", en las aguas del río San Juan, pero no es cierto que pereciera de modo trágico, como consecuencia de este acuatizaje de emergencia, el pasajero Wasfi Mabardi, quien, como se afirma en los documentos acompañados por el actor a la demanda, fue visto sano y salvo, después del acuatizaje, parado o sentado sobre una de las alas del hidroavión, circunstancia ésta que también afirma el demandante en el hecho número quince (15) de la demanda.

"**Décimo.**—Sí es cierto que la Compañía encargara a su técnico en mecánica señor Kurt Richels para dirigir las operaciones de sacada a flote del hidroavión "Córdoba" y como obrero para el trabajo manual de estas operaciones al peón Adolfo Ruiz; ambos se embarcaron en el remolcador del Gobierno Nacional de nombre "Andagoya" que la Compañía solicitó de la Aduana de Buenaventura para el salvamento del hidroavión.

"**Undécimo.**—Niego que falte por entregar algo de lo que se encontró del equipaje del pasajero Mabardi; el hidroavión "Córdoba" fue puesto a flote en presencia de toda la tripulación del "Andagoya", buque oficial, y del guarda del Resguardo de Buenaventura de nombre Perea, y su cabina y bodega registradas también en presencia de todos los allí presentes, entre quienes se encontraba el señor Zacarías Cassab, quien, como lo afirma el demandante en el hecho siguiente, era el amigo de Wasfi Mabardi, y todo lo que se encontró fue sacado y puesto en la cubierta del

'Andagoya"; niego por todo lo dicho que falte algo por entregar de lo que se encontró.

"**Duodécimo.**—Niego este hecho; consta en los documentos que el actor ha acompañado a la demanda que Cassab sí entró a la cabina del hidroavión y practicó una requisa personalmente.

"**Décimo tercero**—Es cierto que el señor Richels abandonó el vapor "Andagoya" después que el hidroavión "Córdoba" fue puesto a flote y registrado; pero no es cierto que fuera su deber quedarse en el "Andagoya" custodiando el hidroavión "Córdoba" porque tanto el hidroavión como todo lo que se rescató quedó en custodia del capitán del buque del Gobierno "Andagoya" y de guardas del Resguardo de Buenaventura, como lo afirman los documentos que el mismo demandante ha acompañado a su demanda; Richels, en todo caso, pidió y obtuvo permiso del guarda del Resguardo de Buenaventura para retirarse.

"**Décimo cuarto.**—No me consta.

"**Décimo quinto.**—Niego este hecho; el accidente del hidroavión "Córdoba" sí fue un caso fortuitó o de fuerza mayor, como lo afirma el piloto Gunthers Fries; rechazo y niego la afirmación extraña del demandante en este hecho de que el accidente del hidroavión no fue un caso fortuito o de fuerza mayor por el hecho de haberse visto, después del accidente, al pasajero Mabardi sano y salvo sobre una de las alas, pues del hecho de que el pasajero no pereciera en el accidente no se puede inferir que ese accidente no haya sido un caso fortuito o de fuerza mayor; en este hecho se afirma que el pasajero no murió en el accidente mismo, sino que pereció por no saber nadar, lo que sí es cierto; que el piloto no le prestó al pasajero auxilio después de ocurrido el accidente, otra afirmación que rechazo por inexacta ya que de las mismas declaraciones del piloto que el demandante ha presentado con su demanda se afirma todo lo contrario; al efecto copio aquí lo pertinente de esa declaración: "Yo pude salir de mi asiento del comando y nadando por debajo del agua alcancé la superficie. Nadé directamente en dirección a la cabina del pasajero y di al pasajero la instrucción de romper la ventana. Un momento después vi a éste sentado sobre el ala, aparente y perfectamente sano, pero cuando la máquina principió a hundirse, desapareció y no pudo nadar. Desde el momento en que la máquina golpeó sobre el agua no vi al mecánico. A las canoas que vinieron en auxilio les ordené perseguir la máquina y preocuparse por el salvamento del pasajero, debido a que me sentí todavía con fuerzas de llegar a nado a la orilla para salvarme. Al alcanzar dicha orilla se me acercaron varias personas que me ayudaron a curar las heridas que había sufrido con la caída"; queda así demostrado que el piloto, a pesar de sus heridas, y batallando por salvar su propia vida, sí se preocupó por salvar la vida del pasajero.

"**Décimo sexto.**—A pesar de que no había vigilancia qué establecer porque el hidroavión "Córdoba" se fue al fondo del río, como se desprende de los mismos documentos que el demandante ha acompañado a su demanda, niego que el piloto Fries hubiera abandonado el sitio de Pangala inmediatamente después del accidente.

"**Décimo séptimo.**—No me consta, pero la Compañía ordenó la búsqueda del cadáver de las dos personas desaparecidas.

"**Décimo octavo.**—Niego que la Compañía sea responsable civilmente, o de cualquiera otra manera, del accidente del hidroavión "Córdoba"; en cuanto a las condiciones personales del señor Wasfi Mabardi, importancia o pequeñez de sus negocios, cultura, inteligencia, espíritu de empresa, actividad y porvenir, me son y fueron y son para la Compañía hechos desconocidos.

"**Décimo noveno.** — Niego este hecho, por no constarle a la Compañía ninguno de los hechos que encierra.

"**Vigésimo.**—No me consta.

"**Vigésimo primero.**—Niego totalmente este hecho; el señor Wasfi Mabardi no declaró ante la Scadta remesa alguna de tres mil trescientos sesenta castellanos de platino crudo, y por lo tanto no puede ser responsable la Compañía ni de acuerdo con sus reglamentos ni de acuerdo con la ley; en cuanto al transporte del pasajero éste se hizo en las condiciones impresas en el billete o tiquete de pasaje.

"**Vigésimo segundo.**—Niego por completo este hecho; por el contrario, la Compañía como es su costumbre, sí empleó la diligencia y cuidado, antes y después del accidente".

Finalmente propuso las excepciones perentorias que se derivan de los siguientes hechos:

"**Primero.**—El accidente del hidroavión "Córdoba" fue un caso fortuito o de fuerza mayor; y

"**Segundo.**—El demandante carece de personería sustantiva para iniciar y adelantar el juicio.

"Opongo, también, el beneficio establecido por el artículo 1971 del Código Civil, de no estar el deudor obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses respectivos".

Proseguido el trámite del juicio en la forma de ley, el Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia de treinta (30) de mayo de mil novecientos treinta y ocho (1938), en cuya parte resolutiva declaró lo siguiente:

"Seis (6) días después de ejecutoriada esta providencia, la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos — **Scadta** —, entidad jurídica con domicilio en esta ciudad, deberá entregar al señor Farid Cajale, mayor y de este vecindario, en su carácter de representante de la herencia de Wasfi Mabardi, lo siguiente: **Primero.** — La cantidad de ciento doce mil pesos ($ 112.000) moneda colombiana, suma en que fueron avaluados los perjuicios por la muerte de Wasfi Mabardi; **Segundo.** — La cantidad de tres mil castellanos de platino crudo, o en su defecto la suma de cuarenta mil quinientos pesos ($ 40.500.00) moneda colombiana, valor de los tres mil castellanos de platino en Buenaventura el día seis de agosto de mil novecientos treinta y seis; y **Tercero.** — Las costas y costos del presente juicio.

"Igualmente queda la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos —**Scadta**— obligada a pagar a Farid Cajale el lucro cesante sobre la ya dicha suma de cuarenta mil quinientos pesos ($ 40.500.00) moneda colombiana. Este lucro se fijará en juicio aparte o en la segunda instancia, si fuere posible".

La apelación concedida a ambas partes llevó el negocio a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Durante el curso de la segunda instancia fueron modificados los estatutos de la sociedad demandada y una de las reformas consistió en que a ésta se le cambió el nombre y se le denominó para lo sucesivo "Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca)". Sustanciado el recurso en debida forma, el Tribunal lo decidió en sentencia de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, mediante la cual reformó la apelada, así:

"**Primero.** — Seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos — Scadta — (hoy Avianca), entidad jurídica domiciliada en Barranquilla, pagará al señor Farid Cajale, en su carácter éste de representante de la herencia de Wasfi Mabardi, como cesionario de los herederos del causante, la cantidad que fijen peritos de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, por concepto de perjuicios materiales con motivo del accidente del avión "Córdoba" en el cual perdió la vida el señor Wasfi Mabardi.

"**Segundo.**—En el término de seis días pagará la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos—Scadta—(hoy Avianca), la suma de diez y nueve mil ochocientos pesos ($ 19.800.00) moneda legal colombiana, por concepto del valor de tres mil (3.000) castellanos de platino crudo de propiedad de Mabardi y que se perdieron en el accidente del mencionado avión "Córdoba" acaecido el día seis de agosto de mil novecientos treinta y seis.

"Sin costas".

En esa sentencia, después de transcribir tanto la demanda como la contestación respectiva y de hacer una relación pormenorizada de las pruebas producidas por las partes en ambas instancias, el Tribunal estimó que en el proceso surgían como plenamente establecidos los siguientes hechos: Que el hidroavión "Córdoba", en su viaje de Andagoya a Buenaventura, emprendido el 6 de agosto de 1936, a las 15.05 horas, llevaba como único pasajero al señor Wasfi Mabardi y tres maletas; que en dicho vuelo el hidroavión "Córdoba" sufrió un accidente al caer en el lecho del río San Juan, cerca del sitio de Pangala, en donde perdieron la vida el señor Mabardi y el mecánico Joseph Englert, y que por tal motivo la controversia quedaba reducida al esclarecimiento de estos puntos:

1º Si el accidente del "Córdoba" fue ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor y si en él no tuvo culpa la Sociedad demandada ni quien comandaba la nave aérea;

2º Si Mabardi conducía platino en una de las tres maletas y si lo transportaba como valor declarado o como equipaje;

3º Si el piloto prestó al pasajero Mabardi los auxilios indispensables, y

4º Si la Sociedad no tiene por qué pagar las indemnizaciones que se le reclaman.

Anotando previamente que al actor le asiste personería sustantiva para ejercitar la acción tal como lo ha hecho, se ocupa en seguida en el tema a que se contrae el primero de los indicados puntos. Advierte que quien alega el caso fortuito tiene el deber de demostrar no sólo el hecho que lo constituye sino también que éste ha sido la causa precisa del incumplimiento de la obligación. Con apoyo en la sentencia de la Corte de 5 de julio de 1935, se concreta después a destacar sus características y fundándose en lo que disponen los artículos 258, 306 y 322, ordinal 4º, del Código de Comercio Terrestre, sostiene luego que la entidad demandada contrajo con Mabardi una obli-

gación de garantía, consistente en transportarlo sano y salvo con su equipaje del sitio denominado Andagoya a Buenaventura; que aquélla responde de la culpa grave y leve, y que el incumplimiento del contrato crea la presunción de culpa, la que sólo puede desvirtuar la empresa con la prueba de que el caso fortuito o fuerza mayor no fue preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia fueron ineficaces para impedir el accidente y sus efectos; que estando demostrado el contrato de transporte con el boleto o tiquete respectivo y con la propia confesión de la entidad demandada, a ésta le correspondía, con arreglo a los artículos 306 del C. de Co., 1604 y 1733 del C. C., justificar la imposibilidad en que se encontró de ejecutar su obligación, dando la prueba ya referida.

Dice que los muchos elementos probatorios traídos al debate para probar esos extremos podrían considerarse como demostrativos de ausencia de culpa de la sociedad, pero no con respecto al piloto que manejaba el hidroavión "Córdoba" el día del accidente. A continuación transcribe las declaraciones rendidas ante la Capitanía del Puerto de Buenaventura y ante el Magistrado Leonard Duzhan en Jahanuesbur, Africa del Sur, por el ex-piloto Gunther Fries, y parte del acta que suscribieron el Comandante de la Base Aérea, Capitán Santamaría Mancini, el oficial de detalle, Capitán Luis Arturo Rodríguez, el Jefe Técnico, Ciro Barreto, el Jefe Técnico de la Scadta, Kurt Richels, y luego dice que por este último documento se observa que la causa inmediata y precisa del accidente no fue ni la tempestad ni el golpe de timón de que hablan, la Compañía y el piloto, sino que "posiblemente pudo serlo el error por espejismo que sufrió el piloto al acuatizar", y concluyó que en presencia de esos documentos "la presunción de responsabilidad pesa sobre la Compañía, por no haber logrado demostrar la relación de causalidad entre la tempestad y el accidente", y que de ella no se puede exculpar mediante la prueba de ausencia de culpa.

Transcribe luego las condiciones del contrato de transporte insertas en el anverso del tiquete que se le expidió a Mabardi, anota que ellas constituyen lo que se denomina un contrato de adhesión, hace una disertación doctrinaria sobre la naturaleza de éste, y refiriéndose concretamente a la cláusula contenida en el tiquete, según la cual "todo viaje es a entero riesgo del pasajero", dice que ella es violatoria de lo dispuesto en los artículos 329 del C. de Co. Terrestre y 8º de la Ley 52 de 1919.

Sostiene, de otro lado, que el piloto Gunther Fries incurrió en negligencia o descuido por cuanto que una vez consumado el accidente no hizo los esfuerzos a que estaba obligado para salvar la vida del pasajero Mabardi e imputa esa culpa a la Compañía, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 306 del C. de Co. y 2347 del Código Civil.

En el capítulo de la sentencia titulado "El salvamento" el Tribunal transcribe los conceptos emitidos sobre el particular en el fallo de primera instancia y dice que además de los elementos probatorios que allí se citan para acreditar que Mabardi introdujo al avión el platino y que lo denunció a la Agencia de la Scadta en Andagoya, existen también los siguientes: la carta original que esta Agencia dirigió a la de Buenaventura, el 6 de agosto de 1936, que fue reconocida por Francisco de la Guardia, y Mario Valdepares, quien la escribió, la cual fue considerada como auténtica (cuaderno f, fls. 41 v., 44, 48 y 49); la declaración de Roberto Killiam, Agente de la Scadta en Buenaventura, el día 6 de agosto de 1936 (cuaderno número 3, folio 33 a 36), y el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 27 de abril de 1939, que en su parte pertinente copia, y que en concepto del Tribunal debe estimarse como prueba. Consideró que de esos documentos se desprende la demostración de los siguientes hechos:

"Que la Compañía Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta) contrató con Wasfi Mabardi un viaje expreso para conducirlo de Andagoya a Buenaventura; que la Agencia de Andagoya autorizó a Mabardi para llevar consigo el platino cuyo flete asciende a $ 69.45 como equipaje a condición de que debía pagar el flete en la Agencia de Buenaventura; que el sobordo —que obra a página 39 del expediente principal— denuncia en su casilla de informaciones para el piloto que Wasfi Mabardi llevaba tres maletas: una grande con peso de 20 kilos; una mediana con peso de 12 kilos forrada con una lona carmelita y otra pequeñita con peso aproximado de 13 kilos, color café; que Mabardi sí denunció el platino, y estableció con la Compañía de pagar flete por el platino si la Agencia de Buenaventura así lo resolvía no obstante de tratarse de un vuelo expreso para Mabardi a virtud del contrato con la Scadta, puesto que ésta dio la autorización del vuelo expreso para Mabardi a la Agencia de Bue-

naventura; que dejaron de entregarse las dos maletas pequeñas, en una de las cuales iba el platino; y que la negligencia del recomendado por la Scadta para el salvamento del equipaje de Mabardi y del avión "Córdoba" dieron lugar a que se extraviaran las maletas referidas".

Estudia luego el punto referente a las indemnizaciones y dice que el criterio que debe seguirse para fijar la correspondiente a la pérdida del platino es el del precio que éste tuviera en el lugar en donde debía ser entregado, o sea en Buenaventura, porque de otro modo se excederían los límites de la obligación contraída por la empresa. Esta consideración lo llevó a negarle valor probatorio al dictamen pericial rendido por Manuel S. Caicedo y Luis E. Cabrera y a acoger, en cambio, el de los peritos Enrique de la Rosa y David J. Senior, quienes fijaron en $ 19.800.00 el valor de los 3.000 castellanos de platino crudo transportados y perdidos. Se abstuvo de hacer condena por lucro cesante, por considerar que aun cuando ella procede por regla general en todos los contratos en que el deudor no cumple su obligación, en el presente caso no es pertinente decretarla por tratarse de un contrato de arrendamiento de servicios especializados. En lo que respecta a las indemnizaciones por perjuicios materiales sufridos por Mabardi con ocasión de su muerte, dispuso que ellas se fijaran con arreglo al procedimiento del artículo 553 del C. J., ya que, por las razones que sobre el particular expone, juzgó que debían ser desechados los dictámenes periciales rendidos por los doctores Evaristo Sourdis y Rafael Angel Donado y José Domingo Pumarejo y Anastacio del Río, y en lo tocante a perjuicios morales, dijo que los objetivados no estaban demostrados y que los subjetivos no son comerciables ni por tanto cesibles, por lo cual no cabía proferir condena en relación con ellos.

Finalmente en cuanto al beneficio que con fundamento en el artículo 1971 del C. C. alegó la Sociedad demandada, el Tribunal conceptuó que como al tiempo de la cesión que los herederos de Mabardi hicieron a Cajale aún no estaba entablada esta demanda, aquélla no puede reputarse como cesión o venta de derechos litigiosos y que además es prematuro el ejercicio del derecho de rescate en el presente pleito.

Ambas partes han recurrido en casación, y como los respectivos recursos que fueron propuestos, están tramitados como es de rigor, se procede hoy a decidir lo que corresponde.

Recurso de casación de la parte demandada

Con apoyo en el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del C. J., este recurrente hace varias acusaciones contra la sentencia, las cuales van a ser consideradas por la Sala siguiendo el mismo orden en que vienen propuestas.

Primer cargo.—Aquí se alega que la sentencia recurrida es violatoria de los artículos 329 del C. de Co. Terrestre y 8º de la Ley 52 de 1919, por aplicación indebida, y 1604 (inciso final), 1616 y 2072 del C. C., porque han debido aplicarse y no lo fueron.

En el desarrollo del cargo dice, en resumen, que fuera de que aquí se trata de un accidente que no se debió a culpa de nadie, en el presente caso media la circunstancia liberatoria de que en el contrato de transporte celebrado con Mabardi, y formalizado con el tiquete que se le expidió, obra la estipulación de que "Todo viaje es a entero riesgo del pasajero", y que esta cláusula es lícita en presencia de la libertad de contratación reconocida por los artículos 1604, 1616 y 2072 del C. C.; y que las reglas que estas disposiciones consagran fueron puestas al margen por el sentenciador, el que prefirió aplicar las normas prohibitivas contenidas en los artículos 329 del C. de Co. y 8º de la Ley 52 de 1919, sin fijarse en que como disposiciones especiales relativas al transporte terrestre, son de interpretación y aplicación restrictiva.

Con fundamento en el artículo 48 del Decreto número 66 de 1934 y con cita de la doctrina acogida por eminentes tratadistas, propugna estas dos tesis: 1ª Que cuando el carácter especial de la aviación no se avenga con alguna regla correspondiente al Código de Comercio Terrestre o al marítimo no será el caso de aplicarla, y 2ª Que cuando la regulación del caso en el primero de aquellos Códigos difiera de la del último, deberá aplicarse la de éste, por ser más estrecha la similitud o analogía de la navegación aérea con la marítima.

Se considera:

A la tesis del Tribunal, según la cual la cláusula contenida en el tiquete o pasaje que se expidió a Mabardi de que "todo viaje es a entero riesgo del pasajero", es nula por ser violatoria de los artículos 329 del C. de Co. Terrestre y 8º de la Ley 52 de 1919, enfrenta el recurrente otra totalmente antagónica, o sea la de que dicha cláusula dentro del campo del transporte aéreo es válida y tiene poder o eficacia suficiente para

exonerar al transportador de toda responsabilidad. Ambas tesis deben ser examinadas por la Corte para determinar hasta dónde son fundadas.

El principio de la libertad de contratación dominante en derecho privado, y en el que están inspirados los artículos 1604 (inciso final), 1616 y 2072 del C. C., tiene claras limitaciones, impuestas unas por el legislador, en cuanto fuerza a los contratantes a estipular determinadas obligaciones que son de la esencia del contrato que se proponen crear, a las cuales no se puede faltar sino a riesgo de que aquél no produzca efecto alguno o de que degenere en otro contrato distinto, o motivadas otras principalmente por razones de orden público o interés social, de moral y buenas costumbres. (Artículos 15, 16, 1501 y 1522 del C. C.).

En el contrato de transporte (artículos 2070 del C. C. y 258 del C. de Co. T.) al lado de las obligaciones principales que él genera de pagar el precio o flete estipulado y de conducir el pasajero y las mercaderías de un lugar a otro, han encontrado la doctrina y la jurisprudencia que existe otra que no por implícita deja de ser menos real y esencial: la obligación de seguridad, cuyo contenido o alcance varía según se trate de contrato ajustado con empresarios públicos o particulares, de transporte de personas o de mercaderías.

En la legislación colombiana el contrato de transporte de personas celebrado con empresarios públicos, calificación dentro de la cual está comprendida la sociedad demandada, crea una obligación de seguridad, como es la de conducir sano y salvo el pasajero al lugar de su destino, que le impone al transportador el deber de cumplir todas las previsiones y precauciones posibles a fin de evitar que un daño cualquiera se consume; pero de la responsabilidad que de la inejecución de esa obligación se deriva para el transportador, puede éste exonerarse mediante la sola prueba de la ausencia de culpa, sin que tenga necesidad de demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, o la intervención de agente extraño. Esto se desprende de lo estatuído en los artículos 2072 del C. C., 322, numeral 4º del C. de Co. T. y de otras muchas disposiciones del Código de Co. Marítimo, como así tendrá oportunidad de destacarlo la Sala al considerar el segundo de los cargos que vienen formulados.

Si esa obligación es como se deja apuntado esencial en el contrato de transporte, cabe deducir como consecuencia que a las partes, o mejor, al transportador no le es dable exonerarse de ella mediante estipulación expresa; pero en cuanto a la responsabilidad inherente al incumplimiento de esa obligación y al consiguiente deber de reparar, el régimen legal sobre exoneración expresa varía según se confronte la cuestión a la luz de los principios del C. C. o del C. de Co. Terrestre y según se trate de empresario público o particular de transporte.

El artículo 2072 de la primera de la citada obra prescribe: "El acarreador es responsable del daño o perjuicio que sobrevenga a la persona, por la mala calidad del carruaje, barca o navío en que se verifica el transporte. Es asimismo responsable de la destrucción y deterioro de la carga, a menos que se haya estipulado lo contrario, o que se pruebe vicio de la carga, fuerza mayor o caso fortuito".

Siguiendo el principio general de derecho de que quien tiene en su poder una cosa ajena es obligado a conservarla y de prestar el cuidado debido y que si a éste falta, se hace por ello responsable del perjuicio que sobrevenga al dueño, el segundo miembro del artículo transcrito impone al acarreador o transportador la responsabilidad por el deterioro o destrucción de la carga salvo que pruebe el vicio de éste o la fuerza mayor o caso fortuito; pero también le concede derecho para que mediante una estipulación expresa se pueda exonerar de esa responsabilidad, desde luego que el citado texto la hace de su cargo "a menos que se haya estipulado lo contrario." De allí, pues, que dentro del régimen general del Código Civil sea lícita la cláusula de no responsabilidad en materia de transporte de carga, porque en cuanto al de personas se verá más adelante por qué no lo es.

Esa regla es de aplicación al contrato de transporte, sin perjuicio de las particulares que para cada especie de tráfico consagra el Código de Comercio, según mandato del artículo 2078 del Código Civil.

En las secciones primera a cuarta del Capítulo 2º del Título 5º del C. de Co. T. reglamentarias del contrato de transporte celebrado con empresarios particulares no existe disposición legal alguna que haga referencia expresa, ya para autorizarla o prohibirla, a la cláusula de no responsabilidad; empero como las reglas del C. C., por virtud de lo dispuesto en el artículo 2078, son aplicables en tal caso, es claro que para el empresario particular también es lícita la expresada cláusula; pero a falta de ella su responsabilidad se gobierna por lo establecido, entre otros, en los

artículos 283, 284, 285, 290, 298, 299, 306 y 308 del C. de Co. T.

Las reglas del citado Título 5º son aplicables a los empresarios públicos de conducciones, por mandato del artículo 318 ibídem; mas, como en el Capítulo 3º de ese título, especial y parcialmente se reglamentan los derechos y obligaciones de aquéllos, es evidente que tales reglas no tienen aplicación sino en tanto no pugnen con las contenidas en el Capítulo 3º.

De ese capítulo son las siguientes disposiciones:

El artículo 329 que prescribe: "Los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad a una determinada cantidad, no los eximen de indemnizar cumplidamente a los pasajeros y cargadores las pérdidas que se justificaren haber sufrido".

Y el artículo 8º de la Ley 52 de 1919, que dispone:

"En los reglamentos, conocimientos de embarque o billetes que expidan los empresarios públicos de transportes no podrán hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen, según las leyes; y aunque las hagan constar, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores por las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos".

Ahora bien: los deberes y la responsabilidad que tienen, "según las leyes", los empresarios públicos de conducciones hacen referencia no sólo a la carga sino también a la persona de los pasajeros (numeral 4º, artículo 322 del C. de Co.), y de allí que conforme a los textos en cita les esté claramente vedado hacer figurar en sus contratos cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad que por ley les incumbe o corresponde con respecto a carga y pasajeros.

Algunos juristas han pensado que dados los términos empleados en los artículos 329 del C. de Co. y 8º de la Ley 52, éstos versan sobre el transporte de mercaderías y no sobre el de personas; pero para la Corte por lo que en el párrafo precedente se apuntó, tal observación no es fundada; y si eso no obstante, hubiere alguna duda sobre el particular, entonces tomando en consideración que la seguridad e integridad de la persona humana están en juego y que los derechos que a ella se refieren son irrenunciables, habría que reputar como ilícita, por contraria al orden público, la cláusula que atenúe o suprima la responsabilidad de todo transportador, y no solamente del público, en relación con daños causados a los pasajeros por culpa de aquél o por la las personas a quienes él debe responder.

A este propósito los tratadistas H. y L. Mazeaud, han dicho lo siguiente:

"Pero ninguna convención humana puede afectar a la persona y a los derechos de la persona. Ninguna cláusula puede permitir atentar contra ellos, ni siquiera involuntariamente. El interés general exige que, respecto de ellos se observe la mayor prudencia. Una cláusula de irresponsabilidad permitiría al beneficiario toda suerte de imprudencias, de atentados contra los más sagrados derechos. La libertad de las convenciones no puede llegar hasta allá. La cláusula carece de efectos, y el orden público exige la nulidad".

"La responsabilidad que para el transportador se desprende de la obligación contractual de seguridad no puede descartarse mediante una cláusula de no responsabilidad. Cualquier menoscabo corporal que sufra el viajero a consecuencia de alguna culpa del transportador exige reparación. El principio debe aplicarse cualquiera que sea el hecho generador de la responsabilidad —hecho personal, hecho de las cosas inanimadas, hecho de los animales o hecho de otro— a menos que alguna disposición legal imponga una solución contraria". (Tratado de la Responsabilidad Civil, Nos. 836 y 838, páginas 468 y 469).

Investigando la reglamentación que el legislador ha hecho en cuanto al contrato de fletamento o de transporte marítimo, se encuentra que en el Código de la materia, en el Título 6º, está regulada, sobre la base de la culpa, la responsabilidad de los contratantes por avería total o parcial de la carga, y que esa reglamentación gobierna las relaciones jurídicas que surgen del contrato "a falta de convenciones especiales", acordadas entre aquellos, de conformidad con lo que textualmente dispone el artículo 279. Es decir, que de acuerdo con el C. de Co. Marítimo las partes pueden regular libremente la responsabilidad, derivada del contrato de transporte, y que en defecto de "convenciones especiales" sobre el particular la ley suple la voluntad de aquellos determinando esa responsabilidad, y como a esto se añade que en ese mismo Código no existe disposición alguna que prohiba la cláusula de no responsabilidad, de todo ello se puede concluír que ésta es lícita en el contrato de fletamento o de transporte marítimo de mercaderías.

En Colombia no existen disposiciones que gobiernen el contrato de transporte aéreo. Luego entonces corresponde a la jurisprudencia llenar el

vacío, para lo cual deben tenerse en cuenta las normas del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que dispone que 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. Según los mandatos claros de este texto legal debe el juzgador atenerse en primer lugar, cuando falte "ley exactamente aplicable" al caso en litigio, a lo que haya dispuesto el legislador para casos o materias semejantes, y sólo en defecto de disposiciones de esta naturaleza, debe acudir a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho.

La Corte anotó en su sentencia de 15 de mayo de 1946 (tomo LX, págs. 140 y 141) que muchos de los tratadistas que se han ocupado en el estudio del derecho de la aeronavegación, han sostenido que éste tiene más afinidades con el derecho comercial marítimo que con el derecho comercial terrestre, y que el legislador colombiano se mostró inclinado al mismo criterio, en el único caso en que ha tenido ocasión de expresarse, como es en el artículo 31 de la Ley 89 de 1938, cuando asimila el comandante de una aeronave al capitán de un buque; pero ha estado muy lejos de identificar el derecho aéreo con el marítimo para gobernar con las normas de éste la integridad de las relaciones que surjan del contrato de transporte aéreo, pues sólo ha creído y continúa creyendo, que a las reglas del derecho marítimo debe acudirse cuando en el derecho común o comercial existan deficiencias de legislación que sea preciso llenar con las normas del marítimo o cuando las disposiciones de aquellos sean incompatibles con la índole peculiar del transporte aéreo. Así lo expresó en la mencionada sentencia cuando dijo:

"Las compañías de navegación aérea destinadas a la movilización de carga y pasajeros, pertenecen a la categoría de empresarios públicos de conducciones. El régimen legal a que están sometidos estos empresarios en lo concerniente a la extensión de la responsabilidad originada en el contrato de transportes, es aplicable a las mencionadas compañías en cuanto sea compatible con la navegación aérea. La incompatibilidad haría que el problema se desplazara sobre el régimen de la navegación marítima, en busca de disposiciones acordes con la índole de los vuelos por avión".

Análogo concepto emitió en la sentencia de 29 de noviembre de 1946, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo LXI, págs. 662 s.s.

Expositores que, como Luis Tapia Salinas, encuentran grandes analogías en muchos puntos entre el derecho aéreo y el marítimo, rechazan sin embargo la tesis de la identificación completa entre esas dos ramas del derecho, por considerar también que no obstante tales analogías, tienen profundas diferencias jurídicas que hacen que no sea posible esa identificación. Así, el mencionado autor después de sostener que el derecho marítimo constituye una de las fuentes supletorias de más frecuente aplicación en el derecho aeronáutico, afirma lo siguiente:

"Es claro que los distintos Derecho civil, mercantil, penal, administrativo, internacional, etc., serán también importantes fuentes auxiliares para regular distintas materias del Derecho aeronáutico, ya que ni éste puede prever todos los casos y detalles que se presentan, ni necesita dar definiciones y sentar afirmaciones creadas ya por la ciencia jurídica con carácter general y recogidas por las distintas disciplinas".

Así por lo que se refiere, por ejemplo, a propiedad, posesión, derechos reales, contratos, sociedades, etc., aplicados a la aeronave o a la navegación aérea, no cabe duda que habremos de acudir al Derecho civil en todo aquello que no venga especialmente regulado en el Derecho aeronáutico. Igualmente podemos decir respecto al Derecho internacional en los problemas referentes a nacionalidad de aeronaves, extraterritorialidad, derecho de guerra aérea y tantos otros". (Manual de Derecho Aeronáutico, págs. 29 y 30).

En la primera de las citadas sentencias, por las razones que allí detenidamente se expusieron, la Corte llegó a concluir que "así como el artículo 306 del Código de Comercio que obliga al empresario privado de transporte a probar el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad por daño de lo transportado, es incompatible con el carácter de la navegación aérea, sucede lo propio con el artículo 329 del mismo Código y con el artículo 8º de la Ley 52 de 1919 sobre limitación de la responsabilidad, limitaciones que son aceptables en el régimen común del derecho civil, claro que no hasta dejar impune el dolo del deudor, sino con sentido de aminorar su responsabilidad pecuniaria, o de excusarlo de ciertas culpas leves no intencionadas".

Entonces, acudiendo para llenar el anotado vacío a los principios del C. Civil en donde está visto que es válida la cláusula de no responsabili-

dad, a igual solución cabe llegar con respecto al transporte aéreo, y si no hubieren de seguirse los principios del derecho marítimo, la conclusión sería en todo caso la misma; pero debe advertirse que tal solución sólo reza con el contrato de transporte de mercaderías, porque en cuanto al de personas ya se ha dicho que esa cláusula es inválida por contraria al orden público, siempre que con fundamento en ella se pretenda descartar la responsabilidad del transportador por cualquier clase de culpas suyas o de las personas por quienes él debe responder.

Y aún dentro del contrato de transporte de cosas, de cualquier naturaleza que él sea, la cláusula de exoneración en los casos en que ella es lícita no tiene un poder liberatorio absoluto, pues no exime al transportador de responsabilidad cuando quiera que en la inejecución de la obligación medie dolo o una culpa grave que le sea imputable. Porque esa cláusula no puede entenderse en el sentido de que el deudor de la obligación de transportar pueda tener la facultad de cumplirla o no, a su arbitrio, o mejor de incurrir al respecto en una culpa intencional o dolosa sin consecuencia jurídica alguna sobre su responsabilidad, porque entonces se confrontaría el caso de una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, la que es nula al tenor del artículo 1535 del C. C. Además, porque con tal entendimiento dicha cláusula equivaldría a una condenación del dolo futuro, lo que determina su invalidez, al tenor del artículo 1522 del C. C.

Y como en materias civiles la culpa equivale al dolo (art. 63 del C. C., inciso 1º), la solución debe ser la misma en uno y otro caso. De allí que la potestad exonerativa de la cláusula de no responsabilidad deba ser restringida en materia de transporte de mercancías a aquellas clases de culpas que según el citado artículo 63 caben dentro de las catalogadas como leves o levísimas.

De todo lo dicho se pueden desprender las siguientes conclusiones:

"1ª La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de transporte terrestre, sea de personas o mercaderías, celebrado con empresarios públicos de conducciones;

2ª Esa cláusula es válida cuando se hace constar en el contrato de transporte de mercaderías ajustado con empresarios particulares, ya sean terrestres, marítimos o aéreos, o con empresarios públicos marítimos o aéreos, pero no para eximirlos de responsabilidad en caso de que se les pruebe dolo o culpa grave en la inejecución de la obligación;

3ª La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de transporte de personas, ya sea terrestre, fluvial, marítimo o aéreo, en cuanto con fundamento en ella se pretenda exonerar al transportador de la responsabilidad que le corresponde por cualquier clase de culpa, ora por las que le sean imputables directamente o a las personas por quienes él debe responder.

Empero, volviendo al contrato de transporte aéreo de personas, como por mandato del artículo 1620 del C. C., el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, debe preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno, y en atención a que los llamados riesgos del aire no provienen de culpa del transportador, la Corte le ha asignado a la cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte de personas un limitado y circunscrito sentido en que ella es válida. En la citada sentencia de 29 de noviembre de 1946 se dijo:

"La cláusula de no responsabilidad, admisible en el derecho marítimo, lo es también en derecho aéreo, en relación con los llamados riesgos del aire; sólo que esa cláusula tiene únicamente el efecto de permitirle al transportador la prueba de la ausencia de culpa. Agrega ahora la Sala, por vía de aclaración del concepto anterior, que la cláusula de no responsabilidad inserta en los tiquetes de viajes aéreos, consistente en que el empresario no asume los riesgos del vuelo, no es válida sino para exonerar al transportador en cuanto se le pretenda exigir la prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor en caso de accidente, aplicándole el ordinal 4º del artículo 322 del Código de Comercio, o el 2072 del Código Civil, o las disposiciones del derecho marítimo, con un alcance mayor del indicado por la Corte en los numerales D. y E. Y esto, en razón de que siendo entre nosotros el derecho aéreo un derecho, apenas en formación jurisprudencial, como quiera que nada se ha legislado en el particular, no es natural que se le impida al transportador aéreo estipular cláusulas autorizadas de modo general por el derecho común. En efecto: el artículo 1604 del Código Civil que determina la responsabilidad del deudor por la culpa en la inejecución del contrato, y lo hace responsable del caso fortuito durante la mora, dispone al final: "todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes". No habiendo

ley especial que haga de cargo del transportador aéreo el caso fortuito, sería arbitrario negarle el derecho a incluir en el pasaje la cláusula de adhesión de que en caso de accidente se liberta de responsabilidad probando meramente la ausencia de culpa, que es el sentido que la Corte le asigna a la mentada cláusula de no responsabilidad, o no asunción de riesgos, y sentido, —un término medio que concilia los intereses del empresario con los del pasajero—, en el cual tienen plena validez".

Más, aún cuando en el caso de autos se tratara de que un mero riesgo del aire le impidió a la empresa recurrente cumplir las obligaciones que le resultan del contrato celebrado con Mabardi, para exonerarse de toda responsabilidad por la inejecución de esas obligaciones, no le basta acogerse simplemente a la cláusula de no responsabilidad inserta en el tiquete que a aquél se le expidió, la cual lo ampara apenas de los llamados riesgos del aire, pues es necesario además que suministre la plena prueba de que agotó sus deberes de diligencia y cuidado, la que como adelante se verá no se ha dado, pues, por el contrario, ocurre que le es imputable culpa grave en el accidente que determinó la inejecución del contrato, lo cual da lugar a que se mantenga el fallo por este aspecto.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia recurrida como violatoria de los artículos 306 y 322 del C. de Co. Terrestre, por indebida aplicación del primero y falta de aplicación del segundo, sobre lo cual el recurrente sostiene, en síntesis, que la norma del artículo 306 en que el Tribunal funda su decisión, es de carácter general e inaplicable cuando el contrato de transporte se ajusta con empresarios públicos, pues este caso, reglamentado separadamente en Capítulo propio del cual hace parte el 306, se rige por el artículo 322, que sí es de ese capítulo especial, y que requiere, para que el empresario responda del daño, que el hecho que lo causa provenga de vicio del carruaje o de culpa del empresario o de los conductores; que el principio general del artículo 1757 del C. C. no se altera en el contrato de transporte reglamentado en el Código mercantil; que los artículos 306 y numeral 4º del 322 citados, hacen una diferencia en cuanto al grado de culpa de que debe responder el porteador, según que se trate de empresario particular (art. 306) o de empresario público (art. 322); que esa diferencia consiste en que el primero, para exonerarse de toda responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte, debe probar el caso fortuito, fuerza mayor o intervención de agente extraño, y que el segundo, en cambio, se exonera de la responsabilidad, probando apenas la ausencia de culpa; que según las pruebas relativas al vuelo realizado por el avión "Córdoba", durante el cual se produjo el accidente, las que aparecen muy bien relacionadas y examinadas en el alegato de segunda instancia (fs. 53 a 72 de esa pieza) y que pide se tenga por reproducido en esa parte, necesariamente se llega a la conclusión de que en el accidente del "Córdoba" y sus consecuencias hubo una total ausencia de culpa por parte de la empresa y la tripulación, lo cual elimina toda responsabilidad.

Se considera:

En la sentencia recurrida estimó el Tribunal que el caso de este pleito debe regirse por lo dispuesto en el artículo 306 del C. del C. de Co. Terrestre; que en consecuencia, estando comprobado el contrato de transporte con el tiquete que se le expidió a Mabardi y la inejecución de la obligación que él le impone a la empresa recurrente, ésta sólo podía exonerarse de la responsabilidad inherente a ese incumplimiento dando la prueba, nó de la mera ausencia de culpa, sino la del caso fortuito y, además, demostrando que éste no ocurrió por su culpa y que su cuidado y experiencia no fueron eficaces para impedirlo ni modificar los efectos del accidente.

En concepto de la Corte, el contrato de transporte de personas no puede gobernarse por el precepto del artículo 306 citado, pues ante la ausencia en la legislación de un derecho especial que determine la responsabilidad del transportador aéreo, el juzgador debe acudir en primer lugar —como así lo manda el artículo 8º de la Ley 153 de 1887— a aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes, y, en su defecto, la doctrina constitucional o las reglas generales del derecho, y el artículo 306 no reglamenta un caso análogo al de este pleito. Basta observar, al efecto, fuera de lo ya dicho por la Corte en su sentencia de 15 de mayo, que esta disposición determina ante todo la responsabilidad del empresario particular de transportes, como que forma parte de la sección 3ª del capítulo 2º que trata "del transporte ajustado con empresarios particulares", y que aquí se trata de esclarecer la res-

ponsabilidad derivada de un contrato de transporte celebrado con un empresario público de conducciones. Es verdad que las disposiciones del Título 5º, del cual hace parte el artículo 306, son aplicables a los empresarios públicos de conducciones, por ordenarlo así el artículo 318; pero, como antes se anotó, esas reglas sólo pueden tener aplicación cuando no pugnen con las del Capítulo 3º del mismo Título, que son especiales para el contrato de transporte ajustado con empresarios públicos. En este capítulo está incorporado el artículo 322 que en su numeral 4º dispone que los empresarios públicos están obligados "a indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones", de donde se ve que a esta clase de empresarios la ley no les impone la prueba del caso fortuito, pues sólo les exige para exonerarlos de la presunción de culpa por la inejecución del contrato la prueba de ausencia de culpa, y en cambio la ley es más severa con respecto al empresario particular, pues el artículo 306 sólo lo exime de aquella presunción mediante la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de agente extraño. Esta última disposición es, por tanto, inaplicable para determinar la responsabilidad del empresario público en el contrato de transporte de personas, e igualmente lo es para regir la del transportador aéreo, cuando se trate, como en el caso de autos, de un empresario público.

También el régimen dominante en el C. Civil en cuanto al transporte de personas es el de ausencia de culpa. Ocupándose en este tema dijo la Corte: "el primer miembro del artículo 2072 prescribe que el acarreador es responsable del daño que sobrevenga a la persona transportada, por la mala calidad del carruaje, barca o navío en que se verifica el transporte; en contraste con el segundo miembro de la disposición relativo al transporte de cosas, que hace responsable al transportador por la destrucción de carga a menos que haya estipulado lo contrario o que pruebe el vicio de ella, fuerza mayor o caso fortuito. Esta diferencia se explica ante la situación distinta entre el transporte de personas y el transporte de cosas incluyendo los animales: el viajero, como lo observan los hermanos Mazeaud, conserva en el viaje la libertad de todos sus movimientos, y el transportador no tiene sobre él sino un derecho de dirección limitada; y él también, soporta obligaciones correlativas encaminadas a facilitar el cumplimiento de los reglamentos dados para garantizar la seguridad de los pasajeros; al contrario, los demás seres, o son animales, o cosas más o menos inertes, con respecto a las cuales el transportador tiene un derecho de dirección absoluta, de donde no es exagerado exigirle la responsabilidad de todos los riesgos".

Además no puede entenderse que el 2º inciso de dicho artículo se refiere también a la responsabilidad del acarreador en el transporte de persona, porque allí se habla expresamente de la carga, y porque de la responsabilidad que allí se impone puede eximirse aquel mediante estipulación expresa, la cual confirma lo dicho, ya que en tratándose de personas la cláusula sería nula, por contraria al orden público.

Y en el C. de Co. Marítimo, aplicable también al comercio fluvial por virtud de lo estatuído en el artículo 2º de la Ley 35 de 1875, impera de igual manera el régimen de ausencia de culpa. Para demostrarlo así, basta citar al efecto los siguientes artículos de aquella obra: el 56, que en su numeral 4º establece que el naviero está obligado a "responder civilmente de los hechos del capitán o tripulación, bien constituyan un delito o cuasidelito, bien importen una mera culpa"; el 101, que prescribe entre otras cosas que "el capitán es civilmente responsable aún de la culpa leve que cometa en el ejercicio de sus atribuciones, de la inobservancia de los deberes a su cargo y de la violación de las prohibiciones que le imponga la ley "y que en consecuencia" deberá indemnizar cumplidamente a los interesados los daños y perjuicios que directa e indirectamente les sobrevengan por cualquiera de las causas expresadas"; el 105 que dispone que "el capitán no es responsable de los daños que sufra la nave o el cargamento por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que estos sucesos hayan sido preparados por su culpa, ni de los que sobrevengan a las mercaderías por vicio propio de las mismas"; el 112, que enseña que "el piloto es responsable de las pérdidas y averías que sufra la nave o el cargamento por su impericia, descuido o imprudencia"; el 180 establece que "el fletante es responsable a los fletadores de daños y perjuicios, si por su culpa sufre retardo la nave en su salida, durante el viaje o en el puerto de descargue" y el 353 que estatuye que "el naviero y los cargadores podrán reclamar al capitán o piloto la competente indemnización con arreglo al artículo 101, toda vez que el naufragio o varamiento provenga de dolo, culpa o impericia de alguno de ellos".

Analizando detenidamente el mismo problema

a la luz de los principios generales de derecho encontró la Corte, en su sentencia de quince de mayo del año próximo pasado, que "la obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no puede ser sino de simple prudencia y diligencia", por lo cual le basta para liberarse de responsabilidad demostrar el cumplimiento de todas aquellas previsiones posibles tendientes a evitar el daño y que su compromiso probatorio no va al extremo de tener que acreditar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de elemento extraño.

De consiguiente, sea que la responsabilidad del empresario público en el transporte aéreo de personas se examine teniendo en cuenta lo que dispone el C. de Comercio Terrestre en relación con el empresario público de conducciones, o el Código Civil o el Código de Comercio Marítimo y Fluvial, o los principios generales de derecho, cabe concluir que la prueba de la ausencia de culpa en el acaecimiento del accidente aéreo, exonera al transportador aéreo de responsabilidad por la inejecución del contrato de transportes.

Lo dicho hasta aquí demuestra que el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 306 del C. de Co. Terrestre; pero como del estudio del proceso surge, como va a verse en seguida, que a la empresa recurrente le es imputable culpa por diversos aspectos en el ejercicio de sus actividades relacionadas con el cumplimiento del contrato de transporte materia del pleito, la decisión condenatoria de la sentencia por lo que mira a este punto debe mantenerse.

Cuando la Scadta dió al servicio público en el año de 1930 el hidroavión "Córdoba" estaba vigente el Decreto Ejecutivo Nº 599 de 1920, sobre reglamentación de la aviación, del cual son las siguientes disposiciones:

El artículo 6º que estableció "que antes de ser puesta en servicio, toda aeronave de propiedad particular deberá ser matriculada en la Gobernación del Departamento en cuya jurisdicción se halle el domicilio del propietario".

El artículo 7º que impuso a todo propietario de aeronaves destinadas a servicios públicos la obligación de comprobar ante la misma autoridad que firme la matrícula "las condiciones mínimas de gobierno y de seguridad, lo mismo que las cualidades de construcción o de vuelo" en la forma allí prescrita.

El artículo 8º que dispuso que "una vez efectuada la comprobación de que trata el artículo anterior, la Gobernación respectiva expedirá al propietario de la aeronave un certificado de suficiencia. Sin este certificado y sin estar provista la aeronave de los instrumentos necesarios para la seguridad de la navegación, no podrá darse al servicio público".

El artículo 9º que ordenó que el Comandante, los pilotos, los mecánicos y demás miembros del personal de conducción de una aeronave, debían estar provistos de los certificados de aptitud.

El artículo 10º que establecía los requisitos mediante cuyo cumplimiento se podía obtener de las autoridades colombianas diploma de idoneidad.

El referido Decreto Nº 599 fue derogado expresamente en todas sus partes por el artículo 65 del Decreto Ejecutivo Nº 66 de 12 de enero de 1934, que reglamentó íntegramente la materia, y al cual corresponden los preceptos que en seguida se citan:

El artículo 2º que dice: "Toda aeronave que vuele sobre el territorio de la Nación queda sometida por ese solo hecho a las leyes de la República y a la jurisdicción de sus autoridades sin reserva ni limitación alguna".

El artículo 12 prescribe: "Todas las empresas de navegación aérea establecidas en Colombia con anterioridad a este Decreto, deberán someterse a las disposiciones del mismo, en cuanto sean contrarias a las estipulaciones de los contratos vigentes".

El artículo 16 que impuso a todo propietario de una aeronave la obligación de comprobar ante el Ministerio respectivo la aptitud de ella y sus condiciones de seguridad.

El artículo 18 que estableció que, una vez efectuada la comprobación de que trata el artículo 15 o refrendado el certificado de que habla el artículo 17, el Ministerio respectivo "expedirá al propietario de la aeronave un certificado de aptitud de ella" y agregó que "sin este certificado no podrá darse al servicio ninguna aeronave".

El artículo 22 que dispuso que "antes de ser puesta en servicio toda aeronave de propiedad particular deberá ser matriculada en el ministerio respectivo".

El artículo 27 que dice: "Para poder conducir aeronaves o para ejercer las funciones de piloto, mecánico o tripulante de ellas se requiere un certificado especial concedido por el Gobierno, o un título oficial del país extranjero refrendado por el Gobierno de la República".

El artículo 28 que establece los distintos exámenes a que debe someterse el aspirante para

obtener del Gobierno la admisión como piloto, mecánico o tripulante de una aeronave.

El artículo 52 que establece que las aeronaves de propiedad particular no podrán llevar, sin licencia especial concedida por el Gobierno, aparatos de telegrafía inalámbrica.

Los artículos 57, 58 y 59 que establecen multas, convertibles en arresto, para el propietario de aeronave o piloto, por contravenciones a lo dispuesto en el Decreto.

Examinando la conducta de la Scadta y la de los tripulantes del avión "Córdoba" a la luz de las pruebas aportadas al debate y de lo que prescriben las disposiciones que acaban de citarse, se le pueden imputar a aquellos las siguientes faltas o culpas:

1ª—La matrícula del hidroavión "Córdoba" no estaba en regla, y a pesar de ello estaba dado al servicio público hasta el día del accidente.

En efecto, a esa aereonave se le expidió por la Gobernación del Departamento del Atlántico la matrícula Nº 40 de 25 de enero de 1930, (fs. 40, cuaderno de pruebas D, 1 cuaderno de pruebas B-3), con arreglo al Decreto 599; pero conforme al Decreto 66 de 12 de enero de 1934, aquel fue derogado expresamente, y por el 66 se impuso a todos los propietarios de aereonaves la obligación de matricularse en el Ministerio respectivo, y no ya en las Gobernaciones, (arts. 2º, 3º y 22, del Decreto 66), antes de ser puestas en servicio.

La Scadta tenía el deber de ajustar sus actividades a la nueva reglamentación establecida en el Decreto 66, no solo por disponerlo expresamente el artículo 12 del mismo y el 318 del C. de Co., sino porque así lo impone la índole de las nuevas medidas que estaban claramente encaminadas a lograr cuando menos un mínimum de seguridad en el servicio público del transporte aéreo, al cual se vinculan nada menos que la integridad y la vida de los pasajeros, y ellas debían surtir por tanto, pleno e inmediato efecto. Esto es tan evidente que ni la Scadta misma ha tratado de desconocerlo, y, por el contrario, lo reconoce así expresamente e hizo algunas gestiones encaminadas a lograr que se le expidiera la matrícula para sus aeronaves, entre ellas el "Córdoba", pero sin llegar a lograrlo para la fecha del accidente (Cuaderno A 1, fs. 63 vto., a 65).

Incurrió, pues, la Scadta en contravención del artículo 22 del Decreto 66, al mantener en servicio el "Córdoba" sin que antes se le hubiera otorgado por el Ministerio respectivo la matrícula correspondiente.

2ª—El hidroavión "Córdoba" carecía del certificado de aptitud a que se refieren los artículos 16, 18 y 19 del Decreto Nº 66, y se encontraba al servicio público hasta el día del accidente, no obstante estar ello prohibido.

En relación con este certificado fundamental, todo lo que consta en autos, (cuaderno A 1, fs. 63 v. a 65), es que en memorial de 14 de abril de 1934 dirigido por el apoderado de la Scadta en Bogotá al Ministerio de Industrias aquél dijo, entre otras cosas, a propósito de la solicitud sobre matrícula que ya tenía presentada, que acompañaba al citado memorial con carácter devolutivo certificados de aptitud de varias aereonaves, entre ellos el que se le había expedido al "Córdoba" el 29 de noviembre de 1929 por la fábrica Junkers, de Dessau; pero no hay constancia en el expediente de que el Gobierno, usando de la facultad que le confiere el artículo 18 del Decreto 66, hubiere refrendado ese certificado y expedido el de que trata el artículo 19.

Esta última disposición es perentoria sobre el punto en cuestión, pues en su parte final establece que "sin este certificado no podrá darse al servicio ninguna aereonave", y a pesar de ello el "Córdoba se encontraba en servicio público, contraviniendo así un requisito reglamentario esencial, que no puede ser suplido con ninguna otra clase de comprobaciones.

3ª—El mecánico Josef Englert, que servía como tal en el hidroavión "Córdoba" el día del accidente y que pereció en éste, carecía de patente expedida de conformidad con el Decreto 66.

Resulta de autos (f. 36 cuaderno principal) que a dicho señor se le concedió por el Gobernador del Atlántico con fecha 20 de abril de 1929 permiso para ejercer la profesión de mecánico al servicio de la Scadta, de acuerdo con el Decreto Nº 599 y con fundamento en que "tiene patente del Ministerio de Comunicaciones de Alemania, como mecánico de aviación"; pero en el proceso se comprobó, (cuaderno A 2, fs. 26 a 27) que Englert " no era tenedor de la licencia aérea como copiloto", según certificación expedida por dicho Ministerio, en la que se agregó que si la hubiera solicitado se le habría expedido, porque desde el 7 de agosto de 1935 había cumplido con los requisitos para su expedición; mas es lo cierto que en 1929 carecía de esa licencia, y que por tanto no podía otorgársele por las autoridades colombianas, sin el previo cumplimiento de los requisitos

establecidos en el artículo 10º del Decreto 66 de 1934. Las actividades de la Scadta estaban sometidas a la nueva reglamentación en aquél establecida, y así al mantener a Englert en el servicio de mecánico del "Córdoba" sin haber conseguido se le admitiera como tal por el Ministerio respectivo, conforme a lo ordenado en el artículo 28 ibidem, lo hizo en contravención manifiesta del artículo 27 que dispone que para poder ejercer la función de mecánico "se requiere un certificado especial concedido por el Gobierno, o un título oficial de país extranjero, refrendado por el Gobierno de la República".

4ª—La patente del piloto Gunther Fries tampoco estaba en regla, pues de un lado no consta en autos que se le hubiera refrendado la que se le expidió en Alemania en los años de 1934 y 1935 (art. 27) ni de otro, que el Gobierno se la hubiere otorgado con el lleno de las formalidades correspondientes (art. 28). Apenas se trajo al proceso, (fs. 62 a 65, cuaderno A 1), el permiso provisional que para ejercer como piloto se le concedió a Fries hasta el 1º de octubre de 1936 por la Dirección General de Aviación, con fundamento en que todavía no se había expedido el reglamento correspondiente; pero ese permiso provisional no está autorizado por el Decreto 66, cuyo artículo 28 requiere el cumplimiento previo de determinados requisitos, a fin de constatar la capacidad técnica y la aptitud física y mental de todo aspirante a obtener matrícula como piloto, mecánico o tripulante de una aereonave.

5ª No se practicó revisión del hidroavión antes de emprender el viaje de regreso de Andagoya a Buenaventura. La Scadta lo reconoció así al constatar el hecho 8º de la demanda cuando dijo que los tripulantes "no revisaron el hidroavión porque en vuelos cortos no se revisan los motores en las estaciones intermediarias" y en declaración del piloto éste lo confirma, pues dice que a su llegada a Andagoya no detuvo el aparato ni salió del aeroplano antes de partir.

Y el mayor Enrique Santamaría Mancini, exdirector General de la Aviación en el país, en su declaración del 18 de mayo de 1934, (f. 32 v. cuaderno D), se expresó sobre este punto así: "La revisión de los aviones se lleva a cabo en los terminales, pero sin embargo aunque el funcionamiento parezca perfecto durante el vuelo sí es general que para mayor seguridad los mecánicos revisen los motores en los lugares de escala".

Y fuera de que en este caso sería aplicable por analogía, el numeral 3º del artículo 90 del C. de Co. Marítimo en cuanto impone al Capitán la obligación de ejecutar por sí mismo, antes de emprender el viaje, "un prolijo reconocimiento del estado de la nave" y de consignar el resultado en el Diario de Navegación, un sentido elemental de prudencia parece que aconseja la medida cada vez que un avión haya de emprender un nuevo vuelo, para que así pueda asegurarse la tripulación que aquel se encuentra en perfectas condiciones de navegabilidad, y ello resulta hasta imperioso en regiones que, como la del Chocó, son conocidas por un frecuente mal estado del tiempo.

6a. — El hidroavión "Córdoba" carecía por completo de instalación de radio y en Andagoya tampoco existía estación radio-telegráfica, por lo cual el aviador emprendió el vuelo desde este último lugar sin tener idea siquiera de las condiciones del tiempo reinantes en el sitio a donde se dirigía ni en las regiones que iba a recorrer.

La empresa demandada ha sostenido que ninguna disposición legal la obligaba para la época del accidente a dotar a sus aviones y a todos los aeródromos o aeropuertos que utilizaba con esos servicios; que el artículo 52 del Decreto 66 establece, por el contrario, la regla de que las aeronaves particulares no podían llevar sin licencia del Gobierno instalaciones de radio, y que fue a partir de la Resolución número 14 de 18 de octubre de 1938, desde cuando se impuso ese servicio como obligatorio para las aeronaves.

La observación que se hace con apoyo en el artículo 52 citado es inválida, porque era suficiente un permiso del Gobierno para que las aeronaves pudieran llevar aparatos de telegrafía inalámbrica, y porque la Scadta tenía esa autorización, pues en la cláusula XXIII del contrato celebrado con el Gobierno en 1932 se estipuló: "Con el objeto de rodear a la aviación comercial del máximo de seguridad, la Scadta tiene amplia facultad para dotar su organización de un servicio de radio propio....., tanto en sus puertos aéreos, aeródromos, oficinas o agencias como a bordo de sus aeronaves y demás vehículos". La Scadta bien pudo dotar al hidroavión "Córdoba" de ese servicio, desde luego que tenía nada menos que la facultad contractual para hacerlo, y no lo hizo.

La falta de que se viene hablando no deja de ser grave y trascendente porque para la época del accidente no existiera un texto expreso que impusiera la obligación del servicio. Si ese texto hubiera existido desde entonces sería de todo punto de vista indiscutible que la omisión al respecto constituiría culpa de la empresa transpor-

tadora; pero si se tiene en cuenta que los reglamentos de la administración no siempre agotan la totalidad de las precauciones que deben ser tomadas por los que ejercitan una actividad cualquiera susceptible de causar daños a terceros y que en lo tocante al cumplimiento de los deberes de prudencia y diligencia del transportador aéreo de personas precisa exigir una conducta diáfana, en la cual no se omita ninguna de las precauciones posibles tendientes a rodear el viaje de la máxima seguridad, en cuanto ello dependa de aquella conducta, debe examinarse si en atención a las circunstancias la de la Scadta fue prudente o diligente o si por el contrario fue culposa, como así lo considera la Corte.

El servicio de radio en los aviones es elemental en orden a rodear de seguridad a la navegación aérea. De allí que la Resolución número 14 de 1938, en su artículo 11, lo establezca como condición indispensable para obtener licencia de vuelo. Y la propia entidad demandada lo reconoce así a la página 65 v. de su alegato de segunda instancia, cuando lice que "los servicios de radio contribuyen a aumentar las seguridades del vuelo....."

La región del Chocó se caracteriza por la frecuencia de un mal tiempo para la aereonavegación. Así lo ha reconocido la empresa demandada y resulta establecido con varias pruebas del proceso, entre las cuales se encuentra el informe rendido por el Director del Observatorio Metereológico Nacional de San Bartolomé, en el que se leen los siguientes conceptos: "Para mayor comprensión de este informe debe tenerse presente que en las regiones del Chocó la atmósfera cargada de humedad se presenta con frecuencia muy inestable. Por efecto del calor fácilmente se originan perturbaciones que se deben en parte a las corrientes ascendentes del aire. De aquí el que se desarrollen campos eléctricos en la atmósfera y el que las nubes se carguen de electricidad. Si a esto se añade el recalentamiento del suelo, la inestabilidad del aire y corrientes superpuestas de diversas temperaturas, es natural que en poco tiempo, o sea quince o veinte minutos más o menos, se formen tempestades eléctricas, como las del Chocó y otras regiones parecidas".

"Las características de esas tempestades son las siguientes: inestabilidad del aire, vientos encontrados, descargas eléctricas, la humedad de la atmósfera en aumento y lluvias". En declaración rendida por el Mayor Santamaría Mancinni (fs. 36 v. a 37, cuaderno A 4), éste expresó que "la máquina no ha debido ser despachada de Andagoya para Buenaventura sin conocer previamente el estado atmosférico y el dato del tiempo en Buenaventura, hechos éstos que en mi opinión deben tenerse muy en cuenta en todo servicio de aviación".

Siendo, pues, conocida de la Scadta la frecuencia con que se presentan las perturbaciones atmosféricas en la región del Chocó en donde "es natural que en poco tiempo, o sea en quince o veinte minutos, más o menos, se formen tempestades eléctricas", un imperioso deber de prudencia estaba indicándole que los aviones que servían en esa línea estuvieran dotados de un servicio de radio que le permitiera al piloto, manteniéndose en contacto permanente con la estación de radio que la empresa tenía en Buenaventura, conocer antes de emprender el vuelo y en el curso de éste cuál era el estado atmosférico dominante en las regiones que iba a recorrer y en el sitio en donde iba a descender. Sin ese servicio y esos datos, el avión volaba a ciegas, imprudentemente expuesto a las inclemencias del tiempo y aumentando considerablemente los riesgos del vuelo. De allí que deba reputarse culposa la conducta de la Scadta, al no haber tomado la precaución de que se viene tratando.

Y esa culpa influyó de manera decisiva en el caso del accidente que originó este pleito, como pasa a demostrarse.

Cuenta el piloto Günther Fries, en su primera declaración rendida en agosto de 1936, ante el Capitán del Puerto de Buenaventura, que el día seis del citado mes, a las 15.05 horas, salió en el hidroavión "Córdoba" del puerto aéreo de Andagoya en vuelo de servicio para Buenaventura, llevando a bordo al mecánico Englert y a Wasfi Mabardi en calidad de pasajero, con su respectivo equipaje, y después agrega: "Cuando iniciamos nuestro viaje, el avión se encontraba en excelentes condiciones y el motor trabajaba con toda regularidad. Después de veinticinco minutos de vuelo noté repentinamente un fuerte golpe de timón. Yo me encontraba en ese momento a una altura aproximada de cien metros sobre la orilla del río. Traté inmediatamente de descender con lentitud la máquina, lo que no pude obtener. El avión se fue de cabeza golpeándose fuertemente sobre el agua. Yo pude salir de mi asiento de comando por debajo del agua y alcancé la superficie. Nadé directamente en dirección a la cabina de pasajeros y dí al pasajero la instrucción de romper la ventana. Un momento después ví a

éste sentado sobre el ala, aparente y perfectamente sano, pero cuando la máquina principió a hundirse, desapareció y no pudo nadar. Desde el momento en que golpeó la máquina sobre el agua no vi más al mecánico." En una segunda declaración, rendida ante el Magistrado Leonard Drham en Joamnesburg, Africa del Sur, dice entre otras cosas, lo siguiente: "Recuerdo que el el seis (6) de agosto de 1936 yo era el piloto del aeroplano "Córdoba" durante el vuelo de Buenaventura a Andagoya. A la salida de Buenaventura el tiempo estaba bueno y la visibilidad del horizonte era buena también".

"Entre Buenaventura y Andagoya encontré condiciones normales, ni lluvia ni viento excesivo."

"Cuando arranqué en Andagoya en mi viaje de regreso, el tiempo era bueno en Andagoya, la visibilidad igualmente buena, sin lluvia".

"Atribuyo la fuerte conmoción del timón a una tempestad repentina que se levantó y la cual no podía preverse lo suficientemente pronto para devolverme, con viento alto y corrientes bajas".

"La tempestad fue una tormenta muy violenta, viento y corriente muy altos. No puedo dar mi opinión respecto de su velocidad o dirección, pero cuando fuí obligado a descender tuve que aterrizar con viento a la espalda. La lluvia era muy fuerte en verdad, y la visibilidad muy escasa. La tempestad sobrevino muy repentinamente y era en extremo violenta".

Esa versión que el piloto da sobre las causas que originaron el accidente ha sido acogida por la empresa recurrente, hasta el punto que en ella fundamenta en gran parte su defensa, cuando sostiene que la tempestad de que aquel habla constituyó un caso fortuito que la libera de toda responsabilidad.

Sobre el estado del tiempo el mismo día seis de agosto citado, el Aerólogo de la Base Aérea del Gobierno Nacional en Buenaventura, rindió al Comandante de la Base el siguiente informe (f. 6, cuaderno D, pruebas demandado): "En las horas de la mañana del seis ya se podían apreciar algunos fenómenos atmosféricos, que según los signos meteorológicos, hacían creer en la posibilidad de un temporal tropical para la noche. En efecto, en las primeras horas de la tarde estos fenómenos se encontraban en completo desarrollo en este lugar y cerca de las 15 y 30 comenzó a manifestarse una lluvia que era indicios de una gran tormenta que se presentaba por la región del N, ocasionada por fuertes corrientes encontradas del NE y del SW con fuerza de más de treinta kilómetros por hora, lo que hizo que dicha tormenta se acentuara con todas sus características como son, grandes descargas eléctricas, vientos huracanados y lluvia torrencial, sobre toda la región del Chocó y a lo largo de la costa N de este puerto, habiéndose prolongado hasta las horas de la mañana del día siguiente".

"Estos meteoros se presentan en esta región con alguna regularidad y los he observado con intervalos más o menos de ocho o diez días, unos de poca importancia y otros que revisten serios caracteres".

Estudiando las observaciones de la Estación aereológica de Buenaventura el mismo seis de agosto, el Director del Observatorio Nacional de San Bartolomé, rindió, a petición de la parte demandada, un informe (fs. 61 a 63, cuaderno B 1) del cual se destacan los siguientes puntos:

"5º En el cielo de Buenaventura, a eso de las tres de la tarde, empiezan a manifestarse las señales de tempestad más o menos lejana que, en las siguientes horas, se fue desarrollando con más intensidad. Dichas señales de tempestad consistían en disminución de la visibilidad y aparición de nubes bajas que iban oscureciendo la atmósera. Como a eso de las tres y media de la tárde se acentúa la cerrazón de la atmósfera, las nubes bajan oscureciendo el cielo de Buenaventura, hay manifestaciones eléctricas con truenos y relámpagos; la lluvia vino a las tres y media con mayor intensidad de las cuatro en adelante. A las tres y media aumentó la velocidad del viento y, según las observaciones del aerólogo, esta tempestad se extendió de Norte a Sur".

"SEGUNDO. — Hecha la interpretación de los registros de las estaciones metereológicas de Andagoya a Buenaventura, correspondientes al 6 de agosto de 1936, el suscrito conceptúa por las condiciones metereológicas registradas en las respectivas estaciones de Buenaventura y Andagoya que en Buenaventura en las horas del medio día del 6 de agosto de 1936 y antes de las tres y treinta de la tarde del mismo día, no se pudo presumir la tempestad que se desarrolló en el punto intermedio de Pangala y que más tarde se presentó en las últimas horas de la tarde del mismo día 6 de agosto en Buenaventura".

Según se ha visto, el piloto despegó de Andagoya a las 15.05 horas, o sea a las tres y cinco minutos de la tarde, y el accidente ocurrió "después de veinticinco minutos de vuelo", conforme aquel refiere, o sea después de las tres y media de la tarde. Si el hidroavión "Córdoba" hubiera

estado dotado de aparato de radio, el piloto habría podido saber antes de emprender el vuelo, que en el cielo de Buenaventura, sitio a donde se dirigía, "a eso de las tres de la tarde" empezaban a manifestarse "señales de tempestad más o menos lejanas", señales que consistían "en disminución de la visibilidad y aparición de nubes bajas que iban obscureciendo la atmósfera", y entonces el más elemental sentido de prudencia le habría indicado la conveniencia de no realizar el vuelo, o cuando menos esperar nuevas informaciones sobre el estado del tiempo reinante en el sitio a donde se dirigía, las cuales por su creciente gravedad lo habrían llevado también a cancelar el viaje del día 6 de agosto, pues por ellas se habría enterado que "a eso de las tres y media de la tarde se acentúa la cerrazón de la atmósfera, las nubes bajas oscurecen el cielo de Buenaventura, hay manifestaciones eléctricas con truenos y relámpagos"; "que a las tres y media aumentó la velocidad del viento", y que "la tempestad se extendió de Norte a Sur", y con tales datos, aplazado o suspendido el viaje, el accidente no se habría consumado. Luego es evidente que la falta de precaución de la "Scadta", al mantener en servicio el hidroavión "Córdoba" sin estar dotado de aparato de radio, en una región como la del Chocó, caracterizada por la frecuencia con que se presentan las desfavorables condiciones atmosféricas, influyó decisivamente en el accidente en que perdió la vida el pasajero Mabardi.

Aun dispensándole pleno valor probatorio, en nada desvirtúa la anterior conclusión el concepto del Director del Observatorio Nacional sobre que en Buenaventura "antes de las tres de la tarde" el 6 de agosto de 1936 y en Andagoya "antes de las tres y media de la tarde del mismo día" no se podía "presumir la tempestad, que se desarrolló en el punto intermedio de Pangala", lugar del accidente; porque al piloto le habría bastado el conocimiento del mal tiempo reinante o ya existente como cosa cierta en esas horas en el sitio en donde iba a aterrizar para comprender que el vuelo no debía realizarse mientras allá imperaran esas desfavorables condiciones atmosféricas, si no quería, como es natural suponer, arriesgar imprudentemente el aparato, los tripulantes y el pasajero a un final trágico.

No estando, por tanto, demostrada la ausencia de culpa de la Scadta, y mediando, por el contrario, la serie de hechos antes puntualizados que demuestran que la Scadta no empleó para el caso de este pleito toda la diligencia y cuidado requeridos en el cumplimiento de sus actividades d empresario público de transportes aéreos, el cargo en estudio debe ser rechazado.

Cargo tercero

Aquí se acusa la sentencia recurrida como contraria a los artículos 258, 306 y 322 del C. de Co. 1604, 1733 del Código Civil, 1º de la Ley 95 de 1890 y 632 del C. Judicial, por violación directa errónea interpretación y desacertada aplicación por mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras sobre el caso fortuito alegado por el recurrente.

Este sostiene que de los tres únicos elementos probatorios apreciados por el Tribunal, o sean las dos declaraciones del piloto Gunther Fries sobre la manera como ocurrió el accidente y el acta sobre examen del avión practicada el 18 de agosto de 1936, no solamente no resulta acreditada la culpabilidad que la sentencia imputa al piloto, sino que salta a la vista precisamente la ocurrencia del caso fortuito causante del siniestro y expone en seguida las razones que en su concepto lo demuestran así. Después, en el Capítulo II del mismo cargo cita algunas pruebas que dice dejó de apreciar el Tribunal de las cuales se desprenden hechos demostrativos del caso fortuito que se alega, y da las razones por las cuales dichas pruebas tienen pleno valor probatorio. Finalmente, se concreta a explicar cómo están reunidos en el caso de la tempestad que se invoca como fuerza mayor, los elementos que jurídicamente la constituyen.

La Sala considera:

Tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 95 de 1890, 1604 y 1733 del C. Civil y siguiendo de cerca la doctrina de los más reputados tratadistas, la jurisprudencia de la Corte ha fijado los caracteres o circunstancias que deben concurrir para que un hecho determinado sea constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor y pueda tener virtud liberatoria suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor que no ha ejecutado su obligación. Así, en sentencia de 5 de julio de 1935, esta Sala dijo al respecto lo siguiente:

"1º Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza

isma del hecho, sino indagar también si éste eúne, con respecto a la obligación inejecutada, os siguientes caracteres:

"a) No ser imputable al deudor;

"b) No haber concurrido con una culpa de ése, sin la cual no se habría producido el perjuicio nherente al incumplimiento contractual;

"c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor — dominado por el acontecimiento — en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación;

"d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización".

"2º Estos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio pues ya tiene establecido la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (Demogue: Tomo VI, número 536). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado; y, por su parte, la imprevisibilidad queda en la imposibilidad absoluta de ejecutar, que implica imposibilidad de prever y evitar". (G. J. número 1897, pág. 54).

Tales requisitos deben concurrir al mismo tiempo, porque si falta siquiera uno de ellos, la fuerza mayor no llega a tener existencia.

Aplicando esos principios al caso de autos y aún dando por establecido plenamente que la causa precisa del siniestro fue la tempestad, que, al decir del piloto en su segunda declaración, lo sorprendió en el sitio de "Pangala", aquella no llega a revestir los caracteres de caso fortuito o fuerza mayor, porque ya se vio al examinar el cargo segundo que a la Scadta le es imputable una larga serie de culpas antecedentes y principalmente la que se puntualizó y analizó en sexto lugar, sin mediar la cual, como allá se demostró, no se habría producido el accidente. De allí que éste le sea imputable a la empresa recurrente, desde luego que su realización la provocó decisivamente cuando menos una culpa de ella, y que falte, de consiguiente, el requisito de la no imputabilidad, de imprescindible concurrencia para que el hecho alegado pudiera revestir los caracteres de caso fortuito o fuerza mayor liberatoria de responsabilidad.

Lo dicho es suficiente para que, sin entrar en otras consideraciones que habría sido preciso hacer de no mediar la apuntada circunstancia, se rechace el cargo que se ha formulado.

Cargos cuarto y quinto

Estos cargos se proponen por separado en la demanda de casación; pero dada la estrecha vinculación que como se verá adelante ellos tienen entre sí, la Sala procede a estudiarlos conjuntamente:

Cargo cuarto: Aquí dice el recurrente que acusa la sentencia por mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, referentes al transporte de la cantidad de platino que el demandante afirma era conducido con Mabardi en el avión "Córdoba", y que ese doble error implicó flagrante violación de los artículos 1602 y 2072, incisos 2º del C. C., 238, 239, 240, 241, 243, 253, 273, y, muy especialmente, los artículos 258 del C. de Comercio Marítimo, y 240, 241 y 243 del Código Postal, disposiciones todas de caracter sustantivo que establecen las condiciones y requisitos ineludibles de las pruebas del transporte de que se trata, y las cuales, debiendo ser aplicables al caso de autos, el Tribunal dejó de aplicarlas. Agrega que una de las pruebas mal apreciadas es la carta que se dice fue expedida por la Agencia de la Scadta en Andagoya el 6 de agosto de 1936, cuyo contenido transcribe, y que una de las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar, en cuanto al transporte de platino como equipaje, es la estipulación que en el tiquete o pasaje que se le expidió a Mabardi dice: "No se considerará como equipaje los valores o metales preciosos, prendas o joyas que pasen de mil pesos ($ 1.000.00) m. c.; por tanto los pasajeros tienen obligación de declararlos".

Para fundamentar el cargo se sostiene, en resumen, que el transporte de mercaderías o carga llamado más propiamente fletamento y el contrato de transporte de personas llamado de pasaje tienen sus diferenciaciones y están sometidos a reglas diferentes; que lo que Mabardi celebró fue

un contrato de pasaje para trasladarse de Andagoya a Buenaventura; que todas las maletas y prendas de vestir de Mabardi como el encauchado que se dice llevaba consigo se transportaron como equipaje, y que si el pasajero llevaba platino dentro de una de las maletas y dentro de su abrigo, ese hecho no convierte el contrato de transporte de equipaje en fletamento o en el contrato especial de transporte de metales finos por medio de valor declarado; que la responsabilidad del transporte es diferente cuando la remesa va como equipaje y cuando se celebra el respectivo contrato de transporte y se extiende el conocimiento; que en el servicio de transporte de valores declarados que presta la empresa sólo se pueden transportar valores asegurados en la póliza flotante que ella tiene o en aseguro propio del embarcador, como rezan los conocimientos que obran a los folios 32 a 35 del cuaderno principal, y con el lleno de los requisitos contenidos en esos conocimientos; que las disposiciones del Código Postal a que el cargo se refiere son aplicables en el presente caso porque la empresa es delegataria del Estado en lo relacionado con el correo aéreo y que aunque no lo fuera, esas disposiciones del Código Postal son las únicas que regulan el contrato de transporte de valores declarados, y no existe razón alguna para que no deban tener aplicación en el transporte de valores entre particulares. Sostiene después que constituyendo el conocimiento en el comercio marítimo y en el aéreo el instrumento o resguardo que contiene la indicación de las mercancías que el remitente ha entregado a bordo de la nave para su transporte, es indispensable que en él se constate y especifique la calidad, cantidad, número de bultos y sus marcas, y que no obstante que, en sustitución de esos detalles, que en aquel se diga, y lo que es peor, en una carta, extendida en un solo ejemplar, que el pasajero llevaba consigo una remesa de platino, cuyo flete asciende a determinada suma de dinero; que los requisitos del conocimiento en el transporte marítimo no pueden ser suplidos, como ocurren en el transporte terrestre, porque en aquel es obligatorio que se extiendan en la forma prevista por la ley para que hagan fe entre los interesados en la carga y los aseguradores; que la obligación de extender el conocimiento va acompañada de la sanción prevista en el artículo 258 del C. M. en caso de que se omita; que ese es un documento imprescindible y absolutamente insustituíble; que Mabardi tenía conciencia plena de que para acreditar el contrato de transporte de platino y para todos los efectos de tal contrato se necesitaba formalizarse con el conocimiento, como lo hizo en sesenta y tres ocasiones anteriores, según se acredita con las pruebas acompañadas a la demanda; que aún otorgándole plena fe a la carta referida, ella acreditaría que la remesa de platino se llevaba "como equipaje", lo que excluye el contrato de transporte de mercancías y de valores declarados, y que como tal, conducido personalmente por el pasajero, corría a su cuidado y responsabilidad y no de la empresa (artículo 273 del C. M.), y que por último, en el caso de autos no está debidamente acreditado que las maletas que conducía Mabardi contuvieran platino.

Cargo quinto: Dice el recurrente que fuera del error del Tribunal consistente en atribuírle a la carta en referencia mérito de comprobante del contrato de transporte de platino, incurrió igualmente en desacierto al tenerla como "documento auténtico por estar reconocido por el agente o representante de la Scadta" en Andagoya, pues apreció erróneamente tales carta y reconocimiento y dejó de apreciar otros elementos probatorios que desvirtúan el reconocimiento y contradicen la autenticidad de la carta, violando así los artículos 1761, 1762 y 1769 del Código Civil, 606, 607, 609, 637 y 645 del C. J., por indebida aplicación de unos y por falta de aplicación de otros. En seguida transcribe las consideraciones que llevaron al Tribunal a tener como auténtica esa carta y dice que desde la contestación de la demanda se desconoció por la entidad demandada hasta su existencia y se negó su recibo y autenticidad; que son absurdas todas las hipótesis que allí menciona, presentadas por el demandante sobre el hallazgo de esa pieza; que el Tribunal incurrió en error en la apreciación de las declaraciones de Mario Valdepares y Francisco de la Guardia, testimonios que equipara indebidamente a reconocimiento o confesión de parte, pues alega que cuando el primero declaró que había firmado tal carta y el segundo que la había escrito, ya no eran ni agentes ni empleados de la Scadta, pues desde fines de agosto de 1936 la Compañía Minera Chocó-Pacífico había hecho dejación de la Agencia de la Scadta en Andagoya, de manera que cuando aquellos confesaron que habían escrito y firmado la carta, hacía mucho tiempo que habían cesado en el ejercicio de las funciones que de manera indirecta, como empleados de la Chocó-Pacífico, les tocaba desempeñar en la Agencia de la Scadta. Y finaliza su

alegación así: "Por tanto, no puede decirse que la carta sea un documento "reconocido por la parte a quien se opone" (artículo 1761, C. C.), ni se puede tener por reconocido por haber figurado en el juicio y "no ser objetado" (artículo 645, C. J.), puesto que sí se objetó; ni tiene la "fuerza de confesión judicial" (artículo 637, C. J.), porque ni Valdepares ni de la Guardia eran representantes, Gerentes, Administradores o mandatarios de la Scadta y menos "en ejercicio de sus funciones" (artículo 607) cuando rindieron su confesión o reconocimiento".

Se considera:

La carta a que se hace referencia en el cargo cuya síntesis acaba de hacerse, es la transcrita en el hecho quinto de la demanda, arriba copiado, y que original obra en el expediente (cuaderno F, folio 107). La parte recurrente negó al evacuar el traslado de la demanda el mencionado hecho quinto, en que por el actor se afirmó que "de comprobante de la remesa del citado platino la Agencia de la Scadta en Andagoya entregó a Wasfi Mabardi para la Agencia de dicha Compañía en Buenaventura" la citada carta. De esa contestación no se desprende ni la negativa de la existencia de ese documento ni la de su autenticidad, y esto es tan cierto, que en dos ocasiones en que el representante de la Scadta fue llamado a absolver posiciones para que la reconociera, manifestó que no le constaba que ella "sea auténtica o escrita por la Agencia de la Scadtá en Andagoya" (diligencia de 8 de abril de 1937) y después, absolviendo de nuevo las mismas posiciones dijo que "no me consta si la carta a que se refiere la pregunta haya sido o no escrita por la Agencia de la Scadta en Andagoya, y por tanto no puedo asegurar que sea o no auténtica". La actitud vacilante de la parte demandada sólo vino a definirse con una negativa sobre esos puntos en la diligencia de absolución de posiciones de 25 de agosto de 1938 (fs. 17 a 19, cuaderno A, 5); pero para los fines legales consiguientes, esa actitud bastaba para imponerle a la parte contraria, el deber de procurar por otros medios la demostración de la autenticidad de ese documento, y ese deber lo ha cumplido satisfactoriamente.

En efecto, como se sabe la carta está datada en Andagoya en 6 de agosto de 1936 y aparece suscrita por Francisco de la Guardia en representación de la Agencia de la Scadta en aquel sitio.

Las partes no discuten que para la fecha dicha esa Agencia estaba servida por la Compañía Minera Chocó-Pacífico y que las funciones que como tal ésta cumplía las ejercía por conducto de su empleado Francisco de la Guardia, a quien en ocasiones reemplazaba Mario Valdepares. Así lo reconoció expresamente el apoderado del recurrente en este pleito, cuando en el alegato de segunda instancia dijo: "El señor de la Guardia, como empleado de la Compañía Minera Chocó-Pacífico, intervenía en lo relacionado con la Agencia de Andagoya. El señor Valdepares intervino en el contrato de pasaje celebrado con el señor Mabardi, ocasionalmente y porque aquel con motivo de sus funciones de empleado de la Compañía Minera Chocó-Pacífico, se ausentó durante los días 5 y 6 de dicho lugar". (Pieza citada, f. 19).

En declaración de 27 de septiembre de 1937 (cuaderno F, folios 36 v. y 37), rendida ante el Juzgado del Circuito de Istmina, de la Guardia manifestó que recordaba "haber escrito una carta relacionada con el viaje del señor Wasfi Mabardi, y a que se refiere la copia que se me pone de presente, carta que dirigí desde Andagoya a la Agencia de la Scadta en Buenaventura, pero para dar una afirmación rotunda sobre el contenido de dicha carta, necesitaría tener a la vista el respectivo original firmado de mi puño y letra", y agregó, entre otros pormenores que por ser del dominio público sabía que el avión en que viajaba Mabardi "sufrió un accidente en el cual perdió la vida dicho señor Mabardi y una remesa de platino cuya cantidad no puedo precisar". Y Valdepares, en declaración de la citada fecha rendida ante la misma oficina, expresó haber escrito dicha carta; que no podía declarar sobre su contenido por no tener a la vista el respectivo original; que la entregó personalmente a Mabardi porque ni el piloto ni el mecánico del "Córdoba" bajaron a tierra y agregó que le consta que el señor Mabardi llevaba como equipaje en dicho viaje, una remesa de platino crudo de unas treinta libras aproximadamente, cuyo valor se negó a declarar de acuerdo con la práctica establecida por la "Scadta" debido principalmente a que como él fletaba el cupo íntegro del avión en viaje especial, estimó que no debía pagar flete. Puedo añadir que este viaje especial fue contratado en mi presencia por el señor Wasfi Mabardi con el piloto del avión "Córdoba" el día anterior a la fecha del vuelo, notificándole al piloto que llevaría tal remesa como equipaje, a lo cual accedió el piloto. La remesa fue introducida en el avión por el mecánico de dicha nave, quien vino

en busca del señor Mabardi, por el ala del avión, indicándole por donde debía seguir hasta la cabina, donde introdujo al señor Mabardi y la remesa en un maletín pequeño". (Cuaderno F, f. 38). Posteriormente ante el mismo Juzgado y con fecha 22 de octubre de 1937, de la Guardia, ya con presentación del original, reconoció como auténtica su firma puesta al pie de esa carta y como cierto su contenido, y en 9 de noviembre siguiente, Valdepares también la reconoció como auténtica y dijo ser la misma que había escrito a máquina por orden del Agente de la Scadta en Andagoya y que la firma de de la Guardia fue puesta en su presencia. (Cuaderno F, fs. 48 y 49).

Para desvirtuar esos reconocimientos se ha alegado que cuando de la Guardia y Valdepares rindieron sus referidas declaraciones, ya hacía mucho que la Chocó-Pacífico había dejado de desempeñar la Agencia de la Scadta en Andagoya; pero los autos no respaldan esa aseveración sino que, por el contrario, la desvirtúan. A folios 18 y 26 del Cuaderno B14 obran dos declaraciones rendidas en 6 de septiembre y 7 de octubre de 1938 por Frank M. Estes, encargado de la Gerencia de la Chocó-Pacífico, quien dice que, según consta en el archivo, desde el día 27 de agosto de 1938, esa Compañía renunció la Agencia de la Scadta en Andagoya, pero que no se sabe la fecha precisa en que se suspendió el servicio de Agentes; que nada le consta personalmente, pero que dado los términos de la renuncia irrevocable conceptúa que desde entonces la Compañía dejó de servir la Agencia. Fuera de que esas declaraciones apenas comprobarían, como es obvio, la fecha de la renuncia pero no la de la suspensión del servicio, desde luego que sobre este último punto el testimonio apenas emite un concepto personal que no es admisible como prueba del hecho sobre que se conceptúa, en el expediente obran (fls. 14 y 15, cuaderno E), las posiciones absueltas por Carlos Daniel Roca, en representación de la Scadta, y allí aquel confiesa en 19 de noviembre de 1937 que "la Scadta está averiguando si esa carta es o no auténtica, pues, según se dice, fue escrita por la Agencia de la Scadta en Andagoya, **agencia que tiene la Compañía Minera Chocó-Pacífico** (subraya la Corte) y más adelante manifiesta "que los Agentes de la Scadta en Andagoya, como dijo arriba, son la Compañía Minera Chocó-Pacífico". De esta confesión de la propia parte demandada, puesta en relación con las declaraciones de Estes, se desprende inequívocamente, que aun cuando la Chocó-Pacífico hubiera renunciado la Agencia en 27 de agosto de 1936, todavía para el 19 de noviembre de 1937, fecha de la absolución de posiciones, la Agencia de la Scadta en Andagoya estaba servida por la Compañía Minera Chocó-Pacífico, y como las declaraciones de de la Guardia y Valdepares, a que antes se ha hecho mérito, fueron rendidas el 27 de septiembre, 22 de octubre y 9 de noviembre de 1937, el reconocimiento que éstos hicieron de la referida carta de 6 de agosto de 1936 lo realizaron cuando la Agencia de la Scadta en Andagoya la atendía aún la Chocó-Pacífico, por intermedio de sus empleados de la Guardia y Valdepares.

Por tanto y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 607 y 637 del C. Judicial, la carta de 6 de agosto de 1936 debe tenerse como auténtica y debidamente reconocida por parte de la empresa demandada y asignársele a su contenido la fuerza de una confesión judicial. Obró, pues, acertadamente el Tribunal cuando en su fallo llegó a esa conclusión.

En nada desvirtúa el mérito probatorio de ese documento las conjeturas o sospechas que con motivo de su hallazgo después del accidente formula la parte recurrente, desde luego que ellas se estrellan contra el hecho evidente y fundamental de que ese documento obra original en el expediente y que ha sido reconocido por quienes lo confeccionaron y suscribieron en nombre de la Agencia de la Scadta en Andagoya.

Sentado lo anterior, procede ahora al estudio de las alegaciones que sustentan el cargo cuarto.

Aquí el recurrente primeramente sostiene en síntesis lo siguiente: que según cláusula inserta en el tiquete que se expidió a Mabardi los valores y metales preciosos no podían conducirse como equipaje, pues el pasajero tenía obligación de declararlos; que las maletas y el encauchado de Mabardi se transportaron como equipaje y que si el pasajero llevaba platino dentro de aquéllos ese hecho no convierte el contrato de transporte de equipajes en fletamento o en el contrato especial de transporte de metales finos por medio de valor declarado.

Las conclusiones a que el Tribunal llegó sobre el transporte de la aludida remesa de platino, y que fueron transcritas al hacer la síntesis de la motivación del fallo, no son lo suficientemente claras como para que la Corte pueda afirmar que esa cuestión fue considerada como si se tratara de un transporte de equipaje o ya de un contrato separado de transporte, pues los conceptos a este

propósito emitidos dan margen para pensar en una o en otra cosa. De allí que ante la duda, se juzgue necesario estudiar la cuestión a través del doble aspecto que en relación con ella se plantea en el cargo y a la luz de las disposiciones que el recurrente señala como infringidas.

El C. de Co. Marítimo contiene en el Título V la reglamentación del contrato de fletamento. El Capítulo I de ese Título se divide en cinco secciones. En la primera, se dan algunas reglas generales y definiciones, entre éstas la del contrato; en la segunda, se precisa quién tiene capacidad para celebrarlo y se dictan normas sobre formación y prueba del mismo; la sección tercera, determina los derechos y obligaciones del fletante; la cuarta, los del fletador, y la quinta, trata de la rescisión del fletante. El Capítulo II reglamenta lo relativo al conocimiento o póliza de carga, y el Capítulo III trata "de los pasajeros".

El artículo 160 del citado Código define el fletamento diciendo que "es un contrato de transporte, por el que el naviero, personalmente o representado, arrienda a otro la nave equipada y armada, y se obliga a conducir en ella, a un lugar determinado, mercaderías o personas mediante un precio convenido." De donde se deduce que el contrato de fletamento puede tener por objeto el transporte de mercaderías o de personas, constituyendo éstos, por consiguiente, dos especies diversas derivadas de un mismo género de contrato y que tienen, como se ha insinuado, una reglamentación separada.

El Capítulo III del Título V del C. Marítimo no contiene disposición alguna especial sobre prueba del contrato de transporte de personas, llamado generalmente por la doctrina contrato de pasaje, y las que sobre el mismo punto traen las secciones antes mencionadas hacen referencia al contrato de fletamento cuando versa sobre transporte de carga o mercaderías; por consiguiente, para juztificar aquel contrato sería aplicable por analogía, ante el vacío que al respecto se observa en el Código, el primer miembro del artículo 320 del C. de Co. Terrestre que establece que "los billetes de asiento o aposentamiento justifican el contrato, cuando se refiere a la conducción de personas" o el artículo 266 ibídem que prescribe que el contrato de transporte "se prueba con la carta de porte, y por cualquiera de los medios probatorios que sanciona este Código y el Judicial." Pero lo cierto es, en todo caso, que la ley no exige prueba escrita para su demostración, y que para tal fin puede, en consecuencia, acudirse a los medios probatorios ordinarios.

Por el hecho de celebrar el contrato de pasaje, todo pasajero tiene derecho, según práctica o costumbre comercial generalmente admitida, a llevar consigo determinada cantidad de efectos, como "sacos de noche, valijas o maletas, que según la costumbre no pagan porte" (art. 325 del C. de Co. T.), que reciben el nombre de equipaje, cuyo peso, cantidad o medida están usualmente precisados en el contrato mismo o en los reglamentos de las empresas transportadoras. De allí que el contrato de equipaje tenga que ser considerado como accesorio del contrato de transporte de personas, y como tal ha sido reputado por la doctrina, y que deba ser sometido a las mismas reglas sobre pruebas para éste permitidas. Así lo dice el inciso 2º del artículo 325 citado cuando prescribe que "la entrega de los objetos indicados se prueba por la factura del conductor, o por cualquier otro medio legal".

A esta misma conclusión llega el Profesor Ripert en su tratado de Derecho Marítimo, en donde sostiene que la prueba escrita no es indispensable en el contrato de transporte de personas; que todos los medios de prueba deben admitirse para demostrarlo, ya que el contrato es un acto de comercio para el armador y que la ley comercial consagra la libertad de prueba, y que para el transporte de equipaje del viajero debe seguirse la misma regla, por lo cual considera innecesario el conocimiento. (Tomo II, No. 1977, pág. 969 y 970, "Droit Martime"). Igual tesis propugnan Lyon-Caen y Renault bajo el Nº 833, del Tomo V de su Traité de Droit Commercial.

Ahora, aún considerando que la carta de 6 de agosto de 1936 no deba estimarse como un conocimiento; que acreditara apenas que Mabardi llevaba la remesa de platino de que allí se habla como equipaje y que desde este sólo punto de vista hubiera considerado la cuestión el Tribunal, la responsabilidad del transportador ante la no entrega o pérdida de esa remesa resulta incuestionable conforme al artículo 273 del C. de Comercio Marítimo que dice: "el pasajero se reputa cargador de los objetos que lleva en la nave; y gozará de los derechos de tal, siempre que los ponga al cuidado y guarda del capitán. Pero si el pasajero los mantuviera bajo su propia custodia, el capitán no será responsable de la pérdida o daños que sufran, sino en el caso de que procedan de su propio hecho o del hecho de la tripulación". Si esa responsabilidad se examina a la luz del in-

ciso primero del artículo transcrito, ella tiene existencia, desde luego que a Mabardi debe reputársele como cargador con respecto a su equipaje, ya que éste fue entregado a la empresa transportadora y desde ese momento corría a cargo de ella y del piloto la obligación de cuidarlo y conservarlo. Esta circunstancia se desprende de las declaraciones de Francisco de la Guardia, quien dice que Mabardi llevaba una remesa de platino y de Mario Valdepares, (cuaderno F. fs., 37 y 38), quien ocasionalmente intervino en nombre de la Agencia de la Scadta en Andagoya y reemplazo de Francisco de la Guardia, en el contrato de transporte y en el despacho del avión "Córdoba", y quien dice que desde el día anterior a la fecha del vuelo se notificó al piloto que Mabardi llevaría la remesa como equipaje, "a lo cual accedió el piloto"; que "la remesa fue introducida en el avión por el mecánico", y colocada por éste en la cabina; de la confesión de la empresa recurrente al contestar el hecho 7º de la demanda, cuando dice que las tres maletas fueron recibidas a bordo en calidad de equipaje, y del sobordo que con motivo del vuelo se extendió y que fue presentado por la Scadta junto con el escrito de contestación de la demanda, y que acredita el recibo por la Agencia de Andagoya de las maletas que constituían el equipaje del pasajero, según se expresa allí en la casilla de informaciones para el piloto. Desde el momento en que el equipaje fue recibido por la empresa e introducido por ella en la cabina del avión, aquél necesariamente quedó bajo el cuidado y guarda del capitán, lo cual determina que al pasajero deba reputársele como cargador de los objetos que lleva, con los derechos inherentes a tal calidad para los efectos de la indemnización que le confieren entre otros, los artículos 101, 104 y 105 del C. Marítimo y 2072 y 2073 del C. C.

Examinada la responsabilidad conforme al segundo inciso del artículo 273 citado, se encuentra que también hay lugar a deducirla, por las razones que en seguida se expresan:

Conforme al numeral 17 del artículo 100 del C. Marítimo está prohibido al capitán "abandonar a la nave, por más grave que sea el peligro que corra, mientras haya esperanza de salvarla, y en ningún caso sin haber oído el parecer de los oficiales". En armonía con esta disposición el numeral 8º del artículo 98 del C. de Co. Marítimo prescribe que es obligación del capitán durante el viaje "extraer el dinero, libros y la parte más preciosa del cargamento, siempre que, constituído en la imposibilidad de salvar la nave, resuelva abandonarla" y el inciso segundo del artículo 342 dice que "resolviéndose el abandono, el capitán cumplirá las obligaciones que le imponen los números 8º y 9º del artículo 98, y si llegare a consumarse el naufragio recogerá los fragmentos de la nave y los restos del cargamento".

Además el artículo 39 del Decreto Nº 899 de 1907 dispone entre otras cosas que en los casos de avería, naufragio y otros los capitanes de buques asumirán el carácter de agentes de policía "para impedir toda clase de atentados", y para practicar las diligencias sumarias indispensables mientras ocurran las autoridades del distrito o población más inmediato".

En el presente caso ninguno de esos deberes legales fue observado por el piloto Fries, pues consta en autos que abandonó la nave una vez sumergida en el lecho del río San Juan para trasladarse al sitio cercano de Pangala, en donde permaneció el resto del día seis y hasta las 5.30 p. m. del siete de agosto siguiente, para seguir después a Buenaventura, en donde el ocho del mismo mes rindió ante la Capitanía del Puerto declaración sobre la manera cómo ocurrió el accidente, y no practicó, una vez consumado el naufragio, ninguna diligencia encaminada a recoger el equipaje de los pasajeros, a pesar de que según la declaración citada de Valdepares, se le había notificado que en él llevaría Mabardi una remesa de Platino, y lo que es más, como Agente de Policía, no tomó siquiera la precaución elemental de establecer la debida vigilancia para evitar una posible pérdida o sustracción del equipaje del pasajero mientras el avión permanecía en el lecho del río, de donde sólo vino a ser extraído en los días 11 y 12 del mismo agosto al realizarse el salvamento por comisionados de la Scadta.

De todo ello se desprende que el piloto Fries incurrió en clara violación de los deberes legales de su cargo, por lo cual cabe imputarle culpa en la pérdida del equipaje y deducirle la consiguiente responsabilidad, ya que el artículo 101 ibidem dispone que "el capitán es civilmente responsable aun de la culpa leve que cometa en el ejercicio de sus atribuciones, de la inobservancia de los deberes a su cargo y de la violación de las prohibiciones que le impone la ley" y que en consecuencia, el capitán deberá indemnizar cumplidamente a los interesados los daños y perjuicios que directa o indirectamente les sobrevengan por cualquiera de las causas enunciadas." Y sobra recordar que conforme al numeral 4º del

artículo 56 ibidem el naviero está obligado a responder civilmente de los hechos del capitán, bien constituyan un delito o cuasidelito, o bien importen una mera culpa.

Examinada la cuestión a la luz de los artículos 298, 303, 325, 326, 327 y 328 del Código de Comercio Terrestre, la responsabilidad del transportador no es menos evidente.

De otro lado, dícese en el cargo que según cláusula inserta en el tiquete que se expidió a Mabardi los metales preciosos cuyo valor pase de $ 1.000.oo no podían considerarse como equipaje; que la empresa tenía ordenado que el pasajero celebrara por separado su transporte; que la resistencia de Mabardi para hacerlo así dio por resultado que dichos metales se quedaran sin asegurar e insinúa que en ese caso las consecuencias de esa actitud debe sobrellevarlas el pasajero.

A esto se replica que aun dándole a la carta de 6 de agosto el mero alcance a que antes se aludió, en tal evento resultaría que la cláusula impresa contenida en el tiquete sufrió una modificación para el caso especial del contrato de transporte sobre que versa este pleito, pues la Agencia de la Scadta en Andagoya convino expresamente en que Mabardi llevara la remesa de platino como equipaje, y ese convenio es válido porque en el contrato de transporte impera el principio de la libre contratación, con las solas limitaciones expresamente establecidas en la ley, la que para el caso en cuestión no ha prescrito ninguna. Además, si la remesa de platino se quedó sin asegurar y si con ello y con la autorización o convenio referidos se contravino a las instrucciones que la Scadta había dado sobre el particular a sus Agentes o factores en Andagoya, esa contravención no perjudica al pasajero ni invalida el contrato, pues el artículo 438 del C. de Co. T. establece que "la violación de las instrucciones, la apropiación del resultado de una negociación, o el abuso de confianza de parte de los factores o dependientes, no exoneran a sus patronos de la obligación de llevar a efecto los contratos que aquéllos hagan a nombre de éstos".

"Alégase también que el Tribunal atribuyó a la carta de 6 de agosto mérito de comprobante del contrato de transporte de platino, siendo así que esa carta no llena los requisitos del conocimiento para poder estimarla como tal y que sin este documento imprescindible e insustituíble la presente demanda no podía prosperar.

Según reglamentación expresamente prevista en el C. de Co. Marítimo, el contrato de fletamento o contrato de transporte de mercaderías, debe ser redactado por escrito, antes o después de recibida la carga, y no puede ser probado por testigos cuando el flete exceda de doscientos pesos. La escritura en que se consignan las condiciones del contrato se llama póliza de fletamento y puede ser pública o privada (art. 168). Las pólizas privadas, cuando sus firmas han sido reconocidas por las partes, hacen plena prueba del contrato, y en caso de que ese reconocimiento no se produzca, la existencia y condiciones del fletamento podrán ser justificadas con el conocimiento, las facturas, los libros y correspondencia de las partes, los recibos provisionales de la carga, la confesión de los interesados, el juramento decisorio, y con declaraciones de testigos o presunciones, si el flete no llegare a doscientos pesos (art. 170). Las condiciones que se deben expresar en la póliza de fletamento están previstas en el artículo 171, pero no en forma limitativa, porque allí se dispone que ella pueda contener "todos los demás pactos en que convinieron las partes", ni tampoco como requisito indispensable para su validez porque la falta de algunas de ellas no está sancionada con la nulidad, y porque en los artículos 172 a 177 se establece la manera de suplir algunas de sus omisiones.

De esa reglamentación legal en materia de prueba claramente se desprende que el escrito o la póliza de fletamento no es exigido como una solemnidad en el contrato, sin la cual éste sería nulo, sino como una formalidad **ad-probationem,** y que puede —por tanto— ser reemplazado por las partes con los muchos medios probatorios que la ley indica, y aún hasta con la prueba de testigos, cuando el flete no exceda de doscientos pesos, cocomo ocurre en el cáso de autos.

Luego cuando el Tribunal admitió todos los elementos de convicción que relaciona en el capítulo del fallo denominado "el salvamento", entre los cuales se cuenta la carta de 6 de agosto, que está debídamente reconocida, como ya se dijo, como adecuados para dar por demostrado plenamente el contrato de transporte del platino a que se contrae el pleito, no incurrió en error alguno y se ajustó, por el contrario, a las prescripciones legales sobre el particular.

Lo que queda expuesto hace referencia a la prueba de la celebración del contrato, pues en lo que atañe principalmente a su ejecución el Código de Co. Marítimo establece una reglamentación

adicional en el Capítulo II del Título V, bajo el rublo "Del conocimiento".

Allí, el artículo 238 define lo que debe entenderse por **"conocimiento o póliza de carga"** diciendo que es "la escritura en que el capitán y el cargador reconocen el hecho del embarque de las mercaderías y expresan las condiciones del transporte convenido".

El artículo 239 es del siguiente tenor: "El conocimiento debe contener: 1º El nombre, matrícula y porte de la nave; 2º El nombre, apellido y domicilio del capitán; 3º Los nombres y apellidos del cargador y consignatario; 4º La calidad, cantidad, número y marca de los bultos; 5º El puerto de carga y el de la carga; 6º El flete y capa contratadas; 7º La fecha y las firmas del capitán y cargador".

El 240 precisa el número mínimo de ejemplares que deben extenderse y el destino de cada uno de ellos, y el artículo 253 establece que "los conocimientos redactados y firmados en la forma indicada hacen fe entre las partes interesadas en la carga, y entre éstas y los aseguradores, salva la prueba de fraude o colusión". Finalmente el artículo 258 dice que "las demandas entre el capitán y el cargador que se refieran a la carga, serán necesariamente apoyadas en el conocimiento; y sin la exhibición de éste no se les dará curso".

Haciendo una comparación de los requisitos que conforme al artículo 239 debe contener el conocimiento y de los que de acuerdo con el 171 debe expresar la escritura de fletamento, se observa lo siguiente: que los de los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 239 corresponden exactamente a los de los numerales 3º, 1º, 2º, 5º, 4º y 6º, respectivamente, del artículo 171. En el inciso final del artículo 168 está previsto el requisito del ordinal 7º del artículo 239. Obsérvase, sin embargo, una diferencia, que consiste en que las formalidades del numeral 4º están encaminadas a lograr la identificación de la mercadería embarcada, mientras que las del ordinal 5º del artículo 171, sirven para determinar la cabida o el cupo que en la nave ha sido contratado.

Ahora bien: está visto que el contrato de fletamento y sus correspondientes condiciones, puede ser probado con la póliza de fletamento cuando las partes reconocen sus firmas; con testigos cuando el flete no excede de doscientos pesos, y por los diversos medios, entre los cuales se encuentra la correspondencia y la confesión de las partes, de que habla el inciso 2º del artículo 170 del C. Marítimo, cuando las partes no reconocen las firmas de la póliza privada, o, lo que equivale a tanto como esto, cuando no exista dicha póliza, y como las condicones del conocimiento son las mismas, con la salvedad antes anotada, que las de la póliza de fletamento, lógicamente cabe deducir que aquellas cuando falten pueden ser demostradas por los mismos medios probatorios a que se ha hecho referencia. Como un argumento más en apoyo de lo anterior puede invocarse el siguiente: la carta de porte en el transporte terrestre sirve para acreditar —al igual que la póliza de fletamento y el conocimiento en el transporte marítimo— la existencia y condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al porteador, y el artículo 274 del C. de Co. Terrestre determina los pormenores que ella debe expresar, guardando estrecha concordancia con los requeridos por las disposiciones antes citadas para aquellos otros dos documentos. Al contenido de la carta de porte así redactada le otorga fe el inciso primero del artículo 276 ibidem, pero éste añade en su segundo miembro: "La omisión de algunas de las enunciaciones que prescribe el artículo 274, no destruye el mérito probatorio de la carta de porte, y las designaciones omitidas podrán ser suplidas por cualquiera especie de prueba legal". Siendo semejantes las situaciones, este texto legal puede aplicarse por analogía, en orden a llenar las deficiencias de que pueda adolecer el conocimiento.

De todo ello y en presencia de lo estatuído en el artículo 238, se pueden deducir las siguientes conclusiones: 1ª que el objetivo principal o fundamental del conocimiento es constatar entre el capitán y el cargador el hecho del embarque de las mercaderías; 2ª que no es esencial para la validez del conocimiento que él contenga la plenitud de los pormenores previstos en el artículo 239 que se refieren a las condiciones del contrato, porque éstas —se repite— pueden ser establecidas por otros medios probatorios y porque además la falta de esas condiciones no está consagrada como motivo de nulidad.

Y esa segunda conclusión no es jurídicamente exótica, porque la ley civil también prevé en muchos casos los requisitos o designaciones que deben contener determinados actos, como ocurre —por ejemplo— con los testamentos y los instrumentos que se otorgan ante Notario; pero la falta u omisión de esas formalidades, a pesar de estar también legalmente preestablecidas, sólo acarrea la ineficacia o invalidez del acto cuando la ley

ha establecido expresamente la sanción de nulidad.

Un conocimiento al cual le falten alguno de los requisitos indicados en el artículo 239 será, pues, un conocimiento irregular, que por sí solo no hará plena prueba de la entrega de la carga y de las condiciones del contrato, desde luego que esa fé sólo la prestan de acuerdo con el artículo 253, los que están redactados y firmados con la plenitud de las exigencias correspondientes; pero nada se opone a que ese conocimiento irregular completado por el reconocimiento que de su contenido y de sus firmas hagan las partes y por otros medios probatorios, pueda ser tenido como prueba plena en las estipulaciones que contiene, valorado a la luz de las disposiciones generales sobre la materia.

Aplicando esas tesis al caso de autos se tiene que la carta de 6 de agosto de 1936 está debidamente reconocida; que aparece suscrita por el cargador o transportador, ya que lo fue por sus agentes; que ella acredita la calidad de las mercaderías objeto del transporte, o sea una remesa "de platino"; que constata así mismo el flete que debía ser pagado, o sea la cantidad de $ 69,45; que demuestra igualmente la entrega y el embarque a bordo del avión "Córdoba" de la referida "remesa de platino", y como esos son requisitos del conocimiento, aunque no sean todos los que la ley establece, bien pudo el Tribunal sin incurrir en error de derecho, atribuírle a ese documento el mérito o la calidad de un conocimiento y darle el valor de plena prueba de la entrega de la carga y de las condiciones del contrato, completado con el reconocimiento que de su firma y de su contenido se hizo; con el sobordo presentado por la empresa recurrente junto con la contestación de la demanda y con los demás documentos citados en el capítulo del fallo denominado el "salvamento" y que con tales fines fueron utilizados por el sentenciador.

En relación con el artículo 258 caben las siguientes observaciones: que se trata de una disposición excepcional, que como tal no puede tener aplicación extensiva, sino restringida o circunscrita a la materia a que se contrae, o sea a las demandas **entre el capitán y el cargador que se refieren a la carga"**, las cuales es legalmente posible que existan trabadas entre ellos dos exclusivamente, con prescindencia del naviero (art. 69, 101, 102, 104, y 105 del C. de Co. Marítimo); que la acción que origina este pleito rueda entre el empresario, transportador, fletante o naviero y el cargador, por lo cual aquel texto no es aplicable para regular la relación procesal entre éstos surgida; y que, en todo caso, esa disposición requiere que las demandas sean apoyadas "en el conocimiento", sin hacer distinción alguna sobre la naturaleza o calidad de éste, es decir, sobre si debe ser imprescindible un conocimiento régular o si basta para los mismos fines uno irregular o que no contenga la plenitud de las exigencias legales, por lo cual debe entenderse que es suficiente la existencia de un conocimiento, ya sea él regular o irregular, y en este juicio se ha presentado uno de esta última naturaleza.

Finalmente debe anotarse, que las disposiciones del Código Postal que como quebrantadas se citan hacen referencia al servicio de transporte de encomiendas que se presta por los correos nacionales, y ellas son totalmente ajenas al caso de autos, que está especialmente gobernado por las disposiciones del Código de Co. referentes al contrato de transporte celebrado, y muchas de las cuales han quedado citadas y comentadas a lo largo de este fallo.

Todo lo que anteriormente se ha dicho parte del supuesto de que al contrato de transporte aéreo deben aplicarse de preferencia las disposiciones del Código de Co. Marítimo; pero como no se ve razón alguna para estimar que la reglamentación del Código de Comercio Terrestre sobre los puntos a que el cargo se concreta sea incompatible por algún aspecto con la naturaleza del transporte aéreo, esa reglamentación, por lo antes sostenido por la Sala, debería ser aplicada preferencialmente; pero la Corte para abundar en razones en la decisión de las complejas cuestiones que crea la falta de una legislación especial sobre la materia, ha considerado el cargo a la luz de las disposiciones del Código de Comercio Marítimo, absteniéndose de rechazarlo por un mero motivo de impertinencia de los artículos de la mencionada obra que se han citado como infringidos.

Cargo sexto.

Sostiene aquí el recurrente que el Tribunal al imputarle a la Compañía transportadora descuido o, en otros términos, falta de la debida diligencia, en el salvamento de las cosas transportadas, lo que dió por resultado que el platino se perdiera, incurrió en equivocada apreciación tanto del auto del Tribunal Superior de Cali, de 27 de abril de 1939, confirmatorio del sobreseimiento pronunciado por el Juez del conocimiento en el proceso

penal instruído con motivo de la pérdida del platino, como la de los testimonios en él relacionados, al estimarlos como pruebas demostrativas de aquella culpa y de la consiguiente resposabilidad de la empresa por la pérdida del platino, violando con ello los artículos 632, 683, 693, 697, 698, 699 y 702 del C. J.; el primero por desacertada interpretación y aplicación indebida y los otros por falta de aplicación, debiendo ser aplicados. Afirma además que igualmente violó el Tribunal el artículo 697 del C. J. en cuanto dejó de darle aplicación para apreciar las varias declaraciones de testigos presenciales del salvamento que en el cargo cita, con las cuales acredita que se adoptaron todas las precauciones debidas y que descartan el menor descuido o negligencia en el salvamento.

Se considera:

Es del todo innecesario e inútil el estudio del cargo cuya síntesis acaba de hacerse, porque cualquiera que sea la conclusión a que pudiera llegarse sobre si fue diligente o por el contrario culposa la conducta de los comisionados de la Scadta para el salvamento del hidroavión "Córdoba" y del equipaje o carga que en él se conducía, ella no tendría incidencia alguna sobre la parte resolutiva de la sentencia, porque aun a pesar de haberse realizado el salvamento de la nave, permanece inejecutada la obligación principal emanada del contrato de transporte, de conducir la remesa de platino de Andagoya a Buenaventura y de restituírla al cargador o pasajero en el mismo estado en que fue recibida, y porque ante la serie de culpas antecedentes y concomitantes que le han sido imputadas a la empresa recurrente y que contribuyeron, como ya se vio al estudiar el cargo segundo, al acaecimiento del accidente o naufragio que determinó el incumplimiento de aquella obligación, y que no permiten, como también se dijo al estudiar el cargo tercero, atribuírle a ese acontecimiento las características de un caso fortuito, subsistiría siempre la responsabilidad de la empresa transportadora de reparar el daño causado, todo lo cual, se repite, hace completamente innecesario el estudio de las cuestiones que el cargo plantea, el que, por tanto, se rechaza.

Recurso de casación de la parte demandante

Invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., y con apoyo en la primera propone seis cargos contra la sentencia, los cuales se examinan siguiendo el orden en que vienen planteados.

Cargo Primero:

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba pericial practicada tanto en la primera como en la segunda instancias, referente al avalúo de los 3.360 castellanos de platino que Mabardi transportaba en el avión "Córdoba" en el momento del accidente aéreo, y que dicho error consiste en que se desechó el dictamen pericial rendido en la primera instancia por Manuel S. Caicedo y Luis E. Cabrera, no obstante tratarse de un dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, que no fue objetado y que constituye, de consiguiente, una plena prueba, y se acogió, en cambio, el de segunda instancia, rendido por los peritos Enrique de la Rosa y David J. Senior, principal y dirimente, respectivamente, a pesar de que la designación de este perito no se ajustó a las normas procedimentales, de que no fue debidamente explicado, de que fue objetado, de que los peritos no son expertos en el negocio del platino.

Resumiendo las extensas alegaciones que se hacen para fundamentar el cargo, ellas se concretan a los siguientes puntos:

1º—En el avalúo de segunda instancia intervino el perito Senior, como dirimente, no obstante tratarse de la regulación de una cantidad, y su intervención es contraria al artículo 721 del C. J., y el dictámen de este perito es en sí ilegal, de acuerdo con el artículo 716 ibidem, porque limitó su concepto a reproducir opiniones del perito principal señor de la Rosa; por lo cual dicho dictámen carece de fundamento legal;

2º—Que es notoria la deficiencia de las razones en que se apoya ese dictámen pericial, pues los expertos no tuvieron en cuenta muchas declaraciones de testigos y los certificados de la Cámara de Comercio de Buenaventura y del Ministerio de la Economía Nacional sobre el precio de cada castellano de platino (cuaderno de pruebas del demandante, 2ª instancia, fs. 17 y s.s.), por lo cual un dictámen en esas condiciones no constituye prueba;

3ª—Que el avalúo se contrajo apenas a 3.000 castellanos de platino, cuando en el proceso existen pruebas, que el Tribunal desechó, sin darle valor alguno, incurriendo también con ello en error de derecho, que demuestran que la cantidad transportada de platino era de 3.360 castellanos, y que al apreciar así ese dictámen incompleto el sentenciador incurrió en error de derecho;

4º—Que incurrió en error de derecho el Tribu-

nal en la apreciación del dictámen de los peritos Caicedo y Cabrera al desecharlo por haber avaluado también el platino al precio de New York, es decir, por haber estimado la utilidad no solamente probable sino cierta que hubiera obtenido Mabardi, violando así los artículos 1613 1614 del C. C., a consecuencia de la errónea apreciación de esa prueba;

5º—Que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar que el precio del platino en New York, o sea la diferencia entre ese precio y el de cotización en Buenaventura, que los peritos Caicedo y Cabrera estimaron en su dictámen al determinar el daño emergente, constituía un lucro cesante, y al confundir así dos conceptos jurídicos distintos, cometió error de derecho en la apreciación de esa prueba;

6º—Que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de ese dictámen, al dar por establecido que el platino de Mabardi iba a ser vendido en Buenaventura, cuando éste era el lugar de la entrega y no el de la venta, la cual debía hacerse en New York, según así lo demuestra con las pruebas que cita, que no tomó en cuenta el Tribunal, incidiendo en el error de hecho consiguiente;

7º—Que el dictámen de primera instancia es uniforme, explicado y debidamente fundado, constituye plena prueba al tenor del artículo 721 del C. J., y fue desechado por el Tribunal sin aducir ninguna razón fundada, acogiendo, en cambio, el de segunda instancia, carente de valor, para basar en él la regulación, cometiendo así un manifiesto error de derecho en la apreciación de la prueba pericial.

Como consecuencia de esos errores el Tribunal quebrantó los artículos 472, 593,601, 632, 697, 705,721 del C. J., 1608, 1610, (ordinal 3º), 1613, 1614, 1615, 1757, 2070, 2072, 2073, 2077, del Código Civil, 306, 308 y 318 del Código de Comercio.

La Sala considera:

Dos dictámenes periciales se practicaron en este proceso a fin de determinar el valor de la remesa de platino materia del contrato de transporte celebrado entre los litigantes: uno durante la tramitación de la primera instancia, a solicitud de la parte demandante, y otro en la segunda, en virtud de petición de la entidad demandada. En el primero intervinieron los peritos Manuel S. Caicedo y Luis E. Cabrera, quienes uniformemente conceptuaron que el precio del castellano de platino crudo era en Buenaventura el 6 de agosto de 1936 de $ 13.50, por lo cual 3.360 castellanos tenían un valor de $ 45.360.oo; que la utilidad líquida mínima que habría podido obtenerse vendiendo ese platino en New York habría sido de $ 7.711.20, y que sumadas esas dos cantidades e invertido el total en New York en compra y venta de platino crudo o de mercancías que después se cambian por platino en la región del Chocó, podría obtenerse una utilidad líquida mensual de un 20%, o sea la cantidad de $ 10.742,42 mensualmente. (Cuaderno C, páginas 9 v. y 10).

El experticio de segunda instancia fue practicado por Benjamín Dussan Canals y Enrique A. de la Rosa, como peritos principales, y por David J. Senior, como perito tercero designado por aquellos, y quien ante el desacuerdo de los principales, adhirió al dictámen del último, avaluándose así en $ 6.60 el valor de cada castellano de platino crudo en Buenaventura, en la expresada fecha, y 3.000 castellanos en $ 19.800.oo. Este dictámen fue tachado de gravemente erróneo, con fundamento en que el avalúo pugnaba con la verdad de los hechos probados en el expediente, establecida entre otras pruebas con el avalúo de primera instancia, y esa tacha fue declarada no probada, en providencia del Tribunal de 13 de junio de 1941.

En la sentencia acusada el Tribunal le negó valor probatorio al avalúo del platino practicado por los peritos Caicedo y Cabrera, fundándose en que el criterio que debía seguirse para el avalúo era el del precio que tuviera el platino en Buenaventura por ser el lugar en que debió ser puesto por la Empresa transportadora, y porque "sería no sólo ilógico sino injusto darle un precio que excediera los límites de la obligación contraída por la Empresa", y acogió en cambio el de segunda instancia practicado por los peritos de la Rosa y Senior, porque éstos tuvieron en cuenta las cotizaciones de ese metal en Buenaventura y el precio del mismo en Condoto, lugar de su procedencia, en la semana del 6 al 13 de agosto de 1936.

Para replicar las alegaciones arriba sintetizadas que el recurrente formula contra las precedentes decisiones del sentenciador se exponen las siguientes razones:

1ª—Es inadmisible la tesis, que pretende desprenderse de lo dispuesto en el artículo 721 del C. J., de que cuando se trata de avalúos o de una regulación cualquiera en cifra numérica se requiere que el dictámen pericial, para que pueda asignársele el valor de plena prueba, deba ser rendido por dos peritos principales y que en tales casos es ilegal la intervención de un perito ter-

cero para dirimir el desacuerdo que entre ellos se suscite. Semejante deducción no tiene asidero en la mencionada disposición, que apenas habla del dictámen rendido por "dos peritos", sin exigir que ambos sean principales, por lo cual no es opuesto a la validez de aquel que uno de ellos tenga esa calidad y el otro la de tercero, que también es perito.

En este sentido se ha pronunciado la Corte en varios fallos. En el de 28 de noviembre de 1941, (C. J. Nº 1981, pág. 787, tomo LII), se acogió y reprodujo la doctrina sentada en el de 14 de junio de 1938, (C. J. Tomo XLVI, pág. 787), en que se dijo que el inciso 1º del artículo 721 del C. J. "no manifiesta que el avalúo deba hacerse por dos peritos principales, sino que pueda realizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien emite su opinión sobre los puntos en que los principales dicuerden. De modo que, si el dictámen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictámen es uniforme y hace plena prueba". Y en providencia de la Sala de Negocios Generales de 18 de febrero de 1938, (Tomo XLVI. Nº 1933, pág. 175), se había sentado la misma doctrina.

En el caso de autos el perito tercero no se limitó a adherir al dictámen del perito principal, señor de la Rosa, que es una pieza largamente explicada y fundamentada, sino que también expuso una fundamentación adicional, apoyada en elementos de convicción que acompañó, y los cuales fueron después tenidos y admitidos como prueba, con citación y audiencia de todas las partes, De modo, pues, que esa exposición no carece de fundamentación como lo asevera el recurrente.

2º—El error de derecho en la apreciación de una prueba consistente —según reiterada jurisprudencia de la Corte— en atribuírle a aquella un valor que legalmente no le corresponde o en desconocerle el que tiene conforme a la ley, y en materia de justipreciación de dictámenes periciales sobre avalúos ese error puede producirse, cuando, entre otras cosas, se les otorga el valor de plena prueba a pesar de que carezcan de toda explicación y fundamentación, desde luego que la ley requiere para tal efecto que ellos sean explicados y debidamente fundamentados; pero no se da ese error cuando el experticio tiene explicación y fundamentación, aunque ellas puedan ser deficientes o erróneas, y el sentenciador de instancia le confiere o le niega el valor de plena prueba, pues la debida fundamentación del dictámen es condición que aprecia libremente el juzgador, para reconocer o negar, según que encuentre que ella exista o no, fuerza probatoria al dictámen de los peritos. Cuando ese último caso se contempla, es preciso que el recurrente alegue y demuestre en casación que en la apreciación probatoria se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos con incidencia en violación de la ley sustantiva, para que la Corte pueda variar la apreciación del sentenciador.

En el caso de autos el dictámen pericial de segunda instancia no carece de fundamentación y explicación y el Tribunal de Barranquilla le otorgó el valor de plena prueba, y como gran parte de los reparos que el recurrente formula los propone como error de derecho en la estimación del dictámen, siendo así que en realidad versan sobre circunstancias vinculadas a la fundamentación de éste, aplicando los precedentes razonamientos se comprende que la importancia de las acusaciones es manifiesta en atención a la manera como se plantean.

Análogas observaciones y conclusión caben en relación con las alegaciones a que se contraen los puntos 4º y 5º del cargo que se considera; sobre lo cual es oportuno advertir que las cuestiones de fondo que allí se suscitan serán tratadas más adelante al examinar otro de los cargos que vienen propuestos.

3ª El error de hecho que se alega en el cargo en estudio, es completamente improcedente porque el contrato de que dan cuenta estos autos se celebró para transportar el platino de Andagoya a Buenaventura, y era éste, de consiguiente, el lugar en donde debía hacerse la entrega, y como el inciso primero del artículo 308 del C. de Co. establece expresamente que "en caso de pérdida el porteador pagará las mercancías al precio que tengan, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución", es evidente que la intención o propósito que hubiera tenido Mabardi, por más demostrada que estuviere, de vender el platino en el mercado de New York, no puede ser tenido en cuenta para la determinación del precio, porque éste debía ser regulado por el que tuviera el platino en Buenaventura en el día en que debió cumplirse la restitución, o sea el 6 de agosto de 1936.

4ª El Tribunal condenó a la empresa demandada a pagarle al recurrente el valor de 3.000 castellanos de platino crudo, según así se lee en el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia; pero esa decisión no se puede atacar eficazmente en casación alegando error de derecho

en la apreciación del dictamen pericial y el mismo error, por falta de apreciación de otras pruebas que según el recurrente establecen que la cantidad objeto del contrato de transporte era mayor, por varios motivos, a saber: porque el dictamen pericial no es prueba conducente a demostrar la cantidad de metal transportado; porque el hecho de que los peritos hubieran concretado el avalúo a 3.000 castellanos de platino, no se oponía a que el Tribunal, si hubiera considerado como demostrado que la cantidad objeto del transporte era mayor, profiriera condena por el precio de ese total, tomando como base el mismo dictamen pericial, pues en éste se había señalado también el precio de cada castellano de platino, y era suficiente una simple operación aritmética de multiplicación para averiguarlo con certeza, y porque pronunciada la condena en los términos en que lo fue, la acusación para que fuera eficaz ha debido proponerse por error de hecho derivado de la falta de apreciación de las pruebas aludidas, alegándolo y demostrándolo a la vez, como lo manda el numeral 1º del artículo 520 del C. J., y el recurrente no lo ha propuesto así.

5ª No es constitutivo de error de derecho el que el sentenciador hubiera escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en este pleito, el practicado en la segunda instancia por estimar que tenía una fundamentación más aceptable, pues por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el juzgador tuviera necesariamente que acoger el de primera instancia por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los dos peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el artículo 718 del C. J. que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos "una vez en cada instancia" y se le otorgaría al silencio, asentimiento tácito o inactividad de los litigantes, la facultad de determinar el valor probatorio del peritazgo, conclusión ésta claramente inadmisible, pues sabido es que la doctrina de los expositores y la jurisprudencia de la Corte están conformes al sostener que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez, que es a quien en definitiva corresponde asignarle la fuerza probatoria del peritazgo.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo segundo

El Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba pericial referente al avalúo del platino, porque parte de la base de que los peritos de primera instancia, señores Caicedo y Cabrera, tuvieron solamente en cuenta el precio del mercado en New York y no el de Buenaventura; que por ese motivo le negó el valor probatorio al dictamen; que de éste aparece que los peritos hicieron tres apreciaciones: la del valor del platino a la cotización en Buenaventura; la del valor del mismo metal al precio de New York, y la del lucro cesante, o sea la utilidad futura que se hubiera podido obtener con el capital representado por el precio de venta en New York, y que de consiguiente el concepto del sentenciador no está acorde con lo que resulta del dictamen incurriendo por ello en manifiesto error de hecho, y quebrantando los artículos 472, 593, 601, 632, 697, 705 y 721 del Código Judicial; 1608, 1610 (ordinal 3º), 1613, 1614, 1615, 1757, 2070, 2073, 2077 del Código Civil; 306, 308 y 318 del Código de Comercio.

Se considera:

El cargo primero lo enderezó el recurrente a demostrar que el dictamen pericial de segunda instancia no reunía los requisitos legales necesarios para que pudiera otorgársele el valor de plena prueba y que el de primera instancia sí los llenaba y debía necesariamente ser estimado como plena prueba, para así echar abajo la primacía que el Tribunal le otorgó a aquél sobre éste, y lograr que el pleito se decidiera conforme al de primera instancia. Esos esfuerzos resultaron, conforme se ha visto, inútiles, porque el cargo no prosperó y la situación creada acerca de ese punto por la sentencia recurrida se mantiene en vigencia, ya que ninguno de los restantes cargos de la demanda de casación tienen relación con ese punto. Mediante el cargo que ahora se examina se pretende que la Corte, enmendándole la plana al Tribunal, le reconozca al dictamen de primera instancia el valor de plena prueba, para que a la vez profiera la condena siguiendo la pauta que traza ese dictamen; pero sin mayor esfuerzo se comprende la imposibilidad legal de hacerlo así, mientras subsista, como subsiste, sin invalidarse la situación de que ya se habló, creada por la sentencia recurrida.

De otro lado ni aun encontrando deficientes o equivocadas las consideraciones que llevaron al Tribunal a negarle el valor de plena prueba al

dictamen de primera instancia, la Corte podría llegar a reconocerle ese valor, por carecer de debida fundamentación, como se ve por las siguientes razones que someramente se enuncian:

a) Los peritos estimaron en $ 13.50 el valor de cada castellano de platino crudo en Buenaventura, el día 6 de agosto de 1936;

b) Esa estimación pugna con la verdad que plenamente establecen los autos, a saber: con los propios datos oficiales a que los peritos aluden, que señalan para el platino procedente de Condoto un valor de $ 5.00 para el castellano; con las declaraciones de Abraham Hanad, Elías Zaher, Ramón Arcila, Jesús Ma. Escobar, Gregorio Hurtado H., testigos que depusieron a solicitud del propio demandante y quienes afirman que el precio del platino era de $ 6.00 el día 6 de agosto de 1936, aunque a la vez reconocen que con posterioridad a esa fecha ese precio subió hasta $ 10.00 y $ 12.00; con los testimonios rendidos a petición del demandado por Mario Abadía, Gonzalo Mejía, Amín Meluk, Miguel Cardues, Bichya Meluk, Clodomiro Arias Vallejo y Ricardo Juri Mercado, quienes dicen que el precio de cada castellano de platino crudo era para esa época de $ 6.00 a $ 6.60;

c) El porteador está obligado a pagar las mercaderías perdidas, según el precio que tengan, en el día y lugar en que debió hacerse la restitución (artículo 308 del C. de Co.) y de todos los elementos de convicción en referencia se desprende que el platino procedente de Condoto tenía en Buenaventura, lugar en donde debía hacerse la restitución, un precio de $ 6.00 a $ 6.60 el castellano para el 6 de agosto de 1936, día en que correspondía efectuar la entrega;

d) A la luz de las pruebas del proceso es, pues, equivocado por exagerado el precio que los peritos dieron a cada castellano de platino, y de esos mismos vicios adolecen los cálculos restantes de su dictamen, desde luego que se basan exclusivamente en aquél.

Por lo expuesto no se admite el cargo.

Cargo tercero

Dice el recurrente que al resolver el Tribunal que en el caso de este pleito no podía haber condena por lucro cesante en lo que respecta a las ganancias que pudo hacer Mabardi vendiendo el platino en otro mercado distinto del de Buenaventura, por considerar que aquí se trata de un contrato de arrendamiento de servicios especializados y que el contrato de arrendamiento está exceptuado de la regla general que impone incluír en la indemnización el lucro cesante, quebrantó, por falta de aplicación, debiendo ser aplicados, los artículos 1608, 1610, 1613, 1614 y 2070 del C. C. y por aplicación indebida los artículos 1988 y 1991 ibídem.

En desarrollo del cargo sostiene, en síntesis, el recurrente que en materia de daños y perjuicios la norma general es que la indemnización sea integral, es decir, que debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, salvo que la ley por excepción la limite expresamente al primero; que el contrato de transporte sigue la regla general; que no habiéndose cumplido la obligación que asumió la Scadta, incurrió en mora y debe ser condenada conforme a dicha regla; y que los artículos 1988 y 1991 se refieren al arrendamiento de cosas, por lo cual no pueden aplicarse a casos no contemplados en ellos, como lo es el contrato de transporte.

La Sala considera:

En la parte resolutiva de la sentencia recurrida el Tribunal concretó su condena al pago del precio que tenía el platino en Buenaventura, el día en que debió hacerse la entrega, y en la motiva consideró que no podía "haber condena por lucro cesante en lo que respecta a las ganancias que pudo hacer el dueño del platino vendiéndolo en otro mercado que no fuere" aquél, porque aun cuando "en todos los contratos se cumple la regla general de deducir indemnización por lucro cesante, entre ellos se exceptúa el de arrendamiento, y como la obligación de indemnizar procede de un contrato de arrendamiento de servicios especializados, no podría hacerse distinción cuando la ley no la ha hecho".

La conclusión a que llegó el sentenciador en la parte resolutiva de su fallo, es jurídica, a juicio de esta Sala, aun cuando no lo son todas las razones que la motivaron. Este error no dará lugar a la casación de la sentencia sino a una rectificación por vía de doctrina, en atención a que, como se ha insinuado, la conclusión será en todo caso la misma.

Es regla general la de que toda indemnización de perjuicios comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, ya provenga ella de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retar-

ado su cumplimiento. De esa regla sólo se exceptúan los casos en que la ley expresamente limita la indemnización al daño emergente o la regula de manera diferente. Son casos de excepción, entre otros, los previstos en los artículos 988 y 1991 del C. C., relativos al arrendamiento de cosas; pero esas disposiciones de suyo excepcionales, no pueden, por lo mismo, tener aplicación para casos distintos de los en ellas contemplados, como sería, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de transporte, que es diferente de aquél, hasta el punto que ambos están regulados en capítulos separados del Título 26 del C. C. Por lo cual, al generalizar el Tribunal y al aplicar aquellas disposiciones al contrato de transporte que motiva este pleito, lo hizo indebidamente, e incurrió en su quebranto.

El Capítulo 10º del mencionado Título se ocupa en sentar algunos principios fundamentales del contrato de "arrendamiento de transporte", y en el artículo 2072, en su inciso segundo, se consagra la responsabilidad del acarreador por la destrucción o deterioro de la carga; pero como esa disposición ni ninguna otra del citado capítulo determinan el contenido o el alcance de la respectiva obligación indemnizatoria, precisa examinar si entre las correspondientes del Código de Comercio, que al tenor del artículo 2078 del C. C. deben ser aplicadas preferentemente para regular las relaciones emanadas del contrato de transporte, se encuentran algunas que sí lo determinen, pues sólo en ausencia de ellas habría que acudir a las reglas del derecho común para fijar el monto de la indemnización.

Y el punto está previsto con toda claridad en el artículo 308, que dice: "En caso de pérdida, el portador pagará las mercaderías al precio que tengan, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución. La estimación se hará sujetándose estrictamente a las indicaciones de la carta de porte".

Y no sólo para el caso de pérdida sino también para los de avería o deterioro total o parcial de las mercancías ha sido previsivo el Código, pues en el artículo 309 se dan reglas precisas para determinar el monto de la reparación que debe el porteador en uno o en otro evento, sujetándola siempre al precio que tuvieren las mercancías averiadas en el lugar y día de la restitución.

De modo, pues, que cuando se trata de pérdida de las mercaderías, que es el caso contemplado en este pleito, la obligación indemnizatoria del transportador la concreta expresamente la ley al pago del precio que aquéllas tuvieren, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, prescindiendo con esa regla fija y clara, del principio general del derecho civil que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante y de toda la serie de complejos problemas que de ordinario suscita el definir ante los hechos hasta dónde llegan el uno y el otro.

En este pleito tuvo debido acatamiento el precepto contenido en el artículo 308 citado, pues las mercancías perdidas debían ser restituídas por la Scadta al cargador en Buenaventura, el día 6 de agosto de 1936; se avaluaron por peritos, al precio que tenían en aquel lugar y el expresado día, y se condenó al porteador a pagar el precio en esa forma señalado.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Cargo cuarto

El Tribunal violó directamente los artículos 2341, 2342 y 2347 del C. por haber dejado de aplicarlos, siendo pertinentes en cuanto concierne a la pérdida del platino, porque consideró la responsabilidad de la Sociedad demandada desde el punto de vista contractual exclusivamente, siendo así que, tratándose de un accidente, la responsabilidad de la empresa transportadora es mixta, o sea contractual y extracontractual, y, en tal virtud, el Tribunal ha debido tener en cuenta también las disposiciones del Título 34 del C. C., para determinar la indemnización correspondiente, que en todo caso es plena, ya que las citadas disposiciones se refieren a ella sin limitación alguna.

Se considera:

La acción que se ha propuesto en este juicio se deriva del contrato de transporte celebrado entre la Scadta y Wasfi Mabardi para conducir a éste junto con una remesa de platino de Andagoya a Buenaventura y la responsabilidad se hace depender de que la empresa demandada no cumplió con las obligaciones que a su cargo se derivan de dicho contrato, porque —como se afirma en el hecho vigésimo segundo— "no empleó toda la diligencia y el cuidado debidos para que ese transporte del señor Wasfi Mabardi y de su precitada cantidad de platino se realizaran feliz y seguramente a bordo del hidroavión "Córdoba", lo que equivale a decir que la Scadta no cumplió esas

obligaciones ni antes ni después del accidente del mencionado hidroavión." El Tribunal estudió la cuestión debatida desde el punto de vista exclusivamente contractual y el recurrente sostiene que también debió considerarla a la luz de las disposiciones del Código Civil que gobiernan la responsabilidad extracontractual.

En varias ocasiones se ha ocupado la Corte del interesante tema que plantea la demanda de casación, y al respecto pueden citarse entre otras las sentencias de 1º de diciembre de 1938 (G. J. Tomo XLVII, pág. 454), 25 de febrero de 1942 (G. J. número 1983, páginas 85 y 86), y 15 de mayo de 1946 (G. J. números 2032 y 2033, Tomo LX, páginas 436 y 437), y en todas ellas la Sala ha condenado por inaceptable la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica. Así, en el primero de los citados fallos se dijo lo siguiente:

"Con la cita del artículo 63 del Código Civil, que define y clasifica la culpa civil, disposición referente por sus características propias a la culpa contractual, lo mismo que el artículo 1613, citado también como infringido, parece que el recurrente considera que es culpa contractual la que le imputa al demandado; pero al propio tiempo parece hacer alusión a la culpa extracontractual al citar como quebrantadas por el Tribunal las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del Código citado, que gobiernan la responsabilidad común por los delitos y las culpas. En esta forma, fuera de la inconducencia del cargo como cuestión de responsabilidad por culpa, se involucra de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independiente de todo arrimo contractual, pueden constituír asimismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio. En casos como el de autos, en que el hecho que se señala como raíz de la responsabilidad, en el supuesto de que el pedimento de indemnización de perjuicios fuera procedente, no puede considerarse sino como inseparablemente vinculado a un contrato, resulta evidentemente fuera de lugar cualquier esfuerzo encaminado a sacar el punto de la responsabilidad del plano contractual para llevarlo impertinentemente al campo de la responsabilidad por los delitos y las culpas, que es la enfocada por los artículos 2341 y 2356 del Código Civil".

Y la sentencia de 15 de mayo citada no fue menos explícita. Allí, con ocasión de un cargo análogo al que ahora se considera, propuesto también por el mismo recurrente, se expresaron los siguientes conceptos:

"El recurrente defiende el planteamiento de las dos acciones en la demanda, diciendo que la responsabilidad de los conductores está considerada como mixta, es decir **ex contractu** y **ex lege**. El conductor, al propio tiempo que está obligado al cumplimiento del contrato de transporte, tiene la obligación legal de velar por la seguridad de los viajeros. De manera que desde ese punto de vista responde de dos obligaciones. Tiene, pues, a su cargo una doble responsabilidad con origen en dos fuentes distintas: el contrato y la ley. En ausencia de culpa contractual la ley protege a la víctima erigiendo la culpa extracontractual. En apoyo de la tesis de la acumulación de responsabilidades cita al italiano Giorgi y a los francese Planiol y Ripert".

"Es verdad que hay autores que parecen defender la tesis de la acumulación de responsabilidades, o mejor opción, en el sentido de que la víctima puede invocar bien el contrato o ya la ley según mejor convenga al fin perseguido de obtener la reparación. Mas en cambio otros que son mayoría y la jurisprudencia rechazan esa clase de acciones mixtas. Y con razón. Porque de aceptarse la teoría en la forma absoluta con que algunos la propugnan se derrumbaría toda la estructura de la culpa contractual. Esta noción desaparecería, puesto que siempre que se adujera una responsabilidad por incumplimiento de lo pactado, debido a culpa del deudor, como toda culpa es contraria a la ley surgiría siempre configurada la responsabilidad fuera del contrato, fundada en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil...".

Autorizar al acreedor para que prescindiendo

del contrato acuda a la responsabilidad delictual, es tanto como negarle fuerza obligatoria a la convención, colocando al deudor en situación de manifiesta desigualdad frente a la contraparte.

"Empero ello no quiere decir que, a semejanza del caso que propone Savatier, por la circunstancia de que exista contrato se descarta la consideración de hechos sancionados directamente por la ley por entrañar culpa extra contrato, cuando esos hechos tienen realización fuera de la órbita de la convención pero con ocasión de ella. Podría citarse como caso típico el del deudor que golpea al acreedor en el curso de una discusión sobre la existencia del crédito; la del conductor del vehículo que hiere al viajero que transporta con el fin de robarlo, etc."

El caso que plantea la demanda del recurrente, por pérdida de la remesa de platino ocasionada por el siniestro aéreo del hidroavión "Córdoba", en que era conducido de Andagoya a Buenaventura, en virtud del respectivo contrato de transporte, es meramente de culpa contractual por incumplimiento de las obligaciones de la empresa transportadora que omitió poner toda la diligencia y cuidado requeridos tendientes a garantizar la seguridad del viaje, por lo cual, con apoyo en las razones que quedan reproducidas, debe declararse que el cargo que se examina es inadmisible.

Cargo quinto

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación del dictamen pericial rendido en la primera instancia por los peritos Evaristo Sourdis y Rafael Angel Donado, en que avaluaron los perjuicios provenientes de la muerte del señor Wasfi Mabardi en la suma de $ 112.000.00, pues afirma que "siendo el dictamen de los peritos uniforme, explicado y debidamente fundado, como lo es, constituye plena prueba (artículo 721 del C. J.) y el Tribunal no podía desecharlo, a menos que se hubiese comprobado **error grave** o alguna otra de las objeciones señaladas en la ley (art. 720 del C. J.)".

En el desarrollo del cargo combate las razones en que se apoyó el Tribunal para no acoger y negarle valor probatorio al experticio, y dice en síntesis que la primera de ellas, es equivocada principalmente porque el Tribunal incurrió en confusión respecto a la naturaleza de la acción ejercitada, porque ésta no ha sido incoada en nombre propio sino por el demandante en calidad de cesionario de los herederos de la víctima y en nombre de ésta, por lo cual lo que debía tenerse en cuenta para avaluar los perjuicios era la vida probable de la víctima y no la de los herederos; que la segunda de esas razones es igualmente equivocada, porque vuelve a la tesis de que la indemnización debe tomar por base la vida probable del reclamante y porque confunde la indemnización unitaria y de presente con la indemnización en forma de renta y porque en el caso de autos los peritos estimaron los perjuicios sobre la base de aquélla; y que la tercera razón también es equivocada, porque los perjuicios avaluados por los peritos son los materiales y los morales objetivados, muy claramente demostrados en el juicio y cuya prueba se tuvo en cuenta en el dictamen y porque la tesis de la cesibilidad de esos perjuicios es indiscutible.

Agrega que "como consecuencia de ese error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, el Tribunal violó los artículos 472, 593, 601, 632, 697, 705 y 721 del Código Judicial; 1608, 1610 (ordinal 3º), 1613, 1614, 1615, 1757, 2070, 2072, 2073 y 2077 del Código Civil y 306, 308 y 318 del Código de Comercio".

Se considera:

El sentenciador condenó a la empresa demandada a pagarle al recurrente los perjuicios materiales ocasionados con motivo del accidente en que perdió la vida Wasfi Mabardi, y dispuso que para fijar su monto se procediera con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial, por estimar que los dictámenes periciales que con ese fin se produjeron en las instancias carecían del valor de plena prueba. Refiriéndose al practicado con intervención de los peritos señores Evaristo Sourdis y Rafael Angel Donado para avaluar los perjuicios materiales y morales que se demandan como sufridos por Mabardi con ocasión de su muerte, dijo lo siguiente:

"Los peritos doctores Evaristo Sourdis y Rafael Angel Donado los señalaron en **ciento doce mil pesos** ($ 112.000.00) moneda legal, y para ello tuvieron en cuenta, para sus cálculos, el capital movilizado por Mabardi en los dos años anteriores, siguiéndose por los embarques de platino hechos por la víctima en los aviones de la Scadta por no tener como ellos lo dicen, otro elemento más preciso, como el denuncio de la renta, por ejemplo. No tuvieron los peritos en cuenta para hacer ese avalúo la vida restante de los que iban

a ser indemnizados por ese concepto, que lo son los herederos de Mabardi, representados por el cesionario Cajale, sino la de la víctima, presumida en dieciseis años más de existencia sobre los treinta y cuatro que contaba cuando pereció en el accidente del avión "Córdoba." Tampoco tuvieron en cuenta que se trata de una indemnización sucesiva de determinada cuota anual que, por concepto de garantía para el indemnizado, se le exige anticipadamente a la indemnizante; y por no tener en cuenta esos conceptos que evitarían un enriquecimiento sin causa de parte del indemnizado con perjuicio manifiesto de la entidad demandada, el Tribunal no acoge el experticio, dejando el avalúo de esos perjuicios para que se determine o fije en juicio aparte a tenor del artículo 553 del Código Judicial, teniendo en consideración que perjuicios morales el demandado no puede reclamar por no ser materia de la cesión que le hicieron los herederos de Mabardi desde luego que no son comerciales esos perjuicios morales, y, además, por no haber sido demostrados como objetivos, ya que los subjetivos ni tienen precio ni son cesibles.

"También el experticio comprende los perjuicios materiales y morales que en otro caso pudiera ser aceptable, no en el presente por la razón ya dicha de que los perjuicios morales no objetivados no pueden ser materia de venta ni de cesión, y ésta es otra razón que agrega el Tribunal para no acogerlo".

El recurrente considera que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación del referido dictamen pericial, porque afirma que siendo uniforme, explicado y debidamente fundamentado, constituía plena prueba, y no podía ser desechado sino en el caso de que se hubiere propuesto y comprobado alguna de las objeciones de que habla el artículo 720 del C. J.

A juicio de la Sala el cargo es improcedente. Ya se dijo al finalizar el estudio del cargo primero que las circunstancias de que el dictamen sea uniforme, aparezca fundamentado y no haya sido objetado, no le confiere necesaria u obligatoriamente la calidad de plena prueba, porque al silencio, asentimiento tácito o inactividad de las partes no puede otorgársele la facultad de conferirle al experticio esa calidad, suplantando así al Juez en la función que exclusivamente le corresponde, de esclarecer si en verdad él es uniforme y está debidamente fundamentado, para reconocerle o no el valor de plena prueba.

En numerosas decisiones de esta Sala se ha sentado la jurisprudencia de que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez, que es a quien en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo, pues no es éste un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones. En sentencia de casación de 9 de mayo de 1938, se dijo:

"En los artículos 721 y 722 del Código Judicial no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté **debidamente fundamentado.** En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse 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 la fuerza probatoria al dictamen de los peritos." (G. J. número 1935, página 422).

En la de 30 de abril de 1942 se sostuvo:

"El dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado, y esta es condición que aprecia libremente el juzgador y que el superior no puede variar sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o manifiesto en los autos." (G. J. número 1984, página 391).

Muchas otras sentencias anteriores y posteriores a las citadas, podrían traerse a cuento para comprobar que en los apartes transcritos se contiene una jurisprudencia que ha sido tradicional en la Corte.

Por consiguiente, si es atribución exclusiva del sentenciador de instancia analizar la prueba pericial y determinar a la luz de las razones que exponga si éste está o no debidamente fundamentado, para reconocerle o negarle, según que encuentre lo uno o lo otro, el valor de plena prueba, es incuestionable que en casación resulta im-

pertinente atacar esa apreciación probatoria si no es para demostrar que el sentenciador incurrió en ella en un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.

Y como el cargo en estudio viene propuesto por error de derecho en la apreciación del dictamen pericial, error que por lo dicho no ha podido producirse, es notoria su improcedencia.

Cargo sexto

Alégase que la sentencia de primera instancia condenó a la Sociedad demandada al pago de las costas y costos del presente juicio y que el Tribunal, sin aducir razón alguna al respecto, la relevó de esa condena. Sobre este particular dice en suma el recurrente que las costas en los juicios en que se persigue el pago de una indemnización por perjuicios, bien provengan éstos de una obligación contractual o extracontractual, son parte integrante de aquélla, sin que pueda considerarse el pago como desligado de la causa que genera el resarcimiento del daño. De allí que, en caso de heridas o de muerte, por ejemplo, el que causó el daño, está obligado a pagar los gastos de medicinas, médico, hospitalización, etc., o de entierro, funerales, etc., porque tales desembolsos son causados por el daño y deben hacer parte del monto de la indemnización.

Finalmente afirma el recurrente que al eximir a la parte demandada del pago de las costas procesales, el Tribunal violó directamente, por haber dejado de aplicarlos, siendo pertinentes, los artículos 575 del C. J., 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1629 del C. C.

Se considera:

Los gastos que de ordinario origina el sostenimiento de un pleito, tales como los de abogado, papel sellado, peritos, intérpretes, etc., constituyen lo que se denomina costas del proceso; deben ser computados en toda liquidación, y pagados por la parte a quien ellas se imponen, por contemplarse alguno de los casos previstos en la ley procedimental. (Artículos 575 y 578 del C. J.).

Según el sistema del Código la condena en costas no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición, y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio, en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación.

Ahora, cuando no se trata de costas judiciales, o sea de gastos ocasionados directamente por el sostenimiento del pleito, sino de erogaciones sufragadas como consecuencia directa e inmediata del hecho dañoso, tales como los de médico, medicina, hospitalización, en el caso de heridas, y los de entierro, funerales, etc., en el caso de muerte, para considerar apenas los ejemplos que pone el recurrente, ya esas erogaciones sí forman parte del perjuicio o lesión patrimonial causados por el hecho dañoso, y deben ser reparadas por el autor de éste. Pero en esos casos la reparación no se debe por concepto de costas en el sostenimiento del pleito, sino por el de perjuicios motivados directamente por razón del hecho que ha causado el daño.

Y como el cargo se propone porque el Tribunal no condenó a la parte demandada al pago de las costas procesales, en fuerza de las consideraciones enunciadas debe concluírse que aquél es inadmisible.

Causal segunda

Finalmente se acusa la sentencia recurrida por incongruente, porque el Tribunal se abstuvo de considerar y de fallar la petición d) de la demanda sobre pago de las utilidades que hubiera podido obtener Mabardi con el empleo y manejo de la suma proveniente de la venta del platino en New York, pues dice el recurrente que la consideración que se hizo en la sentencia sobre que no procedía condenación por lucro cesante se refiere a la petición c), o sea a la relativa a la utilidad que hubiera podido derivarse de la venta del platino en New York, y que, por lo tanto, dejó de fallarse sobre una de las cuestiones o pretensiones oportunamente deducidas por el demandante.

Se considera:

Aparentemente la acusación se justifica, pero en el fondo no, porque el Tribunal para no con-

denar a la petición sobre lucro cesante sostuvo que la indemnización por concepto de la pérdida del platino no podía consistir "sino en el precio de ese metal en el lugar de su destino" y esa negativa cubre no sólo la prestación contenida en la letra c) sino también la de la letra d), que también es un lucro cesante; de tal manera que al concretar el Tribunal la condena a los puntos 1º y 2º de la parte resolutiva de la sentencia, debe entenderse que absolvió al demandado de las demás peticiones de la demanda.

Además, si así no pudieren entenderse las cosas, entonces también debería desecharse la causal alegada, porque siendo ya conocido que el monto de la indemnización debe concretarse o limitarse en este caso especial al precio que tenía el platino en Buenaventura, en el día en que debió hacerse la restitución, su prosperidad llevaría a la Corte a absolver al demandado sobre el punto en cuestión, agravando así la situación que al recurrente le ha creado la sentencia, y a esa solución no es posible llegar en atención a lo dispuesto en la primera parte del artículo 494 del C. Judicial.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

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 de fecha diez de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el presente negocio.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen, en su oportunidad.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez — Hernán Salamanca. Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

ACCION SOBRE ENTREGA DE UNOS BIENES RAICES

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que la índole y fin propios del recurso de casación lo despojan radicalmente de todo carácter de instancia, ya que él constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, mediante el cual se confronta la sentencia recurrida con la ley para considerar, no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decididas en aquélla, sino de las que contienen las acusaciones o cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso plantea concretamente contra la sentencia el recurrente en su demanda, que es la que traza y circunscribe la pauta para el estudio que debe hacerse en casación, hasta el punto que resulta legalmente imposible decidirse un recurso por una causal no invocada ni variarse un motivo por otro.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juzgado 3º del Circuito de Manizales Jesús A. López V. propuso demanda ordinaria contra Gustavo Mejía A. para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que el demandado señor Gustavo Mejía A. está en la obligación de entregar a mi poderdante señor Jesús A. López V., dentro del término legal, libres de embargos y limitaciones de dominio, los tres lotes de terreno que se dejan alinderados bajo el numeral sexto de los hechos fundamentales de esta demanda;

"2ª Que el demandado Gustavo Mejía A. debe pagar a mi poderdante Jesús A. López V. el valor de los frutos naturales y civiles que López V. hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, de haber estado en su poder los lotes de terreno cuya entrega se solicita del demandado, desde el día cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y uno hasta el día que se verifique la entrega de esos lotes;

"3ª Que el demandado Gustavo Mejía A. está en la obligación de pagar a mi poderdante Jesús A. López V. el valor de los perjuicios sufridos por éste, por no habérsele entregado en el acto del contrato los lotes de terreno que quedan descritos bajo el numeral sexto de los hechos fundamentales de esta demanda, perjuicios que se justipreciarán en este juicio o en otro separado, y

"4ª Que el demandado Gustavo Mejía A. debe pagar las costas de este juicio".

Sirvieron de base a esa demanda los siguientes hechos que se resumen: Que por Escritura Pública número 447 de 4 de abril de 1941, de la Notaría 2ª del Circuito de Manizales, Mejía A. dio en venta a López V. el predio rural denominado "El Silencio", situado en jurisdicción del Municipio de Apía, por los linderos que en ese instrumento se determinan; que de esa finca hace parte el lote nombrado "El Convenio", cuya alinderación allí se describe; que el vendedor declaró que no había enajenado a ninguna otra persona el dominio del inmueble y se comprometió expresamente al saneamiento; que dentro de los linderos generales por los cuales adquirió Mejía el predio "El Silencio" y lo vendió a López V., están comprendidos tres lotes de terreno, los que el actor precisa por su situación y linderos en el hecho 6º de la demanda; que el primero de esos lotes había sido vendido por Manuel Tiberio Ospina a Claudio Marín, y los dos restantes por Mejía A. a Jesús M. Sánchez y Claudio Marín, según consta en las escrituras que a la demanda acompaña, con anterioridad a la venta que de "El Silencio" se le hizo a López V.; que éste no ha podido entrar en posesión material de esos tres lotes aludidos porque están poseídos por terceros, quienes no se han allanado a entregarlos; que dichos lotes están comprendidos dentro de lo comprado a Mejía, quien no se los ha entregado, no obstante los requerimientos que al respecto le ha hecho, y que el actor ha cumplido la integridad de las obligaciones que le resultan de la Escritura número 447.

El demandado se opuso a las pretensiones del demandante y alegó entre otras excepciones la de prescripción de la acción, con fundamento en que el inmueble vendido había sido entregado al comprador, a su satisfacción, desde antes del otorgamiento de la Escritura número 447, según así consta en ésta.

El Juzgado del conocimiento decidió el pleito en sentencia de 7 de junio de 1945, absolviendo al demandado de los cargos de la demanda.

Y el Tribunal Superior de Manizales, a quien correspondió conocer del negocio por recurso de apelación concedido al demandante, confirmó la sentencia apelada en la de 10 de agosto de 1946.

El fundamento principal de esa providencia descansa en las siguientes consideraciones que se resumen:

Que el vendedor tiene, conforme a los artículos 1880, 1882 y 1884 del Código Civil, el deber de entregar todo lo que reza el contrato, haciendo la tradición en forma legal y material de la cosa vendida; que cuando a esa obligación se falta, el comprador puede, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho a ser indemnizado conforme a las normas generales;

Que la acción de este pleito la ha fundado el demandante en las citadas disposiciones; pero que como aquí resulta que del predio rústico vendido se le ha hecho entrega material al comprador, quien está en posesión de él, con la sola excepción de una parte, sobre las reglas generales contenidas en aquellos artículos tienen aplicación preferencial las especiales de los artículos 1888, 1889 y 1890 ibídem;

Que con la prueba correspondiente se encuentra plenamente establecido en el expediente que los tres lotes a que se refiere la demanda pertenecen en propiedad a personas distintas del demandado, por lo cual éste se encuentra en imposibilidad de entregarlos, desde luego que no perteneciéndoles no pueden entregar lo que no es suyo, de donde deduce que la acción de entrega ejercitada no es, por ello, procedente, pues el actor sólo tendría derecho a que en tal caso se le disminuya el precio proporcionalmente a la parte no entregada, o a desistir del contrato si el precio de lo no entregado fuere mayor de la décima parte del precio total del fundo. Que esto se desprende de lo dispuesto en los artículos 1888 y 1889 del C. C.

Que estas acciones expiran, de acuerdo con el artículo 1890 del C. C., al cabo de un año contado desde la entrega.

Que no es pertinente la acción incoada por el demandante con fundamento en el artículo 1882 ibídem, y que aun cuando no ha sido ejercitada esa acción con base en lo dispuesto en el artículo 1889, la que este texto consagra no podría ser viable por haber expirado el plazo dentro del cual debió ejercerse.

De allí concluyó que no se podía acceder a la petición primera de la demanda, y que las demás tampoco podían prosperar por proponerse como consecuenciales de aquélla.

Al actor se le concedió recurso de casación, el que tramitado debidamente se procede a decidir.

Invocando la causal primera del artículo 520 del C. J., dice el recurrente que el Tribunal en las anotadas consideraciones de su sentencia "se lleva de calle disposiciones terminantes de nuestro estatuto civil, que consagra entre otras figuras jurídicas la validez de la venta de cosa ajena, consagrada en el artículo 1871 del C. C., con la cual no se hace imposible la entrega de una cosa vendida o enajenada con anterioridad"; que el artículo 1880 del C. C. significa que la obligación de entregar la cosa vendida ha de tener en su cumplimiento dos efectos necesarios, transmitir la propiedad al comprador, esto es, el derecho de tener y poseer la cosa a título de dueño y transferir la posesión no solamente cívica sino física, excenta (sic) de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros"; que con la sola inscripción del título de la compraventa de una finca raíz, no queda cumplida la obligación del vendedor de hacer entrega material de la finca vendida; que por esas consideraciones y otras muchas que hará valer al tiempo de alegar de conclusión si este recurso prospera, afirma que el Tribunal "no interpretó debidamente lo dispuesto por el artículo 1882 en concordancia con el 1888 y 1884 del C. C. y no hizo consideración ninguna de las pruebas que para corroborar sus pretensiones adujo el recurrente".

Se contesta:

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que la índole y finalidad propias del recurso de casación lo despojan radicalmente de todo carácter de instancia, ya que él constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, mediante el cual se confronta la sentencia recurrida con la ley, para considerar, no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decidi-

das en aquélla, sino de las que contienen las acusaciones o cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso plantea concretamente contra la sentencia el recurrente en su demanda, que es la que traza y circunscribe la pauta para el estudio que debe hacerse en casación, hasta el punto que resulta legalmente imposible decidirse un recurso por una causal no invocada ni variarse un motivo por otro. De allí que en el presente caso haya de seguirse ese criterio, circunscribiendo el análisis de la sentencia recurrida a los puntos o temas que comprende la demanda de casación.

Alega el recurrente en primer término que el Tribunal quebrantó el artículo 1871 del Código Civil, que consagra la validez de la venta de cosa ajena; pero para destacar la ineficacia de la acusación, es suficiente observar que la doctrina que consagra la citada disposición no ha sido desconocida en forma alguna por el sentenciador, el que para fundamentar su decisión no ha tomado en consideración lo que esa norma preceptúa, ni tenía tampoco el deber de aplicarla, porque el caso de este pleito está claramente gobernado por otros textos legales que sí han servido de fundamentación a la sentencia.

Afirma también el recurrente que el Tribunal no interpretó debidamente lo dispuesto por el artículo 1882 en concordancia con el 1880 y el 1884 del C. C., y esta acusación es igualmente infundada y gratuita, desde luego que el sentenciador con reproducción casi textual de lo que esos textos disponen ha sostenido que el vendedor sí está obligado a entregar lo que reza el contrato (artículo 1884); que aquél tiene a su cargo el deber de hacer entrega o tradición legal y material de la cosa vendida y de recurrir al saneamiento (artículo 1880), y que a falta de esa entrega, puede el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales (artículo 1882).

Lo que aquí ocurre es que el sentenciador, sin desconocer los principios que entrañan las mencionadas disposiciones, ha sostenido que la acción que en este pleito ha propuesto el recurrente es la que consagran esos artículos, la cual sólo estima procedente cuando el vendedor no ha hecho entrega del predio vendido; pero no, cuando esa entrega se ha efectuado y lo entregado no comprende todo lo vendido, pues considera que este caso es de excepción y está gobernado preferencialmente por lo dispuesto en los artículos 1888, 1889 y 1890 del C. C. Añade que aunque la acción ejercitada en la demanda no es la que establecen las tres disposiciones que acaban de citarse, de haberlo sido, ella tampoco podría prosperar por la imposibilidad en que se encuentra el vendedor de hacer entrega de la parte que falta del predio vendido y porque habría expirado ya el término legal dentro del cual ha debido proponerse conforme al artículo 1890.

Estas conclusiones del sentenciador no han sido atacadas en casación, y como ellas constituyen los reales fundamentos de la sentencia recurrida, que la Sala, por lo dicho al principio de este fallo, no puede entrar a examinar oficiosamente, la improcedencia e ineficacia del recurso propuesto resultan manifiestas.

Por 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, NO CASA la sentencia de diez (10) de agosto de 1946, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el presente negocio.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen, en su oportunidad.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE RECOBRO. — TECNICA DE CASACION

1.—Siempre es la violación de la ley sustantiva el motivo por el cual procede el recurso de casación dentro del numeral 1º del artículo 520 del C. J., y cuando esta violación se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. El error probatorio, aun demostrado, no es por sí solo motivo de casación. Es necesario que haya conducido a la violación de la ley sustantiva, detallada y citada en sus textos precisos como lo ordena el artículo 531 del C. J. y que el cargo incida sobre la parte resolutiva de la sentencia. Dentro de las normas legales que estructuran formal y técnicamente este recurso extraordinario no basta su admisión por la Corte para que la sentencia recurrida quede sometida al libre examen y decisión en todas sus cuestiones. Es indispensable, además, que la demanda fundamental del recurso, elaborada con sujeción al formulismo legalmente obligatorio, proponga, a base de cargos adecuadamente formulados dentro de las causales conducentes, las acusaciones razonadas contra la sentencia que a la vez que dan los temas de estudio, los limitan. Las anomalías técnicas en la formulación del recurso son cosa sustancial porque afectan el poder de decisión de la Corte. Las demandas viciosas, que la Corte encuentra en alto porcentaje de sus negocios, restan interés doctrinario a sus decisiones porque en presencia de ellas tiene que limitarse a anotar las fallas de técnica que en forma irremediable le cierran el paso a la consideración y fallo de las cuestiones de fondo.

2.—El artículo 739 del Código Civil consagra la regla general de que el dueño del terreno en que otra persona hubiere edificado, plantado o sembrado, puede siempre hacer suyas las construcciones o plantaciones, pero dentro de distintas condiciones de adquisición según los dos casos allí contemplados, esto es, según que se edifique, plante o siembre sin consentimiento del dueño, o que estas operaciones se realicen a ciencia y paciencia del propietario del terreno. En el primero, consagra la ley el derecho opcional para el dueño para hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título 12 del libro 2º del C. C., u obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta e indemnizarle de los perjuicios. Se explica y justifica, como lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, que para el caso de que el dueño del terreno en que otro ha plantado o edificado sin su consentimiento, quiera que se le restituya, tengan plena aplicación, en materia de frutos y mejoras, comprendiendo en éstas las sementeras y edificios, las reglas contenidas en el capítulo sobre prestaciones mutuas en la reivindicación, porque es natural presumir que para que el caso ocurra es necesario que el que edifica o planta esté en posesión del terreno, pues si no es poseedor lo presumible es que esas mejoras se hagan con el consentimiento del propietario del terreno. En tal ocurrencia tienen aplicación las reglas de los artículos 961 y siguientes que determinan las prestaciones mutuas en la acción de dominio, y el poseedor que edifica o planta puede ser de buena o de mala fe.

Si el dueño del terreno tuvo conocimiento de lo que hacía el propietario de los materiales por haberse edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia suyas, entonces como el dueño territorial ha manifestado tácitamente su consentimiento incondicional puesto que no ha opuesto ninguna resistencia ni observación a los trabajos en su propiedad, la ley le impone la

obligación de que para recobrar el terreno tenga que pagar el valor del edificio, plantación o sementera. No se trata en este caso, como lo ha dicho la Corte, de una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él y el edificador o plantador no le disputa a ese propietario su derecho de dominio. La acción en este caso es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si se quiere simple tenedor de la misma, sea obligado a restituírla después de que se le pague el valor de las mejoras sin necesidad de averiguar la calidad jurídica de su fe. Los expositores de derecho no ven en esta ocurrencia un fenómeno de accesión, sino más bien de tradición porque la adquisición se hace por el consentimiento de las partes. Las reglas del título 12 del libro 2º del C. C. no operan, por regla general, sino en relación con los poseedores propiamente dichos, que son el sujeto pasivo indispensable en la acción reivindicatoria y sólo excepcionalmente, por virtud del artículo 971 del C. C., contra el "que poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales, en libelo de fecha 28 de junio de 1941, Alfonso y Mariano Zuluaga propusieron "demanda ordinaria reivindicatoria, o, mejor, demanda de recobro" contra su hermano Antonio J. Zuluaga, para que se declare que son dueños, poseedores inscritos y tienen mejor derecho que el demandado a la posesión material de una finca ubicada en el paraje de Aguabonita, del Municipio de Manizales, cuyos linderos se expresan, y que, en consecuencia, el demandado está en la obligación de restituírla con todos sus anexos, casas y sementeras existentes y sus frutos naturales y civiles desde que la tienen en su poder hasta cuando la entregue, y a pagar las costas del juicio.

Se funda esta acción, según se lee en la demanda, en que "desde hace unos diez años el señor Zuluaga trabajaba como administrador de los terrenos delimitados; que esos terrenos tienen sementeras de café, plátano, yuca, maíz, potrero de pasto artificial y natural, casas de habitación, etc., y otros anexos que pertenecen a la finca y a nosotros como sus exclusivos dueños; que el citado señor Zuluaga durante el lapso de tiempo que lleva poseyendo materialmente la finca ha venido disfrutando de todos sus productos", sin rendir cuentas, y que se han visto obligados los demandantes a intentar esta acción porque necesitan urgentemente la entrega de la finca para verificar operaciones que tiene obstaculizadas el demandado con su renuencia a desocuparla.

El demandado en su contestación acepta que los demandantes son dueños del terreno que reclaman, y explica que ocupó el fundo expresado con el asentimiento y voluntad de sus dueños que le instaron para que lo ocupara y trabajara a fin de salvarlo de la improductividad, abandono y desvalorización en que se hallaba en sus manos; que no lo hizo como administrador, sino como cultivador o colono, para hacer suyas las mejoras y sus frutos, que le pertenecen exclusivamente como debidas a su trabajo y expensas. Manifiesta el demandado que ha estado y está listo a la entrega o devolución de la finca pero mediante el completo pago de sus mejoras, "ya que es injusto e irritante que después de diez años de trabajo asiduo y tesonero, por el cual ha logrado la rehabilitación económica del fundo y la valorización y productividad del mismo, no venga a obtener sino una salida ignominiosa, sin compensación por la energía y la vida que, convertida en riqueza y mejora del fundo, ha incorporado a éste, con la perspectiva de un patrimonio con qué amparar su ancianidad y el porvenir de sus hijos.

El demandado, a su turno, contrademandó a Alfonso y Mariano Zuluagas para que se declare que las mejoras que enumera y discrimina en el hecho cuarto de su contrademanda son de su exclusiva propiedad, cuyo valor, apreciado en $ 10.000, lo mismo que las expensas necesarias para la conservación del fundo, deben serle pagadas por sus demandantes para poder recuperar su finca, la cual puede retener mientras no sea cabalmente indemnizado.

Desenvuelta la litis sobre estas bases, el Juzgado del Circuito, en sentencia del 13 de noviembre de 1942, entendiendo la acción instaurada como la de recobro en el segundo caso del artículo 739 del C. C., condenó al demandado a res-

tituír a los actores la finca de Aguabonita y a los demandantes a pagar al demandado, por razón de mejoras y expensas, la suma de $ 706.12 y $ 1.329.62, respectivamente, pudiendo el demandado retener el inmueble hasta su pago. Se declaró, además, que el demandado no está obligado a pagar frutos. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes dio lugar a la segunda instancia que se surtió en el Tribunal Superior de Manizales y que terminó con la sentencia de 26 de septiembre de 1945, que reformó la recurrida así: "El valor de las mejoras que debe reconocerse al demandado, es por la suma de $ 1.671 moneda legal, la cual pagarán los demandantes. El demandado debe cubrir a la parte demandante el valor de los frutos naturales que produjo el cafetal viejo durante el tiempo de su ocupación, y el valor de los frutos de las demás mejoras existentes en la época en que empezó dicha ocupación, como también deberá pagar el demandado el valor de la contribución del suelo a producir los frutos de los lotes de terreno, a partir de la contestación de la demanda, deducida la proporción de los gastos ordinarios invertidos en su producción. Todo esto se liquidará mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J. Sin costas".

Consideró el Tribunal, después de estudiar la demanda y su respuesta y las pruebas aducidas al juicio, que la acción que se ha ejercitado en este caso no es la reivindicatoria o de dominio, en que se discute el derecho de propiedad, sino la acción de recobro que establece el artículo 739 del C. C. correspondiente al tratado de la accesión de las cosas muebles a inmuebles. No hay duda para el sentenciador de que las mejoras, cuyo valor estima, con base en la prueba pericial, en la suma de $ 1.671, fueron hechas por Antonio J. Zuluaga con su trabajo personal y a sus propias expensas y que la ocupación de la finca de que se trata no fue hecha por él contra la voluntad de los demandantes sino con su aquiescencia y que los trabajos que realizó en ella, sembrando y edificando, lo fueron a ciencia y paciencia de los dueños del terreno. Los extremos en materia de frutos los funda el Tribunal en que "tanto en el juicio de reivindicación como en el de recobro, el capítulo sobre prestaciones mutuas que consagra el código civil, débese tener en cuenta al dictar el fallo, ya que ellas no son más que una consecuencia de las obligaciones recíprocas de las partes, en las cuales rige, principalmente el principio ya consagrado en nuestra legislación del enriquecimiento sin causa".

El Recurso

Agotada la tramitación correspondiente, se decide hoy el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Sin mencionar las causales fundamentales de la casación, formula el recurrente los dos cargos que en seguida se enuncian y consideran:

"a) **Avalúo de mejoras.** En este aspecto, la sentencia del Tribunal viola el artículo 721 del C. J. porque rechaza sin causa justificativa el dictámen pericial uniforme de los peritos de la primera instancia que, de acuerdo con dicho artículo, hace plena prueba. En subsidio, ha debido el Tribunal hacer la regulación equitativa que ordena el artículo citado en su inciso 2º La sana crítica rechaza las extravagantes divergencias que presenta el experticio de segunda instancia. Observe el señor Magistrado las diferencias irritantes de los peritos al medir la extensión de la la casa de la finca, cosa elemental y sencilla. Todo esto hace dudar de la seriedad de dicha prueba, que, por lo demás, ha debido inducir al fallador a tomar en cuenta el dictamen indiscutible y aclarado de los peritos de la primera instancia".

Se considera:

Siempre es la violación de la ley sustantiva el motivo por el cual procede el recurso de casación dentro del numeral primero del artículo 520 del C. J., y cuando esta violación se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. El error probatorio, aun demostrado, no es por sí solo motivo de casación. Es necesario que haya conducido a la violación de la ley sustantiva, detallada y citada en sus textos precisos como lo ordena el art. 531 del C. J. y que el cargo incida sobre la parte resolutiva de la sentencia.

En la acusación que se considera, preinserta en su totalidad, se olvidaron estos principios de la técnica legal del recurso de modo tan completo que la dejaron inútil como materia de estudio. Dentro de las normas legales que estructuran

formal y técnicamente este recurso extraordinario no basta su admisión por la Corte para que la sentencia recurrida quede sometida al libre examen y decisión en todas sus cuestiones. Es indispensable, además, que la demanda fundamental del recurso, elaborada con sujeción al formalismo legalmente obligatorio, proponga, a base de cargos adecuadamente formulados dentro de las causales conducentes, las acusaciones razonadas contra la sentencia que a la vez que dan los temas de estudio, los limiten. Las anomalías técnicas en la formulación del recurso son cosa sustancial porque afectan el poder de decisión de la Corte. Las demandas viciosas, que la Corte encuentra en alto porcentaje de sus negocios, restan interés doctrinario a sus decisiones porque en presencia de ellas tiene que limitarse a anotar las fallas de técnica que en forma irremediable le cierran el paso a la consideración y fallo de las cuestiones de fondo.

Como acontece con este primer cargo, que por tal motivo se rechaza.

Bajo el epígrafe "Prestaciones mutuas" formula el recurrente su segundo y último cargo, y dice: "Solicito que se case la sentencia del Tribunal por aplicar indebidamente el artículo 964 del C. C., exclusivo para el poseedor vencido, y por extensión para tenedores de mala fe (971 C. C.), y haber dejado de aplicar el inciso 2º del artículo 739 del mismo Código, pertinente en este litigio".

Estima el recurrente que siendo el demandado Antonio José Zuluaga, como está aceptado y afirmado por ambas partes, un mero tenedor del predio de Aguabonita, y no tratándose de un juicio de reivindicación sino de una acción de recobro, y no pudiendo considerarse, además, que él retenga indebidamente el inmueble en el caso contemplado en el art. 971 del C. C., es visible la ilegalidad con que la sentencia lo condena a pagar frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda y le niega el derecho de reclamar el pago de las mejoras hechas después de dicha contestación.

En cuanto a las mejoras existentes en la finca al tiempo de la ocupación por el demandado, estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho que lo indujo a las precitadas violaciones legales, al dejar de apreciar la prueba consistente en la confesión hecha por Mariano Zuluaga en la diligencia de inventarios en el juicio sucesorio de su madre María Jesús Zuluaga de Zuluaga en el sentido de que todas las mejoras existentes en la finca de su madre fueron hechas por el demandado y son de su exclusiva propiedad. "Luégo la sentencia —dice la demanda— también debe casarse por este concepto, exonerando al señor Antonio José Zuluaga de toda prestación relativa a mejoras y frutos".

Se considera:

Para el estudio de esta imputación de ilegalidad es necesario separar los tres extremos sobre que resuelve la sentencia y a que se alude indiscriminadamente en el cargo, a saber: frutos a partir de la contestación de la demanda en razón de las mejoras pertenecientes al demandado Antonio José Zuluaga; frutos provenientes de las mejoras existentes en el predio de Aguabonita al tiempo de la ocupación por el demandado, y mejoras hechas por éste con posterioridad a la contestación de la demanda:

a) La primera condena al pago de frutos, que el Tribunal, confusamente, llama "valor de la contribución del suelo a producir los frutos de los lotes de terreno, a partir de la contestación de la demanda", se refiere a las mejoras hechas por el demandado, al pago de cuyo valor, apreciado en $ 1.671, se condena a los demandantes.

El caso, como ya se sabe, fue planteado y decidido por los fallos de instancia como uno de los constitutivos de la accesión de las cosas muebles a inmuebles, dentro del definido y reglamentado en el artículo 739 del C. C. para construcciones y plantaciones en suelo ajeno con materiales propios. Consagra esta disposición la regla general de que el dueño de terreno en que otra persona hubiere edificado, plantado o sembrado, puede siempre hacer suyas las construcciones o plantaciones, pero dentro de distintas condiciones de adquisición según los dos casos allí contemplados, esto es, según que se edifique, plante o siembre sin conocimiento del dueño, o que estas operaciones se realicen a ciencia y paciencia del propietario del terreno. En el primero, consagra la ley el derecho opcional para el dueño para hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título 12 del libro 2º del C. C., u obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarlo de los perjuicios.

Se explica y justifica, como lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, que para el caso de que el dueño del terreno en que otro ha plantado o edificado sin su conocimiento, quiera que se le restituya, tenga plena aplicación, en materia de frutos y mejoras, comprendiendo en éstas las sementeras y edificios, las reglas contenidas en el capítulo sobre prestaciones mutuas en la reivindicación, porque es natural presumir que para que el caso ocurra es necesario que el que edifica o planta está en posesión del terreno, pues si no es poseedor lo presumible es que esas mejoras se hagan con el consentimiento del propietario del terreno. En tal ocurrencia tienen aplicación las reglas de los artículos 961 y siguientes que determinan las prestaciones mutuas en la acción de dominio, y el poseedor que edifica o planta puede ser de buena o mala fe.

Si el dueño del terreno tuvo conocimiento de lo que hacía el propietario de los materiales por haberse edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia suyas, entonces como el dueño territorial ha manifestado tácitamente su consentimiento incondicionado puesto que no ha opuesto ninguna resistencia ni observación a los trabajos en su propiedad, la ley le impone la obligación de que para recobrar el terreno tenga que pagar el valor del edificio, plantación o sementera. No se trata en este caso, como lo ha dicho la Corte, de una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él y el edificador o plantador no le disputa a ese propietario su derecho de dominio. La acción en este caso es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si se quiere simple tenedor de la misma, sea obligado a restituírla después de que se le pague el valor de las mejoras sin necesidad de averiguar la calidad jurídica de su fe. Los expositores de derecho no ven en esta ocurrencia un fenómeno de accesión, sino más bien de tradición porque la adquisición se hace por el consentimiento de las partes.

Las reglas del título 12 del libro 2º del C. C., no operan, por regla general, sino en relación con los poseedores propiamente dichos, que son el sujeto pasivo indispensable en la acción reinvindicatoria, y sólo excepcionalmente, por virtud del artículo 971 del C. C., contra el que "poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor". Pero no es este el caso del demandado Antonio José Zuluaga, como acertadamente lo advierte el recurrente, al fundar este cargo que, por lo visto y en el punto concreto que se ha venido considerando, resulta fundado. Deberá, en consecuencia, suprimirse de las condenas proferidas contra el demandado, la de pagar al demandante "el valor de la contribución del suelo a producir los frutos de los lotes de terreno, a partir de la contestación de la demanda".

b) Respecto de los frutos provenientes de las mejoras existentes en la finca al tiempo de la ocupación del demandado, parece que la intención del recurrente es atacar la condena que al respecto contiene la sentencia afirmando que no existían, porque todas las que hay en Aguabonita son hechas por él y le pertenecen.

El Tribunal consideró que la ocupación del demandado se remontaba a diez años atrás, y que cuando se realizó había en el predio de Aguabonita plantaciones de café y otras mejoras que se discriminan por su edad según el dictámen pericial cuyo valor excluyó de la obligación de pagar a cargo del actor en el recobro, y cuyos frutos naturales, desde la ocupación hasta la restitución, debe pagar el demandado.

No encuentra la Sala ninguno de los errores imputados en la estimación de la prueba aludida, que aparece apreciada sin falta ni sobra del mérito que legalmente le corresponde. Y porque fuera de que en la referida diligencia se alude a las mejoras que fueron plantadas por el demandado, no hay dato sobre tiempo de su hechura, de modo que no es posible deducir de allí nada contra lo que al respecto concluyó el Tribunal. Por lo demás, obran en el proceso pruebas de diversa naturaleza, entre otras, la confesión en posiciones del demandado en que acepta la existencia de alguna mejora a la época en que de acuerdo con su madre entró a ocupar y gozar el predio de Aguabonita.

c) Por lo que hace a las mejoras hechas por el demandado Zuluaga con posterioridad a la contestación de la demanda, se advierte, en primer término, que este extremo o conclusión de la sentencia no se deduce de ninguna declaración expresa sobre el particular, sino que se deduce de las consideraciones analíticas que el fallo recurrido hace en torno de la prueba pericial. "De ahí que se presente dificultad —dice el Tribunal al estudiar el peritaje de primer grado y para rechazarlo y acoger el segundo— para deducir cuáles fueron las que planteó el demandado durante el tiempo que ha ocupado el terreno en cuestión,

lo cual sí aparece plenamente establecido en el de esta segunda instancia... Por consiguiente tiene derecho el demandado a que se le reconozca el valor de las mejoras que plantó con su propio peculio, y como se ha establecido que entró a ocupar dicho terreno por lo menos hace diez años, a la fecha de la demanda, se tiene entonces que las mejoras que presenten dicha edad hasta la contestación de la demanda, deben serle reconocidas en dinero teniendo derecho a retener el terreno mientras dicho valor se le cubra".

En estas condiciones, mientras no se modifique esta situación de hecho sentada en conclusiones de carácter probatorio no puede aspirarse legítimamente a una variación sobre el particular. Fuera de que el cargo es visiblemente improcedente por violación de los artículos citados por el recurrente, porque el 964 del C. C. se refiere a la restitución de frutos que debe el poseedor vencido, y el 793 **ibidem** inciso 2º no comprende sino las mejoras que se hayan hecho a ciencia y paciencia del dueño del terreno y no las que se hicieren contrariando su voluntad. Sobre obras hechas por el demandado después de contestada la demanda la ley no concede derecho de pago. El art. 966 del C. C., no citado en la demanda de casación reglamenta esta materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia recurrida con el solo objeto de excluír de las condenaciones a cargo del demandado Antonio José Zuluaga, cuyo monto ha de fijarse por el procedimiento del art. 553 del C. J., la de pagar "el valor de la contribución del suelo a producir los frutos de los lotes de terreno, a partir de la contestación de la demanda". En todo lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

No hay lugar a costas en el recurso.

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

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinetroza Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en Propiedad.

NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACION EN DERECHO PROCESAL CIVIL

La casación está configurada en nuestro derecho como un recurso de los llamados "en relación" porque en ellos quien los decide no tiene libertad para juzgar sobre la providencia impugnada, sino que ha de seguir estrictamente la vía que el recurrente señale, y si ésta es inconducente la gestión fracasa, porque al juzgador no le es dado el examen abierto y sin obstáculo al alcance de los juzgadores de instancia. Cuando el artículo 531 del C. J. indica qué debe contener la demanda de casación ordena que se exprese la causal aducida, lo cual se satisface ora refiriéndose concretamente a alguna de las preinstituídas por la ley, y ajustado al desarrollo de los sustentos del recurso a la técnica propia de cada una de aquéllas, ora formulando los cargos en forma tal que aunqué expresamente no se determine la causal, la Corte pueda hallarla como simple y necesaria conclusión de lo alegado. El requisito de que se trata no es de simple trámite procedimental; es que sin él no existe propiamente recurso ya que éste no puede edificarse sino sobre alguno de los motivos enumerados por el art. 520 de la ley rituaria; sólo en relación con ellos puede discurrir el recurrente en casación y es dado a la Corte decidir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintinueve del mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales):

En sentencia fechada el cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató la segunda instancia del juicio ordinario que los herederos de Jesús Eatsman, obrando para la sucesión de éste, iniciaron ante el Juzgado Civil del Circuito de Medellín, el cuatro (4) de febrero de mil novecientos cuarenta y uno (1941), contra la Compañía Prospectora del Supía, y contra Rafael Giraldo.

Los hechos que la parte actora narró como fundamento de su gestión, en síntesis son los siguientes: El diecisiete (17) de julio de 1936 se constituyó la sociedad demandada como ordinaria de minas en la cual Jesús Eastman tuvo tres acciones que jamás fueron enajenadas por él ni por sus causahabientes; en acta del dos de mayo de mil novecientos treinta y siete (1937) aparece que los socios constituyentes, sin que mediara asentimiento de Eatsman, resolvieron que una de las tres acciones de dicho socio pertenecía a Rafael Giraldo; los organizadores de la Compañía Byron Canney, Jorge A Berge y Francisco Cardona, habían contraído compromiso con Bartolomé de la Roche, titular de las minas que iban a ser objeto del interés social, de destinar algunas acciones desde la fundación de la Compañía para Rafael Giraldo, y como no cumplieron tal compromiso oportunamente con posterioridad resolvieron atenderlo desposeyendo a Jesús Eatsman de una de las tres acciones ya mencionadas; Rafael Giraldo es actual poseedor de la acción; Francisco Cardona explica que fue él quien regaló a Jesús Eatsman las acciones, opinión que no comparten los demandantes quienes niegan a Cardona la facultad de revocar parcialmente la donación si ella realmente existió.

Con base en estos hechos, Virgelina Calderón v. de Eastman, Alicia, Haydec, Jorge y Alberto Eastman, obrando en su carácter ya indicado, pidieron las siguientes declaraciones judiciales: a) Que el acto por medio del cual se resolvió que una de las acciones de Jesús Eastman pertenece a Rafael Giraldo carece de todo valor respecto del primero y de sus causahabientes; b) Que los demandados están en la obligación de restituír a la sucesión para la cual se demanda la acción de que se viene haciendo mérito, restitución que debe tener lugar con los frutos producidos por aquélla desde el dos (2) de mayo de mil novecientos treinta y siete (1937); c) Que la Compañía demandada está obligada a pagar los perjuicios sufridos por Jesús Eastman a consecuencia de los hechos referidos.

Notificado el libelo a quienes forman la parte reo Rafael Giraldo negó los hechos, propuso algu-

nas excepciones y denunció el pleito a la Compañía Prospectora del Supía, denuncia que no fue aceptada; la sociedad por su parte demandó en reconvención a los actores, en orden a lograr las siguientes declaraciones: a) Que tal reconocimiento de acciones a favor de Jesús Eastman fue donación; b) Que los actos de los causahabientes del donatario constituyen ingratitud manifiesta; c) Que ésta justifica la revocatoria de la donación; d) que en consecuencia es legal la revocatoria de tal donación; e) que los demandantes están obligados a restituír lo que hubieren recibido por las dos acciones desde que se notificó la demanda propuesta por ellos; f) que la posesión ejercida por los demandados a partir de tal evento tiene la condición jurídica establecida por el art. 1486 del C. C.; y g) que la sucesión de Eastman debe pagar a la sociedad las costas y costos del juicio.

Los hechos que sustentan estas súplicas constan en una extensa relación llevada a término a través de veintiocho numerales, en los cuales se mezclan a la historia de la compañía razones de derecho; en síntesis los reconventores destacan la donación a favor de Eastman, la ingratitud que hallan en la demanda iniciada por sus herederos, y en los términos en que está concebida, y la indignación que en los consocios ha despertado esa conducta.

El juez de primera instancia al destacar el primer grado despachó favorablemente las peticiones de los demandantes principales, y denegó las de la compañía reconventora; apelado el fallo por ésta y por Rafael Giraldo, el Tribunal ya mencionado en la sentencia a que se alude al principio de la presente, revocó lo decidido por el inferior a propósito de la demanda principal, y absolvió a los demandados en ella, confirmando lo resuelto sobre el libelo de reconvención; los herederos de Jesús Eastman interpusieron casación contra la sentencia de segunda instancia; a decidir tal recurso se enderezan las consideraciones subsiguientes.

Fallo recurrido.

El Tribunal de Medellín entendió que el Juez de primera instancia fundamenta su decisión en base equivocada al considerar que incorporado Jesús Eastman a la Compañía desde la fundación de ésta, tenía "un derecho que no podía arrebatársele por ningún motivo pues sabido es que las sociedades que se forman en derecho minero no requieren solemnidad de ninguna especie. Basta con que se anote o haga constar en el acta respectiva la forma como se distribuyen las acciones para que el beneficiario o beneficiarios queden desde ese momento dueños de dichas acciones". El Tribunal hace residir el yerro de este razonamiento en que sólo es aplicable, en su concepto, a las sociedades ordinarias mineras que tienen por objeto el laboreo, por cuanto en ellas "la compañía existe con anterioridad al acuerdo", pero no a las que, como la demanda, tienen por fin apenas el estudio, cateo y prospectación, porque en ellas la declaración de voluntad por parte de todos y de cada uno de los socios es indispensable para su perfeccionamiento. Desde este punto de vista deduce el Tribunal que como Eastman, al igual de otros socios, no tenía dominio alguno sobre las minas que interesaban a la sociedad, ni intervino en la fundación de ésta, la destinación a su favor de un número de acciones quedó sujeta a su aceptación posterior la cual no se expresó antes del acto de redistribución de las acciones. El Tribunal refuerza tales conceptos con la afirmación de que Eastman fue donatario de las tres acciones y que el donante podía retractarse total o parcialmente mientras no mediara aceptación del contrato gratuito por parte del primero.

El recurso

La demanda de casación es un extenso y deshilvanado escrito concebido sin sujeción a las indicaciones de la ley, ni a las enseñanzas de la jurisprudencia; su autor para redactarla debió seguir mentalmente la forma exterior de las demandas con que se inician las controversias civiles, y la dividió en forma tal que recuerda esas manifestaciones del derecho de acción: parte petitoria, fundamentos de derecho, relato circunstanciado de los hechos, etc.; de esa deplorable confusión formal y doctrinaria entre el juicio y el recurso extraordinario de casación, y entre la demanda con que aquél se origina y la que ha de servir de base al segundo, se deriva como es obvio el insuceso del recurso. Ni siquiera se halla a lo largo del dicho escrito la invocación de alguna de las causales que la ley ha instituído como medios de acceso a la casación, de donde resulta que, aunque pudiera llegar a interpretarse la demanda en orden a aislar dentro de su profusión de conceptos alguno hábil para los fines del recurso, no podría vincularse a causal alguna de las detalladas en el art. 520 del C. J.

La casación está configurada en nuestro dere-

cho como un recurso de los llamados "en relación" porque en ellos quien los decide no tiene libertad para juzgar sobre la providencia impugnada, sino que ha de seguir estrictamente la vía que el recurrente señale, y si ésta es inconducente la gestión fracasa porque al juzgador no le es dado el examen abierto y sin obstáculo al alcance de los falladores de instancia.

Cuando el art. 531 del C. J. indica qué debe contener la demanda de casación ordena que se exprese la causal aducida, lo cual se satisface ora refiriéndose concretamente a alguna de las preinstituídas por la ley, y ajustando el desarrollo de los sustentos del recurso a la técnica propia de cada una de aquellas, ora formulando los cargos en forma tal que aunque expresamente no se determina la causal, la Corte puede hallarla como simple y necesaria conclusión de lo alegado.

El requisito de que se trata no es de simple trámite procedimental; es que sin él no existe propiamente recurso y que éste no puede edificarse sino sobre alguno de los motivos enumerados por el art. 520 de la ley rituaria; sólo en relación con ellos puede discurrir el recurrente en casación, y es dado a la Corte decidir.

Observa Calamandrei a propósito de que la impugnación por este medio extraordinario debe arreglarse a los motivos especificados exclusivamente por la ley, que cuando se trata de errores **in iudicando** el principio "jura novit curia", que campea en instancia, no es susceptible de utilizarse en casación sino en límites restringidísimos porque en ella la violación concreta de la ley es la causa petendi; añade que si se trata de errores in procedendo la dificultad sube de punto por cuanto la casación, a diferencia de la instancia, no es propiamente y en sentido procesal la continuación de un juicio.

En la demanda que da origen a este fallo hay un capítulo denominado "Disposiciones infringidas" en el cual se señalan numerosos preceptos legales como violados por el Tribunal, infracciones que no se destacan relacionándolas con la estructura general de la causal primera, ya que se enuncian libremente y como resultado de la simple contraposición del criterio del recurrente con el del sentenciador en el segundo grado. En la misma forma se halla en diversos apartes de la demanda la locución "error de derecho" pero bien puede observarse que con ella no se quiso señalar en concreto el vicio de valoración probatoria que es vía para el quebranto del derecho objetivo, y como tal, susceptible de invocarse en casación, sino que se emplea con el fin de estigmatizar por equivocados, conceptos y apreciaciones del Tribunal.

Pero no son únicamente estas circunstancias consecuenciales al completo desconocimiento de la técnica general del recurso lo que acarrea la ineficacia del que se estudia: las disposiciones que se enumeran dentro del aludido capítulo no han podido ser viciadas, las unas por su índole, las otras por ser completamente ajenas a la materia de la controversia:

Los arts. 669, 670, 2079 del C. C. contienen diversas definiciones, el primero del dominio, el segundo de la tradición y el tercero del contrato de sociedad; esta índole de preceptos no son susceptibles de quebranto directo para los fines de la casación porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos; mientras se otorgue a cada cual la protección que el derecho objetivo prevenga para las situaciones singulares, no hay transgresión de preceptos sustanciales aunque el juzgador haya discrepado y aun contradicho la noción de un acto, contrato o entidad jurídica que haya concebido el legislador.

El recurrente cita, además, como violado el artículo 673 del C. C., en el cual se determinan los modos de adquirir el dominio, y a cuyo respecto son válidas las mismas observaciones que se dejan expresadas sobre los que acaban de mencionarse.

Los arts. 2080 y 2090 ibídem, también comprendidos dentro de las imputaciones de violación, en caso alguno pudieron ser materia de quebranto por parte del Tribunal ya que el primero de ellos estatuye la forma como debe aprobarse lo decidido en las deliberaciones de los socios, y el fallo en primer lugar, niega esta calidad al causante de los actores, y, en segundo, versa sobre una sociedad ordinaria de minas que escapa a las previsiones del Código Civil. Este no es aplicable, tratándose de compañías mineras, sino respecto de las colectivas ya que las anónimas y las en comandita se regulan por el Código de Comercio por cuanto en relación con las primeras sí lo ordena el art. 2090 del C. C., y respecto de las segundas en este no hay establecida regulación especial; las ordinarias, como la que ha sido materia de este proceso, no están reconocidas por nuestras leyes

civiles ni comerciales, rigiéndose por las estipulaciones de quienes las constituyen, y a falta de ellas por las disposiciones del Capítulo XVI del Código de Minas.

Lo que se deja dicho es bastante a desechar tambien el cargo por quebranto del art. 2090 del C. C. precepto que, como ya se vio, apenas dispone la aplicabilidad de la ley mercantil a las sociedades civiles anónimas.

Los arts. 2º, 117, y 118 del Código de Minas no pudieron ser vulnerados por el fallo recurrido ya que son por completo ajenos a la materia debatida, o sea: la reivindicación de una acción en una sociedad ordinaria de minas: el art. 2º determina a quienes cede el Estado la posesión y propiedad de sus minas, y en esta causa nadie ha pretendido ser causahabiente del Estado; los arts. 117 y 118 regulan la adquisición de derechos por parte del avisante y los casos en que puede perderlos, situaciones éstas que no han sido sometidas por la demanda principal, ni por la de reconvención, ni por las correspondientes defensas a alguna decisión jurisdiccional que con ellas se roce.

El art. 1469 del C. C. citado también por la demanda y regulador de la revocabilidad de las donaciones tampoco pudo ser violado por la sentencia recurrida ya que ésta, como se vio al exponer el resumen de las consideraciones que la motivan, no toca sino incidentalmente la donación de que se reputa beneficiario a Jesús Eastman, ya que el fallo realmente se sostiene sobre la distinción que establece entre las sociedades mineras en orden a deducir que a la Prospectora del Supía no perteneció el causante de los recurrentes antes de la redistribución de acciones por no haber aceptado las tres que primitivamente se le otorgaron, y que, por tanto, con aquella no se le arrebató derecho alguno.

Desde otro punto de vista, para quebrantar casi todos los preceptos enumerados el Tribunal habría tenido que transitar el sendero del error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; no de otra manera puede desconocerse que alguien adquirió la calidad de dueño de un bien determinado, o reputar que no tuvo lugar una tradición o que las deliberaciones de una asamblea de socios no aprobó válidamente alguna decisión, o que alguien es causahabiente del Estado respecto de una mina, o que es donatario de un bien singularizado a virtud de cierto contrato gratuito, o avisante de un mineral y la demanda no enuncia errores de hecho o de derecho que den base para examinar sobre qué circunstancia no demostrada se fundó el Tribunal, o cuáles bien probadas se negó a reconocer acarreando quebrantos sustanciales, como tampoco se expresan los preceptos probatorios infringidos, ni cuál debió ser la apreciación recta de las pruebas mal estimadas, ni éstas se individualizan con certeza.

Lo dicho es suficiente para que no prospere el recurso.

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 sujeta materia de este recurso o sea la proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el día cinco (5) de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

Manuel José Vargas.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinetroza Daza.—Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez.—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Secretario en Propiedad.

REIVINDICACION

La fuerza de la cosa juzgada de una sentencia se delimita por el artículo 474 del C. J., por lo cual siempre ha visto la doctrina la relatividad del fallo en juicio de reivindicación, en el sentido de que afecta sólo a quienes en él han sido partes, tal como esta disposición legal establece.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintinueve del mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestroza Daza).

El Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali cerró con sentencia de 10 de octubre de 1944 la primera instancia de este juicio de Bernardino Roa contra Juan Antonio Rojas, reivindicatorio de la finca de esa ciudad determinada en el libelo, reconociendo a Roa como su dueño y condenando a Rojas a entregársela y pagarle sus frutos.

La apelación de éste llevó el asunto al Tribunal, donde se cerró la segunda instancia el 18 de noviembre de 1946 revocando aquel fallo y declarando probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

Los antecedentes se resumen así: Martín Flórez, dueño del aludido inmueble por haberlo comprado el 16 de marzo de 1928, lo hipotecó el 1º de septiembre de 1931 en favor de Bernardino Roa para garantizarle la obligación mutuaria declarada en la misma escritura de hipoteca. Por esta obligación ejecutó Roa a Flórez y le remató esa finca el 20 de febrero de 1942 por cuenta de su crédito. Como hubo exceso en favor de Flórez y Roa lo pagó, el remate se aprobó y se registró en su oportunidad.

Acreditando estos hechos con los correspondientes instrumentos públicos y complementándolos con certificado del Registrador, Roa entabló demanda inicial del presente juicio, la que dirigió contra Rojas como poseedor actual por haberle éste comprado el mismo inmueble a Lucio Flórez, quien se lo había comprado a Martín Flórez, contratos cuyas escrituras cita la demanda advirtiendo su posterioridad al remate y pidiendo, a más de lo dicho en relación con la reivindicación, que la sentencia declare que estos contratos no confieren dominio a Rojas ni tienen alcance contra Roa.

El Juzgado reconoció el dominio de éste y la consecuencial obligación de Rojas de entregarle el inmueble y pagarle sus frutos y se abstuvo de hacer las demás declaraciones a que acaba de aludirse, en cuyo estudio no entró por no obrar en el expediente las escrituras de Rojas.

Como de esa sentencia no apeló sino éste, no quedó **sub judice,** según el Art. 494 del C. J., sino lo adverso a él, que es el reconocimiento del dominio de Roa y la obligación de entregarle la finca materia de la demanda.

El Tribunal se funda en que los títulos anteriores a la compra de Flórez en 1928 indican que el suelo respectivo hace parte de un terreno proindiviso, y de ahí deduce que Roa no ha comprobado ser dueño de una cosa singular, elemento éste indispensable en la acción reivindicatoria, y concluye de ahí la mencionada carencia de personería.

El demandante interpuso casación, recurso que hoy se decide. Formula varios cargos. Prosperando el que se analiza en seguida, se prescinde de los restantes, al tenor del artículo 538 del C. J.

Ese cargo es el de quebranto, por no haberlos aplicado, de los artículos 946 y 950 del C. C., a consecuencia de errónea apreciación de los títulos del demandante.

Es verdad que la escritura de 1928, al citar los títulos del vendedor habla de derechos proindiviso en el globo de Agua Blanca; pero, a más de que las varias adquisiciones de derechos allí enumeradas pueden implicar el fin de la comunidad por su reunión en una sola mano, ello es que, aunque tal comunidad exista y persista, lo que esa escritura de 1928 transfiere al comprador es un cuerpo cierto, consistente en una casa con su suelo respectivo de cabida de 228 metros cuadrados 8.850 centímetros cuadrados, ubicado en la esquina de la calle 13 con la carrera 14 de Cali, alindado: "Por el Norte, con predio ocupado por Sebastián Caicedo; por el Sur, con la carrera 14 por una parte y por la otra con predio ocupado por Petronila Miranda; por el Oriente con la calle 13 de la ciudad; y por el Occidente, con predio ocupado por Petronila Miranda, por una parte y por

la otra, con terreno ocupado por María Ramírez de Vélez." Más todavía: al final de ese instrumento se hace constar que son medianeras las paredes que marcan el lindero entre la casa vendida y la de la señora de Miranda.

Del propio modo, agregando la numeración de las puertas de la casa por la calle y por la carrera, inequívocamente como cuerpo cierto, como cosa singular, fue como se determinó la finca en los avisos de remate, en la diligencia respectiva y, por tanto, en su inscripción en el registro, y también como cosa singular fue como se determinó en la escritura de hipoteca, sin que en ninguno de estos instrumentos públicos se haga alusión siquiera a ninguna comunidad; de modo que, no sólo la compraventa de 1928, sino la hipoteca de 1931 y el remate de 1942 tuvieron como sujeta materia una casa con su suelo debidamente determinado por linderos y cabida, es decir, una cosa singular, la que así figura en la certificación del Registrador que, a más de acreditar lo antedicho, testifica la vigencia del título del rematador Roa.

Este sencillo relato de los hechos obliga a reconocer que Roa ha justificado ser dueño. Más aún: aunque la compraventa de 1928 hubiera de tenerse como de meros derechos en un terreno común, a despecho de la singularidad de que ya se habló, ello en nada obstaría a reconocer a Roa como dueño en la decisión de esta controversia, que es entre él y Rojas, pues la fuerza de la cosa juzgada de una sentencia se delimita por el artículo 474 del C. J., por lo cual siempre ha visto la doctrina la relatividad del fallo en juicio de reivindicación, en el sentido de que afecta sólo a quien en él ha sido parte, tal como esta disposición legal establece.

Hay comprobantes en este proceso de unas gestiones del Municipio de Cali y de otras ante el mismo que inducen a creer que efectivamente sobre suelo que ha hecho parte de un terreno en comunidad fue donde se edificó la casa que con su suelo y como finca singular recibió Roa en hipoteca y adquirió luego en remate. Pero ninguno de los problemas a que ello pueda dar lugar es materia del presente litigio. Además, no afecta a tal comunidad, si la hubiere, ni a ninguno de los comuneros distintos de Roa y Rojas lo que se falle en este pleito, que es exclusivamente entre éstos dos. A los comuneros restantes, si es que existe la comunidad, tanto da que el ocupante de esa porción o lote se llame Roa, como que se llame Rojas, o de cualquiera otro modo.

Erró, pues, el Tribunal al desconocer el dominio demostrado por Roa y al dejar de acoger la acción incoada, para cuyo éxito concurren los demás elementos que la configuran, pues a ese dominio se agrega la singularidad de la cosa y la calidad de poseedor de ella en el demandado.

Acogiéndose así el cargo supradicho, se ha de invalidar la sentencia recurrida y reemplazarse por una que decrete lo demandado o, en otras palabras, que confirme la del Juez que decretó lo suplicado por el demandante.

Cuando el poseedor también aduce títulos de dominio, el sentenciador debe confrontarlos con los del actor para saber cuáles prevalecen. Aquí no hay lugar a esta tarea, porque ningún título presentó Rojas. Aunque esta circunstancia bastaría al respecto, a mayor abundamiento se observa: según la cita que hace el demandante, único dato de títulos de Rojas, éste compró a Lucio Flórez y a éste le vendió Martín Flórez, según escrituras otorgadas ante el Notario 3º de Cali en el año de 1942, así: la de Martín a su hermano Lucio el 2 de mayo, y la de éste a Rojas, el 31 de diciembre. Bien se ve que ambas fueron posteriores al remate, lo que basta para que no puedan prevalecer contra éste, es decir, contra el título de Roa. Asimismo se observa que la finca estaba embargada hasta el 11 de agosto de ese año en que se registró el remate, por lo cual la venta que el ejecutado hiciera el 2 de mayo anterior sería absolutamente nula; y que la compra hecha por Rojas el 31 de diciembre siguiente, si no fue ya de cosa embargada, sí sería de cosa ajena, puesto que ya había salido del dominio de Flórez al de Roa por virtud del remate y su registro.

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 de dieciocho de noviembre último dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION. — IDENTIFICACION DE LO REIVINDICADO. — INSPECCION OCULAR

1—La acción reivindicatoria requiere como elementos indispensables dominio del actor y posesión del reo sobre una cosa singular debidamente identificada. Como es obvio, a un reivindicador no le basta comprobar que es dueño de una cosa dada, entre otras razones porque la que le exige el demandado puede ser distinta. Sólo complementando esa prueba de dominio con la identidad a que acaba de aludirse se podrá decir que le asiste la acción que ejerce para que se le restituya lo que posee el demandado. Y una vez llenado este requisito de la identificación será cuando procederá a estudiar los títulos del uno y del otro para decidir cuáles prevalecen.

2.—Para que haya inspección ocular se necesita que el juez examine y reconozca; es a él a quien capitalmente se refiere sobre esto el artículo 724 del Código Judicial. Peritos o testigos, según el caso, acompañan en esa labor al juez, sin reemplazarlo ni sustituirlo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Gregorio Vanegas demandó a Juan Mejía en el Juzgado Civil del Circuito de Cartago para que, reconociéndose al actor dueño exclusivo de un lote de terreno alindado en el libelo, se condene al reo a entregárselo y pagarle sus frutos y las costas del juicio.

El apoderado del demandante expone como fundamentales estos hechos: 1º Su calidad de apoderado; 2º Que el demandante es dueño de la finca Porto Alegre, del Municipio de Obando, por haberla comprado en escritura número 369 el 14 de octubre de 1912; 3º En este hecho detalla los linderos de esta finca; 4º Sus títulos se remontan al 31 de mayo de 1868; 5º Algunas personas han irrumpido en ella indebidamente violando el derecho del dueño; 6º Entre esas personas se encuentra Mejía, como ocupante de la porción de Porto Alegre cuyos linderos indica la demanda, y 7º A pesar de haberlo requerido para que la desocupe, no se la ha devuelto.

Admitida la demanda, el 28 de abril de 1934 se notificó a Mejía quien por medio de apoderado respondió aceptando el hecho 1º, diciendo ignorar del 2º al 5º y negando el 6º y el 7º, y oponiéndose a lo demandado. A excepciones que no se le admitieron agregó con el éxito que se verá adelante la de prescripción adquisitiva, así: la ordinaria por posesión de diez años ejercida por Mejía con justo título; la extraordinaria, por treinta años de posesión al agregar a la suya la de sus antecesores; y la especial de la Ley 200 de 1936, por haber cultivado, desmontado, etc., un terreno sobre el cual no ha reconocido dominio distinto del del Estado. En el concepto de que el suelo demandado es distinto del de Porto Alegre, advierte que su excepción de prescripción adquisitiva la opone sólo para el evento de que exista en lo ocupado por Mejía algo que no esté dentro de los linderos señalados en sus títulos.

Tramitada la instancia, el Juez la desató en fallo de 3 de octubre de 1945, cuya parte resolutiva "no accede a formular las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda".

Por apelación del actor, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Buga, cuya sentencia de 5 de septiembre de 1946 revoca la del Juzgado y "declara prescrita la acción reivindicatoria propuesta".

El apoderado de Venegas interpuso casación, recurso que hoy se decide por estar tramitado debidamente.

El Juzgado negó porque el título aducido por Venegas, que fue su citada compra de 1912, aparece cancelado en el registro por la inscripción que el 6 de julio de 1933 se hizo del decreto de posesión efectiva de los bienes inventariados en la mortuoria de la señora Juana Barrera, esposa

que fue de aquél, y ese decreto, comprensivo de la finca comprada en 1912, no obraba en el expediente. Traído en la segunda instancia, el impedimento cesó. Pero se desató por el Tribunal la controversia como queda dicho, porque acogió la prescripción, no la adquisitiva de dominio que fue la opuesta por Mejía, sino, a través de ella, la extintiva de la acción incoada.

Varios cargos hace el recurrente. Prosperando el que se pasa a estudiar, se prescinde de los restantes, de conformidad con el artículo 538 del C. Judicial.

Ese cargo es el de violación de las disposiciones legales sustantivas que cita y se verán adelante, desoídas unas y aplicadas indebidamente otras por error en la apreciación de las escrituras de Mejía, y lo funda y discrimina, en suma, así: Mejía alegó prescripción adquisitiva y el Tribunal se la reconoce al declarar la extintiva de la acción, resultado a que llega por aquélla, cuya acogida se ve en la forma y palabras del fallo, bien que involucrando o confundiendo injurídicamente las dos prescripciones; no se adquiere por este modo sino mediante posesión en cierto lapso de tiempo con las condiciones legales; la prescripción ordinaria, que es la aceptada así por el Tribunal, requiere posesión regular no interrumpida por cierto tiempo, que aquí es un decenio, pues se trata de inmuebles; se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; la posesión es tenencia con ánimo de señor, en contraste con la mera tenencia, que se ejerce sin ese ánimo y de que es el caso cuandoquiera que se reconoce dominio ajeno.

Estos preceptos y nociones se hallan en los artículos 2518, 2528, 2529, 764, 762 y 775 del C. Civil, cuyo artículo 768 define la buena fe como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos..." y agrega que "en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla".

En virtud de contratos en que constan transferencias sucesivas y que no viene al caso relacionar, llegaron al dominio de los hermanos Raimundo y Ramón Osorio varios bienes, entre los cuales, en lo pertinente a este litigio, figuran las mejoras de que en seguida se hablará, conjuntamente. La comunidad la liquidaron por escritura número 62 el 18 de mayo de 1931, que adjudicó tales mejoras a Ramón; y éste las transfirió en permuta el 3 de septiembre de 1932 a Juan y Antonio José Mejía, quienes, a su turno, el 2 de noviembre de 1940, en escritura número 272, liquidaron la comunidad existente entre ellos sobre varios bienes, inclusive las mejoras aludidas, y procedieron en lo que las comprende en esta forma: se refieren a un fundo llamado Italia, Municipio de Obando, lo alindan, y completan su determinación con estas palabras: "mejorado con sementeras de plátano, pastos artificiales, rastrojos y monte, el cual hubieron por permuta con Ramón Osorio, según escritura...." (Aquí citan la escritura de 1932 de que acaba de hablarse).

Así pues, la partición en que esta finca se adjudica al actual demandado, la determina en forma que incluye el suelo y a las mejoras no se refiere sino como accesorio. Pero en la escritura de permuta de 1932 que citan como título de adjudicación al partir, de suerte que sobre identidad no dejan duda, lo transferido son únicamente las mejoras, que es también a lo que se limitan los títulos de los antecesores de los Osorios.

La escritura de permuta es de singular claridad al respecto. En su cláusula primera determinan los Mejías su finca y en la segunda determina Osorio la suya; en la tercera dicen permutarlas "mano a mano, por considerarlas de igual valor, el cual es de ochocientos pesos cada una." Dicha cláusula segunda dice: "Que el señor Ramón Osorio es dueño de un lote de terreno, ubicado en el Municipio de Obando, del Departamento del Valle en el paraje de La Tesalia, mejorado por sementeras de plátano y pastos artificiales de yaraguá, rastrojo y monte, alinderado así...." Por donde se ve una determinación comprensiva del suelo, tal como la que hicieron los Mejías en su citada partición ocho años más tarde. Pero en la de permuta que se está analizando, se puso al final esta declaración correctiva: "En este estado hacen constar los otorgantes que **el señor Osorio lo que permuta no es el terreno sino las mejoras que hay dentro del lote alinderado, pues que el terreno pertenece a la Nación,** el cual posee el señor Osorio quieta y pacíficamente desde hace seis años." (Subraya la Sala).

Si Osorio no transfirió el suelo, no lo adquirieron los Mejías por esa permuta; de suerte que al partir ellos en 1940 lo que habían adquirido, el título conferido por la partición no podía incluír el suelo ni menos en forma tal que se pudiera reputar adquirido y poseído en tiempo anterior por ellos y sus antecesores, al punto de que el adjudicatario de 1940, señor Juan Mejía, pudiera reputarse poseedor con justo título y buena fe por

más de diez años el 28 de abril de 1943 en que se le notificó la demanda.

Esta conclusión a que rectamente conduce la lectura de los títulos aducidos por Mejía y analizados aquí en lo pertinente, justifica el cargo de error en su apreciación y de consecuencial quebranto de las disposiciones legales citadas. Debe, pues, casarse la sentencia recurrida.

Para dictar la que ha de reemplazarla, se considera:

La acción reivindicatoria requiere como elementos indispensables dominio del actor y posesión del reo sobre una cosa singular debidamente identificada.

Como es obvio, a un reivindicador no le basta comprobar que es dueño de una cosa dada, entre otras razones porque la que le exige al demandado puede ser distinta. Sólo complementando esa prueba de dominio con la identidad a que acaba de aludirse se podrá decir que le asiste la acción que ejerce para que se le restituya lo que posee el demandado. Y una vez llenado este requisito de la identificación será cuando procederá estudiar los títulos del uno y del otro para decidir cuáles prevalecen, en contienda como la actual en que ambos aducen títulos.

Los de Venegas acreditan efectivamente que compró lo que reza la citada escritura de 1912 y que en el mencionado decreto de posesión efectiva dictado en la mortuoria de su mujer en favor de él como cónyuge sobreviviente y heredero testamentario y único, está incluída la finca materia de aquella compra. De paso se advierte que la discrepancia de alindación entre la escritura y el decreto en nada atañen al pleito y su fallo, tanto porque al respecto no han discutido las partes, cuanto porque la defensa de Mejía no estriba en que a Venegas no asista el derecho acreditado por esos instrumentos, sino en que la realidad de los linderos de Porto Alegre no abarca lo que Mejía ocupa y se le pide.

Ahora bien, esos instrumentos no bastan, aunque demuestran que Venegas adquirió y conserva esa finca, porque es preciso establecer el sentido efectivo y real de sus linderos en lo tocante al lote litigioso, puesto que sólo demostrando que éste se halla comprendido dentro de aquéllos será como puede decirse que Venegas ha justificado ser dueño de lo que constituye la materia de la demanda, lo cual, como ya se advirtió, tiene que ser una cosa singular y como tal ha de precisarse.

En otras palabras: Venegas como dueño de Porto Alegre demanda a Mejía en reivindicación de un lote alindado en el libelo, sobre el pie de que este lote es parte de aquella hacienda; de suerte que es de cargo de Venegas, en fuerza de lo antedicho, demostrar que ese lote se halla dentro de los linderos de Porto Alegre, tales como ésos son en el terreno.

Sin duda con el propósito de llenar estas exigencias fue como se solicitó una inspección ocular en la primera instancia, diligencia que se decretó y que aparece practicada el 3 de septiembre de 1943. La lectura de su acta brevísima (cuaderno 2º, folios 7 vuelto y 8 frente), hace ver cómo se practicó o, mejor dicho, que no se practicó. Después de expresar fecha, enumerar el personal y juramentar a los peritos, inclusive el reemplazo del que no concurrió, se leyeron la demanda, los títulos de ambas partes y los respectivos escritos de pruebas. "Acto seguido —dice— **se procedió a hacer el recorrido y reconocimiento del lote litigioso.** En este estado los señores peritos solicitaron el término de diez días hábiles para rendir su dictamen, plazo que les fue concedido por el señor Juez. Como no fuera más el objeto de la diligencia, el señor Juez ordenó suspenderla, de cuyo contenido se extiende la presente acta que firman todos los que en ella intervinieron".

Como se ve, lo único correspondiente a una inspección ocular propiamente dicha está en la frase subrayada que, no sólo limita el **recorrido y reconocimiento** al lote litigioso, sino que no se complementa con la expresión y constancia de lo que a los concurrentes, entre ellos y ante todo el Juez, indicaran ese recorrido y reconocimiento sobre los hechos en que ineludiblemente habría de basarse la decisión, de los cuales nada dice esa acta.

"La inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate." (C. J. art. 724).

Para que haya inspección ocular se necesita que el Juez examine y reconozca; es a él a quien capitalmente se refiere sobre esto la disposición legal que acaba de transcribirse. Peritos o testigos, según el caso, acompañan en esa labor al Juez, sin reemplazarlo ni sustituírlo.

El mismo Código en su artículo 727 ordena que, hecho el examen y reconocimiento, "se extiende la correspondiente acta, en que se anotan cuida-

dosamente las cosas y hechos examinados y las observaciones conducentes del Juez, los peritos o testigos y las partes que hayan concurrido....." (Subraya la Corte).

El lleno de estos estos deberes y requisitos brilla por su ausencia aquí; de modo que, como con desgraciada frecuencia sucede, la inspección ocular no se practicó y la prueba se redujo al experticio.

Y esto, lamentable y censurable en todo caso, lo es señaladamente en éste, por la importancia que tiene traducir, por decirlo así, a la realidad las frases con que en los instrumentos públicos se relatan o describen o fijan los linderos, cuyo tenor literal no basta para establecerlos en su sentido material y efectivo. Suele suceder que una línea disputada esté redactada de igual modo que los títulos de uno y otro de los contendores; de suerte que si de las solas palabras se tratase, no se podría ante la perplejidad consecuencial desatar la controversia, ni se comprendería cómo pudiera ella presentarse; y ocurre, y se desata mediante la verificación de esa línea **in situ,** estableciendo sobre el terreno el significado efectivo de su redacción. Hasta con límites arcifinios se hace esta tarea indispensable para sentenciar en algunos casos, v. gr. cuando los títulos rezan que la línea de colindancia es un río o arroyo de cierto nombre y dos corrientes confluyentes se lo disputan, para saber, en fin de fines, a cuál de los dos predios corresponde el terreno intermedio.

Estos son ejemplos ilustrativos de cómo llega a ser indispensable para desatar una controversia la demostración de la realidad de unos linderos. No simple o exclusivamente en juicio de deslinde, sino también en el reivindicatorio, por más que sea tan completa la diferencia entre los dos. Ese establecimiento de la efectividad de la alindación debe ser indispensable no tan sólo para un apeo, sino para muchos otros fines, como el de saber en un juicio de reivindicación si media o no la singularidad de la cosa disputada y, sobre ella, el dominio del actor y la posesión del reo, elementos constitutivos de esta acción, como es sabido y ya se trajo a cuento en este fallo.

La determinación e identificación sobre la realidad del terreno, tanto de lo que Mejía ocupa y Venegas le exige, cuarto de la finca de éste, son bases necesarias para la decisión. Quizás la inspección ocular, si como tal a la verdad se hubiera practicado, habría sido la prueba, ya que dentro de la extensión correspondiente **in situ** a los linderos literales de Porto Alegre se encuentra el lote cuya restitución pide el demandante, ya que, en general, lo ocupado por Mejía es distinto de esa hacienda, así como si tal lote litigioso es o no una cosa singular que, en su caso, podría haber quedado identificada con la que como tal el libelo de demanda señala y determina.

Lo acaecido con esa inspección echó sobre el experticio la carga de comprobar estos hechos fundamentales. Debe, pues, estudiársele para saber si de él ha de surgir la convicción que sobre esos hechos le es necesaria al sentenciador para decidir el litigio, es decir, debe estudiarse el dictamen pericial para saber si acredita satisfactoriamente esos hechos.

A la diligencia concurrió el perito nombrado por Mejía. No habiendo concurrido el nombrado por Venegas, el Juez lo reemplazó en ese acto. Como ya se dijo, obtuvieron plazo para dictaminar, lo que hicieron por separado y en desacuerdo. Faltando su acuerdo también para designar un tercero en discordia, lo nombró el Juez. Rendido por éste su dictamen, del de los tres se dio el traslado legal, sin que las partes pidiesen ni el Juez de suyo ordenase nada de lo que para explicación, ampliación, aclaración de lo oscuro o complemento y lleno de deficiencias autoriza el C. J. en su artículo 719. Tampoco hubo ninguna de las objeciones a que, en su caso, da lugar el artículo 720 **ibídem.**

El perito principal nombrado por el Juez en reemplazo del nombrado por Venegas, dice al Juez: "En asocio de usted me trasladé al sitio materia de la controversia y por tal motivo se pudo constatar que el señor Juan Mejía posee un lote de terreno..." Copia en seguida la delimitación que a este lote señala la demanda, y añade: "Estos linderos son los mismos de la demanda y **por consiguiente** (subrayá la Sala) el lote que ocupa el señor Juan Mejía y que es objeto de la acción reivindicatoria establecida por el señor Gregorio Venegas, se encuentra ubicado dentro de los límites generales de la hacienda de Porto Alegre." Adelante en su mismo memorial dice: "La finca que detenta el señor Juan Mejía que, como ya lo expresé, forma parte de la hacienda de que es dueño el señor Gregorio Venegas, está en buenas condiciones, tiene aguas vivas, consta de varios potreros...".

Lo único que la inspección ocular indica como recorrido y reconocido es el **lote litigioso,** según se vio ya al transcribir el acta respectiva. Si no

se recorrió e identificó a Porto Alegre en el sector correspondiente verificando sus linderos, no se ve fundamentada la afirmación de quedar dentro de éstos aquel lote, con sólo el reconocimiento de éste.

El perito nombrado por Mejía, después de relatar los linderos señalados a Porto Alegre en la citada escritura de 1912 y en la demanda, conceptúa en esta forma: "En primer lugar debo decir al señor Juez, **como una afirmación categórica, que es imposible la identificación del predio llamado Porto Alegre** (subraya la Sala) por los linderos anteriormente descritos, ya que no se encuentra la llamada línea de Abejones, como que esa línea carece de mojones precisos y de cercos que la hagan distinguir plenamente o diferenciar de cualquiera otra línea divisoria de esos predios; por otra parte, el lindero que se señala del Oriente, o sea la Sierra Alta, es confuso, ambiguo y caprichoso; se trata de un terreno quebrado, accidentado, en el cual pueden apreciarse varias sierras, alturas diferentes unas de otras, en forma tal que ningún observador imparcial puede definir con claridad cuál de aquellas alturas es la que puede propiamente llamarse la Sierra Alta diferenciándola de las demás ya que no hay ninguna de esas cordilleras que se conozca con este nombre..." Se refiere en seguida a los demás linderos de la escritura de 1912, conceptúa que no es posible identificarlos y concluye diciendo que de ellos sólo hay coincidencia en el occidental, que es la carretera.

Después de copiar los linderos que la demanda señala al lote que se reivindica, dice este perito que son caprichosos y de identificación imposible, porque no se precisa la línea que separa a Porto Alegre de las Arditas ni la que separa a Las Arditas de lo ocupado por Mejía, porque los predios señalados por Oriente pertenecen a personas distintas de las indicadas, y porque la quebrada Yucatán no es lindero del predio en litigio, sino que atraviesa la finca de Mejía, situada en parte a uno y otro lado de aquélla. Agrega que los predios en ese territorio son regulares, por lo cual la longitud oriental debe ser igual a la occidental, y sin embargo, al paso que el título original de Porto Alegre, o sea la escritura de 1912, le señala por Occidente diez cuadras sesenta y seis varas y dos tercias, de modo que ésta es su extensión sobre la carretera, Venegas se pretende dueño de una extensión en la parte oriental que abarca varios kilómetros.

Responde este perito, no obstante su perentoria declaración de imposibilidad de identificar tanto a Porto Alegre como el lote disputado, que éste, tal como lo determina la demanda, es diferente del ocupado por Mejía y que éste "no está ubicado dentro de los linderos generales de la finca Porto Alegre".

El tercero en discordia expone que en asocio de personas conocedoras recorrió y reconoció el terreno; que optó por determinar la línea que separa Las Arditas de Porto Alegre en el sector comprendido entre la quebrada de Yucatán y la Sierra Alta, que es donde está la zona en litigio; que tomó como base los tres mojones cuya ubicación consigna y prolongó la línea hasta la Sierra Alta y así pudo apreciar por dónde corta las mejoras de Mejía en la parte que toca con Porto Alegre. Afirma la igualdad de linderos de la escritura de 1912 con los de la demanda, y después de indicar los que ésta señala al lote litigioso, dice: "**Estos linderos concuerdan perfectamente con los que aparecen en el terreno** (subraya la Sala), teniendo en cuenta que el lindero dudoso de la parte Sur, o sea el que toca con la línea del camino nacional a la Sierra Alta, fue determinado por mí, en mi carácter de ingeniero. **Dichos linderos se encuentran dentro de los límites generales de la hacienda de Porto Alegre.**

Esta afirmación la hace también, como ya se dijo, uno de los peritos principales, aunque sin respaldarla en razón alguna. Al frente de la respuesta afirmativa así formada sobre el hecho decisivo de la controversia, se levanta la rotunda negación del otro perito sobre la posibilidad misma de realizar las susodichas identificaciones de linderos y de terrenos. Aunque esta declaración de imposibilidad está contradicha por el perito tercero en discordia y es demasiado general para que el ánimo se incline a tenerla por exacta, se observa que viene acompañada de reparos valederos o al menos muy sugestivos sobre algunas de las líneas de alindación, como el referente a la longitud occidental de Porto Alegre y el relativo a la falta de precisión del punto en que ha de terminar la línea del Sur que vaya de la carretera hasta la sierra.

El precedente análisis de las exposiciones de los tres peritos hace ver cómo esta prueba deja en pie de duda los hechos básicos supradichos, no establecidos por la inspección ocular, dado lo que lamentablemente con ella acaeció. Y es así como, no por negligencia o inadvertencia de las partes,

llega el proceso a recibir su decisión en esa situación probatoria.

La comisión redactora del proyecto del actual Código de Procedimiento Civil, al explicar por qué conserva ciertas disposiciones de leyes anteriores, refiriéndose entre éstas a la que inviste al sentenciador de la potestad de dictar auto para mejor proveer en la mira de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, advierte: "sin que esto quiera decir que esté facultado para crear pruebas no producidas por descuido o impericia de las partes".

En este sentido se tiene aquí, a más de la inculpabilidad de ellas en el fracaso de su esfuerzo, que se ignora el resultado de la prueba que con lo antedicho se anuncia y, por tantó, a cuál de las dos venga a favorecer su decreto, por lo cual, sin lugar a la valla o preocupación aludidas, la Sala, que juzga oscuros y dudosos los mencionados puntos, puede considerar que es el caso de proceder como la autoriza a hacerlo el artículo 600 del C. J., dictando un auto para mejor proveer cuyos detalles se fijarán al dictarlo, a fin de obtener en bien de la justicia una base sólida y cierta para pronunciar sobre ella su decisión.

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 el cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y para pronunciar la que ha de reemplazarla dictará auto para mejor proveer una vez ejecutoriada la presente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Manuel José Vargas — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca. Emilio Prieto H., Ofl. Myr. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

ALCOHOLISMO CRONICO

Si el procesado padeciera de alcoholismo crónico, naturalmente que los médicos legistas y el mismo doctor Uribe Cualla que examinó al reo hubiera consignado en su informe todos los caracteres propios de esta enfermedad, y en vez de afirmar que Guavita es de inteligencia despierta y de cierta vivacidad, y que no tiene fallas en su atención, memoria y percepciones, hubiera traído como conclusiones de su dictamen los síntomas característicos de las personas que padecen ALCOHOLISMO CRONICO.

El hecho de que Guavita presente algunos estigmas de alcoholismo crónico, del lado de su sistema nervioso, sin que por esta circunstancia sus facultades mentales hayan sido afectadas, no implica la afirmación de que éste sufriera de alcoholismo crónico; los estigmas de la enfermedad no es lo permanente o habitual de ella, que se caracteriza por hechos y estados muy diferentes al trastorno funcional producido por los primeros, pues los estigmas no son propiamente los que constituyen el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol. Estos dos fenómenos son distintos, y su valoración ante la ley penal lleva a conclusiones distintas y a la imposición de sanciones también diferentes.

Habría lugar a atacar la sentencia por este motivo, si el concepto de la Oficina Central de Medicina Legal hubiera afirmado el estado de intoxicación crónica, y en ese supuesto, la obligación del juzgador de instancia era la de poner en consideración de los jueces de conciencia, ese estado, para que sobre él se pronunciaran al resolver las preguntas del cuestionario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de febrero quince de mil novecientos cuarenta y seis condenó a José Cayetano Guavita a la pena principal de nueve años de presidio como responsable del delito de homicidio agotado en la persona de Jesús Cagua.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y ante la Corte oportunamente se formuló la correspondiente demanda de casación.

Hechos:

El veinticinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la población de Chipaque se encontraban, José Cayetano Guavita, Pascuala y Lucía Guavita, en compañía de Jesús Cagua. Por cuestión de intereses particulares la conversación versó sobre el problema de unas sementeras que en compañía de Cagua tenía Cayetano Guavita. Parece que la respuesta de Cagua de que "él era un hombre ocupado y que no podía estar todos los días dando vuelta al huerto", provocó una reacción violenta en el ánimo de Cayetano Guavita, quien aprovechando esta circunstancia le propinó varias lesiones con arma cortopunzante que momentos después le ocasionaron la muerte.

Cuestionario:

Cumplida la tramitación procesal, el Juzgado formuló a los miembros del Jurado un cuestionario integrado por las siguientes preguntas:

"¿El acusado, José Cayetano Guavita Cagua, es responsable de haber dado muerte a Jesús Cagua, por medio de una herida ocasionada con arma

cortante y punzante, hecho ocurrido en jurisdicción municipal de Chipaque, de este Distrito Judicial, el día veinticinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres?"

"¿El acusado José Cayetano Guavita Cagua, cometió los hechos a que se refiere la pregunta anterior, hallándose Jesús Cagua en estado de indefensión, de inferioridad o inerme?"

El Tribunal de conciencia contestó afirmativamente la primera pregunta del cuestionario, y negativamente la segunda. Es decir, descartó la posibilidad de que el hecho fuera constitutivo de un homicidio calificado, asesinato, afirmando simplemente que el hecho era la expresión exacta de un homicidio simplemente intencional.

Con base en este veredicto, el Juzgado dictó la sentencia de mayo diez y siete de mil novecientos cuarenta y cinco, que impuso al reo la pena de nueve (9) años de presidio, providencia que al ser revisada por el Superior por motivo de apelación fue confirmada.

Demanda

Se invoca como causal de casación la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Cuando la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

El recurrente sustenta esta causal así:

"Al celebrarse la audiencia pública, no se tuvieron en cuenta, preceptos taxativos que establece la ley penal en orden a la prueba pericial técnica que existe en folios 62, 63 y 64 del expediente.

"La Ley 4ª de 1943, promulgada en veintisiete (27) de febrero de dicho año, establece en el artículo 28 la forma en que han de producirse los cuestionarios, que se someterán al Jurado, al principiar la audiencia pública. Fija en el Ap. 2º de dicho artículo, el texto siguiente:

"Si el procesado se hallare en estado de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, se agregará el siguiente cuestionario: "¿a tiempo de cometer el hecho a que se refiere el cuestionario anterior José Cayetano Guavita se hallaba en estado de enajenación mental?, ¿de intoxicación crónica?, ¿o padecía de grave anomalía psíquica?"

Y posteriormente agrega:

"En el estudio de este problema, relativo al alcoholismo crónico diagnosticado, y a la sífilis en evolución, es donde está fundamentado este recurso de casación, por infracción de la ley, ya que la pregunta que existe exigida por la Ley 4ª, no se formuló a los señores Jurados, y existe una razón jurídica perfecta para considerar el caso. Se ha infringido, pues, el artículo 28, Ap. 2º de la Ley 4ª de 1943, en relación con el artículo 29, inciso 2º del Código Penal vigente, y con los demás preceptos legales concordantes con las citas hechas".

Se considera:

En el auto de proceder se le imputó al procesado la comisión de un homicidio calificado —asesinato— por haberse cometido el delito en momentos en que el ofendido se encontraba "inerme" y "en condiciones de inferioridad" respecto de su agresor, lo que dio origen para considerar el hecho como una acción violatoria de las disposiciones de los artículos 362 y 363 del Código Penal, circunstancias que llevaron al Tribunal a hacer la afirmación de que la calificación era legal.

Dentro del juicio y durante el término probatorio, el Agente del Ministerio Público solicitó al Juzgado la práctica de un examen fisio-psíquico para determinar si el procesado padecía de alguna anomalía psíquica y al rendir su dictamen los médicos legistas expresaron:

"Se trata de un campesino completamente ignorante, que no sabe leer ni escribir. Es más bien de inteligencia despierta y de cierta vivacidad; tiene facilidad para contestar a las preguntas que se le formulan, y no se aprecia ninguna falla en su atención, memoria, y percepciones...

"Es lo más probable que este individuo, Guavita, tenga un temperamento irritable, que bajo la influencia del aguardiente que había estado bebiendo se puso de manifiesto, al tener una reacción completamente desproporcionada a los detalles de la discusión con su cuñado, que según parece fue completamente banal y sin mayor trascendencia".

Conclusiones

"1º José Cayetano Guavita no presenta alteraciones en su psiquismo.

"2º Es un individuo de temperamento explosivo, y que ha abusado del alcohol; y presenta

algunos estigmas de alcoholismo crónico, de lado de su sistema nervioso, pero sin que sus facultades mentales hayan sido afectadas.

"3º Tiene además una sífilis en evolución, que hasta ahora no ha tenido ningún tratamiento".

Del anterior concepto deduce el recurrente, que el procesado al momento de cometer el delito, se hallaba en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, y como consecuencia ataca la sentencia del Tribunal por violación del artículo 29 del Código Penal en relación con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943.

Los médicos legistas, en su dictamen no afirman que el reo padeciera o sufriera de alcoholismo crónico, porque ese estado de intoxicación se caracteriza por lo permanente o habitual de la enfermedad, y por los diversos síntomas y reacciones que se operan en la persona que los sufre. El estado de intoxicación crónica producida por el alcohol no puede confundirse en ningún caso con las simples reacciones que se operan en el sujeto por motivo de una simple embriaguez, el primero, produce perturbaciones o lesiones permanentes, y el segundo, si bien es verdad que puede en muchas veces causar perturbaciones mentales, ellas son transitorias y no permanentes.

"El alcoholismo crónico —dice Guillermo Uribe Cualla— se manifiesta fuera de los episodios agudos descritos por alteraciones somáticas y psíquicas atenuadas. Entre las somáticas se encuentran cefaleas, fenómenos digestivos, dolores de miembros, temblor de la lengua, de las manos, de los labios, que muchas veces resultan de la alteración hepática o de otros órganos. Del lado del psiquismo se ven cambios profundos en el carácter, irritabilidad, cóleras, reacciones violentas por causas fútiles, cambios de la afectividad, de la sensibilidad, disminución del sentido moral, del control de los actos que conduce a verdaderas reacciones antisociales. También son frecuentes el insomnio, las pesadillas, los sueños terroríficos, la agitación nocturna".

Si el procesado padeciera de alcoholismo crónico, naturalmente que los médicos legistas y el mismo doctor Uribe Cualla que examinó al reo hubieran consignado en su informe todos los caracteres propios de esta enfermedad, y en vez de afirmar que Guavita es de inteligencia despierta y de cierta vivacidad, y que no tiene fallas en su atención, memoria y percepciones, hubieran traído como conclusiones de su dictamen los síntomas característicos de las personas que padecen **alcoholismo crónico.**

El hecho de que Guavita presente algunos estigmas de alcoholismo crónico, del lado de su sistema nervioso, sin que por esta circunstancia sus facultades mentales hayan sido afectadas, no implica la afirmación de que éste sufra alcoholismo crónico; los estigmas de la enfermedad no es lo permanente o habitual de ella, que se caracteriza por hechos y estados muy diferentes al trastorno funcional producido por los primeros, pues los estigmas no son propiamente los que constituyen el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol. Estos dos fenómenos son distintos, y su valoración ante la ley penal lleva a conclusiones distintas y a la imposición de sanciones también diferentes.

Habría lugar a atacar la sentencia por este motivo, si el concepto de la Oficina Central de Medicina Legal hubiera afirmado el estado de intoxicación crónica, y en ese supuesto, la obligación del Juzgador de instancia era la de poner en consideración de los jueces de conciencia, ese estado, para que sobre él se pronunciaran al absolver las preguntas del cuestionario.

El hecho de que se hubiera calificado el mérito del sumario, no impedía el planteamiento de esta cuestión, porque lo inmodificable del auto de proceder, en repetidas ocasiones —ha dicho la Corte— es la parte resolutiva de dicha providencia, donde se hace el llamamiento a juicio por el delito que corresponde, circunscrito por la denominación que le da el Código Penal en el respectivo Capítulo, o en el correspondiente Título cuando éste no se divide en capítulos, porque en cuanto a la parte motiva sobre calificación específica del hecho que se imputa al procesado, como en lo relativo a las circunstancias conocidas que lo tipifican, ellas pueden modificarse con las pruebas que se aduzcan dentro del juicio, para que en su debida oportunidad sean propuestas al Jurado, cuando se trata de un juicio de esta naturaleza, o para que el Juez las considere en la respectiva sentencia en los juicios de derecho.

Pero cuando esas circunstancias modificadoras o eximentes de la responsabilidad no se hallen demostradas, el Juez carece de facultad legal para proponerlas al Tribunal de conciencia o para considerarlas en la respectiva sentencia. Y fue precisamente la falta de pruebas encaminadas a demostrar ese estado de alcoholismo crónico, las que obligaron al Juzgado a prescindir de formu-

lar la pregunta a que hace referencia el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que el demandante acusa como violada.

Por otra parte, "si las personas que intervinieron en la audiencia —dice la Procuraduría— no plantearon la hipótesis de la anormalidad del acusado, ni reclamaron oportunamente al Juez sobre la formulación de los cuestionarios, ni nada le pidieron al Jurado sobre el particular, ello quiere decir que ratificaron con su silencio lo hecho por el Juez del conocimiento. Y así las cosas, lo concerniente al estado de alcoholismo crónico que hoy plantea ante la Corte el señor apoderado, resulta un cargo de última hora, que no puede atenderse".

Por estos motivos, la causal invocada no prospera.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia de quince de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condena a José Cayetano Guavita a la pena principal de nueve años de presidio como responsable del homicidio consumado en la persona de su cuñado Jesús Cagua.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

COLISION DE COMPETENCIA —ABUSO DE CONFIANZA

Perteneciendo el abuso de confianza a la categoría de los delitos instantáneos, éste se agota o consuma en el lugar, sitio, o territorio donde la infracción o propósito de violar la ley penal toma realidad objetiva por actos positivos de acción o de omisión con los cuales se pretende conseguir el fin perseguido.

En tratándose de la comisión de un delito de abuso de confianza, por la no entrega de valores o mercancías provenientes de una consignación, la ejecución material del hecho, necesariamente debe vincularse a la obligación de entregar. Por esto la responsabilidad, sólo puede configurarse jurídicamente, en el momento en que debiendo entregarse el dinero o la mercancía dada en consignación, adquiere realidad objetiva por la apropiación de las cosas muebles ajenas, confiadas por un título no traslaticio de dominio, que es lo que propiamente constituye el delito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juez Penal del Circuito de Armenia, en auto de octubre treinta de mil novecientos cuarenta y cinco, declaró no ser competente para conocer de la acción penal seguida contra Ismael Ocampo González por un delito de abuso de confianza, y envió el sumario al Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué para que aprehendiera el conocimiento del negocio por ser éste —en su concepto— el funcionario competente.

El Juez Penal del Circuito de Ibagué, no encontró aceptables las razones del funcionario que provoca la competencia y se inhibe para conocer del negocio; como consecuencia, para que la Corte resuelva el incidente de colisión de competencia remite el negocio a esta entidad.

Ante la Inspección 2ª Municipal de la ciudad de Armenia, José Escobar denunció criminalmente a Ismael Ocampo, por el delito de abuso de confianza, consistente en haberse apropiado de algunos valores provenientes de mercancías, que el primero dio en consignación al segundo, para que las vendiera en las ferias que en el mes de julio de mil novecientos cuarenta y cinco se realizaban en Ibagué, con el compromiso de entregar esos valores, después de quince días de recibida la mercancía. Terminadas las ferias y transcurrido un plazo mayor al fijado para hacer la entrega del dinero o de la correspondiente mercancía, sin que se cumpliera ninguno de estos actos, Escobar presentó el correspondiente denuncio, estimando el valor de dichas mercancías en la suma de quinientos noventa y cinco ($ 595.00) pesos.

Iniciada la investigación, en el curso de ella, se comprobó con las declaraciones de Angel Ramírez y Jesús Martínez, ser ciertos los hechos denunciados, prueba que se corrobora con la declaración indagatoria del propio sindicado, quien afirma haber recibido la mercancía por el valor de quinientos noventa y cinco ($ 595.00) pesos.

Los motivos que aduce para justificar la no entrega de esos valores son dos: primero, que él se emborrachó el último día de las ferias y le robaron todo, y segundo, después de hacer la afirmación anterior, dice que no entregó el dinero, porque al momento de llegar a la ciudad de Armenia, lo sorprendieron y lo capturaron.

Se considera:

La colisión que la Corte debe resolver, en este caso, se limita a determinar cuál de los dos funcionarios es el competente, no por naturaleza de la infracción, sino por razón del territorio, y para que la Sala pueda pronunciarse sobre este problema, es indispensable que tenga autoridad y facultad para decidir en forma positiva o negativa la colisión de competencias que se ha suscitado entre dos funcionarios sobre los cuales tiene una jerarquía superior. Y esa facultad se la otorga el artículo 42, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal.

Perteneciendo el abuso de confianza a la ca-

tegoría de los delitos instantáneos, éste se agota o consuma en el lugar, sitio o territorio donde la infracción o propósito de violar la ley penal toma realidad objetiva por actos positivos de acción o de omisión con los cuales se pretende conseguir el fin perseguido.

En tratándose de la comisión de un delito de abuso de confianza, por la no entrega de valores o mercancías provenientes de una consignación, la ejecución material del hecho, necesariamente debe vincularse a la obligación de entregar. Por esto la responsabilidad, sólo puede configurarse jurídicamente, en el momento en que debiendo entregarse el dinero o la mercancía dada en consignación, no se cumplió, porque en este instante, la intención, adquiere realidad objetiva por la apropiación de las cosas muebles ajenas, confiadas por un título no traslaticio de dominio, que es lo que propiamente constituye el delito.

Si la obligación de Ismael Ocampo González era la de entregar los dineros provenientes de la mercancía dada en consignación en la ciudad de Armenia, y en esa dejó de cumplir el compromiso previamente adquirido, el conocimiento del negocio —si hubiere delito— corresponde al Juez Penal del Circuito de Armenia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME este incidente en el sentido de declarar que es el Juez Penal del Circuito de Armenia, y no el de Ibagué, el competente para conocer de la acción penal seguida contra Ismael Ocampo, por el delito de abuso de confianza.

Remítase el expediente al Juez Penal del Circuito de Armenia y envíese copia de esta providencia al Juez Primero del Circuito Penal de la ciudad de Ibagué.

Cópiese y cúmplase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SE DECLARA CESADO EL PROCEDIMI ENTO POR LOS HECHOS IMPUTADOS

Indudablemente que la actuación del doctor Silva, en su doble condición de apoderado y de Secretario de Gobierno, constituye un hecho que da margen para adelantar una investigación, y si es el caso, deducirle responsabilidad, pero la prohibición impuesta por la ley a los apoderados no implica la comisión de un delito imputable a los magistrados que revisaron la actuación del inferior.

No puede imputárseles un delito de prevaricato, porque esas irregularidades de procedimiento, provenientes de una mala interpretación de la ley, no son actos que tengan el poder suficiente, o la intención manifiesta, de violar la ley penal, o sea, que los magistrados hubieren faltado a sabiendas y deliberadamente a los deberes que les impone el normal desempeño de su cargo público, por simpatía hacia unos interesados y con marcada animadversión hacia los otros. Así, pues, el hecho de no declarar la nulidad pedida, tampoco es constitutivo de un delito de prevaricato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En memorial de julio 26 de 1945, el doctor Gregorio Vega Rangel presentó denuncio criminal contra los doctores Víctor M. Espinel Blanco, Carlos González Ruiz y Luis F. Urbina, quienes desempeñan actualmente los cargos de Magistrados del Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona.

Los cargos imputados se concretan en los puntos séptimo, noveno y décimo del memorial-denuncio, que dicen:

"Séptimo. — Que el Honorable Tribunal Superior de Pamplona, en la Sala correspondiente integrada por los señores Magistrados doctores Víctor M. Espinel Blanco, Carlos González Ruiz y Luis F. Urbina, mayores de edad y vecinos del Municipio de Pamplona, al pronunciar la sentencia de fecha 12 de junio del año en curso, y dar valor legal a la actuación del doctor Eduardo Silva Caradini, incurrieron en el mismo delito de denegación de justicia en que incurrió el Juez 2º en lo Civil del Circuito de Cúcuta y además en el delito contra la administración pública;

"Noveno.—Que el mismo Tribunal Superior de Pamplona, en su Sala Plena, compuesta por los doctores Víctor M. Espinel Blanco, Carlos González Ruiz y Luis F. Urbina, en contravención a expresas disposiciones legales, aceptó el desistimiento de la apelación interpuesta contra la sentencia que decretó la expropiación de fecha 4 de junio de 1944 que conjuntamente con el apoderado de la Nación doctor Eduardo Silva Caradini, presentó, sin facultad alguna para ello, el señor Guillermo García, mayor de edad, vecino de la ciudad de Pamplona, mandatario para esa época de las señoras Matute Gómez, perpetrando así el Tribunal el delito de extralimitación de funciones;

"Décimo.—Que el desistimiento presentado por el señor Guillermo García, a que hace referencia el aparte anterior, constituye un nuevo delito que define y castiga el Código Penal".

Antes de cerrar la investigación, se ordenó pasar el negocio al Procurador para que manifestara si en su concepto debían practicarse otras pruebas, o si era el caso de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

En concepto de fecha enero 22 del presente año, el colaborador pide se resuelva este negocio dando aplicación al precepto anteriormente citado, y al efecto dice:

"Al folio 12 del expediente obra una comunicación de la sentencia de 12 de junio de 1945, en la cual aparecen los razonamientos hechos por el Tribunal para no declarar nula la actuación habida en el proceso por razón de la doble personería que concuría en el doctor Eduardo Silva Caradini, y ordenar en cambio que contra éste se

iniciara acción penal. También aparecen allí las razones en las cuales se basó el mismo Tribunal para aceptar el desistimiento presentado en el juicio aludido por el doctor Guillermo García.

"Tales razonamientos demuestran un deseo de acertar y un estudio atento de las situaciones planteadas, que se refuerza con las declaraciones de los Magistrados, atrás transcritas.

"No se ve, pues, cuál sea el delito contra la administración pública que hayan podido cometer los Magistrados acusados, por razón de la sentencia que ellos profirieron en el juicio expresado.

"Es el caso, por lo tanto, de dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ordenando cesar todo procedimiento contra los denunciantes, como atentamente lo solicita este Despacho a la H. Corte".

Se considera:

En el curso del sumario se acreditó el carácter de empleados públicos que, como Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, tenían los sindicados en la fecha en que ocurrieron los hechos que se les imputa, mediante las respectivas actas de nombramiento y posesión, por lo cual la Corte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42, numeral 6º, del Código de Procedimiento Penal, es competente para conocer del negocio.

El doctor Eduardo Silva Caradini, como apoderado especial de la Nación, solicitó ante el Juzgado 2º Civil de Cúcuta y previos los trámites exigidos por la ley, la expropiación, por causa de utilidad pública, de una zona de terreno con una extensión de sesenta hectáreas, aproximadamente, localizada en la hacienda "El Resumen", de propiedad de las señoras Ida Matute Gómez de Grunwell e Issola Matute Gómez. El General Santos Matute Gómez, como apoderado de las demandadas, sustituyó el poder en el doctor Guillermo García, quien lo delegó en la persona del doctor Luis A. Cáceres.

Cumplidos los trámites exigidos para esta clase de juicios, el Juzgado dictó sentencia decretando la expropiación solicitada y ordenó que por medio de peritos se avaluara el monto de la indemnización. La sentencia fue apelada por el apoderado de las demandadas, pero al subir el negocio al Tribunal, ante esta entidad reasumió el poder el doctor Guillermo García, quien de acuerdo con la parte demandante, manifestó que desistía del recurso interpuesto, y el Tribunal, en providencia de octubre 14 de 1945, aceptó el desistimiento y declaró ejecutoriada la sentencia de primera instancia.

Afirma el denunciante que como en ese entonces el doctor Eduardo Silva C. desempeñaba el cargo de Secretario de Gobierno, no podía desistir; que el Tribunal, al admitir el desistimiento y tener como apoderado de la Nación al doctor Silva, cometió un delito de "denegación de justicia", y que al no decretar la nulidad de lo actuado incurrió en un delito contra la administración pública.

El Tribunal, en sentencia de julio 12 de 1945, al analizar las razones expuestas por el apoderado, en relación a la facultad que el doctor García tuviera para desistir, dice:

"Por otra parte, el doctor García sí tenía facultad para desistir como se deduce de la siguiente cláusula del poder que le fue otorgado por el General Santos Matute Gómez, apoderado general éste de sus hijas, las demandadas, y que dice: 'Renunciar culaquier trámite tan sólo en cuanto vaya en beneficio de sus poderdantes, y hacer lo propio que las interesadas harían necesariamente para su propio beneficio si estuvieren presentes para llevar a buen término el negocio a que este poder se contrae' ".

Y explica esta cláusula de la manera siguiente: "Convencido de que no podría exponerse con éxito a la expropiación ha podido juzgar el doctor García que era más conveniente a los intereses de sus poderdantes desistir del recurso para que el juicio continuara y terminara pronto. Por lo demás hay constancia en autos de que las interesadas no se han opuesto sistemáticamente a la expropiación habiéndose limitado más bien a perseguir un mejor precio o un mayor avalúo de la zona expropiada".

Si el Tribunal, mediante la apreciación lógica y jurídica de una de las cláusulas del poder, llegó a la conclusión de que el apoderado tenía facultad legal para desistir, esa interpretación surgida de una convicción moral y atemperada a la realidad procesal, en ningún caso puede ser constitutiva de delito.

El desistimiento de un recurso o la renuncia de términos dentro de un juicio, no puede hacerse sino por el titular de ese derecho o por el apoderado que tenga facultad para ello, y como en el caso **sub judice**, el apoderado de las demandadas, según el Tribunal, tenía esa facultad, el desistimiento hecho de conformidad con el poder, no da asidero para abrir una investigación criminal, ya

que ese acto no es constitutivo de una infracción de la ley penal.

El delito contra la administración pública, fundado en el hecho de que el Tribunal no declaró la nulidad de lo actuado, porque el doctor Silva, apoderado de la Nación, no podía representarla, por estar ejerciendo el cargo público de Secretario de Gobierno, fue explicado por el Tribunal, así:

"La tesis planteada por el señor apoderado recurrente, es, pues, lo más absurdo y desacertado que pueda concebirse y no hace falta detenerse a refutarla más. Pero aun admitiendo que la sentencia no fuera notificada en debida forma ni que tampoco lo fuera la demanda de expropiación no podría declararse la nulidad por falta de citación o emplazamiento, de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del C. J. porque según el aparte final del artículo 450 ibídem 'No puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad.' Es evidente que el doctor Eduardo Silva C., apoderado de la Nación, actuó e intervino en el juicio, ejerciendo su mandato a pesar de que desempeñaba también las funciones de Secretario de Gobierno del Departamento."

" .....

"Esta actuación del doctor Silva es francamente indebida, irregular e ilegal y es por todo aspecto censurable pero no está expresamente erigida en causal de nulidad y no tiene trascendencia en este proceso pues sólo ha de dar lugar a que se le deduzca la correspondiente responsabilidad penal una vez investigada su conducta al respecto como lo habrá de ordenar el Tribunal..."

Indudablemente que la actuación del doctor Silva, en su doble condición de apoderado y de Secretario de Gobierno, constituye un hecho que da margen para adelantar una investigación, y si es el caso, deducirle responsabilidad, pero la prohibición impuesta por la ley a los apoderados, no implica la comisión de un delito imputable a los Magistrados que revisaron la actuación del inferior.

No puede imputárseles un delito de prevaricato, porque esas irregularidades de procedimiento, provenientes de una mala interpretación de la ley, no son actos que tengan el poder suficiente, o la intención manifiesta, de violar la ley penal, o sea, que los Magistrados hubieran faltado a sabiendas y deliberadamente a los deberes que les impone el normal desempeño de su cargo público, por simpatía hacia unos interesados y con marcada animadversión hacia los otros. Así, pues, el hecho de no declarar la nulidad pedida, tampoco es constitutivo de un delito de prevaricato.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador, de acuerdo con él, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, DECLARA CESADO todo procedimiento contra los Magistrados doctores Víctor M. Espinel Blanco, Carlos González Ruiz y Luis F. Urbina, porque los hechos imputados como delitos, no han existido.

Remítanse estas diligencias al Tribunal para que resuelva lo que sea legal en relación con los demás cargos contenidos en el memorial-denuncio.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE HOMICIDIO

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Alfonso y Nicanor Fuertes, Luis Morán, y de Antonio, Israel y Manuel Mesías Obando, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 5 de octubre de 1945, por la cual —con fundamento en los artículos 362 y 385— fueron condenados a la pena principal de cuatro años de presidio, por el delito de homicidio en Segundo Espinosa, cometido al anochecer del once de septiembre de 1938, en el sitio "La Tola de Cutuaquer", Municipio de Ipiales.

Una vez que se hubo resuelto el impedimento y reemplazo del Magistrado doctor Sarasty, por causa de su intervención en este proceso como Magistrado del Tribunal de Pasto la Corte —en providencia del ocho de mayo del año pasado— previa admisión del recurso, dio el traslado respectivo a las partes, Procurador y recurrente, quienes, éste en su demanda y aquél en su concepto y con base en razones que adelante serán examinadas, solicitaron se casara la sentencia, lo que va a decidirse en este fallo, no sin antes resumir las circunstancias y motivos del delito, las diversas actuaciones del proceso que culminaron en la sentencia recurrida y, finalmente, las tesis y fundamentos del recurso.

A) El delito y el proceso

Siendo los motivos de impugnación de la sentencia casi en su totalidad referentes a la relación procesal —garantizada por la ley— entre la decisión de los Jueces de hecho y los Jueces de Derecho, no es indispensable por ahora detallar los variados incidentes que originaron la contienda entre los Fuertes, Morán y los Obandos de una parte, y Mueses, Patiño y Pepinosa de la otra — como tampoco lo fueron en la calificación que Juez y Tribunal hicieron del sumario— ya que la causal tercera aquí invocada no hace referencia a desacuerdo alguno del fallo y el auto de proceder. Lo que va a resumirse es, pues, suficiente para el estudio que compete aquí a la Corte.

A las fiestas u homenaje popular que los habitantes de Ipiales hicieron el once de septiembre de mil novecientos treinta y ocho a la Virgen de "Las Lajas", concurrieron los Fuertes (Alfonso y Nicanor), los Obandos (Antonio, Israel y Manuel) y Luis Morán, y también Elías Patiño, Julio Mueses y Segundo Pepinosa. Cómo y por qué los primeros cuando se encontraron en el sitio de "La Tola" en la última hora de la tarde del día mencionado atacaron a los otros, no fue claramente expuesto en las diversas providencias de los Jueces de instancia (autos de proceder y fallos), a no ser el alcohol que unos y otros ingirieron, o —según la explicación de algún testigo— la información de Pepinosa relativa al comercio ilegal que los Fuertes o uno de ellos ejercían en la frontera entre Colombia y Ecuador. Hubo, eso sí, una agresión de los Fuertes, Morán y Obandos, dentro de una mutua o no mutua contienda en la cual fue muerto Pepinosa a causa de la ruptura de la base del cráneo (golpe al caer a tierra y empujado por uno de los Fuertes), y herido (diez días de incapacidad) Julio Mueses.

Iniciado este proceso el 12 de septiembre de 1938 (duración hasta la sentencia de segundo grado, siete años), la Corte destaca los siguientes actos procesales:

a) Los autos de proceder del 10 de mayo y 14 de julio de 1939, del Juzgado 2º Superior y Tribunal, uno y otro del Distrito Judicial de Pasto, por la muerte de Pepinosa y las lesiones en Mueses, con dudosa referencia a una "reyerta" y también a la responsabilidad colectiva sin que hubiera podido comprobarse cuál de los seis acusados fuera el verdadero autor (complicidad correlativa);

b) Los autos de los mismos Juzgado y Tribunal (Febrero 7 y Junio 2 de 1944) sobre declaración del veredicto, contrario a la evidencia de los hechos, por cuanto contestó negativamente todas las cuestiones (hecho material, propósito, ri-

ña provocada por los agresores, riña imprevista) relativas al homicidio, y afirmativamente las relativas a las lesiones con exclusión de la circunstancia de la riña;

c) La sentencia de primer grado, del 13 de marzo de 1945, por la cual —con aplicación de los Arts. 31, 362, 372, 384 y 385 —se impuso a cada uno de los procesados la pena principal de seis años y nueve meses de presidio;

d) La sentencia de segundo grado, del 5 de octubre del mismo año, por la cual —con aplicación de los Arts. 362 y 385 únicamente— redujo a cuatro años la pena de presidio, en atención a la solicitud de Mueses para que no se les obligara a sus atacantes a cumplir la pena impuesta por las circunstancias (Art. 378 C. P.), y a la exclusión deliberada de la causa, dejando constancia de la riña imprevista reconocida por el jurado, y

e) Los autos del Tribunal Superior y de la Corte, del 10 de noviembre de 1945 y 8 de mayo del pasado año, por los cuales, respectivamente, el primero concedió y la segunda admitió, el recurso de casación.

B) Estudio y decisión del recurso.

Cuatro motivos de impugnación (Numerales 1º, 2º, 3º y 4º del Art. 567) presenta el recurrente en su demanda (dos escritos), a pesar de que sólo dos de éllos, los últimos, requieren —por acomodarse mejor a la técnica y norma del recurso— más detenido examen; en ese orden inverso se procede y como la nulidad (causal 4ª) —al estar fundada— tendría como obligada consecuencia la reposición del juicio desde el acto que la produjo, de ella debe partir el estudio del recurso.

a) La nulidad procesal

El cambio de sistema en la formulación de cuestionarios, que es en lo que el recurrente funda esta causal (la cuarta), no tiene aquí la trascendencia que le atribuye en la demanda, por cuanto —como va a explicarse—' dicho cambio no implica "la inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio", frecuente e intencionalmente elevada —con fines de extremo recurso defensista— a categoría de nulidad constitucional.

Lo que se objeta —concretamente— es el que el Juez no hubiera propuesto al segundo jurado el cuestionario múltiple propuesto al primero y sí, en cambio, el cuestionario único; es decir, que iniciado y desarrollado el proceso de acuerdo con la ley vigente en la época del delito (Ley 94 de 1938), los cuestionarios se hubieran formulado y celebrado la audiencia de acuerdo con una ley posterior y distinta (Ley 4ª de 1943).

La objeción no tiene fundamento jurídico, y la razón es doble: en cuanto a la actuación (contradictoria) del defensor-recurrente, y en cuanto a la doctrina alegada.

Sobre lo primero, las constancias son claras y explícitas. Formulados los cuestionarios el 6 de junio de 1940 de acuerdo con el sistema del Código (Ley 94 de 1938), y adicionados según decisión del Tribunal en el recurso contra negativa del Juez el 19 de noviembre de 1941, el defensor —en la audiencia celebrada dos años después (16 de noviembre de 1943)— objetó los cuestionarios porque, vigente ya la Ley 4ª, la adopción del sistema del Código podía generar nulidad procesal.

El defensor —según el acta de la primera audiencia— al comenzar su intervención pidió se leyeran los cuestionarios que se iban a proponer a la consideración de los jurados y se dijera si ellos se formularon de conformidad con la ley 4ª de 1943, y advertido de lo contrario conceptuó debían modificarse "ya que esa ley estaba vigente"; ante la extraña explicación del Juez de que eran válidos porque formulados conforme a la ley vigente cuando lo fueron, el defensor hizo constar —a pesar de que al final manifestó su acuerdo con el Juez— que su reclamo tenía el único "fin de evitar posteriormente nulidades", posición transaccional que no le impidió, en la última audiencia, reafirmar la validez del nuevo cuestionario formulado —como lo pidiera en la primera— de acuerdo con la ley 4ª. "En la audiencia pasada —dice el acta de la última (Enero 30 de 1945) refiriendo su intervención— el defensor había pedido que se adoptara en el procedimiento de la audiencia el señalado por la Ley 4ª del año 43, pero que en esa ocasión no se quiso adoptar ese procedimiento, y que ahora se lo hace, lo que demuestra precisamente que él (el defensor) sí tiene suficiente autoridad para que se le acepten y acaten sus conceptos".

El defensor —como se deduce de los anteriores conceptos emitidos en las audiencias, y de la demanda de casación ha modificado su tesis, pero no para darle mayor juricidad sino contrariamente para quitársela, adoptando así una equivo-

cada posición contradictoria, que no lo favorece en sus propósitos; el Juez, en verdad, no podía dejar de cumplir en 1945 una ley promulgada en 1943 ni mantener en 1945 los cuestionarios formulados en 1941, sin que pueda alegarse el carácter de ley que en los procesos tienen las decisiones judiciales, porque tratándose de normas procesales como las de la Ley 4ª, éllas son de Derecho Público, y de obligada e inmediata aplicación por consiguiente, conforme a la Ley 153 (Art. 40) de 1887; y por eso, cuando los Jueces han dejado de aplicar la Ley 4ª, aun en procesos iniciados antes de su vigencia, la Corte ha declarado la nulidad en casación; y aquí si se hubiera aplicado la Ley 94 (el Código) en vez de la Ley 4ª entonces sí, como en otros recursos, la causal cuarta (nulidad) habría prosperado; en éste, por las razones dichas, no prospera.

b) Desacuerdo del veredicto y la sentencia

La objeción del recurrente —que es fundada— consiste en que el Tribunal dictó sentencia, en oposición al mandato del Art. 480 del estatuto procesal penal, sin consideración a la circunstancia de la riña imprevista que el jurado reconoció en el veredicto.

El Jurado (en las segunda audiencia) declaró lo siguiente:

a) Que Alfonso y Nicanor Fuertes, Luis Morán y Antonio, Israel y Manuel Mesias Obando son responsables de la muerte de Segundo Pepinosa, sucedida el 11 de septiembre de 1938 en "La Tola" (Ipiales), cuando Alfonso Fuertes armado de un "berraquillo" propinó un golpe a Pepinosa habiéndole lanzado a una zanja, lugar en donde sus compañeros le propinaron varios golpes que le causaron la muerte;

b) Que este hecho fue ejecutado en riña suscitada de modo imprevisto para defenderse de agresiones injustas de Julio Mueses, Jesús Cuasquer Patiño y otros; y

c) Que los mismos son responsables de la herida causada a Julio Mueses, en el día y sitio indicados, también en riña suscitada de modo imprevisto y para defenderse de agresiones injustas del herido y de Jesús Cuasquer y de otros.

Diversamente Juez y Tribunal —como va a explicarse— interpretaron el veredicto del Jurado; el primero, como si se tratara de un concurso formal de delitos cometidos en complicidad correlativa y riña imprevista (Arts. 31, 362, 372, 384 y 385), a pesar de que Julio Mueses solicitó oportunamente, en uso de la facultad que el Art. 378 otorga, no se impusiera pena alguna a los responsables de las lesiones, y de que el Jurado no reconoció la complicidad correlativa; y el segundo, el Tribunal, descartando las figuras del concurso y de la riña imprevista —previa deducción de la pena por las lesiones —es decir, únicamente en atención al homicidio ejecutado en complicidad correlativa.

Sobre estas premisas —como se expuso en la primera parte de este fallo —el Juez impuso la pena de seis años y nueve meses de presidio a cada uno de los procesados, y cuatro —también a cada uno— el Tribunal.

Este —en resumen— incurrió en dos yerros: se abstuvo de considerar o tomar en cuenta la circunstancia de la riña imprevista omitida en el auto de proceder pero reconocida por el Jurado, y, en cambio, tomó en cuenta y consideró la complicidad correlativa, referida en aquél auto, mas no propuesta al jurado ni por éste reconocida. El Tribunal, por lo tanto, dictó sentencia en desacuerdo con el veredicto en el primer caso, y con los cargos del mencionado auto en el segundo.

Mas no siendo posible considerar la causal tercera por el aspecto último —desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder— porque no propuesta a la Corte, el examen se concreta al de la sentencia con el veredicto, que es el invocado.

El fundamento de la causal tercera —en la faz en que se estudia— reside en la necesidad jurídica de sancionar la transgresión de normas, como las de la jurisdicción, que son de orden público, y, por ese medio, defender y tutelar su actividad y eficacia; normas de esa especie son, entre otras, las de los Arts. 45 y 480 del estatuto procesal que rigen la potestad de los jueces del hecho y del derecho y cuya transgresión, se repite, es procesalmente sancionada.

El Art. 45, en efecto, atribuye conjuntamente a los Jueces (Superiores) y Jurados el juzgamiento de los delitos allí enumerados y el Art. 480, aplicación y desarrollo de aquél (el 45), delimita la potestad funcional de unos y otros, fijando a los segundos la de calificar los hechos sobre los cuales ha versado el debate —dice el artículo— y a los primerso la de dictar sentencia (aplicar la ley) de acuerdo con dicha calificación, sin otra excepción que la facultad de declarar —cuando es el

caso— que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso y de convocar a un nuevo jurado (Arts. 537 y 554); pero transcurrido el término dentro del cual el Juez o Tribunal podían subsanar aquél error, la sentencia —opuestamente a lo que decidió el Tribunal de Pasto y no obstante la inexistencia de la riña imprevista— tenía que subordinarse obligadamente al veredicto, y con mayor razón tratándose de un segundo veredicto, que —por imperio del Art. 537— es definitivo, es decir, procesal y judicialmente invulnerable.

Desechada, pues, por el Tribunal, la circunstancia de la riña imprevista que expresa y categórica aunque opuestamente a los datos del proceso reconoció el segundo jurado, creó un flagrante desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, fundando así la causal de casación (tercera) invocada y que, por lo tanto, prospera.

c) Errada apreciación de los hechos

No es pertinente ni aplicable la segunda causal de casación —y esta doctrina la ha sustentado y reafirmado sin vacilar la Corte desde hace varios años —cuando, por haber dejado transcurrir el tiempo de pedir y probar la declaración de veredicto contrario a la evidencia de los hechos o haber sido negada la petición, se tiene el propósito de atacar la decisión del jurado sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad y de obtener en casación lo que no fue posible obtener en las instancias; pero —debe repetirse— el debate sobre pruebas, como el que el recurrente quiere que se abra, es propio de aquéllas y no de este recurso ante la Corte, precisamente creado para controvertir problemas de derecho que no fueron entonces resueltos o aclarados; calificados los hechos por el jurado; no declarados oportunamente contrarios a la evidencia del proceso, y debida y correctamente aplicada la ley sobre esa calificación, invadiría la Corte jurisdicciones de instancia si aceptara —para atacar el veredicto— una causal que, además, fue excluída del nuevo estatuto procesal.

d) Errada aplicación de la ley penal.

La tesis de que el Tribunal violó la ley penal porque —habiendo el jurado declarado la circunstancia de la riña imprevista— no aplicó el Art. 384 del estatuto penal, es jurídica; en todo motivo de casación hay una violación, sea de una norma de Derecho Penal Material, sea de una norm de Derecho Penal Formal, y si la violación d ésta siempre incide en la de aquélla, esta extrem realidad jurídica no excluye la convenienci —cuando se han invocado dos motivos, el 1º y 3º, como aquí —de situar cada motivo en la cla sificación que más técnicamente por ley le co rresponde. En este caso, por tal razón, no obstan te que la causal primera es viable, se casa la sen tencia en virtud de la tercera porque en el fond se trata de un flagrante desconocimiento del ve redicto, que —por mandato del Art. 480 del es tatuto procesal penal— es la base primordial d la sentencia.

No se hubiera invocado, como causal de casación, el desacuerdo del veredicto y la sentencia el recurso habría prosperado por la violación (omisión del Art. 384) de la ley penal.

C) El fallo

No siendo jurídicamente posible excluír la complicidad correlativa tan irregularmente computada en la sentencia (sin declaración del jurado) conforme a doctrina de la Corte, y debiendo, además, aceptar la riña imprevista, aunque no suficientemente acreditada, por el motivo contrario, esto es, porque propuesta y reconocida por el jurado, la Corte —fundada la causal tercera— no puede menos de reducir la pena en consideración al Art. 384 (riña imprevista) que el Tribunal omitió.

"En el presente negocio —dice el Procurador Delegado, y en ello concuerda la Sala— hay que aplicar el Art. 384 del Código Penal para respetar el veredicto del jurado. Los cuatro años de presidio que impuso el Tribunal por concepto del homicidio y la complicidad correlativa deben quedar en firme, puesto que éllo no ha sido atacado en casación ni es materia de debate alguno. De suerte que de este total debe hacerse la disminución de una cuarta parte a la mitad que ordena el Art. 384. En concepto de la Procuraduría, la resta sólo debe hacerse tomando como base la cuarta parte, y no la mitad, porque el homicidio cometido por los procesados revistió una excepcional gravedad, dadas las condiciones desventajosas y de indefensión en que fue acometida la víctima por un crecido número de atacantes (eran seis), y a la falta de motivos que los determinara a esa despiadada agresión, la cual fue sólo el fruto de la embriaguez en que se encontraban. Aquí es de obligado cumplimiento el Art. 36 del estatu-

to penal, para no aplicar el mínimo de la sanción. Por lo tanto —termina el Procurador— la rebaja que equitativamente debe hacerse es la de un año de presidio".

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 la solicitud del Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pasto y en su lugar —con aplicación de los Arts. 362, 384 y 385 del estatuto penal— condena a Alfonso y Nicolás Fuertes, Luis Morán, Israel, Manuel Mesias y Antonio Obando a la pena de tres (3) años de presidio, por el delito de homicidio en Segundo Pepinosa, cometido en el punto de "La Tola", Municipio de Ipiales, la tarde del 11 de septiembre de 1938.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán J.—Enrique A Becerra, Conjuez.—**Julio E. Argüello R.,** Secretario.

CURADURIA "AD LITEM" EN MATERIA CIVIL Y PENAL

1.—Es evidente que de conformidad con el artículo 463 del Código Civil, toda tutela o curaduría necesita como condición indispensable el que sea discernida para poder ejercerla, y es cierto que el artículo 467 dispone que los actos del tutor o curador que no están autorizados por el decreto de discernimiento son nulos; pero los mandatos contenidos en estas disposiciones, aplicables a los casos que surgen en el ramo civil, no son de imperativo cumplimiento en campo penal.

En lo civil, el cargo de curador se da para la guarda o administración de bienes de la persona incapaz, y en lo penal, este mismo cargo —curador ad-litem— se da para garantizar los derechos de defensa del menor de edad, o de la persona ausente, en relación con su situación jurídica pendiente ante la ley.

Para el ejercicio del primero, es indispensable el decreto de discernimiento, por ser la curaduría una institución esencialmente de derecho civil y por exigirlo perentoriamente la ley, con sanción de nulidad. Para el ejercicio del segundo, no es necesario el decreto de discernimiento, porque en el ramo penal, el nombramiento de curador ad-litem es un acto de naturaleza procedimental, y se da únicamente para complementar la personería del menor, o para representar y defender al sindicado o procesado ausente.

En lo penal, el curador ad-litem no es un guardador de bienes, sino un defensor o apoderado del menor, o del ausente, y es entendido que ni el defensor ni el apoderado necesitan para desempeñar sus funciones, de un decreto en que previamente se les discierna el cargo. Para ejercer el mandato de curador ad-litem en los negocios criminales, sólo es indispensable prestar el juramento de cumplir con los deberes que aquél les impone (Art. 349 del C. de P. P.).

2.—El art. 183 del C. de P. P. determina la clase de recursos a los cuales están sujetas las providencias que dicten los funcionarios de la rama penal, y entre otros, enuncia el de reposición, el de apelación, el de hecho y el de queja, pero la ley no menciona ni incluye el de súplica. En materia de recursos, las disposiciones que los reglamentan son perentorias, de estricto cumplimiento, y sería antijurídico conceder o hacer extensivo un recurso, como el de súplica, que no rige ni está consagrado por la ley para los procesos criminales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

El doctor Carlos Arturo Díaz, curador ad-litem del ciudadano chino Juan J. Chang, pide reposición del auto por el cual se ordenó correrle traslado de la solicitud de EXTRADICION formulada por la Embajada del Ecuador, y expone, como argumentos, los siguientes:

"Fundo esta solicitud en el hecho de que creo que para poder ejercer esa Curaduría necesito que primero se dicte el Decreto de discernimiento y se me faculte para ejercerla. Como es sabido lo referente a la Curaduría se rige por las normas, precisas que se encuentran consignadas en el Código Civil, donde existe el artículo 463 que dice en forma imperativa: "Toda tutela o Curaduría debe ser discernida". Como se vé el precepto no excluye del discernimiento a ninguna clase de tutela o Curaduría lo que quiere decir que no están exceptuadas las Curadurías ad-litem".

Y, posteriormente, expresa:

"Hago esta solicitud porque estimo que podría quedar viciada mi actuación por falta de personería, por no haberse dictado el decreto de discernimiento como lo ordena el Código.

"Para el caso improbable de que no se acceda a esta reposición interpongo recurso de súplica ante el resto de los Magistrados de la Sala".

Se considera:

Es evidente que de conformidad con el artícu-

lo 463 del Código Civil, toda tutela o curaduría necesita como condición indispensable el que sea discernida para poder ejercerla, y es cierto que el artículo 467 dispone que los actos del tutor o curador que no están autorizados por el decreto de discernimiento son nulos; pero los mandatos contenidos en estas disposiciones, aplicables a los casos que surgen en el ramo civil, no son de imperativo cumplimiento en el campo penal.

En lo civil, el cargo de curador se da para la guarda o administración de bienes de la persona incapaz, y en lo penal, este mismo cargo —curador ad-litem— se da para garantizar los derechos de defensa del menor de edad, o de la persona ausente, en relación con su situación jurídica pendiente ante la ley.

Para el ejercicio del primero, es indispensable el decreto de discernimiento, por ser la curaduría una institución esencialmente de derecho civil y por exigirlo perentoriamente la ley, con sanción de nulidad. Para el ejercicio del segundo, no es necesario el decreto de discernimiento, porque en el ramo penal, el nombramiento de curador ad-litem es un acto de naturaleza procedimental, y se da únicamente para complementar la personería del menor, o para representar y defender al sindicado o procesado ausente.

En lo penal, el curador ad-litem no es un guardador de bienes, sino un defensor o apoderado del menor, o del ausente, y es entendido que ni el defensor ni el apoderado necesitan para desempeñar sus funciones, de un decreto en que previamente se les discierna el cargo. Para ejercer el mandato de curador ad-litem en los negocios criminales, sólo es indispensable prestar el juramento de cumplir con los deberes que aquél les impone (Art. 349 del C. de P. P.).

Así lo ha resuelto la Corte cuando dijo:

"En asuntos criminales no es preciso el discernimiento del cargo para que pueda ejercerlo válidamente el curador **ad-litem** que se nombre al reo menor. Por tanto, la falta de discernimiento no acarrea nulidad del proceso". (Sentencia, 17 de febrero de 1920, XXVIII, 287, Ia.—Garavito, Jurisprudencia, Tomo 3º)

Si lo anterior se afirma respecto de la curaduría de un menor, con mayor razón este mismo argumento sirve para sostener que no es necesario o indispensable el discernimiento del cargo al curador de un ausente, porque, en tal caso, ni siquiera se trata de complementar la personería de un incapaz, sino de representar a una persona capaz de comparecer en juicio, a la cual, por ocultarse deliberadamente, o por hallarse ausente, se le nombra un curador, que desempeña, prácticamente, el papel de defensor o apoderado dentro de las diligencias criminales, y en ningún caso se le confía la guarda de bienes.

Recurso de súplica

El Art. 183 del C. de P. P. determina la clase de recursos a los cuales están sujetas las providencias que dictan los funcionarios de la rama penal, y entre otros, enuncia el de reposición, el de apelación, el de hecho y el de queja, pero la ley no menciona ni incluye el de súplica. En materia de recursos, las disposiciones que los reglamentan son perentorias, de estricto cumplimiento, y sería antijurídico conceder o hacer extensivo un recurso, como el de súplica, que no rige ni está consagrado por la ley para los procesos criminales.

Pero aceptando la hipótesis de que el recurso de súplica fuera aplicable a los procesos penales, él no tendría cabida respecto de las decisiones de los autos interlocutorios dictados por la Corte o por los Tribunales, porque estas providencias se pronuncian por la Sala Penal en la Corte y por la Sala de Decisión en los Tribunales, de manera que el recurso de súplica, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 511 del C. J., no habría ante quien interponerlo. Por otra parte, el auto cuya reposición se pide es de simple sustentación, y contra las providencias de esta clase no procede el recurso de súplica.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

a) NEGAR la REPOSICION pedida contra el auto de fecha 30 de enero del presente año, y

b) NEGAR el RECURSO de SUPLICA, por no ser pertinente.

Notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

AVISO DE INICIACION DEL SUMARIO

Es al funcionario de Instrucción que recibe el denuncio, a quien corresponde dar el aviso al Juez de Circuito y al Agente del Ministerio Público, de que se ha iniciado la correspondiente investigación, para cumplir en esta forma con los mandatos de los artículos 277 y 292 del C. de P. P. Y ese deber se llena a cabalidad cuando en el auto cabeza de proceso se deja la respectiva constancia; toda otra omisión, como sería la falta de comunicación escrita, no lo hace responsable ante la ley penal, porque dentro de sus deberes, como superior jerárquico, no está el de cumplir con las obligaciones del Secretario.

El Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá no podía imponer la multa disciplinaria de que trata el artículo 278 del C. de P. P., porque en el proceso existía la atestación de que el Funcionario de Instrucción ordenó dar el correspondiente aviso sobre iniciación del sumario, y no había razón o motivo legal para desconocer esas afirmaciones que constan en documentos públicos, mientras no se hubiera demostrado lo contrario, caso en el cual sí hubiera sido pertinente la imposición de la multa disciplinaria, por omisión del aviso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, consulta la sentencia de fecha 23 de agosto de 1943, que en su parte resolutiva dice:

"....DECLARA que los hechos imputados a la doctora Rosa Rojas Castro, Juez 3º Penal de este circuito, no los tipifica la ley como infracción penal, y ordena, cesar todo procedimiento contra ella".

Cumplida la tramitación de la instancia, recibido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, se procede a su estudio.

Antecedentes

El Dr. Carmelo González Cortina, defensor de Pedro Pablo Orjuela, denunció criminalmente al Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá, doctora ROSA ROJAS CASTRO, porque no sancionó al Funcionario de Instrucción que, en el negocio adelantado contra su defendido, omitió dar cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 277 del C. de P. P., en relación con el aviso sobre iniciación del sumario.

Como el Juez 3º Penal del Circuito no hizo uso de la atribución conferida por el Art. 278 del C. de P. P., o sea, la de sancionar al Funcionario Instructor, por incumplimiento de la primera disposición citada, esa omisión lo hace responsable de un delito que el Código Penal sanciona en el Capítulo Sexto del Título III, Lib. 2º; "De los abusos de autoridad y otras infracciones".

Además, dice el denunciante que para procurarse una prueba que diera la demostración del hecho imputado, pidió al Juez 3º Penal del Circuito "una certificación tendiente a dejar constancia escrita de la omisión del mencionado funcionario en el negocio de Pedro Pablo Orjuela, pero cuál no sería mi sorpresa al ver que mi solicitud fue resuelta en los siguientes términos:

"Dígase al señor abogado doctor González Cortina que el Juez no tiene obligación de certificar sino sobre aquellos hechos que pasan ante él en ejercicio de sus funciones y de los cuales no quede constancia en el proceso (Art. 632 del C. de O. J.)". "Y que además, tampoco tiene obligación de dar explicaciones a las partes sobre los motivos de orden jurídico o legal que le hayan servido para fundamentar sus decisiones". "Por tales razones no se expide el certificado solicitado por dicho abogado en el escrito anterior".

"Yo pedí reconsideración del anterior despropósito por memorial de fecha 7 de septiembre de 1943, cuya copia acompaño a este alegato, pero el Juez insistió en no expedirme el certificado,

asándose siempre en el artículo 632 del Código é Procedimiento Civil que se refiere al valor robatorio que puedan tener los instrumentos proenientes de funcionarios que ejerzan cargos con utoridad pública, y que en ningún caso lo inhibía lo autorizaba a denegar mi demanda.

"En este incidente, la conducta del señor Juez º del Circuito en lo Penal de Bogotá encaja, uando menos, en lo que dispone el artículo 172 el Código Penal:

"El funcionario o empleado público que omita, ehuse o retarde la ejecución de algún acto a que egalmente esté obligado, incurrirá en multa de liez a trescientos pesos, siempre que el hecho no enga señalada otra sanción más grave".

Tanto la calidad de funcionario público que como Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá tenía la doctora Rosa Rojas C., como el ejercicio de funciones en la época en que se cumplieron los hechos investigados, están debidamente comprobados con el Acuerdo de Nombramiento, Acta de Posesión y las respectivas constancias procesales.

Los cargos imputados son dos:

a) El haber omitido imponer la multa disciplinaria al Funcionario Instructor, por la omisión de dar el correspondiente aviso sobre iniciación del sumario, y

b) El haber rehusado la expedición de un certificado pedido por el apoderado o defensor del sindicado Pedro Pablo Orjuela, en el proceso seguido contra éste.

El Procurador Delegado en lo Penal pide se confirme la providencia del Tribunal Superior, y después de sostener que no existe delito alguno en los hechos imputados al Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá, dice:

"Parece que se trata aquí del resentimiento de un abogado contrariado en sus aspiraciones y que se traduce en una acusación precipitada contra el funcionario que, en cumplimiento de lo que ha creído razonadamente su deber, se ha apartado del criterio expuesto o sometido a su consideración.

"Por tanto la Procuraduría solicita atentamente a la H. Corte que confirme el fallo consultado".

—

Aureliano Castro denunció a Pedro Pablo Orjuela, por un delito de lesiones personales, ante el Juez 2º Penal Municipal, funcionario que, en el auto cabeza de proceso, de fecha 3 de mayo de 1939, en el punto 4º, dispuso lo siguiente:

"....dar los avisos de iniciación al Juzgado del Circuito y al Sr. Personero Municipal".

Y, posteriormente, en auto de 15 de mayo del mismo año, de la Inspección Cuarta Municipal, se anotó: "Se ofició".

Las afirmaciones anteriores, tomadas del proceso iniciado contra Pedro Pablo Orjuela, son suficientes para demostrar lo inexacto de uno de los cargos imputados.

Se considera:

Es al Funcionario de Instrucción que recibe el denuncio, a quien corresponde dar el aviso al Juez de Circuito y al Agente del Ministerio Público, de que se ha iniciado la correspondiente investigación, para cumplir en esta forma con los mandatos de los Arts. 277 y 292 del C. de P. P. Y ese deber se llena a cabalidad cuando en el auto cabeza de proceso se deja la respectiva constancia: toda otra omisión, como sería la falta de comunicación escrita, no lo hace responsable ante la ley penal, porque dentro de sus deberes, como superior jerárquico, no está el de cumplir con las obligaciones del Secretario.

El Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá no podía imponer la multa disciplinaria de que trata el artículo 278 del C. de P. P., porque en el proceso existía la atestación de que el Funcionario de Instrucción ordenó dar el correspondiente aviso sobre iniciación del sumario, y no había razón o motivo legal para desconocer esas afirmaciones que constan en documentos públicos, mientras no se hubiera demostrado lo contrario, caso en el cual sí hubiera sido pertinente la imposición de la multa disciplinaria, por omisión del aviso.

En referencia al otro cargo, el Tribunal se expresa así:

"De lo que conste en los expedientes, o en los libros radicadores, es al Secretario, especialmente encargado de la guarda de ellos, a quien corresponde expedir y dar fe en los certificados que se soliciten, cuando lo prescriba la ley, o lo prevenga el respectivo Juez. (Artículo 121, numerales 3º y 8º, y 115 del C. de R. P. y M.).

"El abogado doctor González ha debido, por tanto, pedir al Juez que a su Secretario ordenara la expedición de las certificaciones en lo referente a los puntos 1º, 2º, 3º y 4º porque, en verdad, no existe disposición legal alguna que obligara al Juez a expedir, él mismo, dicha certificación, como se lo solicitó el abogado González Cortina".

Lo que el defensor pedía era prácticamente una

certificación autorizada de los actos realizados en el sumario seguido contra Pedro Pablo Orjuela, y si es verdad que las personas que intervienen en el proceso penal pueden solicitar copias y certificaciones de la actuación (artículo 165 del C. de P. P.), también es evidente que el funcionario que conoce del negocio se halla impedido para expedirlas, mientras la solicitud no contenga el ofrecimiento de prestar promesa juramentada de no violar la reserva del sumario, y como esa formalidad no se cumplió por el apoderado o defensor del procesado, necesariamente su petición debía ser negada, y al proceder en esta forma, el Juez no incurrió en ninguna infracción sancionada por el Código Penal.

Así, pues, los cargos imputados no son considerados por la ley como infracción penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se declara cesado todo procedimiento contra la doctora Rosa Rojas Castro, Juez 3º Penal del Circuito, por no ser, los hechos imputados, constitutivos de infracción penal.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

NOMBRAMIENTO DE PERITOS

La ley exige que el nombramiento de peritos se haga en personas honorables y competentes, y esto es muy lógico, porque si los peritos son auxiliares de la justicia, existen mayores probabilidades de acierto cuando las personas que rinden su concepto en determinado juicio —civil o penal— no tienen ninguna tacha sobre su capacidad, honorabilidad e imparcialidad. Si el Juez o las partes nombran como peritos a quienes no reúnen las condiciones determinadas por el artículo 711 del C. J., ese proceder constituye un acto indebido que entraña una omisión en el cumplimiento de sus deberes, pero esa falta no está erigida como delito por la ley penal.

Si deliberadamente el Juez designa como perito a una persona sindicada por la comisión de varios delitos de falsedad y estafa como Eduardo Mahé; si dentro de la opinión social el perito es reputado como elemento peligroso y de malos antecedentes, por tener cuentas pendientes con la justicia, ese nombramiento no sólo constituye un acto reprobable que desdice de la seriedad y pulcritud del funcionario que lo hace, sino que expone al Juez a que se piense que entre él y el designado existe cierta convivencia o estímulo de relaciones ilícitas con fines de lucro.

El doctor Castro, Juez 8º Civil del Circuito, no debió nombrar a Eduardo Mahé para desempeñar el cargo de perito, porque esta persona no reunía las calidades que exige la ley para tal fin; pero este hecho aceptado por las partes, ya que no hicieron uso de la facultad que les concede el artículo 708 del C. J., no es constitutivo de una infracción que implique responsabilidad para quien lo ejecuta.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá consulta la providencia de agosto veintitrés de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Jorge Isaac Castro, por los cargos materia de la presente investigación.

Hechos:

La Sala Civil del Tribunal, en acuerdo número 19 de 1943, en su considerando único, dijo:

"Que el doctor Jorge I. Castro, actual Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá, reconoció ante esta Corporación: que inmediatamente después de haber practicado una diligencia judicial en un juicio a su conocimiento recibió en préstamo la cantidad de veinte pesos ($ 20.00) m/cte. de quien asesoró a una de las partes en tal diligencia; y que en proceso distinto designó perito a una persona conocida suficientemente como sindicada en varias investigaciones criminales...".

En el curso de la investigación, con fecha 15 de febrero de 1944, el doctor Manuel S. Guzmán denunció ante el Tribunal al doctor Castro, por estos hechos:

a) Que en el juicio adelantado en el Juzgado 8º Civil del Circuito por Antonio Bassil contra The Home Insurance Company, se nombró como perito al señor Eduardo Mahé, persona no versada en negocios de contabilidad, quien se hallaba sindicado por la comisión de varios delitos; que en la fijación de honorarios se omitieron las formalidades previstas por la ley, y

b) Que el señor Marcos Gutt, quien tenía pendiente un negocio en el mencionado Juzgado, le manifestó al doctor James W. Raisbek Jr. que Eduardo Mahé le dijo que le resolvería el negocio a su favor, si Marcos Gutt "le pagaba por una sentencia favorable a sus intereses", y que el mismo Mahé trabajaba o asistía con regularidad al Juzgado, sin ser empleado y sin facultad para desempeñar un cargo público.

Está comprobado que el doctor Jorge I. Castro, en el juicio seguido por Pablo Gil y su apoderado doctor Domingo Romero contra la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca, practicó, con fecha 26 de agosto de 1943, una diligencia de inspección ocular en la ciudad de Facatativá, y que a ese acto concurrió el señor Jesús A. Godoy, quien,

una vez terminada la diligencia, suministró al doctor Castro la suma de veinte pesos ($ 20.00) moneda legal.

También se halla establecido el hecho de que el doctor Castro, como Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá, en el juicio adelantado por Antonio Bassil contra The Home Insurance Company, nombró como perito el señor Eduardo Mahé, y que como honorarios, para los dos que fueron designados, fijó la suma de cuatro mil pesos.

Cierto es que en un principio, al hacer el avalúo de esos honorarios, se pretermitieron algunos trámites procesales, pero cuando se anotó el error, éste oportunamente fue corregido por el sindicado. También es evidente que Eduardo Mahé ha sido acusado por la comisión de varios delitos de falsedad y estafa.

Con el Acuerdo de Nombramiento, acta de posesión y demás constancias procesales, se acredita la calidad de empleado público, que el doctor Castro tenía en la época en que se cumplieron los hechos imputados, como Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá.

Se considera:

Cierto es que el doctor Castro recibió de Jesús A. Godoy la suma de veinte pesos ($ 20.00) moneda legal, pero no está demostrado que ese valor lo aceptara como una promesa remuneratoria, por el acto que en ejercicio de sus funciones debía llevar a cabo el Juez 8º Civil del Circuito, sino a título de préstamo. Así lo atestiguan Godoy —el prestamista— persona extraña a los intereses y consecuencias del juicio, y el abogado que, en representación de la parte demandada, intervino en la diligencia de inspección ocular.

La ley exige que el nombramiento de peritos se haga en personas honorables y competentes, y esto es muy lógico, porque si los peritos son auxiliares de la justicia, existen mayores probabilidades de acierto cuando las personas que rinden su concepto en determinado juicio —civil o penal— no tienen ninguna tacha sobre su capacidad, honorabilidad e imparcialidad. Si el Juez o las partes nombran como peritos a quienes no reúnen las condiciones determinadas por el artículo 711 del C. J., ese proceder constituye un acto indebido que entraña una omisión en el cumplimiento de sus deberes, pero esa falta no está erigida como delito por la ley penal.

Si deliberadamente el Juez designa como perito a una persona sindicada por la comisión de varios delitos de falsedad y estafa como Eduardo Mahé; si dentro de la opinión social el perito es reputado como elemento peligroso y de malos antecedentes, por tener cuentas pendientes con la justicia, ese nombramiento no sólo constituye un acto reprochable que desdice de la seriedad y pulcritud del funcionario que lo hace, sino que expone al Juez a que se piense que entre él y el designado existe cierta convivencia o estímulo de relaciones ilícitas con fines de lucro.

El doctor Castro, Juez 8º Civil del Circuito, no debió nombrar a Eduardo Mahé para desempeñar el cargo de perito, porque esta persona no reunía las calidades que exige la ley para tal fin; pero este hecho aceptado por las partes, ya que no hicieron uso de la facultad que les concede el artículo 708 del C. J., no es constitutivo de una infracción que implique responsabilidad para quien lo ejecuta.

En referencia al cargo de que Eduardo Mahé le dijo a Marcos Gutt que dictaría una sentencia favorable a sus pretensiones en el negocio en el cual era parte, no está probado el hecho, por cuanto el mismo interesado Marcos Gutt manifiesta no ser cierta la información, pues él nunca afirmó que Mahé fuera la persona que le hizo tal ofrecimiento. Otro tanto se dice respecto a la colaboración que Mahé prestaba en el Juzgado, cargo que tampoco se halla probado.

"Del curso del sumario—dice la Procuraduría— resulta que las censuras que el auto consultado hace al doctor Castro son fundamentadas, especialmente por nombrar sujetos como Mahé para asesorar la administración de justicia, pues tales nombramientos no sólo desacreditan a quien los hace sino a la autoridad judicial en general, por cuyo buen nombre deben propender todos quienes están investidos de la augusta misión de juzgadores".

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de fecha veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Jorge Isaac Castro.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello E., Srio.



HOMICIDIO—CAUSAL 2ª DE CASACION—CAUSAL 5ª

1—Para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto por el numeral 5º del artículo 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados para repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por la perversidad, por falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima; y ésta la razón para que la ley repute estos hechos como de excepcional gravedad y los reprima como asesinato. Lo esencial en estos casos, es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halla colocado el sujeto pasivo del delito.

"Si el pensamiento del legislador —dice la Procuraduría— hubiera sido el de exigir una serie de actos pérfidos y cautelosos de parte del acusado, tendiente a conseguir la inferioridad o indefensión de la víctima, y de esa manera tener el delito como asesinato, no habría puesto como ejemplo de esta figura el cometer el homicidio con alevosía o por medio del veneno, ya que en estas hipótesis pueden presentarse muchos casos en que el delincuente asegura el golpe sin haberle fingido al que murió sentimientos de amistad, o disimulando la pasión del odio, u ocultándose a su vista para sorprenderlo, en una palabra, sin haberlo engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión...".

2—En los juicios en que interviene el Jurado —ha dicho la Corte— no es admisible la causal segunda de casación, porque ello conduce a valorar pruebas que ya fueron estimadas por los jueces de conciencia, de acuerdo con la convicción íntima de los hechos sobre los cuales se los interroga; además, ello conduciría a formular una declaratoria de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos procesales, atribución privativa de los juzgadores de instancia, tema éste impropio para acusar una sentencia por la causal segunda. Por otra parte, el nuevo Código de Procedimiento Penal suprimió del recurso extraordinario de casación lo concerniente a la injusticia notoria del veredicto.

3—El hecho de no practicar las pruebas que dice fueron pedidas en el proceso, porque el Juzgado exigió algunos valores para indemnizar a los testigos, no son actos constitutivos de nulidad procedimental ni constitucional. Lo primero, porque el juzgador tiene facultad legal para negar la práctica de pruebas que no sean conducentes a demostrar directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso; y lo segundo, porque la ley de procedimiento penal autoriza al funcionario para exigir al interesado deposite la suma que previamente se fije para "indemnizar" al testigo por los gastos que ocasione su traslado. (Artículos 208 y 250 del C. de P. P.).

Para que un fallo se invalide por medio de esta causal (la quinta) es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle responsabilidad.

La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados, porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales deben atemperarse las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o de palabras indicadas por la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se

omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras sino en los principios que informan cada disposición legal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de 8 de marzo de 1946, el Tribunal Superior de Pamplona condenó a Isaías Vásquez Gómez a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias consiguientes, como responsable del homicidio cometido en la persona de Domingo Antonio Escalante.

Contra esa sentencia, el defensor del procesado interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidos los trámites legales, se procede a su estudio.

Antecedentes

El 29 de octubre de 1941, Domingo Escalante inspeccionaba los trabajos de construcción de un tanque para recoger agua, y observó que entre los trabajadores "había un obrero más", que en su concepto no era necesario, por cuyo motivo llamó la atención al contratista Isaías Vásquez diciéndole "que para qué ocupaba tantos obreros", a lo cual éste replicó: "que desde hacía días se la estaba velando".

Escalante no dio importancia a ese incidente y se ocupó en llenar de agua un barril, circunstancia que aprovechó Vásquez para propinarle una puñalada por la espalda, y cuando el ofendido estaba caído, le asestó otras, siendo necesaria la intervención de los demás trabajadores para que en esos momentos no lo matara. Posteriormente y por consecuencia de las lesiones, murió.

En el auto de proceder, el Juzgado imputó al procesado el cargo de haber cometido un delito de homicidio agravado —asesinato— y con fundamento en esta providencia, formuló al Jurado las preguntas tendientes a configurar esta modalidad, para que éste se pronunciara sobre tales circunstancias. El Juri, en su primer veredicto, afirmó la responsabilidad de Vásquez como autor de un homicidio simplemente intencional, veredicto que el Tribunal declaró contrario a la evidencia de los hechos procesales y ordenó convocar nuevo Jurado.

Los Jueces que integraron el segundo Jurado afirmaron la responsabilidad penal de Vásquez como autor de un homicidio intencional agravado —asesinato— y sobre este veredicto se dictó la sentencia que impone al reo la pena de quince años de presidio, contra la cual se interpuso recurso de casación.

Demanda

El defensor del reo invoca como causales de casación las de los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo del artículo 567 del C. de P. P., y el fundamento de ellas lo hace consistir en la respuesta que los miembros del Jurado dieron a la pregunta cuarta del cuestionario.

Causales primera y tercera.—Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y ser violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Conjuntamente se hace el estudio de estas dos causales, porque los fundamentos de ellas son idénticos y sirven para sustentar tanto la primera como la tercera. En efecto: el desacuerdo de la sentencia con el veredicto lo deduce de la respuesta emitida por los miembros del Jurado a la pregunta cuarta del cuestionario, que dice:

"¿Os halláis plenamente convencidos de que el acusado Isaías Vásquez Gómez, ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado, sorprendiendo a su víctima indefensa y desapercibida?"

Respuesta. — "Sí, por la colocación en que se hallaba la víctima".

Dice el recurrente que la respuesta de los miembros del Jurado a la pregunta que contempla la circunstancia modificadora de la responsabilidad, sólo implica la afirmación de un homicidio simplemente intencional y no la de un homicidio agravado —asesinato— por esta razón, en la sentencia, debieron aplicarse las disposiciones que reprimen el homicidio intencional, y no el agravado, y que, al sancionarse el delito de acuerdo con el artículo 363, la sentencia está en desacuerdo con el veredicto.

Como argumento de la primera causal, dice:

fueron violados los artículos 363, 362, y 37, numerales 6º y 7º, del Código Penal, violación que la deduce de la respuesta del Jurado a la pregunta cuarta del cuestionario, y sugiere que el veredicto, en esta parte, sólo afirma la responsabilidad por un homicidio intencional, pero no la de un homicidio agravado; por tanto, el Juzgado, al reprimir el hecho de conformidad con la norma del artículo 363, en vez del 362, violó esta última disposición.

Posteriormente, sostiene que la **indefensión** a que hacen referencia los miembros del Jurado, no es la contemplada por el numeral 5º del artículo 363 del C. P., sino una circunstancia de mayor peligrosidad prevista en los numerales 6º y 7º del artículo 37, y que al sancionar el hecho como asesinato, se violó en la sentencia este artículo 37 del C. P.

Se considera:

En el auto de proceder, en los considerandos primero y segundo, el Juzgado imputó a Vásquez la ejecución de un delito de homicidio agravado —asesinato—, por la modalidad específica de haber obrado el agente por motivos fútiles "y sorprendiendo a su víctima desapercibida e indefensa", y agregó que el hecho se cometió con alevosía y sevicia. Pero no todas estas condiciones, que califican el homicidio, fueron contestadas afirmativamente por los Jueces de Conciencia; éstos negaron la modalidad de haberse realizado el hecho por motivos innobles o fútiles y la de que en la ejecución se hubiera obrado con alevosía y sevicia, afirmando únicamente que el hecho se realizó sorprendiendo a su víctima indefensa y desapercibida.

Para que se configure la modalidad del homicidio agravado —asesinato— que reprime la disposición del artículo 363 del C. P., no es necesario ni indispensable la concurrencia de todas o de cada una de las circunstancias previstas en los nueve numerales de la disposición citada; basta una sola de esas modalidades para que el hecho se tipifique en esa escala. El artículo 363, en su numeral 5º, sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se puede colocar a la víctima en estado de **indefensión** o **inferioridad,** pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa cualidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inferioridad.

Para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto por el numeral 5º del artículo 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados para repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por la perversidad, por la falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima; y ésta la razón para que la ley repute estos hechos como de excepcional gravedad y los reprima como asesinato. Lo esencial en estos casos, es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halla colocado el sujeto pasivo del delito.

"Si el pensamiento del legislador —dice la Procuraduría— hubiera sido el de exigir una serie de actos pérfidos y cautelosos de parte del acusado, tendiente a conseguir la inferioridad o indefensión de la víctima, y de esa manera tener el delito como asesinato, no habría puesto como ejemplo de esta figura el cometer el homicidio con alevosía o por medio del veneno, ya que en estas hipótesis pueden presentarse muchos casos en que el delincuente asegura el golpe sin haberle fingido al que murió sentimientos de amistad, o disimulando la pasión del odio, u ocultándose a su vista para sorprenderlo, en una palabra, sin haberlo engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión...".

La respuesta del Jurado a la pregunta de si el hecho se ejecutó sorprendiendo a su víctima indefensa y desapercibida, está concebida en estos términos:

"Sí, por la colocación en que se hallaba la víctima".

La adición que sigue al "SI", no modifica la responsabilidad del acusado, en el sentido de que la frase complementaria destruye o atenúa la responsabilidad por asesinato, para colocarla en la de un homicidio simplemente intencional. No, la explicación sólo hace referencia a la modalidad de la indefensión considerada por el Juri, es de-

cir, que ese estado lo hacen consistir en la posición o colocación en que estuvo la víctima al ser atacada —acurrucada y recogiendo agua—, circunstancia que fue conocida y aprovechada por el victimario para atacarla por la espalda, de manera súbita e intempestiva.

Si el auto de proceder, el veredicto y la respectiva sentencia se conforman con los hechos plenamente demostrados en el proceso, y si por otra parte la sanción se impone teniendo como norma las decisiones de los jueces de conciencia, la sentencia, que se ciñe a estas prescripciones, no puede estar en desacuerdo con el veredicto, y el ataque que se le hace por este aspecto no prospera.

No existe violación de la ley penal, por haberse sancionado el hecho con las disposiciones que reprimen el delito de homicidio agravado, con prescindencia de aquellas que sancionan el homicidio simplemente intencional, porque ni el Juzgado ni el Tribunal confundieron las circunstancias que califican el homicidio, con aquellas que constituyen circunstancias de mayor peligrosidad. (Artículo 37 del C. P., ords. 6º y 7º).

Las primeras son elementos esenciales del delito, lo revisten de mayor gravedad, y la ley lo sanciona como asesinato. Estas modalidades son cuestiones primordiales sujetas a decisión de los miembros del Jurado, ya que ellas hacen referencia directa al problema de la responsabilidad, y el Juez de derecho, sin veredicto previo, en los juicios por Jurado, no puede dictar sentencia; en tanto que las segundas —circunstancias de mayor o menor peligrosidad—, son elementos accesorios a todo delito, no sujetas a dictamen o apreciación de los jueces de conciencia, sino al criterio de valorización subjetiva por parte del juzgador, y sirven, únicamente, para individualizar la pena que en cada caso concreto deba imponerse.

Si el Tribunal, en la sentencia, se atemperó a los dictados de la ley y aplicó debidamente las disposiciones que sancionan el delito, no existe violación de la ley penal, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma.

Por estos motivos, las causales alegadas no prosperan.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el demandante que debido a una falsa interpretación o apreciación de los hechos, se dijo en la sentencia que se trataba de un asesinato, siendo evidente que para el reo, dada la forma como se realizó el hecho, se planteaba la hipótesis de justificación del acto por legítima defensa o por lo menos el hecho se ejecutó en estado de ira o intenso dolor. (Artículo 28 del C. P.).

En los juicios en que interviene el Jurado —ha dicho la Corte— no es admisible la causal segunda de casación, porque ello conduce a valorar pruebas que ya fueron estimadas por los jueces de conciencia, de acuerdo con la convicción íntima de los hechos sobre los cuales se los interroga; además, ello conduciría a formular una declaratoria de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos procesales, atribución privativa de los juzgadores de instancia, tema éste impropio para acusar una sentencia por la causal segunda. Por otra parte, el nuevo Código de Procedimiento Penal suprimió del recurso extraordinario de casación lo concerniente a la injusticia notoria del veredicto.

Afirma el recurrente que la calificación —de asesinato— que tanto el Juzgado como el Tribunal dieron al delito cometido por Vásquez, "repugna a la justicia", pues la mala apreciación de los hechos los llevó a desconocer el estado de legítima defensa, o por lo menos, la realización del acto en estado de ira e intenso dolor.

Lo que sí repugna a la justicia es la alegación que sin fundamento jurídico se hace para sostener las tesis anteriores. No es posible pensar en la eximente de responsabilidad, cuando la realidad procesal demuestra que el delincuente, sin motivo alguno, sin la presencia de una violencia actual e injusta ni contra la persona ni contra el honor, ultimara cobardemente a su víctima. Tampoco se puede aceptar la tesis de la ira o intenso dolor, porque esos estados sólo se configuran cuando tienen por origen "la grave e injusta provocación", y en el caso de estudio, ni por vía de hipótesis se puede pensar en la existencia de una grave e injusta provocación, porque no la hubo.

En consecuencia, se rechaza la causal segunda.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Afirma el recurrente que tanto el procesado como su defensor, oportunamente pidieron la práctica de pruebas fundamentales, las cuales no fueron recibidas, porque el Juzgado exigió consignaran previamente algunos valores para sufragar los gastos, y que, al no practicarse estas pruebas, se privó al procesado de la garantía constitucional del artículo 26 de la Carta, en re-

lación con el artículo 1º del C. de P. P., hechos que producen u originan la nulidad constitucional de la disposición citada.

Se alega, pues, la existencia de una nulidad constitucional, derivada del precepto de que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitul de las formas propias de cada juicio. Pero no se han demostrado los hechos que dieron origen a ella, o qué clase de actos ejecutados por los juzgadores llevaron a privar al procesado de esta garantía constitucional.

El hecho de no practicar las pruebas que dice fueron pedidas en el proceso, porque el Juzgado exigió algunos valores para indemnizar a los testigos, no son actos constitutivos de nulidad procedimental ni constitucional. Lo primero, porque el juzgador tiene facultad legal para negar la práctica de pruebas que no sean conducentes a demostrar directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso; y lo segundo, porque la ley de procedimiento penal autoriza al funcionario para exigir al interesado deposite la suma que previamente se fije para "indemnizar" al testigo por los gastos que ocasione su traslado. (Artículos 208 y 250 del C. de P. P.).

Por otra parte, para que prospere el estudio de una causal, es necesario que el recurrente, en su respectiva demanda, no sólo enuncie la causal alegada sino que demuestre en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones violadas; pues, quien formula una demanda de casación debe sujetarse a las reglas o normas que para tal fin ha señalado la ley. No basta enunciar la causal como lo ha hecho el recurrente sino que es preciso demostrarla. Si el recurso de casación "es una crítica a la sentencia, lo elemental es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado, en fin, ofrecerle al debate un mínimo de ilustración y no reducirlo todo a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precaución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o su demanda".

Por consecuencia, la causal alegada no prospera.

Causal quinta.—No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

El demandante dice: que la sentencia de segunda instancia es sintética y por lo mismo vaga; que no expresa cuáles hechos considera probados para deducirle responsabilidad a su defendido, por el delito de homicidio agravado —asesinato.

Para que un fallo se invalide por medio de esta causal (la quinta) es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle responsabilidad.

La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados, porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales deben atemperarse las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o de palabras indicadas por la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras sino en los principios que informan cada disposición legal.

Pero, aparte de estas consideraciones, el cargo es infundado, porque el Tribunal, en la sentencia acusada, al referirse a los hechos y a la responsabilidad, dijo:

"Basta decir que la nueva legislación de los Jueces de hecho encuentra sólido respaldo en el informativo ya que al respecto obran lo dicho por el ofendido, lo declarado por los testigos presenciales del suceso, Cornelio Rodríguez y Juan de Dios Pabón, que lo corroboran, así como lo afirmado por otras personas que si bien no presenciaron el suceso en todo su desarrollo y culminación, sí refieren datos o hechos de los cuales se deduce recta y lógicamente que fue el matador de Domingo Antonio Escalante, Isaías Vásquez Gómez, como éste mismo acabó de confesarlo".

"Dijo y demostró también el Tribunal que era desde todo punto de vista evidente que el procesado obró en circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de inferioridad manifiesta, puesto que ésta se hallaba completamente desapercibida e indefensa cuando sufrió la agresión, de manera que al aceptar el nuevo Jurado esa circunstancia corrigió el error del primero y se conformó con la verdad procesal, tal como aparece en autos.

"En su integridad el veredicto de este segundo Jurado está de acuerdo con las probanzas de autos y además, es definitivo e inobjetable conforme a lo estatuído en el artículo 537 del C. de P. P., de suerte que el juzgador de derecho está en

el deber de acatarlo dictando en armonía con él la correspondiente sentencia condenatoria.

"Al tenor de la calificación hecha en el auto de proceder y en los términos del veredicto del Jurado se trata aquí de un homicidio que reviste la categoría de asesinato porque fue cometido con la circunstancia de la indefensión de la víctima, de que habla el numeral 5º del artículo 363 del C. P."

Por estos motivos, la causal quinta no prospera.

Causal séptima.—Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Funda esta causal en la contestación de los miembros del Jurado a la pregunta cuarta del cuestionario, y dice que la explicación que contiene esa respuesta se contradice con el "SI" que afirma la responsabilidad del reo por un delito de homicidio agravado.

Se dice que un veredicto es contradictorio cuando los términos en que se halla concebido implican afirmación y negación, a la vez. La contradicción del veredicto radica en la imposibilidad de conciliar sus proposiciones, porque éstas no podrían ser falsas y verdaderas al mismo tiempo: pero ya se vio que la frase explicativa de la respuesta no está en contraposición con el "SI", afirmativo de la responsabilidad. La adición se refiere al estado concreto de indefensión en que estaba la víctima, o sea, acurrucada y vuelta de espaldas al agresor, y esta modalidad, que caracteriza uno de los estados de indefensión, no se opone a la primera parte de la proposición, que afirma la responsabilidad del reo como autor de un homicidio agravado.

En consecuencia, esta causal no prospera.

Por 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 Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo proferido por el H. Tribunal Superior de Pamplona, que condenó a Isaías Vásquez Gómez a la pena principal de quince años de presidio y accesorias correspondientes, como responsable del homicidio cometido en la persona de Domingo Antonio Escalante.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

APLICACION DE LAS SANCIONES DE LA LEY PENAL AL DELINCUENTE.—PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE.—CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O DE MENOR PELIGROSIDAD.—CONDENACIONES ANTERIORES.—LA FALTA DE ILUSTRACION.—LA BUENA CONDUCTA ANTERIOR

1.—El juez, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal, tiene que moverse dentro del mínimo y del máximo que señala para las respectivas infracciones, aunque ese artículo se tomó malamente del proyecto italiano de 1921.

2.—El primero de los factores que ha de examinarse para aplicar las sanciones es el de la PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE, que está formado por el conjunto de elementos físico-psíquicos traducidos en actos y en sus condiciones individuales, familiares y sociales y que demuestran la mayor o menor peligrosidad del agente, que es el criterio básico para la aplicación de las penas. Hay que estudiar, pues, de manera primordial, las características antropológicas del infractor, esto es, de un pasional, de un ocasional, cuál ha sido su conducta familiar o social, etc. LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O DE MENOR PELIGROSIDAD están indicadas en el texto del Código (artículos 37 y 38). Pero ha de tenerse en cuenta que no hayan sido previstas como modificadoras o como elementos constitutivos del delito. LOS MOTIVOS DETERMINANTES dan "la tónica moral y jurídica a todo acto humano" (Ferri), y por eso constituyen uno de los factores que con mayor protuberancia señalan la personalidad más o menos peligrosa del delincuente, ya que nadie obra, salvo el caso de inconsciencia, sin motivos más o menos nobles, más o menos altruístas o egoístas, más o menos fútiles o graves. Pero como también están señalados como circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículos 37, ordinal 3º, y 38, ordinales 2º, 3º, 4º y 11), es entendido que no han de computarse doblemente, es decir, como tales circunstancias y como elementos modificadores o constitutivos del delito, que en estas últimas calidades están contemplados en no pocos preceptos del código, por ejemplo, en los artículos 28, 202, 243, 249, 293, 349, 364, 367, 369, 382, 384, 389, 395 y 430. LA GRAVEDAD Y MODALIDADES DEL HECHO se han de tener en cuenta, sobre todo, en los casos en que en la realización de un acto delictuoso se han reunido, no sólo las condiciones necesarias para determinarlo en una especie del código, sino otra u otras circunstancias que lo hacen más o menos grave. Así, pueden citarse como ejemplos las de los artículos 363, 404, 398, 317 y los citados en el punto anterior.

LOS MOTIVOS INNOBLES O FUTILES son indicadores de mayor peligrosidad en el delincuente, según el ordinal 3º del artículo 37. Pero no todo lo antisocial es innoble, en el sentido que le ha querido dar la ley a esta circunstancia, sino lo que es vil y abyecto, así como lo fútil del motivo es lo pequeño, lo baladí, lo de poco aprecio o importancia, en una palabra, lo que en iguales condiciones no induciría a una persona sensata a quebrantar la ley.

3.—Ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para AVERIGUAR si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado.

4.—Preparar ponderadamente un delito es prevenir, disponer, aparejar los medios, instrumentos y circunstancias para llevarlo a efecto en las mejores condiciones de seguridad y eficacia.

5.—El código permite tener en cuenta la circunstancia de la falta de ilustración y el de la indigencia "en cuanto hayan influído en la ejecución del hecho." Es decir, en cuanto el hecho ilícito se haya realizado por falta de formación moral, por influencia visible del medio ambiente en que se ha vi-

vido, en todo caso, por relación concreta con la infracción de que se trate. De no ser así, en la gran mayoría de las veces habría que declarar probada en Colombia esta circunstancia de menor peligrosidad, consagrando así un privilegio para una considerable mayoría de delincuentes, sin asidero lógico ninguno.

6.—De que no conste en forma convincente la mala conducta no puede pasarse a afirmar que haya sido buena, porque tanto la una como la otra deben estar probadas concretamente, en hechos o de manera positiva. Y si ni lo uno ni lo otro se halla probado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena ni como probadamente mala, la pena no habrá de agravarse, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 11 de marzo del año pasado, condenó a Agustín Barrera Niño a la pena principal de trece años de presidio, como responsable de la muerte de José del Carmen Barrera.

Contra esa sentencia interpusieron el recurso de casación tanto el procesado como su defensor y éste presentó oportunamente la demanda, que se fundamenta en la causal primera del artículo 567 del código de procedimiento penal, o sea, en la indebida aplicación de la ley.

Hechos. Agustín Barrera Niño vivía en buenas relaciones con su tío y padrino José del Carmen Barrera, pero resulta que unos meses antes de los sucesos que dieron causa para el proceso, éste (José del Carmen) rindió una declaración desfavorable a Aureliano Castillo, tío político de Agustín, en algún asunto de policía. Parece que fue este hecho el que produjo en el delincuente profundo desagrado y no perdía ocasión de agredir a José del Carmen de palabra y aun de obra.

El 27 de noviembre de 1940 se encontraron tío y sobrino en la plaza de Guateque y el segundo atacó al primero, que resultó con las narices reventadas. Ya por la tarde se dirigían José del Carmen y su esposa hacia su casa, situada en la región de Tincachoque, cuando al llegar al "Alto de las Cruces" vieron que Agustín estaba frente a la casa de Obdulio Mendoza, por lo cual resolvieron tomar una vía diferente. No valió, sin embargo, la medida de precaución tomada por José del Carmen, porque Agustín, luego de tirarle una o unas pedradas, lo agarró, lo derribó y luego de alguna lucha, le causó cuatro heridas con un cuchillo, una de ellas en la región abdominal, que le produjo la muerte.

El jurado reunido para definir la responsabilidad del acusado contestó que sí era responsable de la muerte de José del Carmen, "pero en riña." El Juzgado 3º Superior de Tunja lo condenó a nueve años de presidio, pena que el Tribunal elevó a catorce años.

La Corte, en casación, invalidó el fallo y declaró nulo lo actuado a partir del auto que formuló el cuestionario para el jurado.

Un segundo jurado declaró también responsable del delito a Barrera Niño, en los mismos términos que el anterior, esto es, "en riña." El Juzgado le impuso igual pena de nueve años. Por último, el Tribunal elevó nuevamente la pena a trece años de presidio y en relación con esta sentencia debe versar el estudio de la Corte.

Estudio de la causal.—El demandante considera que el Tribunal quebrantó lo dispuesto en los artículos 36 y 362 del Código Penal, por haberle cargado al reo circunstancias de mayor peligrosidad que no existen y, en cambio, dejó pasar inadvertidas algunas constitutivas de menor peligrosidad que están probadas.

Las de mayor peligrosidad que el Tribunal tuvo en cuenta, según el señor apoderado, son las siguientes:

a) El parentesco;

b) El haber obrado por motivos innobles;

c) Los antecedentes de depravación y libertinaje; y

d) La preparación ponderada del delito.

En cambio, el Tribunal no tuvo en cuenta para señalar la pena sino la buena conducta carcelaria del procesado, siendo que están acreditadas estas circunstancias de menor peligrosidad:

a) La buena conducta anterior;

b) La falta de ilustración; y

c) El haber obrado en estado de pasión excusable.

La Procuraduría conceptúa que no hay prueba

de la mala conducta anterior del procesado o de sus antecedentes de depravación y libertinaje, ni de que hubiera obrado por motivos innobles o fútiles, ni de que hubiera preparado cuidadosamente el homicidio; pero que, en cambio, la gravedad y modalidades del hecho y las relaciones de parentesco que mediaban entre el acusado y la víctima, dan pie para aumentar la sanción, aunque no en la medida en que lo hizo el Tribunal.

Deben, pues, estudiarse todas y cada una de las circunstancias apuntadas para así poder conceptuar si la pena se ha señalado debidamente. Pero antes conviene hacer algunas observaciones sobre la manera de hacer ese señalamiento, en general.

Según el Código Penal colombiano, debe aplicarse la sanción al delincuente dentro de los límites señalados por la ley, esto es, dentro del mínimo y del máximo que el código señala para cada infracción y teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad del agente y su personalidad. (Artículo 36).

No aceptó nuestra ley el criterio radical de la escuela positiva de no señalar tiempo o cuantía para las penas privativas de la libertad, y en ello debió consultar la casi insuperable dificultad de poder encontrar jueces tan preparados y colaboradores técnicos tan eficaces; que se pudiera dejar la fijación al mero arbitrio de los funcionarios, o al indicarse tiempo indeterminado, como parece lo más lógico, señalar el momento en que un delincuente puede considerarse como readaptado a la vida social. Por eso tiene el juez que moverse necesariamente dentro de los mínimos y los máximos que el código trae para las respectivas infracciones.

Pero el mentado artículo se tomó malamente del proyecto italiano de 1921. En efecto, en aquel proyecto se lee: "Dentro de los límites establecidos en la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de peligrosidad se determina teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente"; y nuestro código colocó el criterio resultante de la punibilidad, que es la peligrosidad, al lado de los factores que sirven para deducirlo, esto es, que tomó el todo como parte. Pero eso no quiere decir que el citado precepto (artículo 36) no deba interpretarse rectamente como queda indicado, supuesto que se conoce el pensamiento del legislador, que siguió el del proyecto italiano en este particular.

Viniendo ahora a los factores que deben tenerse presentes para aplicar las sanciones, el primero que ha de examinarse es el de **la personalidad del delincuente**, que está formada por el conjunto de elementos físico-psíquicos traducidos en actos y en sus condiciones individuales, familiares y sociales y que demuestran la mayor o menor peligrosidad del agente, que, como ya se advirtió, es el criterio básico para la aplicación de las penas. Hay que estudiar, pues, de manera primordial, las características antropológicas del infractor, esto es, si se trata de un habitual o reincidente, de un normal o de anormal, de un pasional, de un ocasional, cuál ha sido su conducta familiar y social, etc.

Las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad están indicadas en el texto del código (artículos 37 y 38). Pero ha de tenerse en cuenta que no hayan sido previstas como modificadoras o como elementos constitutivos del delito.

Los motivos determinantes dan "la tónica moral y jurídica a todo acto humano" (Ferri) y por eso constituyen uno de los factores que con mayor protuberancia señalan la personalidad más o menos peligrosa del delincuente, ya que nadie obra, salvo el caso de inconsciencia, sin motivos más o menos nobles, más o menos altruístas o egoístas, más o menos fútiles o graves. Pero como también están señalados como circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículo 37, ordinal 3º, y 38, ordinales 2º, 3º, 4º y 11), es entendido que no han de computarse doblemente, es decir, como tales circunstancias y como elementos modificadores o constitutivos del delito, que en estas últimas calidades están contemplados en no pocos preceptos del código, por ejemplo, en los artículos 28, 202, 243, 249, 293, 349, 364, 367, 369, 382, 384, 389, 395 y 430.

La gravedad y modalidades del hecho se han de tener en cuenta, sobre todo, en los casos en que en la realización de un acto delictuoso se han reunido, no sólo las condiciones necesarias para determinarlo en una especie del código, sino otra u otras circunstancias que lo hacen más o menos grave. Así, pueden citarse como ejemplos, las de los artículos 363, 404, 398, 317 y los citados en el aparte anterior.

En el caso presente, el estudio ha de ser muy circunscrito a las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, por haber sido la base del recurso. Estudio que se hará teniendo en cuenta que la riña declarada por los jueces populares no fue suscitada "de modo imprevisto", que es la única que autoriza para hacer una rebaja de pena. El juez de derecho carece de atribuciones para decidir que tal modalidad (de la riña) tuvo esa especial característica, según lo preceptuado en los artículos 480 y 499 y concordantes del código de procedimiento. El Tribunal así lo anota y el recurrente no critica que se hubiera tomado el mínimo de ocho años de presidio (artículo 362 del C. P.) para el señalamiento de la sanción.

Circunstancias de mayor peligrosidad. a) **El parentesco.** El ordinal 4º del artículo 37 del Código Penal considera como circunstancia de mayor peligrosidad que se hayan violado "los deberes especiales que las relaciones sociales o las de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado".

El acusado declara que José del Carmen Barrera era medio hermano de su padre y, por consiguiente, su tío medio y, además, que era su padrino de confirmación. Y aquel grado de parentesco aparece demostrado con las partidas de estado civil que obran a los folios 34 y 181 del cuaderno primero del expediente.

Cierto es que los vínculos del parentesco serán tanto más respetables cuanto más estrechos y cuanto mayormente se hayan cultivado. No siendo muy cercanos y no habiéndose fortalecido o exaltado por mutuas acciones que susciten el afecto o estimulen el cariño, pudiera suceder que no llegaran a figurar en el cómputo de una sanción penal. Y en esto tiene razón el recurrente, al decir que no es el simple vínculo del parentesco el que pueda hacerse valer como índice de peligrosidad, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada uno.

En el presente, las relaciones entre tío (medio) y sobrino-ahijado eran cordiales, pero se cambiaron hasta llegar a una clara animosidad. Porque varias pruebas acreditan que Agustín llegó a las vías de hecho contra José del Carmen y varios declarantes aseguran también que éste motejaba a aquél de "ladrón" y que expresaba su deseo de eliminarlo (fls. 47, 48 y 48 v. del c. 1º y 8 a 10 del c. 3º). Pero hay algo que no permite admitir esta circunstancia como de mayor peligrosidad: y es el hecho de que se desconoce cuál fue la causa para que las relaciones apuntadas se tornaran en animadversión tan visible, que culminó en la muerte de uno de sus protagonistas. Pero es de presumirse que si algún hecho concreto hubiera lastimado gravemente al victimario, éste no hubiera dejado de indicarlo en su indagatoria y en ella que anteriormente "no había tenido ningún disgusto con José del Carmen Barrera" (folio 19).

b) **Los motivos innobles o fútiles** son indicadores de mayor peligrosidad en el delincuente, según el ordinal 3º del artículo 37 citado. Pero no todo lo antisocial es innoble, en el sentido que le ha querido dar la ley a esta circunstancia, sino lo que es vil y abyecto, así como lo fútil del motivo es lo pequeño, lo baladí, lo de poco aprecio o importancia, en una palabra, lo que en iguales condiciones no induciría a una persona sensata a quebrantar la ley.

"Hay que tener en cuenta, claro está —dijo la Corte en casación de 3 de junio de 1946— las circunstancias peculiares de cada caso concreto, porque es distinta la manera que los hombres tienen de apreciar las cosas y de reaccionar, según su constitución y el medio en que actúan. Cuando no existe esa proporcionalidad relativa entre los motivos y el resultado ilícito, carece de sentido ético (el infractor), demuestra una mayor peligrosidad, tanto mayor cuanto menor sea la entidad de las causas que lo impulsaron a obrar".

El Tribunal dice que los motivos fueron "antisociales", en una parte de la sentencia, y en otra asegura que fueron "perversos, innobles", porque el procesado se determinó a eliminar a su tío y padrino únicamente por haber rendido dos declaraciones, una contra el tío político de Agustín, Aureliano Castillo, y otra contra el acusado horas antes de la perpetración del crimen.

Pero resulta que los motivos determinantes no aparecen demostrados para cargárselos en contra al procesado. Así, no consta que Barrera Niño hubiera sabido, por ejemplo, que José del Carmen hubiera puesto en conocimiento de la autoridad el ataque o los ataques de que él y su familia habían sido víctimas en ocasiones anteriores. Lo que está probado es la animadversión que los protagonistas se profesaban; pero la causa real y verdadera de ella no aparece con la evidencia necesaria para calificarla de vil, o abyecta, o baja, o mezquina.

c) **La mala conducta anterior** de un delincuente puede aparecer bajo la forma de "condenacio-

nes judiciales o de policía" (ordinal 2º del artículo 37) o como "antecedentes de depravación y libertinaje (ordinal 1º ibídem).

Sobre el particular dice la sentencia:

"**Antecedentes de Agustín Barrera (Niño)**—No hay prueba de que padezca anomalía psíquica. Fue detenido dos veces por contravenciones a las leyes de policía, según su propia declaración (c. 1º, fs. 4 v. y 17 y ss.). En la Alcaldía y en el Juzgado Penal del Circuito de Guateque ha cursado contra él un sumario, iniciado el 22 de agosto de 1939, por el delito de violencia carnal en la persona de Catalina (Betsabé) Muñoz (f. 27, c. 1º). Sobre su mala conducta en general y ultrajes y agresiones concretas hechos anteriormente por el reo a diversas personas, declaran Mercedes Otálora, María Otálora, Alfonso Velásquez, Patricio Orjuela Acosta y José del Carmen Doncel (c. de la parte civil, fls. 5, 6, 10, 11 y 12 y c. f. 43...). Miguel Antonio Correal León (c. 3º, f. 5) citado por la defensa, corrobora los cargos que los anteriores declarantes formularon contra el procesado, pues dice que era **fama general** que Agustín "fue amigo de molestias, andaba sin oficio, molestando a las chicas de la vereda y observando mala conducta".

Las citas de los folios en cuanto a hechos concretos están erradas y la Corte los enmienda, como así lo aclara. Y se considera:

De las condenaciones anteriores, judiciales o de policía, no hay la prueba fehaciente, o sea, las copias de los fallos respectivos, según lo ha exigido la jurisprudencia nacional. Ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para **averiguar** si se ha cometido un hecho delictuoso o de una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado.

Los testigos declaran "de oídas" o hacen exposiciones genéricas y bien sabido es que aquéllas no sirven para demostrar hechos y que éstas no pueden ser atendidas por los jueces, porque la voz de la fama se funda las más de las veces en conjeturas.

Quedan los dichos de quienes hablan de hechos concretos. Pero se ve que los testigos son interesados personales o, al menos, deponen sobre cada actuación de Barrera Niño en forma aislada que no tiene confirmación de otros. De esta suerte, queda la sensación de que la conducta social del delincuente no ha sido satisfactoria. Pero ello no permite concluír que sus antecedentes hubieran sido "de depravación y libertinaje", es decir, de un sujeto consagrado a vicios o malas costumbres, corrompido en sus obras, hombre, en fin, que en vez de vivir dedicado a ocupaciones útiles hubiera vivido sin oficio conocido o en alguno pernicioso para sus semejantes.

En cambio, él asegura haber prestado el servicio militar y luego haber prestado servicios oficiales como agente de policía, y luégo haber ayudado a su padre en labores agrícolas. Todo lo cual tiene confirmación de algunos declarantes y no pocos.

d) **La preparación ponderada del delito** tampoco está demostrada en el proceso. Preparar ponderadamente un delito es prevenir, disponer, aparejar los medios, instrumentos y circunstancias para llevarlo a efecto en las mejores condiciones de seguridad y eficacia.

"La preparación ponderada —dice la Procuraduría— implica el desarrollo físico de la fase premeditativa de la infracción, en cuanto el delincuente pone en práctica una serie de medios insidiosos para realizar más certeramente su tenaz propósito delictivo. La premeditación es fenómeno esencialmente subjetivo; la preparación ponderada es dinámica exterior para llegar al acto. Pero la última presupone la primera, naturalmente. Por eso Ferri, en su proyecto de código penal, en vez de decir "preparación ponderada" empleó esta expresión más exacta: "preparación **premeditada**".

No es el caso de decir si la preparación ponderada es igual a la premeditación o se distingue de ella, o si el primer fenómeno supone siempre el segundo, tema que se presta a lucubraciones que no sería oportuno hacer ahora.

El Tribunal se encarga de demostrar que tal circunstancia no está probada en el proceso, porque luego de afirmar que Barrera Niño salió de la población disgustado por la queja que contra él había formulado José del Carmen (lo que no está probado), "no alcanzó a madurar el propósito homicida por largo tiempo en su imaginación", pero sí preparó ponderadamente su delito, como lo preparó. Pero toda la preparación cuidadosa de los medios y circunstancias consistió en haberle salido al camino a su víctima y, trabado en lucha con ella, haberle dado muerte con un cuchillo. Por ninguna parte se ve el especial instrumento o el aprovechamiento de especiales condiciones

de lugar, tiempo o modo para llevar a cabo el propósito criminal. La forma en que el crimen se cumplió y la riña reconocida por el jurado, mas bien sugieren la creencia de que el acusado obró en un caso de dolo repentino o de ímpetu, como afirma el Ministerio Público).

Por consiguiente, este factor de mayor peligrosidad que el Tribunal cargó al procesado debe también desecharse.

Circunstancias de menor peligrosidad. a) **La falta de ilustración.** Pero no estima la Corte que sea índice de menor peligrosidad la poca ilustración de Barrera Niño —que apenas sabe leer y escribir — porque el código permite tener en cuenta ese hecho y el de indigencia "en cuanto hayan influído en la ejecución del hecho". Es decir, en cuanto el ilícito se haya realizado por falta de formación moral, por influencia visible del medio ambiente en que se ha vivido, en todo caso, por relación concreta con la infracción de que se trate. De no ser así, en la gran mayoría de las veces habría que declarar probada en Colombia esta circunstancia de menor peligrosidad, consagrando así un privilegio para una considerable mayoría de delincuentes, sin asidero lógico ninguno.

b) **La buena conducta anterior** del sindicado tampoco puede abonársele, hecho el análisis que anteriormente se practicó de sus antecedentes. De que no consta en forma convincente la mala conducta, no puede pasarse a afirmar que haya sido buena, porque tanto la una como la otra debe estar probada concretamente, en hechos o de manera positiva. Y si ni lo uno ni lo otro se halla demostrado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena ni como probablemente mala, la pena no habrá de agravárse, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia.

c) Tampoco, en fin, puede aceptarse que el procesado hubiera actuado **en estado de pasión excusable,** o de emoción intensa, o en ímpetu de ira provocada injustamente.

Admitiendo que hubiera sido la ira el impulso determinante del delito, no fue debida a actuaciones injustas de la víctima sino que, al menos en la proximidad del ilícito, fueron provocadas exclusivamente por el victimario.

En conclusión, no está probada sino una circunstancia de mayor peligrosidad, o sea, las relaciones de familia que mediaban entre el procesado y la víctima; y como el hecho fue grave, no solamente por su calidad típica (homicidio), sino por las condiciones en que se realizó, la pena debe señalarse en once años de presidio, como lo pide la Procuraduría.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida en cuanto condena a Agustín Barrera Niño a sufrir la pena principal de trece años de presidio como responsable de la muerte de José del Carmen Barrera, y en su lugar lo condena a sufrir la de once años de la misma pena. La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar por un período igual al de la pena principal. En lo demás queda en firme dicho fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E Argüello R., Secretario.

DIFERENCIA ENTRE VEREDICTO CONTRADICTORO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE.—DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL CODIGO NUEVO. SU OPOSICION A LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD MORAL DEL CODIGO DEROGADO

1.—No es lo mismo veredicto contradictorio que veredicto contraevidente. El veredicto contradictorio es el que consta de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, sin que puedan conciliarse sus voces, por ejemplo, cuando se niega la ejecución del hecho y se afirma que se hizo con determinado propósito, o si se dice que un procesado es responsable de un asesinato, pero que procedió en legítima defensa, etc. La contradicción debe encontrarse en el veredicto mismo y no entre el veredicto y las pruebas del proceso. El veredicto contradictorio, en cambio, es el que no tiene respaldo en las pruebas procesales, el que no está basado en demostraciones que hayan podido llevar la convicción racional de los jueces de hecho. El veredicto contradictorio está erigido en causal de casación porque la sentencia, en los juicios en que interviene el jurado, tiene que basarse en el fallo del Tribunal popular, (Art. 480 C. de P. P.); y es claro que si las proposiciones de que puede constar son contradictorias, se destruyen mutuamente y entonces la sentencia carecería de toda base racional y legal. Por eso se ha dicho que el veredicto contradictorio equivale a veredicto inexistente. En cambio, el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no está erigido en casación, entre otras razones porque este recurso extraordinario es fundamentalmente un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado, para ver si la ley penal se ha aplicado rectamente, y el fallo del jurado se hace tan sólo en conciencia o por íntima convicción.

2.—En la demanda se confunden LA RESPONSABILIDAD MORAL del antiguo código con la responsabilidad social que consagra el vigente.. Para el estatuto derogado, que seguía las doctrinas de la Escuela Clásica, el delito era la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurría en alguna pena; de manera que para que se declarara responsable a un sujeto, se necesitaba que procediera con conocimiento de que el acto era ilícito, con voluntad de cometerlo y en uso de su libertad o libre albedrío. En el nuevo código, todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos de justificación o excusa, porque en él se establece la responsabilidad social o legal, que se basa en la imputabilidad psico-física y que se extiende no sólo a los normales, sino también a los anormales, esto es, a los dementes y a los intoxicados por el alcohol o por cualquiera sustancia, a los menores. etc. Así, pues, para los efectos de la responsabilidad son indiferentes las condiciones psíquicas del procesado y, por lo mismo, que haya actuado estando ebrio o en su cabal juicio, pues la embriaguez, según doctrina de Garófalo, es apenas la causa ocasional reveladora de las inclinaciones antisociales del infractor. Para lo único que tiene en cuenta el código el estado psíquico del delincuente es para la aplicación de las sanciones, pues si se trata de un normal se le APLICAN PENAS y si es de un anormal MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La diferencia que hace el código en lo relativo a la EMBRIAGUEZ consiste en considerarla ya como circunstancia de menor peligrosidad en cuanto no haya sido preordenada al delito, esto es, empleando sus términos, "cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas"; ya como estado permanente de intoxicación, como "intoxicación crónica producida por el alcohol", que equipara con la demencia, pues ordena aplicarle al alcoholizado medidas de seguridad como a los enajenados mentales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, seis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

VISTOS: El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a CUPERTINO GUTIERREZ a la pena principal de ocho años y tres meses de presidio por haber dado muerte a Eusebio Díaz y haber causado lesiones a Pastor Díaz y a Oliverio o Luis Jiménez.

Contra la sentencia del Tribunal, que lleva fecha de dos de mayo del año último, interpuso casación el procesado, y su defensor presentó en oportunidad la correspondiente demanda.

HECHOS: En forma muy breve pueden relatarse así: El 11 de junio de 1942 se hallaba Cupertino Gutiérrez en el caserío de Palermo, del municipio de Paipa, y ya por la tarde llegó a una tienda en compañía de otros sujetos. Como había estado tomando bebidas embriagantes, de las palabras jocosas fue pasando a las vías de hecho y en últimas resultó amenazando a los contertulios con un cuchillo. Intervino su tía Visitación Gutiérrez para evitar algún lance desgraciado, pero Cupertino, en lúgar de atender a las voces de cordura de su parienta, la arrojó a tierra. Eusebio Díaz, que quiso intervenir también, recibió una cuchillada en el abdómen, que le produjo la muerte; y no contento con ello, hirió también a Pastor Díaz y a Oliverio Jiménez, hijo y yerno, respectivamente, de Visitación.

ACTUACION PROCESAL: El Juzgado 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo llamó a juicio a Cupertino Gutiérrez, en providencia confirmada por el Tribunal del mismo Distrito.

El jurado lo declaró responsable del homicidio y de las lesiones diciendo: "Sí, en estado de embriaguez". Por lo cual, el juez de derecho lo condenó a la pena principal de ocho años y tres meses de presidio, resolución que fue confirmada por el Tribunal.

DEMANDA DE CASACION: Invoca el demandante la causal séptima del artículo 567 del código de procedimiento penal, esto es, el haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Después de decir que el estado de embriaguez que declaró el jurado no comporta "una eliminación de la responsabilidad penal por el delito", afirma que si en la embriaguez atenuada se conserva la normalidad de la conciencia y de la volición, aunque disimuladas, en la aguda se pierden "la concepción mental del hecho y su influencia sobre la voluntad para ejecutarlo, que constituyen, conjugadas la intención criminosa", de manera que sólo puede cargarse al delincuente "la responsabilidad simplemente legal que consagra el artículo 29 del código.

Además de traer a cuento las pruebas del estado de embriaguez completa en que se hallaba el procesado, concluye que el veredicto "afirmó la plenitud de la responsabilidad" para el reo y que por ello "es notoriamente injusto" y contradictorio, porque la embriaguez en que se hallaba "le impidió tener la conciencia y voluntad plena de matar a Eusebio Díaz", pues apenas puede atribuírsele al acusado "fragmentos de intención genérica de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud", "la sentencia, por tanto, al acoger este veredicto evidentemente contradictorio, violó, no aplicándolo, el artículo 365 del código, que es el que exactamente corresponde a las certezas probatorias", concluye el recurrente, y por ello debe invalidarse el fallo y ordenarse la convocatoria de un nuevo jurado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA: El Ministerio Público opina que el demandante confundió la contraevidencia del veredicto con la contradicción del mismo, que la causal que invoca resulta, por tanto, impropia y que el estado de embriaguez no destruye en nuestra ley la noción de responsabilidad. Por eso pide que no se invalide la sentencia.

ESTUDIO DEL RECURSO: La demanda, como se ve de la síntesis que se ha hecho, carece de claridad y tiene lamentable confusión de ideas sobre nociones fundamentales en la actual legislación penal colombiana.

En primer lúgar, no es lo mismo el veredicto contradictorio que el veredicto contraevidente. El veredicto contradictorio es el que consta de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, sin que puedan conciliarse sus voces, por ejemplo, cuando se niega la ejecución del hecho y se afirma que se hizo con determinado propósito, o si se dice que un procesado es responsable de un asesinato, pero que procedió en legítima defensa, etc. La contradicción debe encontrarse en el veredicto mismo y no entre el veredicto y las pruebas del proceso. El veredicto contraevidente, en cambio, es el que no tiene respaldo en las pruebas procesales, el que no está basado en demostraciones que hayan podido llevar la convicción racional al ánimo de los jueces de hecho.

El veredicto contradictorio está erigido en cau-

sal de casación, porque la sentencia, en los juicios en que el jurado interviene, tiene que basarse en el fallo del Tribunal popular (art. 480 del C. de P. P.); y es claro que si las proposiciones de que puede constar, son contradictorias, se destruyen mutuamente y entonces la sentencia carecería de toda base racional y legal. Por eso se ha dicho que el veredicto contradictorio equivale a veredicto inexistente. En cambio, el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no está erigido en casación, entre otras razones que la Corte ha expuesto en muchas oportunidades, porque este recurso extraordinario es fundamentalmente un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado, para ver si la ley penal se ha aplicado rectamente, y si el fallo del jurado se hace tan sólo en conciencia o por íntima convicción.

De esta suerte, la causal 7ª está mal invocada, porque, en el fondo, lo que el demandante sostiene es la contraevidencia del veredicto con las pruebas del proceso, y no la contradicción del mismo.

Pero admitiendo la disquisición que hace el recurrente, tampoco se puede llegar a declarar que el veredicto es contradictorio, pues lo que sucede es que en la demanda se confunden la **responsabilidad moral** del antiguo código con la responsabilidad social que consagra el código vigente. Para el estatuto derogado, que seguía las doctrinas de la Escuela Clásica, el delito era la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurría en alguna pena: de manera que para que se declarara responsable a un sujeto, se necesitaba que procediera con conocimiento de que el acto era ilícito, con voluntad de cometerlo y en uso de su libertad o libre albedrío. En el nuevo código, todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos de justificación o excusa, porque en él se establece la responsabilidad social o legal, que se basa en la imputabilidad psico-física, y que se extiende no sólo a los normales, sino también a los anormales; esto es, a los dementes y a los intoxicados por el alcohol o por cualquiera sustancia, a los menores, etc. Así, pues, para los efectos de la responsabilidad son indiferentes las condiciones psíquicas del procesado, y por lo mismo, que haya actuado estando ebrio o en su cabal juicio, pues la embriaguez, según doctrina de Garófalo, es apenas la causa ocasional reveladora de las inclinaciones antisociales del infractor. Para lo único que tiene en cuenta el código el estado psíquico del delincuente es para la aplicación de las sanciones, pues si se trata de un normal se le aplican **penas** y si de un anormal **medidas de seguridad.**

La diferencia que hace el código en lo relativo a la **embriaguez** consiste en considerarla ya como circunstancia de menor peligrosidad en cuanto no haya sido preordenada al delito, esto es, empleando sus términos, "cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas"; ya como estado permanente de intoxicación, como "intoxicación crónica producida por el alcohol", que equipara con la demencia, pues ordena aplicarle al alcoholizado medidas de seguridad como a los enajenados mentales.

Todavía es un error frecuente en Colombia el de tratar de defender a los procesados alegando que obraron en forma inconsciente por hallarse en estado de embriaguez aguda. Lo que es inexplicable que ocurra, puesto que ni siquiera el antiguo código —contradiciendo el criterio general que lo inspiraba, de la responsabilidad moral— consideraba como causal de excusa aquella circunstancia y, por tanto, no podría prosperar bajo su vigencia lo alegado por el recurrente: lejos de exculparlo, la embriaguez voluntaria agravaba el delito (art. 117, ord. 9º) y no lo atenuaba sino faltando la voluntad (art. 118, ord. 6º), voluntad que se presumía salvo prueba en contrario (art. 2º).

La Procuraduría comenta el caso en estudio diciendo:

"En el presente caso, el jurado aceptó la responsabilidad del procesado como autor de homicidio intencional, y agregó que lo hizo en estado de embriaguez. Ese aditamento no destruye en ninguna forma la noción de responsabilidad penal sino que la corrobora, pues el que delinque dominado por el alcohol es siempre legalmente imputable. Variaría, sí, la sanción si el delincuente obró en estado de alcoholismo crónico, en cuyo caso se aplicarán las medidas de seguridad; y si procedió en embriaguez aguda, ella sólo se le tendrá en cuenta como circunstancia de menor peligrosidad, siempre que no hubiese podido prever sus consecuencias delictuosas".

RESOLUCION: Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida, de que se ha venido hablando.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

LOS ESTADOS EMOCIONALES COMO CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS Y DE PELIGROSIDAD

El estatuto penal —se ha dicho tantas veces— considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso ellos constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad y cuya calificación compete exclusivamente al jurado, o sin esa subordinación, constituyendo entonces circunstancias de peligrosidad (menor) que compete calificar a los jueces, pero en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena aunque en grados diferentes.

Cuando, pues, el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor psíquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el Juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si, como el recurrente lo reputa jurídico, el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, como es el caso, entonces ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Antonio Galindo Jiménez (de 45 años en 1942, natural de Viracachá, agricultor de profesión, casado con Tránsito Galindo), recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del 12 de marzo del año pasado, por la cual —con base en los artículos 37 (numerales 4º y 6º) y 362 del estatuto penal— fue condenado a la pena principal de diez años de presidio como autor del homicidio en Angel María Galindo (hermano de su esposa), cometido en la cantina de Rito Galindo, ubicada en la vereda "La Isla", Municipio de Viracachá, la noche del 19 de enero de mil novecientos cuarenta y dos.

Formulada la demanda (causales primera, segunda y cuarta) por el representante que el procesado Galindo designó ante la Corte, el Procurador Delegado en lo Penal, después de examinar las tesis por aquél desarrolladas, se opone a que se case la sentencia en consideración a que—como oportunamente ha de explicarse—son ellas pertinentes, más que en este recurso extraordinario que es técnicamente el juicio sobre la sentencia en las instancias que es el juicio sobre el hecho; la Corte, en este fallo, pues, decide el recurso, previa referencia al delito, sus circunstancias y modalidades, y a los actos procesales que antecedieron y fundaron la sentencia recurrida.

I. — El delito y el proceso

No investigaron los instructores con el interés jurídico que el hecho requería, cuáles fueron los motivos que tuvo Antonio Galindo para que, en forma tan extraña y sorpresiva, hubiera ultimado a Angel María, el hermano de su esposa, la noche del 19 de enero de 1942, y si se hicieron en algunos actos del proceso suspicaces conjeturas relativas a adulterio de la esposa del agresor con determinados individuos, ellas fueron satisfactoriamente desvirtuadas, quedando así en pie la afirmación de que días antes, en la cantina de Rafael Caro, Angel María dio a Antonio un golpe de palo en la cabeza en defensa de su hermana Tránsito Galindo, a quien Antonio agrediera a puñetazos, y descartada la venganza colectiva de los Caros y Galindos presentada por Antonio en favor de su inocencia.

Sobre quién fue el agresor y cómo fue la agresión declararon quienes se hallaban aquella noche en la cantina de Rito: éste, Ester Caro su esposa, Flaminio Caro, Emeterio Galindo, Manuel Antonio Caro, Adán López, Rafael Borda, a algunos de los cuales —Flaminio Caro y Rito Galindo— el agresor acusó de la muerte del cuñado, acusación que no fue en modo alguno acreditada.

Antonio Galindo —dice uno de los testigos— se hallaba sentado en una cama de cuero dentro de la cantina de Rito Galindo, en el momento o tiempo en que entró Angel María y ofreció guarapo a sus hermanas Jova y Ana Rosa; y, cuando aquél se acercó a éstas, Antonio fue hacia Angel María y, con el cuchillo que ocultaba debajo de la ruana le causó las tres heridas (dos en la región lumbar y una en la fosa ilíaca derecha) que le quitaron la vida, sin que hubiera allí discusión, riña, ni siquiera cambio de palabras. El agresor huyó, perseguido por los concurrentes y por el mismo agredido, que le lanzó tres garrotazos sin consecuencia alguna, y sólo fue aprehendido días después y —afirmando ignorar por qué— recluído en la Penitenciaría de Tunja.

Con visibles deficiencias se instruyó el sumario bajo la dirección del Alcalde de Viracachá y del Juez Penal de Ramiriquí, sin embargo de lo cual el Juez y Tribunal Superiores que lo calificaron, no hallaron motivo alguno que explicara, ya que no justificara, el delito. "Del análisis de las declaraciones que se citan —dice el Tribunal en el auto de proceder de segundo grado— aparece incuestionable que el procesado Galindo agredió a su víctima sin motivo que lo justificara. Así lo aceptan, igualmente — termina — tanto el señor Juez **a quo** como el Fiscal colaborador del Tribunal." Esta realidad domina invariablemente durante el juicio, a pesar de la sorprendente actividad abogadil del procesado —de cuyos memoriales están llenos los últimos cuadernos— orientada hacia la prueba, ya de su inocencia que supone deslumbrante, ya de la justificación de su delito; pero el jurado —a deducirlo de la resumida acta de la audiencia— movido seguramente por el cuadro familiar que en forma tan patética detalló el defensor (el adulterio de la esposa, la muerte de dos hijos por abandono de ésta) reconoció que Antonio Galindo dio muerte a su cuñado Angel María "en momento de ira e intenso dolor psíquico", adición sugerida por el Fiscal, y que los falladores en sus respectivas sentencias apreciaron, no como circunstancia modificadora, sino de menor peligrosidad, y que es, precisamente, una de las objeciones que el recurrente hace a la sentencia.

III. — La demanda

La demanda —un extenso escrito de instancia en su mayor parte destinado a señalar las tachas de los testigos del ataque (acusadores), las omisiones procesales de los instructores, los vicios de apreciación de las pruebas y, en suma, la equivocada ruta que aquéllos siguieron en el desarrollo del proceso en perjuicio de Galindo— la demanda, se repite, no se acomoda en su ordenación y contenido a la prescripción del artículo 531 del estatuto procesal civil, aquí aplicable en virtud de la del artículo 7º del procesal penal; esto obliga a un trabajo previo de discriminación y de clasificación de tesis y razones— como el que hubo de hacer el Procurador Delegado— que, siguiendo el método que la primera de aquéllas normas señala, facilite el examen y estudio del recurso.

Las objeciones que el abogado de Galindo—con fundamento en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal— hace a la sentencia del Tribunal, se pueden resumir en las siguientes:

a) Como violación de la ley penal, la mala aplicación de los artículos 28, 37, 38 y 362 del estatuto penal, por cuanto no se le abonaron la circunstancia modificadora de la ira o intenso dolor, ni las circunstancias de menor peligrosidad relativas a su buena conducta anterior, a la influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho, a la embriaguez voluntaria, a la indigencia y falta de ilustración y a las condiciones de inferioridad psíquica;

b) Como errada apreciación de los hechos, el haber tenido en cuenta los testimonios de los Caros y Galindos tomados al principio de la investigación y no lo que resultó en los careos entre testigos y acusado, y el no haber apreciado la localización de las lesiones hecha por el denunciante, distintas de las que declararon los médicos legistas, y no haber tenido en cuenta las declaradas por el acusado, y

c) Como violación de la ley procedimental (nulidad), la falta de competencia de los juzgadores, tratándose —como se trata— de un delito de lesiones, ya que las que produjeron la muerte fueron causadas por otros (Rito Galindo y Emeterio

Caro) y no por el acusado según el denunciante agredido, y, finalmente, porque no se formularon los cuestionarios de acuerdo con lo prescrito por el Código de Procedimiento Penal.

Previa afirmación del recurrente de que las omisiones procesales que alega en apoyo de la causal segunda conducen a la de la inexistencia de prueba del cuerpo del delito, concluye su escrito con las siguientes peticiones, que la Corte ordene en relación con las causales invocadas: la fijación de la pena en el mínimo del artículo 362 con la reducción que señala el artículo 28 y reducción de la cuantía de los perjuicios conforme al artículo 2357 del estatuto civil; la declaración de veredicto contrario a la evidencia de los hechos como decisión subsidiaria de la nulidad; la declaración de nulidad del proceso desde el auto por el cual se cerró la investigación o desde la formulación del cuestionario único, y como consecuencia de cualquiera de estas decisiones que se adopte, la libertad incondicional del procesado.

El Procurador Delegado, una vez analizadas las tesis del abogado recurrente y las Doctrinas unánimes de la Procuraduría y de la Corte en relación con tales tesis, se opone a que se case la sentencia con razones y argumentos a los cuales habrá de hacerse oportuna referencia en este fallo.

III. — Decisión del recurso

Separadamente van a estudiarse los temas que —como base de cada una de las causales— propuso el recurrente, sin embargo de que los más de ellos fueron repetidos en los seis capítulos que integran la demanda; y como la conclusión a que se llega en cuanto a la nulidad no influye en el proceso, la Corte seguirá el orden en que el estatuto las enuncia.

A) Violación de la ley penal

Las objeciones que en la discriminación hecha se refieren a la causal primera, se concretan a que el Tribunal violó el artículo 28 porque no lo aplicó, el artículo 37 porque reconoció circunstancias de mayor peligrosidad no probadas, el artículo 38 porque negó otras de menor peligrosidad probadas (1ª, 4ª, 5ª, 11ª y 12ª), y el artículo 385 por la misma razón porque violó el 28, esto es, porque no lo aplicó.

Las violaciones por las cuales el recurrente impugna la sentencia —como aquí se demuestra— no tienen apoyo ni en el proceso ni en la doctrina.

Sobre la primera, la Corte ha sido en otros fallos, clara y categórica, cuando se ha querido confundir la circunstancia del artículo 28 con la del artículo 38 (numeral 3º). El jurado que calificó los hechos materia del debate reconoció que Antonio Galindo sí es responsable de haber dado muerte a Angel María Galindo "pero —dice textualmente el veredicto— **en momento de ira e intenso dolor psíquico**"— (subraya la Corte), sin referencia alguna a la causa, justa o injusta, grave o leve, que hubiera provocado los estados emocionales que, según el jurado, crearon el impulso homicida.

El estatuto penal —se ha dicho tantas veces— considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso ellos constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad y cuya calificación compete exclusivamente al jurado, o sin esa subordinación, constituyendo entonces circunstancias de peligrosidad (menor) que compete calificar a los jueces, pero en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena aunque en grados diferentes.

Cuando, pues — como es el caso — el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor psíquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el Juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si, como el recurrente lo reputa jurídico, el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, como es el caso, entonces ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso.

El Tribunal, en consecuencia, no incurrió en error de interpretación penal al sancionar el delito de Galindo sin consideración a la circunstancia añadida al veredicto.

La aplicación de dos circunstancias de mayor

peligrosidad (cuarta y sexta) y únicamente dos de menor peligrosidad (tercera y undécima) previamente acreditadas, no funda el cargo de que el Tribunal haya aplicado indebidamente los artículos 37 y 38 en los ordinales que enuncian aquellas circunstancias. Antonio Galindo, efectivamente, y así lo confiesa, era cuñado de Angel María, vínculo que impone deberes especiales; lo atacó —como lo afirman testigos y médicos legistas— por la espalda, cuando el agredido se hallaba con sus hermanas Rosa María y Jova dentro de la cantina de Rito Galindo, oscura porque habían apagado la luz, y en medio de concurrentes que eran parientes de agredido y agresor; y si la investigación hace alguna referencia a que Antonio estaba embriagado, las condiciones de inferioridad psíquica así como la influencia de excepcionales circunstancias familiares en el hecho, ningún respaldo tienen en el juicio, y con tanto mayor razón cuanto que el parentesco fue ya —y justamente— calificado por el Tribunal; finalmente, a la alegada buena conducta anterior se opone la confesión de Galindo de que anteriormente había cumplido una sentencia por homicidio y cuya copia los jueces no trajeron al proceso para, si era el caso, computarlo como base de reincidencia; ni el Tribunal podía aquí reconocer más circunstancias del art. 38 ni menos del artículo 37, lo que induce a desechar, como infundada, esta objeción del recurrente.

Sugiere éste en alguna de las partes de su desordenado y confuso escrito, que el Tribunal violó —por falta de aplicación— el artículo 385; objeción inocua ésta, porque ni al calificar el sumario, ni en la audiencia, ni en los fallos, se mencionó la complicidad correlativa, figura ésta que —como la ira o el dolor grave e injustamente provocados— sólo el jurado, no el Tribunal, puede deducirla si es que hay base en el proceso; pero no aquí, en que el autor del homicidio fue uno solo y no varios los agresores.

La Corte se abstiene de examinar la solicitud referente a reducción de perjuicios por las siguientes razones: el recurso de casación con este fin interpuesto se condiciona a la cuantía, que debe exceder de tres mil pesos y, además, tramitarse análogamente a la casación civil para que pueda admitirse; y Galindo fue condenado a pagar los perjuicios (materiales y morales objetivados) pero en abstracto; y, por lo demás, nada dijo el recurrente para fundar su petición. La violación del artículo 2357 es, pues, aquí inepta.

No se ha fundado —como se concluye de las razones anteriores— la primera causal de casación.

b) La errada apreciación de los hechos

De la afirmación de que el Tribunal desechó las rectificaciones de los testigos en sus careos con el acusado, la contradicción entre las lesiones qu denunció el agredido y las que los peritos hallaron y la confesión de Galindo (en cuanto inculpó del homicidio a Rito y a Emeterio), deduce el recurrente que no fue probado el cuerpo del delito y funda en ello su petición de que, previa declaratoria de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, se convoque a nuevo jurado.

Pretende, pues, el recurrente plantear una controversia sobre hechos, la que es materia exclusiva de instancias, e impropia —como desde 1944 se ha venido ratificando— de este recurso cuando interpuesto contra sentencias dictadas en procesos con asistencia del jurado. La Corte, para mejor conocimiento de las razones que fundaron la exclusión de esta causal (segunda) en dicha especie de procesos (entre ellas la de que ella fue excluída en el nuevo Código), hace referencia al fallo mediante el cual —el 3 de noviembre de 1944— se decidió el recurso de Juan Troyano contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán.

c) Nulidad del proceso

Dos motivos de nulidad ha revelado el recurrente: primero, el de la incompetencia de jurisdicción, por cuanto, tratándose, como se trata —asevera— de un delito de lesiones, no era el Juez Superior, sino el de Circuito, el que podía juzgar a Galindo (el procesado), y segundo, el de infracción constitucional, por cuanto el Juez formuló el cuestionario único y no el múltiple, como lo prescribe el Código de Procedimiento Penal (artículos 497 a 500).

No obstante que estas nulidades no fueron debatidas en instancias, lo que —en virtud de doctrina no revisada— obliga a no considerarlas en la Corte, se hace indispensable afirmar que, aunque lo hubieran sido, no tienen fundamento en el proceso.

La versión relativa a la figura de delito (lesiones en vez de homicidio), la deriva el recurrente

de la afirmación de Galindo, según la cual Angel María antes de morir declaró que fue en el estómago y en el pecho donde Antonio lo hirió, opuestamente a lo declarado por los médicos legistas (que fue en la región lumbar y en la fosa ilíaca derecha); se trata, pues, de un recurso defensista de Galindo, para desplazar la responsabilidad hacia las personas (Rito y Emeterio Galindo) a quienes imputa la ejecución de las lesiones que produjeron a Angel María la muerte, lo que es aquí legal y procesalmente insostenible.

La otra causal de nulidad, la relativa a la formulación de cuestionarios, es contraria a la doctrina y a la jurisprudencia. Celebrada la audiencia cuando ya la Ley 4ª de 1943 (artículos 28 y 29) se hallaba en plena vigencia, su aplicación era obligada desde que comenzó a regir, por cuanto es norma procesal y, por consiguiente, de orden público. Así lo ha decidido la Corte, salvo aplicación del principio de la favorabilidad oportunamente alegado.

No hay, pues, lugar a declarar las nulidades que el recurrente ha señalado en este proceso.

IV. — El fallo

No habiendo, pues, sido fundadas las causales que, en la demanda, invocó y alegó el abogado de Galindo, es el caso de aplicar el artículo 569 del estatuto procesal penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del doce (12) de marzo del año pasado por la cual condenó a Antonio Galindo Jiménez, a la pena principal de diez (10) años de presidio por el delito de homicidio en Angel María Galindo (cuñado) cometido la noche del diez y nueve (19) de enero de mil novecientos cuarenta y dos (1942), en la vereda "La Isla", Municipio de Viracachá.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA MILITAR.

Ni la Constitución ni la Ley han creado el cargo de ALCALDE MILITAR; esta denominación la trae el Decreto número 744 de 31 de marzo de 1944, que amplía las disposiciones del Decreto número 1720 de 1943, pero sus funciones como Alcalde Municipal —aunque el puesto esté desempeñado por un militar del Ejército— siempre serán las contenidas en el artículo 144 del Código de Régimen Político y Municipal y demás leyes que lo adicionan.

La denominación de ALCALDE MILITAR, probablemente la asigna el Ministerio de Guerra, en atención a que el cargo público va a ser desempeñado por un militar, pero en realidad de verdad, el aditamento, no tiene mayor significación dentro del campo jurídico, y en relación con los delitos o faltas que este funcionario pueda cometer.

El ALCALDE MUNICIPAL en tiempo de paz, no asume o concentra en su persona la autoridad política o civil y la judicial o militar; la reunión de estas dos jurisdicciones, en una sola, sólo es permitida por la Constitución Nacional para estados de guerra o turbación del orden público, pero en estados normales o de paz, la Constitución lo prohibe expresamente en su artículo 61.

Cuando un militar oficial del Ejército desempeña el cargo de ALCALDE MUNICIPAL, sus funciones son esencialmente administrativas civiles, pero esto no se opone a que, en determinados momentos y en virtud de mandato expreso de la Ley, pueda ejercer funciones como auxiliar de la justicia ordinaria, pero en ningún caso en tiempo de paz, puede asumir simultáneamente la autoridad política o civil, y la judicial o militar. El hecho de que el ALCALDE MUNICIPAL use las insignias y el uniforme propios de la institución —Ejército Nacional— no es motivo para pensar que bajo su mando quedan resumidas las funciones políticas civiles y las militares.

Desde el momento en que el Gobernador, usando de la potestad que le confieren las leyes, nombra para desempeñar el cargo de Alcalde Municipal a un militar, y éste acepta la designación y toma posesión del cargo, automáticamente queda separado del ejercicio de sus funciones como MILITAR, para asumir las correspondientes al cargo que va a desempeñar. De no ser así, tales nombramientos serían inconstitucionales, porque como se deja expuesto, en TIEMPO DE PAZ ninguna persona o corporación puede ejercer simultáneamente la autoridad política civil y la judicial o la militar, por prohibirlo expresamente la Constitución Nacional.

Las violaciones de la ley —que se imputan al Alcalde Teniente Misael Marín, en este caso concreto— detención arbitraria, no son infracciones de la Justicia Penal Militar, sino del Código Penal, artículo 295. No fueron cometidas en ejercicio de funciones como militar, porque éstas se hallaban suspendidas desde que aceptó el nombramiento y se posesionó del cargo; no se cometieron por razón del servicio o por razones inherentes al mismo, pues los servicios que prestaba no eran militares sino administrativos civiles; las funciones que desempeñaba no están determinadas por el Código Militar sino por el Código de Régimen Político y Municipal, y tampoco se cometió en sitio o lugar donde actuaban fuerzas militares. De manera que por este aspecto, el delito que se imputa al Alcalde Teniente Misael Marín —detención arbitraria— no es militar sino común, cuya competencia corresponde a los funcionarios de la rama jurisdiccional ordinaria, y no a la militar.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juzgado Superior Militar de las Brigadas Primera y Quinta, con residencia en Bucaraman-

ga, remite las diligencias iniciadas contra el Teniente del Ejército señor Misael Marín, para que se resuelva la colisión de competencias suscitada entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria.

Antecedentes

Por Decreto número 1341 de 29 de agosto de 1946, el Gobernador de Santander, nombró como Alcalde Municipal de Mogotes, al teniente del Ejército de Colombia, señor Misael Marín, decreto que en su parte pertinente dice:

"Artículo quinto. — Nómbrase al Teniente del Ejército Nacional, señor Misael Marín, para desempeñar las funciones del Alcalde Municipal de Mogotes.

"Comuníquese. — Expedido en Bucaramanga, a 29 de agosto de 1946. (Fdo.) **Samuel Arango Reyes — Pedro Manuel Arenas**, Secretario de Gobierno".

El dos de septiembre del mismo año, el Teniente Misael Marín se presentó ante el Juzgado Municipal de Mogotes, y tomó posesión del cargo de Alcalde Municipal de dicha ciudad.

El 26 de septiembre de 1946, Efraín Novoa y Ramón Ribero, ante el Juez Municipal de Mogotes, denunciaron criminalmente al Teniente del Ejército señor Misael Marín, imputándole la comisión de varios delitos de detención arbitraria, consistentes en haber mantenido en la Cárcel Municipal de ese lugar, a los denunciantes, y otros individuos de esa ciudad, cuando ejercía las funciones de Alcalde Municipal.

El Juzgado Municipal remitió las diligencias al Juzgado del Circuito de San Gil, y este funcionario, en auto de noviembre (26 de 1946) veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis, dispuso:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 3ª de 1945, corresponde conocer de este negocio al señor Juez Militar, radicado en Bucaramanga en el Comando de la Quinta Brigada".

El Juzgado Superior de las Brigadas Primera y Quinta de Bucaramanga, en providencia de veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, manifiesta no ser competente para conocer del negocio, por no tratarse de una infracción militar, sino de una común u ordinaria; como consecuencia plantea una colisión de competencias, entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, y ordena remitir el negocio a esta Entidad para que resuelva lo que sea legal.

Jurisdicción

En virtud de la facultad concedida por los artículos 11 y 24 de la Ley 3ª de 1945, la Corte procede a estudiar el incidente sobre colisión de competencias surgida entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, y determinar la autoridad competente para conocer del sumario iniciado contra el Teniente del Ejército Nacional señor Misael Marín, quien en la fecha en que se le imputan los hechos, desempeñaba el cargo de Alcalde Municipal de Mogotes.

Delito militar

La Sala en repetidas ocasiones ha dicho, que: delito militar es todo hecho que viola los principios normativos de la justicia penal militar, o sea las disposiciones que informa en su parte sustantiva la Ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar); que el acto se cometa por militares en actividad o por civiles al servicio de las fuerzas militares, con ocasión del servicio o por causas inherentes al mismo y en lugar donde se hallen o actúen fuerzas militares.

De lo anterior se deduce que los elementos integrantes del delito militar son estos:

a) Violación de la ley penal militar.

b) Que dicha violación sea realizada por militares o por civiles al servicio de las fuerzas militares.

c) Que el delito se cometa por causa o con ocasión del servicio militar o por ejercicio de funciones inherentes al mismo, y

d) Que en el sitio donde se cometa la infracción se hallen establecidas o actúen fuezas militares.

Si en la ejecución de un hecho concurren los elementos que se dejan relacionados, el acto se tipifica como delito militar específico, y por consiguiente la jurisdicción y competencia es de la justicia militar y no de la ordinaria, pero si el hecho no reúne los requisitos que se anotan como elementos constitutivos del delito, éste pierde ese carácter —delito militar— para entrar en la esfera de los delitos comunes.

El artículo 170 de la Constitución Nacional, consagra un fuero especial para los militares en

servicio activo, y la ley 3ª de 1945 amplía este privilegio para los civiles al servicio de las fuerzas militares, pero este fuero o privilegio, sólo es aplicable para juzgamiento de los delitos previamente determinados en el Código de Justicia Penal Militar, y éstos no pueden ser otros que aquellos que se cometan por razón del servicio o por funciones inherentes al mismo, como serían los que atentan contra la existencia, integridad o disciplina y defensa de la Institución Armada o la Soberanía de la Patria. (art. 166 de la Carta).

"Considerando el artículo 170 tanto desde el punto de vista de su letra como de su espíritu y de la finalidad que con él se persigue, es preciso concluír que en él se contiene, implícita pero muy claramente, la prohibición de someter ya en tiempo de paz, ora en tiempo de guera, a los militares que cometan un delito en servicio activo y en relación con el mismo servicio a los Tribunales de fuero común, es decir, a Tribunales que conocen de las causas contra los demás habitantes de la República; esto, porque entonces se violaría no sólo la letra del mencionado artículo sino su especial finalidad, que es, se repite una vez más, darle al Ejército el privilegio de defenderse por sí mismo, de calificar por medio de sus propios Tribunales el alcance y gravedad que, contra su existencia y fines, podría tener un determinado acto ejecutado por uno de sus miembros." (Doctrinas de la Procuraduría - pág. 183).

Lo anterior no se opone a que en un momento dado y por cuestiones de turbación del orden público y por haberse declarado en estado de sitio el territorio de la República o parte de él, los Tribunales Militares conozcan de los procesos por delitos cometidos durante ese estado anormal que prevé el artículo 121 de la Constitución Nacional, pero en este caso la jurisdicción se amplía por un motivo de orden público, cual es el de la conservación de la Soberanía de la Nación, en sus dos aspectos, interno y externo, pues en estos casos no hay incompatibilidad para que una misma persona pueda ejercer la autoridad civil y la militar.

Si los hechos que se imputan al Teniente señor Misael Marín, fueron realizados como miembro activo de las Fuerzas Armadas y con motivo o por relación de las funciones propias del servicio que como Oficial del Ejército debía cumplir, es natural que el juzgamiento de esos actos sería de competencia de la justicia penal militar, ya que ellos constituirían un delito típicamente militar; pero si esos mismos hechos no se realizaron en cumplimiento de funciones militares, sino civiles, o en desarrollo de funciones administrativas, claro es, que el delito será común y de competencia de los Tribunales de la justicia penal ordinaria.

Determinados los elementos del delito militar y explicado el alcance del artículo 170 de la Constitución Nacional, en relación con el 140 de la Ley 3ª de 1945 sobre Justicia Penal Militar, es necesario examinar cuáles son las funciones que desempeña un Alcalde Municipal y si la infracción cometida en ejercicio de ellas, es militar o simplemente común u ordinaria.

Alcalde. Sus funciones.

El cargo de Alcalde es una creación de origen constitucional, el Alcalde —es un empleado público— que ejerce funciones de Agente del Gobernador y Jefe de la Administración Municipal, su nombramiento de acuerdo con la ley corresponde hacerlo al Gobernador del respectivo Departamento.

Las atribuciones de los Alcaldes se hallan reglamentadas por el artículo 184 del Código de Régimen Político Municipal, y dentro de sus 22 numerales no se encuentra ninguna disposición que le atribuya otras funciones fuera de aquellas que se refieren al orden administrativo y civil.

El Alcalde dispone de los medios necesarios para que sus mandatos se obedezcan y se cumplan sus órdenes, y el artículo 148 en su numeral 14, en orden a tal finalidad; lo autoriza para imponer multas o penas de arresto hasta de seis días. Fuera de estos mandatos, la ley confiere otros de orden preventivo, como son las medidas tendientes a la prevención de los delitos y represión de estados antisociales de peligrosidad. Pero dentro de las atribuciones conferidas por la ley al Alcalde, no está la de ejercer ninguna facultad o atribución de orden militar.

Alcalde Militar

Ni la Constitución ni la ley han creado el cargo de **Alcalde militar**; esta denominación la trae el Decreto Nº 744 de 31 de marzo de 1944, que amplía las disposiciones del Decreto Nº 1720 de 1943, pero sus funciones como Alcalde Municipal —aunque el puesto esté desempeñado por un militar del Ejército— siempre serán las contenidas en el artículo 144 del Código de Régimen Político y Municipal y demás leyes que lo adicionan.

La denominación de **Alcalde Militar,** probablemente la asigna el Ministerio de Guerra, en atención a que el cargo público va a ser desempeñado por un militar, pero en realidad de verdad, el aditamento, no tiene mayor significación dentro del campo jurídico, y en relación con los delitos o faltas que este funcionario pueda cometer.

El **Alcalde Municipal** en tiempo de paz, no asume o concentra en su persona la autoridad política o civil de la judicial o militar; la reunión de estas dos jurisdicciones, en una sola, sólo permitida por la Constitución Nacional para estados de guerra o turbación del orden público, pero en estados normales o de paz, la Constitución lo prohibe expresamente en su artículo 61.

"Quien ejerce mando y ha de emplear la fuerza material para hacerse obedecer; quien mira a las necesidades de la política para ejercer sus funciones; quien ha de obrar con cierta libertad de juicio, según la conveniencia intrínseca de los actos y la oportunidad de ejecutarlos, mal puede ejercer al propio tiempo funciones judiciales. Estas requieren la mayor impasibilidad en la aplicación de la ley, porque los juicios que forman los jueces para fallar no pueden ni deben fundarse sino en los hechos probados, en las reglas del Derecho escrito, y en la confrontación crítica de aquellos hechos con estas reglas, de modo que estén en concordancia.

"Así mismo, se comprende fácilmente la incompatibilidad que hay en el ejercicio regular u ordinario de la autoridad militar, juntamente con la judicial. No pudiendo ser deliberante la Fuerza Pública, es claro que un Jefe militar ha de obedecer ciegamente las órdenes que recibe; y por lo tanto, carece de aquella independencia que es necesaria para el recto ejercicio de las funciones judiciales.

"Mas no sin razón se limitan estas garantías al tiempo de paz, como dice el artículo que analizamos. En el de guerra, son tan imperiosas las necesidades, tan urgentes los casos, que bien pueden ser inevitables, por ejemplo, confiar, en campaña, funciones judiciales a las autoridades militares, y aun a las políticas o civiles".

Cuando un militar Oficial del Ejército desempeña el cargo de **Alcalde Municipal,** sus funciones son esencialmente administrativas civiles, pero ésto no se opone a que, en determinados momentos y en virtud de mandato expreso de la ley, pueda ejercer funciones como auxiliar de la justicia ordinaria, pero en ningún caso en tiempo de paz, puede asumir simultáneamente la autoridad política o civil, y la judicial o militar. El hecho de que el **Alcalde Municipal** use las insignias y el uniforme propios de la institución —Ejército Nacional— no es motivo para pensar que bajo su mando quedan resumidas las funciones políticas, civiles y militares.

Desde el momento en que el Gobernador, usando de la potestad que le confieren las leyes, nombra para desempeñar el cargo de Alcalde Municipal a un militar y éste acepta la designación y toma posesión del cargo, automáticamente queda separado del ejercicio de sus funciones como **militar.** De no ser así, tales nombramientos serían inconstitucionales, porque como se deja expuesto, en tiempo **de paz** ninguna persona o corporación puede ejercer simultáneamente la autoridad política civil y la judicial o la militar, por prohibirlo expresamente la Constitución Nacional.

Pudiera pensarse que esta tesis está en oposición con la sostenida en fallos de febrero tres y veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete, cuando en ellos se afirma que los delitos cometidos por **unidades de tropa —en comisión—** y al servicio de las autoridades civiles son delitos militares, y en cambio los cometidos por los Alcaldes cuando éstos son designados y escogidos de las fuerzas del Ejército, son delitos comunes, pero a esto se responde:

1º—Porque "la tropa acantonada en Guaca auncuando prestaba servicios de orden civil, ellos deben entenderse dentro de la función estrictamente militar por cuanto el Ejército de la República cuando cumple misiones de esta naturaleza, lo hace en obedecimiento de terminantes disposiciones de la Constitución Nacional, sin que esa misión pueda entenderse desvinculada de las funciones propias de la institución militar. Y ello es así auncuando el orden público no se halle perturbado ni se haya declarado el Estado de sitio. El señor Juez Militar al hablar de este aspecto de la cuestión, considera que la función o servicio prestado por las fuerzas militares no pueden considerarse como propias de la naturaleza misma de la institución durante las épocas de normalidad, pero olvida que en el art. 195 de la Constitución Nacional se da a los Gobernadores la facultad "de requerir el auxilio de la fuerza armada, y el Jefe Militar obedecerá sus instrucciones", y esto es así porque la función de las fuerzas armadas no consiste solamente en la defensa exterior de la Nación sino en la defensa interna del orden público y de

las instituciones patrias. Por tanto, cuando esta clase de misiones se llevan a término, es indudable que las fuerzas armadas están cumpliendo rigurosamente una función del servicio de carácter militar. Y que el Jefe Militar a quien se le piden estos servicios no se puede negar a ellos, es cuestión que está prevista por la Ley 3ª de 1945 que en su artículo 214, dispone: "El que ejerciendo mando y requerido legítimamente por autoridad competente para un asunto relacionado con el **orden público o social,** niegue o retarde sin causa justificada el apoyo que se le solicite, incurre en prisión de seis meses a tres años". La prerrogativa constitucional que se da a los funcionarios civiles para requerir la colaboración de las fuerzas armadas no se ejerce únicamente cuando ha habido una declaración de estado de sitio o de perturbación del orden público, es suficiente que dichas autoridades presuman que puede presentarse una situación anormal, como en los casos de conflictos sociales, para que hagan intervenir las fuerzas armadas con el objeto de cumplir la misión de preservar ese orden, misión que no es de exclusivo carácter político sino también militar, como antes se vio", y

2º—Para que un delito cometido por un Alcalde en ejercicio de sus funciones pueda tomar la denominación de **delito militar,** es indispensable la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que señala la Constitución y la ley, o sea que se viole la ley de Justicia Penal Militar, que esa violación se cometa por un oficial o por un civil al servicio de las Fuerzas Militares; que el hecho se lleve a cabo por razón o causa del servicio o por funciones inherentes al mismo, y que la infracción se ejecute en sitio o lugar donde se hallen establecidas o actúen fuerzas militares.

Las violaciones de la ley —que se imputan al Alcalde Teniente Misael Marín, en este caso concreto—, detención arbitraria, no son infracciones de la Justicia Penal Militar, sino del Código Penal, (artículo 295). No fueron cometidas en ejercicio de funciones como militar, porque éstas se hallaban suspendidas desde que aceptó el nombramiento y se posesionó del cargo; no se cometieron por razón del servicio o por razones inherentes al mismo, pues los servicios que prestaba no eran militares sino administrativos civiles; las funciones que desempeñaba no están determinadas por el Código Militar sino por el Código de Régimen Político y Municipal, y tampoco se cometió en sitio o lugar donde actuaban fuerzas militares. De manera que, por este concepto, el delito que se imputa al Alcalde Teniente Misael Marín —detención arbitraria— no es militar sino común, cuya competencia, corresponde a los funcionarios de la rama jurisdiccional ordinaria, y no a la militar.

Por las consideraciones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve :

a) Es a la Justicia Penal Ordinaria y no a la Justicia Penal militar a quien corresponde conocer de las diligencias seguidas contra el Teniente del Ejército Nacional Misael Marín, por el delito de detención arbitraria que se le imputó cuando desempeñaba el cargo de Alcalde Titular del Municipio de Mogotes, y

b) Así queda dirimida la colisión de competencias entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Gil y el Juzgado Superior Militar de las Brigadas Primera y Quinta de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gomez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA CAUSAL 3ª DE CASACION. — EL AUTO DE PROCEDER. — CAUSAL 2ª

Dos motivos le ofrece al interesado en la prosperidad de un recurso de casación la causal 3ª. Se refiere el primero al caso de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y obra el segundo, cuando la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Tanto cuando esta causal se encuentra justificada —en cualquiera de sus dos motivos expresados— como cuando ello ocurra con la 1ª o con la 2ª, lo que procede es invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo (letra a) del art. 570 del Código de Procedimiento Penal.

Sustituír en casación una sentencia, por ejemplo, una sanción que no corresponde al delito (causal 1ª); hacer lo mismo cuando en un proceso ventilado ante jueces de Circuito encuentre la Corte demostrado por el recurrente que los hechos estuvieron mal interpretados o erradamente apreciadas las pruebas que sirvieron para establecerlo (causal 2ª); o cuando la sentencia resulte en pugna con el veredicto (motivo 2º de la causal 3ª), es un mandato de la ley que no ofrece para su cumplimiento ninguna dificultad. ¿Pero cómo podría la Sala Penal de la Corte, so pretexto de una demostración de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, dictar un fallo, en reemplazo del invalidado, prescindiendo del veredicto de los jueces de conciencia, cuando fueron éstos quienes declararon una determinada responsabilidad, distinguiéndola con especiales características, y la sentencia no hizo más que acometer las disposiciones concernientes a la declaración del Tribunal del pueblo? Ningún papel quedaría entonces desempeñando el veredicto en el juicio que, sin embargo, culminaría sin él. La sentencia sería en este supuesto estrictamente de derecho, no se habrían cumplido las formalidades del juzgamiento, sería nulo el proceso, y al tratar de armonizar la sentencia con el auto de proceder se pondría el fallo de casación en pugna con la voluntad del Jurado. El fenómeno que en el caso del proceso se contempla no es, pues, propiamente el de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino más bien el de falta de consonancia entre dicho auto y el veredicto, lo que no está consagrado como causal de casación. Se dice que lo que hay es únicamente un falta de armonía entre el auto de proceder y el veredicto, porque la sentencia no hace otra cosa que recoger la voluntad del Jurado para acomodarla a las disposiciones penales respectivas. No es ella —la sentencia— una decisión del Juez sobre la responsabilidad del procesado, ni contiene en lo cardinal un juicio suyo; allí obra como subordinado, si se permite la expresión, y cumple apenas una labor casi mecánica de ajustar a la ley la resolución —si ha sido aceptada— de un Tribunal constituído precisamente para juzgar según su personal criterio. En lo que sí recobra el uso de sus auténticas atribuciones el Juez de derecho es en cuanto a la individualización de las penas, tarea que debe estar precedida de un ponderado estudio acerca de la personalidad del delincuente. Pero, como ya se ha dicho, en esta parte el Juez de derecho tan sólo se ocupa en darle forma a una realidad en que el Juez no tomó participación alguna decisiva en el problema que se discutía, es decir, en cuanto a la responsabilidad e irresponsabilidad que el veredicto define. Y esto es lo fundamental de todo proceso que se instruya para saber si hay o no lugar a imponer sanciones a quien se señala como autor o partícipe de una o más infracciones.

La anterior consideración conduce naturalmente a sostener la tesis de que en los juicios ventilados ante los jueces superiores mediante la intervención del Tribunal popular no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia —que no contiene decisión sobre los cargos y el auto que los formula, sino en-

tre la determinación del Jurado —que sí se ha pronunciado acerca de ellos— y la providencia en que se enunciaron. Así es preciso declararlo en vista de la dificultad de orden práctico que se suscita al tratar de cumplir el mandato del artículo 570 (letra a) del Código de Procedimiento Penal, cuando en los juicios en que interviene el Jurado se alega en casación el primer motivo de la causal 3ª).

2.—Es un procedimiento irregular —y de los más criticables— el de preguntar al Jurado sobre aspectos no examinados en el auto de proceder y sobre hechos ajenos al debate que se plantea en esta providencia, que es, según se ha dicho con tanta frecuencia, el verdadero pliego de cargos, que se formula al acusado para que provea convenientemente a su defensa; y aunque ocurre preguntar si precisarlos demasiado en la etapa que abre el juicio, definiendo de una manera categórica el problema hasta el punto de agotarlo, no es también inconveniente porque se reducen las posibilidades de defensa y el presunto responsable quedaría de antemano condenado, sea de ello lo que fuere siempre resulta más aconsejable concretar el hecho que dejarlo vagamente expuesto. Pero además de que al Jurado le es permitido reconocer que el hecho se cometió en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario (artículo 29, Ley 4ª de 1943), el auto de proceder no es una providencia rígida e inmodificable. La parte inmodificable es la que determina el género del delito y no su especie. El género no puede sufrir ninguna variación en el curso del proceso, porque entonces se condenaría por un delito que no fue imputado. Mas no sucede lo mismo en lo atinente a las modalidades que especifican la infracción dentro del género a que ella pertenece, que es lo que debe puntualizarse en la parte motiva. Así lo ha decidido en varios casos la Corte.

3.—La causal 2ª no procede en los juicios en que interviene el Jurado. Convenir en que los hechos fueron mal apreciados por los jueces de conciencia equivaldría a afirmar una injusticia de su veredicto; y como este motivo (injusticia del veredicto) fue abolido como causal de casación por la Ley 94 de 1938, es indiscutible que la ley al enunciar los motivos que aparecen en la causal 2ª quiso que fueran excluídos de procesos adelantados mediante la participación del Jurado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos :

Con fundamento en las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el doctor Antonio Torregrosa A., apoderado de José Barrientos Gómez, impugna la sentencia de veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y seis, del Tribunal Superior de Santa Marta, en la cual se condenó al mencionado Barrientos a la sanción principal de quince años, tres meses de presidio, como responsable de la muerte de Emilio J. Salem, hecho ocurrido en la noche del diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el Corregimiento de Orihueca.

La sentencia acusada se dictó creyendo darle un conveniente desarrollo al veredicto del Jurado, que, reunido en audiencia pública en los días diez y seis y veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, contestó afirmativamente siete cuestiones que le presentó a su consideración el Juez 1º Superior de Santa Marta, y que fueron las siguientes:

"Cuestión Primera: Os halláis plenamente convencidos de que el acusado José Barrientos Gómez, dió muerte al palestino Emilio J. Salem, por medio de una herida causada con arma cortante en la región anterior del cuello, descrita en la respectiva diligencia de autopsia. Hecho que tuvo lugar en la noche del diecinueve de junio del año de mil novecientos cuarenta y dos, como a las once de la noche en el Corregimiento de Orihueca?"

"Cuestión Segunda: El hecho a que se refiere la cuestión anterior, se ejecutó con el propósito de matar?

"Cuestión tercera: El hecho a que se refiere la cuestión principal se ejecutó con el propósito de inferir una lesión personal?"

"Cuestión Cuarta: El hecho a que se refiere la cuestión primera fue ejecutado por el acusado José Barrientos Gómez cuando la víctima Emilio J. Salem tenía los brazos extendidos sobre la es-

palda de una de las bancas del camellón de Orihueca?"

"Cuestión Quinta: El hecho a que se refiere la cuestión primera fué ejecutado por el acusado José Barrientos Gómez cuando la víctima Emilio J. Salem tenía los brazos extendidos sobre la espalda de una de las bancas del camellón de Orihueca?".

"Cuestión Sexta: El hecho a que se refiere la cuestión primera fue ejecutado por el acusado José Barrientos Gómez cuando estaba sentado en una de las bancas del camellón de Orihueca el señor Emilio J. Salem?"

"Cuestión Séptima: El hecho a que se refiere la cuestión primera fue ejecutado por el acusado José Barrientos Gómez cuando la víctima Emilio J. Salem estaba sentada en una banca del camellón citado y tenía una de las piernas cruzadas?"

A primera vista se advierte que el Jurado al mismo tiempo que aceptó el propósito homicida (respuesta a la cuestión segunda), desconoció ese propósito, puesto que afirmó que el procesado pretendió apenas inferirle al agredido una lesión personal (respuesta a la cuestión tercera).

En presencia de ese resultado, el Juez y el Tribunal debieron declarar contrario a la evidencia de los hechos semejante veredicto. Pero la verdad es que él no les mereció ningún reparo, y la sentencia se instruyó sobre esa base, francamente deleznable.

Le quedaba entonces al demandante durante el recurso de casación la oportunidad de invocar la causal 7ª, es decir, aquella que se refiere al veredicto contradictorio. Mas esa causal no fue alegada, y la Sala no podrá, de consiguiente, tenerla en cuenta, atendiendo a la prohibición expresa del artículo 568 del Código de Procedimiento Penal.

La anterior no es la única observación que cabe hacerle al proceso. Porque las audiencias públicas se realizaron cuando ya estaba en vigencia la Ley 4ª de 1943, y, sin embargo, el cuestionario se elaboró no de acuerdo con esta Ley de inmediata aplicación, sino siguiendo la pauta trazada en el artículo 498 de la Ley 94 de 1938. El Tribunal guardó silencio acerca de esta irregularidad, que podría ser constitutiva de invalidez, y en la demanda se dejó de alegar la precisa causal que correspondía, es decir, la 4ª.

Previas estas anotaciones, de las cuales no debía prescindirse, no sólo para salvar la situación que se le presenta a la Sala al decidir este recurso, que no equivale a una tercera instancia, que no es una etapa del proceso, en que sea posible remediar nada que no haya sido expresamente solicitado, sino también para reprobar el lamentable descuido de los funcionarios que actuaron en el proceso adelantado a José Barrientos Gómez, previas esas anotaciones, vuelve a decir la Sala, se pasa a estudiar la demanda que —con todo— no peca de lacónica, ni de deficiente en cuanto a extensión.

Causal 3ª—Inicia con ella ella el demandante su estudio, y presenta como motivo de su acusación el no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Dice el demandante que en el auto de proceder no se le imputó a José Barrientos Gómez un delito agravado de homicidio y que no obstante la sentencia lo condenó como autor de asesinato.

Tal es el resumen del cargo que a propósito de esta causal le formula al fallo del Tribunal Superior de Santa Marta.

Causal 1ª—Aún cuando su desarrollo es distinto, es igual el fundamento que le sirvió para sostener el anterior, o sea, que se aplicó el artículo 363 del Código Penal en vez del 362. En esto hace consistir la violación de la ley penal.

Causal 2ª—Arguye el demandante que por haberse errado en la apreciación e interpretación de los hechos y por habérseles atribuído un valor probatorio de que carecen, se condenó a José Barrientos Gómez a quince años y tres meses de presidio.

De esa manera enuncia la causal y la respalda luégo con argumentos no propios de ella, puesto que insiste en recalcar sobre el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder (causal 3ª), y luégo hace una breve referencia al artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, apuntando que el cuestionario debió formularse de acuerdo con esa Ley (causal 4ª).

Concepto de la Procuraduría

Apartándose del orden en que el demandante ha presentado las causales de casación por él invocadas, el señor Procurador Delegado en lo Penal principia por referirse a la segunda, y dice que fuera de que en esta causal involucra el demandante cuestiones que le son extrañas, tales como lo relativo al desacuerdo del cuestionario con el auto de proceder y de que el no haberse

tenido en cuenta para la elaboración del cuestionario el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 es problema relativo a otra causal, la alegada —la segunda— resulta improcedente en los juicios en que el Jurado interviene, según lo ha resuelto invariablemente esta Sala desde el mes de noviembre de 1944 en que se estudió tal tema en la sentencia de csaación concerniente al acusado de homicidio Juan Troyano.

No cree el señor Procurador Delegado en lo Penal que la sentencia se haya pronunciado con desconocimiento de los cargos formulados en el auto de proceder. Porque si es verdad que en esta providencia no se aludió a la premeditación, el Tribunal sí precisó otras circunstancias constitutivas de asesinato, tales como las condiciones de inferioridad o indefensión en que fue sorprendida y acometida la víctima. Cita en su apoyo un pasaje de dicha providencia en que al relatarse el modo como ocurrió el delito parece darse a entender que Salem se encontraba sentado cuando Barrientos, con una navaja de barba, le infirió en el cuello la herida que le ocasionó la muerte. Y más adelante agrega que los cargos imputados al procesado en el auto de proceder no son inmodificables, ni tienen el carácter de derecho adquirido para el delincuente, a tal punto que la sentencia tenga que condenar por el delito específico allí configurado, pues la búsqueda de la verdad no se agota en el sumario, sino que ella domina el proceso a través de todo su desarrollo. Por eso —continúa— la calificación del delito en el auto de proceder se hace en dos formas: una genérica y la otra específica, en previsión de que más tarde pueda, además de las circunstancias ya reveladas y conocidas que especifiquen el delito, establecerse otras que correspondan a la cabal realidad de los hechos.

Sobre este mismo razonamiento vuelve el señor Procurador para manifestar que es inconducente el apoyo de la causal 1ª, puesto que si el auto de proceder no señaló precisamente la concurrencia de la premeditación en el acto del responsable Barrientos Gómez, sí quedó en esa providencia establecida la indefensión de la víctima.

Como resumen de sus puntos de vista, pide el señor Procurador que no se invalide la sentencia acusada y que ante la imposibilidad de corregir las irregularidades en que se incurrió en el proceso, se llame al Tribunal sentenciador la atención sobre lo siguiente:

"1º Al Jurado se sometió una serie de cuestionarios conforme al sistema consagrado por el art. 498 del Código de Procedimiento Penal cuando en verdad ha debido redactarse una sola cuestión al tenor del art. 28 de la Ley 43 de 1943, que ya estaba vigente. Esa irregularidad es constitutiva de nulidad sustancial del juicio, como lo tiene sentado la H. Corte (Casación de Marco Tulio Marín por homicidio. GACETA Nos. 2022 - 2023 - 2024, pág. 537).

"2. El Jurado contestó afirmativamente la segunda cuestión concerniente al propósito de matar, así mismo absolvió de manera afirmativa la tercera cuestión sobre homicidio ultraintencional. Lo que quiere decir que reconoció y negó al mismo tiempo el dolo específico del homicidio intencional, incurriendo así en una palmaria contradicción.

"3º Los Jueces de conciencia advirtieron como circunstancia constitutiva de asesinato el haber procedido el acusado "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos". Y el Tribunal, al individualizar la sanción, volvió a computar indebidamente los motivos innobles y fútiles como circunstancia de mayor peligrosidad, no obstante que en el considerando 5º de su fallo sienta la premisa jurídica de que no deben confundirse los elementos esenciales del asesinato de que trata el art. 363 del Código Penal, con las circunstancias accesorias que determinan el mínimo y el máximo de la pena que debe aplicarse en cada caso particular".

Considera la Sala

El demandante se empeñó principalmente en una labor de confrontación, insertando en su escrito buena parte de las providencias judiciales sobre las cuales ha versado la crítica, encaminada especialmente a tratar de poner de relieve la falta de prueba acerca del hecho mismo y, sobre todo, en lo tocante a la modalidad transformadora del homicidio en asesinato.

De haberse producido ese laborioso alegato en las instancias, no hubiera sido raro que el Tribunal de Santa Marta resolviera algo distinto de lo que aparece en la sentencia de veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

Pero traer en un período ya vencido del proceso reflexiones tardías respecto de puntos fenecidos y censuras acerca de una decisión que correspondió a los jueces que obedecieron a la determinación de su conciencia sin posibilidad ya pa-

ra la Sala de remediar lo indebidamente actuado, es pretender algo quimérico o buscar una solución para la cual la ley clausuró su oportunidad.

La Sala se concretará, pues, a examinar las cuestiones que vienen sustentadas en las tres causales que ha citado el demandante doctor Antonio Torregroza en el mismo orden en que aparecen en su memorial de casación.

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".

Dos motivos le ofrece al interesado en la prosperidad de un recurso de casación esta causal. Se refiere el primero —que es el invocado aquí— al caso de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y obra el segundo, cuando la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Tanto cuanto esta causal se encuentra justificada —en cualquiera de sus dos motivos expresados—, como cuando ello ocurra con la 1ª o con la 2ª, lo que procede es invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo (letra a) del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal).

Sustituír —en casación— una sentencia en que se hubiere aplicado indebidamente la ley penal, imponiendo, por ejemplo, una sanción que no corresponde al delito (causal 1ª); hacer lo mismo cuando en un proceso ventilado ante jueces de circuito encuentre la Corte demostrado por el recurrente que los hechos estuvieron mal interpretados o erradamente apreciadas las pruebas que sirvieron para establecerlo (causal 2ª); o cuando la sentencia resulte en pugna con el veredicto (motivo 2º de la causal 3ª), es un mandato de la ley que no ofrece para su cumplimiento ninguna dificultad.

Pero ¿cómo podría la Sala Penal de la Corte, so pretexto de una demostración de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, dictar un fallo, en reemplazo del invalidado, prescindiendo del veredicto de los jueces de conciencia, cuando fueron éstos quienes declararon una determinada responsabilidad distinguiéndola con especiales características, y la sentencia no hizo más que acomodar las disposiciones concernientes a la declaración del Tribunal del pueblo?

Ningún papel entonces quedaría desempeñando el veredicto en el juicio que, sin embargo, culminaría sin él. La sentencia en este supuesto sería estrictamente de derecho, no se habrían cumplido las formalidades del juzgamiento, sería nulo el proceso, y al tratar de armonizar la sentencia con el auto de proceder se pondría el fallo de casación en pugna con la voluntad del Jurado.

El fenómeno que en este caso de la demanda tiene a la vista la Sala no es, pues, propiamente el de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino que sería más bien el de falta de consonancia entre dicho auto y el veredicto, lo que no está consagrado como causal de casación.

Se dice que lo que hay es únicamente una falta de armonía entre el auto de proceder y el veredicto, porque la sentencia no hace otra cosa que recoger la voluntad del Jurado para acomodarla a las disposiciones penales respectivas. No es ella —la sentencia— una decisión del Juez sobre la responsabilidad del procesado, ni contiene en lo cardinal un juicio suyo; allí obra como subordinado, si se permite la expresión, y cumple apenas una labor casi mecánica de ajustar a la ley la resolución —si ha sido aceptada— de un Tribunal constituído precisamente para juzgar según su personal criterio.

En lo que sí recobra el uso de sus auténticas atribuciones el Juez de derecho, es en cuanto a la individualización de las penas, tarea que debe estar precedida de un ponderado estudio acerca de la personalidad del delincuente. Pero, como ya se ha dicho, en esta parte el Juez de derecho tan sólo se ocupa en darle forma a una realidad en que él no tomó participación alguna decisiva en el problema que se discutía, es decir, en cuanto a la responsabilidad o irresponsabilidad, que el veredicto define. Y esto es lo fundamental en todo proceso que se instruye para saber si hay o no lugar a imponer sanciones a quien señala como autor o partícipe de una o más infracciones.

La anterior consideración conduce naturalmente a sostener la tesis de que en los juicios ventilados ante los jueces superiores mediante la intervención del Tribunal popular, no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia, —que no contiene decisión sobre los cargos—, y el auto que los formula, sino entre la determinación del Jurado —que sí se ha pronunciado acerca de ellos— y la providencia en que se enunciaron.

Así es preciso declararlo, en vista de la dificultad de orden práctico que se suscita al tratar

de cumplir el mandato del artículo 570 (letra a) del Código de Procedimiento Penal, cuando en los juicios en que interviene el Jurado se alega en casación el primer motivo de la causal 3ª.

Procedimiento irregular —y de los más criticables— es el de preguntar al Jurado sobre aspectos no examinados en el auto de proceder y sobre hechos ajenos al debate que se plantea en esta providencia que es, según se ha dicho con tánta frecuencia, el verdadero pliego de cargos que se formula al acusado para que provea convenientemente a su defensa.

Mas ocurre preguntar si precisarlos demasiado en la etapa que abre el juicio, definiendo de una manera categórica el problema hasta el punto de agotarlo, no es también inconveniente, porque se reducen las posibilidades de defensa y el presunto responsable quedaría de antemano condenado.

Sea de ello lo que fuere, siempre resulta más aconsejable concretar el hecho que dejarlo vagamente expuesto, como se advierte en las providencias de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y tres (auto de proceder, primera y segunda instancia, respectivamente).

Pero además de que al Jurado le es permitido reconocer que el hecho se cometió en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario (art. 29, Ley 4ª de 1943), el auto de proceder no es una providencia rígida e inmodificable en su parte motiva. La parte inmodificable es la que determina el género del delito y no su especie. El género no puede sufrir ninguna variación en el curso del proceso, porque entonces se condenaría por un delito que no fue imputado. Mas no sucede lo mismo en lo atinente a las modalidades que especifican la infracción dentro del género a que ella pertenece, que es lo que debe puntualizarse en la parte motiva. Así lo ha decidido en varios casos esta Sala de la Corte, como puede verse en las sentencias de 11 de febrero y 27 de marzo de 1946, de las cuales se copia lo que sigue:

"Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables en cuanto al género del delito, de suerte que se ha de condenar o absolver, según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente) puedan modificarlo. Pero las circunstancias calificadoras o modificadoras del hecho sí pueden ser variadas por el Jurado y, naturalmente, por la sentencia, que ha de estar de acuerdo con el veredicto... En conclusión, han de sacarse tres consecuencias de lo dicho anteriormente: la primera, que el Jurado no puede apartarse de la calificación genérica hecha en la parte resolutiva del auto de proceder, pero sí puede hacerlo de la calificación específica o circunstancial hecha en la misma providencia en la parte motiva, según las probanzas aducidas en el respectivo término de la causa; la segunda, que la sentencia debe guardar armonía con el auto de proceder, sin que pueda extenderse a infracciones de género distinto del señalado; y la tercera, que la sentencia del Juez debe tener consonancia en cuanto a los hechos con el veredicto del Jurado y no con el auto de llamamiento a juicio en su parte específica o circunstancial." (Sentencia de 11 de febrero de 1946, págs. 168 a 177, GACETA JUDICIAL. Nos. 2029 - 2030 - 2031, correspondientes a la edición de los meses de enero, febrero y marzo de 1946).

"Si la parte motiva del auto de llamamiento a juicio fuera inmodificable, se crearía una doble situación: de inferioridad para la defensa de los intereses sociales, y de prevalencia para los del procesado. Si las pruebas que el Ministerio Público aduce en la causa no tuvieran la virtud de modificar las circunstancias que influyen directamente en la imposición de la sanción, su intervención en el juicio carecería de objeto y el derecho sería una cosa abstracta y sin aplicación real". (Sentencia de 27 de marzo de 1946, publicada en el número ya citado de la GACETA, págs. 261 a 265).

Se ve, por lo tanto, la Sala en el caso de desechar el fundamento de la causal 3ª.

Causal 1ª—Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Como los razonamientos en que se basa el demandante para fundar esta causal son los mismos que expuso en relación con la 3ª, no cabe considerarlos nuevamente, y debe declarar infundada la mencionada causal.

Causal 2ª—Errada interpretación de los hechos.

Una vez más debe decir la Sala que esta causal no procede en los juicios en que interviene el Jurado. Las razones son claras y aspiraba ella a que fueran suficientemente conocidas, pues desde el mes de noviembre de 1944 se vienen repitiendo en los numerosos fallos que se han dictado desde entonces.

Convenir en que los hechos fueron mal apre-

ciados por los jueces de conciencia equivaldría a afirmar una injusticia de su veredicto; y como este motivo (injusticia del veredicto) fue abolido como causal de casación por la Ley 94 de 1938, es indiscutible que la Ley al enunciar los motivos que aparecen en la causal 2ª quiso que fueran excluídos de procesos adelantados mediante la participación del Jurado.

Corresponde, de consiguiente, declarar impertinente esta causal.

Se había dicho que el demandante con ocasión de sustentar la causal 2ª había aludido ligeramente al artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, dando a entender que el cuestionario se elaboró sin sujeción a esa ley. Pero como en la demanda no se invocó la causal 4ª, que es la que contempla el caso, y a la Sala no le es dable tener en cuenta que no haya sido expresamente alegada (artículo 568 del C. de P. P.), a esa norma ajusta su conducta y nada resuelve acerca de tal punto.

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 de 22 de abril de 1946, del Tribunal Superior de Santa Marta, en la cual se le impone a José Barrientos Gómez la sanción principal de quince años, tres meses de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

ONCURSO MATERIAL DE CONCURSOS IDEALES (VIOLENCIA CARNAL E INCESTO)

A) Se incurre en un concurso formal o ideal de delitos al consumar el acto sexual de un padre en cada una de sus tres hijas, puesto que con un mismo hecho se realizó violencia carnal e incesto;

B) La ejecución repetida del acoplamiento sexual en cada una de las víctimas, configura a su vez el concurso ideal continuado de violencia carnal e incesto; y

C) La diversidad de víctimas y la lesión de sus respectivos derechos, configuró también un concurso material de delitos.

orte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo tres de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Procurador Delegado en lo Penal ha solicido se declare desierto el recurso de casación ue contra la sentencia del Tribunal Superior de anizales, del 14 de junio del año pasado, interuso el Fiscal 2º de la Corporación, y por la cual con base en los artículos 31, 32, 33, 316 y 357 el estatuto penal— condenó a José Epifanio Pesador a la pena de ochenta y cuatro meses (siete ños) de prisión por los delitos de violencia carl e incesto en sus hijas menores María Santos, aría Isabel y María Virginia Pescador, cometos en los parajes de "El Pintado" y "Totumal", e los Municipios de Riosucio y Filadelfia, resectivamente, mediante actos repetidos durante s años anteriores a mil novecientos cuarenta y uatro (octubre 22) en que se inició el proceso enal contra el acusado.

La Corte admitió el recurso y ordenó dar trasdo al Fiscal recurrente el 27 de agosto del último año, pero como aquél, en la época de la notiicación, era persona distinta a la que lo interpuso de seguro no tenía interés en sostenerlo ante la orte, se abstuvo de formular la demanda, y el Procurador, como Agente del Ministerio Público no sólo no la coadyuvó, sino que —por desacuerdo con el Fiscal— solicitó, como es doctrina aceptada, se declare desierto el recurso.

Como el Procurador, no obstante que prescinde de formular su demanda, examina las tesis expuestas en los fallos y en el escrito del Fiscal que lo interpuso, la Corte —por la importancia que tienen— resume en seguida las tesis que se han debatido en este próceso.

Tesis del Juez 2º Superior

En atención a que el jurado reconoció que José Epifanio Pescador cometió en la persona de sus tres niñas —María Santos, María Virgelina y María Isabel— los delitos de violencia carnal y también de incesto, mediante actos repetidos durante un tiempo prolongado (hasta diez años y medio para la primera, no bien determinado para la segunda y más de un año para la última), "aceptó (el jurado) —dice el Juez— que el sindicado es responsable del triple delito de violencia carnal y del triple delito de incesto, delitos todos cometidos en forma continuada o crónica.

"Los hechos cometidos por Pescador Largo — añade— constituyen un concurso material de delitos, dadas la pluralidad de acciones y la pluralidad de lesiones jurídicas. Los delitos se cometieron separadamente, pero se han venido juzgando en un mismo proceso. De conformidad con lo estatuído en el artículo 33 del Código Penal, la sanción aplicable al sindicado es la fijada en la correspondiente disposición, para el delito más grave y aumentada hasta en otro tanto, fuera de la accesoria de que trata el inciso segundo del mismo artículo".

Después de comparar, en cuanto a la pena, los delitos de violencia carnal (dos a ocho años de prisión) y el de incesto (seis meses a cuatro años de la misma pena) y atribuír mayor gravedad al primero, dice el Juez: "Como ya se dijo, Pescador verificó los hechos delictuosos en forma continuada o crónica, infringiendo el artículo 32 del

Código Penal, el aumento se le hará en una forma proporcional y sobre tal base se hará el aumento de que trata el artículo 33 de la misma obra y así tenemos: por razón del delito de violencia carnal y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 se le impondrán tres años de prisión que se aumentarán en uno más, en virtud de la cronicidad que revisten los delitos; y en virtud de lo establecido en el citado art. 33, se le aumentará otro tanto la sanción anterior, o sea un total de ocho años de prisión".

Tesis del Tribunal

El Tribunal, en un serio y laudable estudio sobre las figuras del delito continuado y de los concursos (material e ideal) de delitos, no sólo en cuanto a la doctrina en general sino con aplicación al proceso contra Pescador Largo, llega—según la síntesis hecha por el Procurador—a las siguientes conclusiones:

a) José Epifanio Pescador incurrió en un concurso formal o ideal de delitos al consumar el acto sexual en cada una de sus hijas, puesto que con un mismo hecho realizó violencia carnal e incesto;

b) La ejecución repetida del acoplamiento sexual en cada una de sus víctimas, configuró a su vez un concurso ideal continuado de violencia carnal e incesto, y

c) La diversidad de víctimas y la lesión de sus respectivos derechos, configuró también un concurso material de delitos.

El Tribunal, basado en la anterior calificación —"concurso material de concursos ideales continuados", según su propia expresión— explica así la reducción de la pena: "Según el artículo 31 (concurso ideal) se aplica la pena del delito más grave aumentada hasta en una tercera parte, la cual corresponde a la violencia carnal. Atendiendo a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso se fija una sanción base de tres años; la que se aumenta en una cuarta parte, es decir, nueve meses. El total por el artículo 31 es de cuarenta y cinco meses. Como se trata de un delito continuado, se procede a un segundo aumento, conforme a la norma del artículo 32, el cual se fija en una quinta, esto es, nueve meses, los que sumados con el dato anterior dan un resultado de cincuenta y cuatro meses. Pero, como a la vez dijimos que había un concurso material, al aplicar el artículo 33 haremos un aumento de treinta meses. En síntesis la pena que debe suf el reo José Epifanio Pescador Largo, será ochenta y cuatro meses (siete años) de prisió

Tesis del Fiscal del Tribunal

No ejercitó el procesado Pescador Largo el d recho a recurrir ante la Corte, pero sí el Fiscal del Tribunal, quien lo sustentó en el escrito a Corporación ante la cual representa al Minis rio Público, en los términos siguientes:

"Por indebida aplicación de la ley penal inte pongo recurso de casación contra la sentencia segunda instancia que reformó la emanada d Juzgado Segundo Superior, en la causa seguí contra José Epifanio Pescador Largo por los d litos de incesto y violencia carnal.

"Es evidente que la providencia del Juzga confundió, como lo dice el H. Tribunal, el co curso material con el ideal o formal, pues se r firió expresamente al artículo 33 del C. Penal no al 31 que era el pertinente. Pero, en realida la diferencia práctica entre las dos normas, pre cindiendo de la pena accesoria, consiste en qu el 33 permite aumentar la sanción principal "ha ta en otro tanto" y el 31 sólo "hasta una tercer parte".

"Se dice que confundió, pues sin necesidad d mayores disquisiciones se comprende que, en caso **sub judice,** no se trata de "varios delitos co metidos separada o conjuntamente", sino de vio lar con un mismo hecho "varias disposiciones d la ley penal." En efecto, con el mismo acto —ac ceso carnal— se consumaron el incesto y la vio lencia carnal.

"El desacuerdo de esta Fiscalía con la prov dencia del H. Tribunal, estriba en que no acept la tesis de que el concurso ideal de que se vien hablando, por tratarse de tres personas o sean la tres hijas, no puede ser continuado. Cuando infracción repetida "revela ser ejecución del mi mo designio" hay delito continuado. Este es, e verdad, el requisito fundamental y capital en materia. ¿Cuál era el designio de Pescador cohabitar con sus tres hijas? Sencillamente sati facer sus apetitos lúbricos y este deseo delictiv era igual para con todos los sujetos pasivos de infracción, de donde resulta que la transgresió repetida sí **revela ser ejecución del mismo desig nio.** En consecuencia el Juzgado hizo bien e adoptar la continuación que rechazó el H. Tr bunal.

En el sentido indicado la tesis de este Ministe- es favorable al reo".

Tesis del Procurador

El Procurador, refiriéndose a las tesis del Fis- ; dice: "El señor Fiscal recurrente admite el ncurso ideal patrocinado por el Tribunal, pero iere que ese concurso se considere, además, mo delito continuado respecto de las tres me- res ofendidas".

Después de reproducir la parte del escrito del scal relativo al desacuerdo con el Tribunal, se presa así: "La Procuraduría encuentra más ju- lica la tesis del Tribunal, pues en verdad hubo ncurso formal de delitos cuando Pescador violó cada una de sus hijas; como las posesiones car- les que tuvo con ellas fueron hechos reiterados, lo dio nacimiento al delito ideal continuado specto de cada ofendida; y como las violaciones rnales se consumaron en tres personas, esa di- rsidad de sujetos pasivos y de derechos lesiona- s, estructuró igualmente el concurso real o ma- rial de infracciones. Si se aceptaran los puntos vista del señor Fiscal —añade— sencillamente saparecería el concurso material de delitos para ndirlo en una sola infracción continuada predi- ble de tres víctimas distintas, lo cual es inacep- ble en este caso".

En cuanto al cómputo de las sanciones se ex- resa en los términos siguientes:

"Al hacer el cómputo de las sanciones, el Tri- unal omitió decir qué precepto del Código Penal mó como base para reprimir el concurso for- al, esto es, si el 316 o el 317 referente a la vio- ncia carnal; parece haber sido el último, puesto ue le glosó al Juzgado el no haber tenido en uenta tal precepto. (Fs. 301).

"Si ello fue así, habría una indebida aplicación e la ley penal en la sentencia recurrida, al con- derar dos veces como agravante el vínculo de arentesco entre las víctimas y el acusado: una on la imposición de la circunstancia modificado- a de que trata el inciso 3º del artículo 317, y otra on el aumento previsto por el artículo 31.

"Pero como este punto no quedó bien claro en l fallo del Tribunal, pues en realidad existe la uda de si el parentesco se tomó en doble sen- do cuando se liquidó la sanción, carece por lo ismo la Procuraduría de una base segura en qué apoyarse para atacar en casación la senten- cia recurrida".

"Por otra parte, aun admitiendo aquel error en que hubiese podido caer el Tribunal, una vez subsanado, la sanción que este Despacho pudiera insinuar a la H. Corte para reprimir los delitos cometidos por el acusado, sería la misma impues- ta por aquella entidad, aunque por razones dis- tintas.

"De suerte que, desde un punto de vista prác- tico, no tendría eficacia la demanda de casación que elaborara el Ministerio Público.

"Como fundamentos de su decisión de no for- mular demanda de casación, los sintetiza así:

"1º El Fiscal en su escrito de interposición del recurso, apenas enunció una tesis que no desarro- lló debidamente presentando la demanda de ca- sación;

"2º La Procuraduría no patrocina la preten- sión del recurrente, de que tres delitos distintos de violencia carnal e incesto se confundan en una sola infracción continuada;

"3º La sentencia del Tribunal es aceptable en las conclusiones a que llegó sobre los diferentes concursos de delitos que aquí se presentan, y

"4º Si el Tribunal pudo equivocarse al repri- mir dos veces la modalidad del incesto, en cam- bio, la cantidad de pena que le corresponde al acusado es realmente la fijada por esa entidad, aun aplicando las disposiciones penales de rigor".

Decisión de la Corte

Como la Corte, de acuerdo con la Procuraduría, ha aceptado la tesis de que cuando los Fiscales de los Tribunales asumen la posición de recurrentes en casación, corresponde al Procurador Delegado formular ante la Corte la demanda respectiva (en virtud del principio de unidad del Ministerio Pú- blico), si aquél —como aquí ha sucedido— se abs- tiene de cumplir esa función por desacuerdo con el Fiscal recurrente, la providencia que se dicte debe contener la declaración de recurso desierto, que en el fondo equivale a no invalidar la sen- tencia recurrida.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nom- bre de la República y por autoridad de la ley, y

en atención a la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal, **declara desierto** el recurso interpuesto por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Manizales contra la sentencia del 14 de junio del año pasado por la cual —con base en los artículos 31, 32, 33, 316 y 317 del estatuto penal— condenó a José Epifanio Pescador Largo a la pena de siete (7) años de prisión por los delitos de incesto y violencia carnal, cometidos en los años anteriores a octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro en las personas de sus hijas menores María Santos, María Virgelina y María bel Pescador, en los Municipios de Riosucio y ladelfia, del Departamento de Caldas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—J ge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.— mingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Sec tario.

EL DESISTIMIENTO EN EL RAMO PENAL

El desistimiento es la renuncia de un derecho que la ley otorga a las partes, para terminar un pleito, o para abandonar una acción o un recurso. El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio. Pero las normas que en lo civil rigen el desistimiento no se aplican en su integridad en lo penal. En el primero, los interesados pueden desistir de la acción principal; en el segundo no, porque la acción es pública y corresponde al Estado, y por excepción, en casos especiales previstos por la ley, puede operarse el fenómeno del desistimiento respecto de la acción penal.

El desistimiento, por contener la renuncia de un derecho, sólo puede hacerse por el titular del mismo, o por sus mandatarios judiciales. Cierto es que el apoderado en un juicio civil o penal representa a su poderdante y dentro del respectivo juicio puede ejercer todas las atribuciones correspondientes a dicho mandato, pero esa representación no lo autoriza para desistir de la acción o del recurso, sino cuando expresamente se le ha conferido esa facultad.

El abandono del recurso de casación, por desistimiento, produce el efecto de dejar en firme la sentencia de segunda instancia, y como ésta en el caso sub judice contiene una pena privativa de la libertad, es natural que el desistimiento hecho por el apoderado del reo perjudica a éste y no a su representante legal; por tanto, el defensor o apoderado debe tener autorización expresa para desistir, pues de conformidad con el numeral 3º del artículo 465 del C. J. no pueden hacerlo los apoderados que no tengan facultad expresa para ello.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Carlos Perdomo o Carlos Pérez o Demetrio Betancourt Cardona, a la pena de treinta y nueve meses de presidio, como responsable del delito de robo.

Contra esta sentencia, el defensor del procesado interpuso recurso de casación y oportunamente formuló la correspondiente demanda. Al contestar el traslado, el Procurador Delegado en lo Penal pide se declare desierto el recurso, pues el memorial no reúne los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial.

En auto de marzo ocho del presente año se ordenó celebrar audiencia pública en este proceso, y antes de llevarse a efecto esta diligencia, el defensor del reo, en memorial de marzo siete, expuso:

"Carlos Perdomo fue condenado a tres años de presidio. A la fecha ya ha cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta y desea solicitar, ante la autoridad competente, la libertad condicional que le concede la ley. Para evitar perjuicios a mi cliente presento este desistimiento, a fin de que el expediente sea devuelto al Tribunal Superior de Ibagué en el menor término posible".

Se considera:

El desistimiento es la renuncia de un derecho que la ley otorga a las partes, para terminar un pleito, o para abandonar una acción o un recurso. El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio. Pero las normas que en lo civil rigen el desistimiento no se aplican en su integridad en lo penal. En el primero, los interesados pueden desistir de la acción principal; en el segundo no, porque la acción es pública y corresponde al Estado, y por excepción, en casos especiales previstos por la ley, puede operarse el fenómeno del desistimiento respecto de la acción penal.

El desistimiento, por contener la renuncia de un

derecho, sólo puede hacerse por el titular del mismo, o por sus mandatarios judiciales. Cierto es que el apoderado en un juicio civil o penal representa a su poderdante y dentro del respectivo juicio puede ejercer todas las atribuciones correspondientes a dicho mandato, pero esa representación no lo autoriza para desistir de la acción o del recurso, sino cuando expresamente se le ha conferido esa facultad.

El abandono del recurso de casación, por desistimiento, produce el efecto de dejar en firme la sentencia de segunda instancia, y como ésta en el caso **sub judice** contiene una pena privativa de la libertad, es natural que el desistimiento hecho por el apoderado del reo perjudica a éste y no a su representante legal; por tanto, el defensor o apoderado debe tener autorización expresa para desistir, pues de conformidad con el numeral 3º del artículo 465 del C. J. no pueden hacerlo los apoderados que no tengan facultad expresa para ello.

Con fecha 21 de enero de 1946, el procesado nombró como defensor para que lo asistiera en la causa al doctor Carlos A. Vargas Cuéllar, y dentro de las facultades conferidas en el memorial poder, no se encuentra la especial para desistir. No habiéndole conferido esa facultad, la solicitud sobre desistimiento, no puede prosperar, porque la ley expresamente lo prohibe en el artículo 465, numeral 3º de la obra últimamente citada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no admite el desistimiento hecho por el apoderado del reo, por no tener facultad expresa para ello.

Notifíquese y cópiese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

TEORIA DEL CONCURSO DE DELITOS Y DEL SISTEMA DE SANCION

El concurso de delitos (algunas de cuyas formas los expositores llaman "delito complejo"), se refiere a la acción que, mediante diversos hechos (actos) en sí mismos delitos independientes, lesiona derechos o bienes o intereses jurídicamente diversos (homicidio mediante incendio o robo mediante homicidio, que es el caso SUB JUDICE), en oposición al delito simple que comprende una sola acción (un acto) y que, á diferencia del concurso, lesiona un solo bien, derecho o interés jurídico; así, los actos (delitos) que integran el concurso (acción) son delitos PER SE, autónomos, independientes, y no forman o constituyen un delito solo aunque se sancionen conjuntamente con una sola especie de pena (la del delito más grave).

El sistema de sanción vigente del concurso de delitos hace incurrir en el yerro frecuente de que la sanción aumentada del delito más grave, con exclusión de la fijada para el menos grave, funda la hipótesis del delito único, tan ahincadamente sustentada en el recurso, hipótesis que no pierde su entidad propia ante la doctrina y la ley. El sistema de la acumulación jurídica, consagrado en el artículo 33 del estatuto penal, para sancionar esta figura de delitos, sustituído al de la absorción o de la acumulación material, no deja sin sanción al menos grave, sino que otorga al juez la facultad de sancionarlo, no precisamente con la especie y cuantía de pena fijada en la norma que le dio carácter de delito y le fijó pena, sino con la del más grave, lo que confirma la existencia de dos delitos autónomos e independientes.

Siendo la calificación el acto procesal en que se enuncian los términos o elementos de la relación jurídico-penal que el delito proyecta entre el infractor y el Estado, y siendo esa relación el objetivo concreto del proceso penal, la calificación incompleta, es decir, la sola imputación del homicidio como delito único y el robo como móvil o motivo del delito o elemento de agravación únicamente, dejaría por fuera la relación surgida del delito de robo y sin protección alguna el interés o bien patrimonial, lo que es contrario a los principios de la defensa social. El Juez, por lo tanto, ante la certeza legal sobre la existencia de dos actos punibles, de géneros diferentes, no podría dejar de imputarlas al infractor, con mención del género de la clasificación penal (Título, Capítulo), en atención al mandato del artículo 341 del estatuto procesal.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de José Lino y Manuel Antonio Solarte (de 23 años el primero y 22 el segundo en 1938, época del delito) interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del 22 de mayo del año pasado, por la cual —con base en los artículos 33, 363, 385 y 404 del estatuto penal hoy vigente— fueron condenados a la pena de veinte años de presidio el primero y a la de diez y nueve el segundo, por los delitos de homicidio y robo en la persona y bienes de Juan Bautista Cortés, cometidos en el paraje "El Credo", Municipio de Patía, en la última hora de la mañana del diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

No obstante que este proceso se inició en febrero de mil novecientos treinta y ocho, cuando aún regía el Código Judicial de 1872 (Libro III: "Enjuiciamiento en negocios Criminales"), es decir, hace nueve años, y de que se sometió a las normas de ese Código hasta la calificación del delito, el 24 de octubre de 1939 el Juez 2º Superior —en el auto en que ordenó cumplir y obedecer el de proceder del Tribunal— decidió, en atención al artículo 722 del nuevo Código, continuar aplicando el antiguo, lo que se efectuó hasta el 31 de julio del año siguiente (1940) en que, conforme a

doctrina opuesta del Tribunal de Popayán, se resolvió aplicar el nuevo y reponer lo actuado bajo las normas del antiguo. A esta decisión se ha subordinado el juzgamiento de los Solartes, excepto en cuanto concierne a este recurso, en que—en virtud del principio constitucional de la favorabilidad invocado por el recurrente y defendido por el Procurador—se ha dado preferencia a las leyes de 1923 y 1931, al menos en las normas relativas a la determinación de causales y a la facultad de invocar aquéllas que, por exclusión en el nuevo estatuto como la segunda, creen los procesados les protegen mejor sus intereses.

Explicado lo anterior, y con la reserva de anotar posteriormente las irregularidades en que, sin llegar a fundar anulación procesal alguna, los funcionarios incurrieron, la Corte decide el recurso en este fallo, previa referencia a las circunstancias y modalidades de los delitos y a todos los actos procesales que tienen alguna relación con la demanda, así como a las tesis expuestas por las partes (Procurador y recurrente), favorables las unas, opuestas las otras —respectivamente— a que se case la sentencia.

I. — Motivos y ejecución de los delitos

El ataque de los Solartes a los Cortés en el sitio llamado "El Credo", ubicado en la vía que comunica a "Don Alonso" (residencia de los últimos) con el poblado de "El Bordo", fue ejecutado —según la narración hecha por el Tribunal en el auto de proceder y textualmente acogida en las sentencias— con características y modalidades de la mayor gravedad, sin antecedentes conocidos y sin otra finalidad que el apoderamiento de una suma de dinero (mil a mil seiscientos pesos) destinada a la compra para aquel día convenida, de un inmueble de propiedad de Rosario Ramírez, y de cuya celebración días antes se había informado Solarte José Lino en el mercado de Sajandi; así, cuando a las once de la mañana iban —en dirección a El Bordo a celebrar el mencionado contrato— Juan Bautista Cortés, su esposa Nemesia Noguera de Cortés, y su hijo Pedro Antonio Cortés, todos a caballo, al pasar por "El Credo", paraje solitario según parece, fueron sorprendidos por dos disparos de armas de fuego (uno de grueso y otro de delgado calibre), de los cuales uno en la base posterior cránea que hizo estragos en la masa encefálica de Juan Bautista y el otro le perforó el temporal izquierdo, desplomándose éste instantáneamente de la mula que montaba. Tres enmascarados salidos de la maleza que bordeaba el camino se abalanzaron sobre los sobrevivientes en trance de agresión, uno armado de machete y otro de carabina o revólver y machete, ante cuyo peligro aquéllos huyeron en busca de ayuda, no sin que antes —por causa de la imprevista caída de la máscara que le ocultaba el rostro— Pedro hubiera descubierto a José Lino Solarte; de vuelta, más tarde, al lugar de la tragedia, hallaron el cadáver de Juan, y desposeído del dinero (mil a mil seiscientos pesos) que llevaba en una "jigra" y de un revólver de cañón corto, calibre treinta y dos.

II. — El proceso penal

Con base en el informe que sobre estos hechos recibió de Pedro Antonio Cortés, el Alcalde de "El Bordo", el Juez de Circuito —al día siguiente de ejecutados— abrió el proceso penal contra los Solartes, del cual la Corte resume los principales actos a los cuales se ha referido el recurrente en su demanda.

a) La autopsia

Isaías Rodríguez y Marco Tulio Guerrero, que no son médicos, practicaron (se afirma) la autopsia del cadáver de Cortés en la población de "El Bordo" sin que antes lo hubiera sido la del levantamiento, y según la cual, en la unión de las mandíbulas del lado izquierdo a unos cuatro centímetros abajo de la sien, tenía una perforación causada con proyectil fino de arma de fuego; los huesos de parte del frontal y del occipital del mismo lado triturados en tal grado y extensión, que "el hueco formado en la bóvedá craneana por la destrucción de los huesos y de todos los tejidos —dicen— se podía introducir la mano al interior de la bóveda", lo que fue causado "bien por arma cortante, bien por instrumento contundente, y que de manera precisa no se pudo determinar por haber estado completamente destruída la piel y tejidos." "En la parte de la frente que aún exhibía piel —continúan los peritos— existían manchas verdes, signos de violencia, así como muchos chinchotes en la cabeza." Dejaron, eso sí, constancia, Rodríguez y Guerrero, de que "La herida causada con bala fue de carácter necesariamente mortal pues en su recorrido debió afectar la carótida" y de que "las heridas sufridas por Cortés bien con arma cortante o bien contundente, las que despedazaron el cráneo como ya

se dijo, eran también necesariamente mortales y habían ocasionado la muerte instantánea".

Solicitado el concepto de los Médicos Legistas de Popayán sobre esta diligencia, afirmaron que "la autopsia practicada en el cadáver de Juan Bautista Cortés no dejaba la menor duda de que su muerte se debió a la herida por proyectil de arma de fuego que recibió en la región temporal izquierda y a los destrozos sufridos por la bóveda craneana, destrozos que, según los peritos, permitían la introducción de la mano en la caja cerebral, lo que da idea exacta de la gravedad del traumatismo".

b) Calificación de los delitos

El Juez 2º Superior, el 18 de agosto de 1939, abrió juicio criminal contra José Lino Solarte y Manuel Antonio Solarte, "como autores en concurso recíproco —dice la parte resolutiva del respectivo auto— por los delitos de homicidio al tenor del Capítulo 1º y Título 1º y **robos** al tenor de los Capítulos 1º y 3º, Título 3º del Libro 3º del Código Penal de 1890", providencia ésta que el Tribunal Superior —después de subsanadas las varias nulidades procesales en que se había incurrido— confirmó el nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro (cuatro años y medio después de la recurrida y consultada).

Los falladores de instancia juzgaron probados estos hechos: la muerte de Juan Bautista Cortés, mediante disparos y machetazos en el sector izquierdo del cráneo (autopsia confirmada por los Médicos Legistas de Popayán), la desaparición de la suma de dinero que el occiso llevaba destinada al pago del inmueble que el día de los delitos debía adquirir, la información anterior que los procesados tuvieron del negocio y del día que había de celebrarse (testimonios de Luis Muñoz, Francisco Caicedo, Rosario Ramírez y Secundino Ibarra), la ausencia de los Solartes de su casa y sus peones y trabajos los días martes y miércoles (15 y 16 de febrero) y permanencia en el paraje de "El Credo" hasta realizar su propósito delictuoso (testimonios de Gonzalo, Francisco y Manuel José Muñoz y de Nemesia y Pedro Cortés); el regreso, ejecutados los delitos, hacia la casa paterna (testimonios de Antonio Aguilar y Aristóbulo Díaz), donde fueron vistos con la "jigra" y el dinero robado y a la mañana siguiente, la salida hacia Balboa (declaración de José Pío Mosquera); la tentativa de soborno de testigos para probar la coartada (testimonios de Sebastiana Campo, Antonina Meneses de Aguilar, Fernando Zemanete y Francisco y Gonzalo Muñoz), y el hallazgo en el sitio en que Juan Bautista Cortés fue ultimado y robado, de algunos objetos, dos cascarones, un cartucho y una pieza de madera de arma (de carabina reformada) que se probó pertenecía a los Solartes.

c) Los cuestionarios

Dos cuestiones, iguales para cada uno de los procesados, y de acuerdo con las imputaciones que se les hizo en el auto de proceder (homicidio y robo), fueron propuestas al jurado.

En la primera, si los acusados José Lino y Manuel Antonio Solarte eran responsables de haber causado a Juan Bautista Cortés, dos heridas —la una con arma de fuego (carabina o revólver) localizada en la región temporal izquierda, y la otra con arma cortante (machete o peinilla) localizada en la cabeza y que afectó la bóveda craneana hasta detrozarla por completo— las cuales le produjeron la muerte inmediatamente después, heridas éstas causadas con el propósito de matar, cada uno de los procesados mediante el concurso efectivo del otro, con premeditación, sorprendiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, con sevicia, y para preparar y consumar un delito de robo, en el paraje "El Credo", Municipio de Patía.

En la segunda, si los acusados José Lino y Manuel Antonio Solarte eran responsables de haberse apropiado indebidamente, cada uno mediante el concurso efectivo del otro, empleando para ello violencia física contra las personas —con armas blancas y de fuego— de la cantidad de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) que portaba Juan Bautista Cortés en una mochila ("jigra") y cuando éste transitaba por el paraje denominado de "El Credo", del Municipio ya mencionado de Patía.

El Jurado afirmó la responsabilidad de los Solartes por ambos delitos, con las siguientes modificaciones: en cuanto al homicidio, rechazó la circunstancia de sevicia, y en cuanto al robo, redujo a mil pesos la cuantía de la suma robada.

d) La sentencia

Previo examen comparativo de las normas del Código de 1890 y del vigente en relación con la cantidad y especie de pena que, con base en el veredicto, debía fijarse, en razón de serles más

favorables optaron por las del nuevo, y así con fundamento en los artículos 33 y 363 y en fallo, del 22 de mayo del año pasado se les impuso: veinte años de presidio a José Lino Solarte (había antes cumplido sentencia por homicidio) y diez y nueve a Manuel Antonio Solarte.

III. — La demanda

Cuatro causales de casación —violación de la ley penal, nulidad procesal, injusticia notoria y veredicto contradictorio— propuso el recurrente, de ellas una (la injusticia notoria) con referencia al estatuto antiguo (Ley 118 de 1931) y al estatuto nuevo (Ley 94 de 1938) las restantes.

Aunque a este proceso se ha venido aplicando el nuevo Código desde el traslado al Agente del Ministerio Público (artículo 442), así como también la Ley 4ª de 1943 en la formulación de cuestionarios, ello sin objeción alguna de las partes, y no siendo jurídico invocar ni estudiar causales de una y otra ley, en virtud del principio de aplicación unitaria de la ley penal, la Corte —con base en la sentencia sobre inexequibilidad del artículo 422—, examina la demanda a la luz de la Ley 118 de 1931 y estudia las causales invocadas de la nueva Ley (artículo 567) en cuanto son iguales en su denominación y contenido a las enunciadas en la antigua y en el mismo orden que fueron en ésta enumeradas; así, las causales primera, segunda, quinta y sexta, que se examinan en seguida, corresponden a las determinadas en los numerales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 3º de la Ley 118, no obstante que ellas, a excepción de la quinta (injusticia notoria), se invocaron con base en la nueva Ley (94 de 1938).

a) Causal primera:

Cuatro casos de violación de la ley penal imputó el recurrente al Tribunal: primero, la del artículo 363, porque la pena que debió imponerse por los dos delitos (homicidio y robo) debió ser la de diez y seis años y, como lo reconoció la sentencia, rebajarla —con aplicación del artículo 385— en la mitad dando así ocho años para José Lino Solarte y siete para Manuel Antonio; segundo, la consideración del concurso como elemento constitutivo del delito y —conjunta y simultáneamente— como circunstancia de mayor peligrosidad también; tercero, la aplicación del artículo 404, porque si el homicidio se cometió para robar, debió sancionarse con la pena del artículo 363 y no con la de aquél; y cuarto, el reconocimiento de circunstancias, como la preparación ponderada del delito y otras cuya existencia se descartó en el fallo, que impidió fijar la pena en su mínimo como ha debido hacerse.

b) Causal segunda:

Se afirma en la demanda —con referencia al numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887— que el Tribunal incurrió en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, porque si los Solartes son responsables de homicidio cometido para consumar el robo, entonces se trata de un solo delito y nó de dos; de modo que al llamarlos a juicio y condenarlos por robo y homicidio conjuntamente, se sancionó dos veces la misma infracción, violándose así el principio **non bis in idem.**

c) Causal quinta

La sentencia se dictó sobre un veredicto viciado de injusticia notoria —juzga el recurrente— porque no fueron probados los siguientes hechos en los cuales se fundó la condena: el robo como móvil del delito, la sustracción del dinero, la alevosía, la premeditación, la presencia de Manuel Antonio Solarte en el sitio del delito: y los testimonios de Antonio Aguilar, Aristóbulo Díaz y José Pío Mosquera —en los cuales se funda la prueba— no señalan a ninguno de los Solartes ni como autores del homicidio ni del robo; se violó, en consecuencia —concluye el recurrente— el art. 203 del Código de Procedimiento Penal, y procede, pues, la declaración de injusticia notoria.

d) Causal sexta

La contradicción del veredicto la deduce el recurrente de estos hechos: primero, de la afirmación de que fue José Lino Solarte quien causó la lesión necesaria y faltamente mortal a Cortés con grass o revólver, y de que esa misma lesión se la ocasionó Manuel Antonio Solarte en concurso recíproco; y segundo, de que sin saber quién le causó la lesión con el arma cortante y contundente, se haya atribuído a Manuel Antonio primero y seguidamente a José Lino; el jurado —dice la demanda— no sólo afirmó la existencia del concurso sin base legal sino que emitió un veredicto contradictorio al afirmar hechos que no podía cometerlos más que una sola persona.

IV. — Concepto del Procurador

Sin embargo de que el Procurador Delegado no está conforme con algunas decisiones tomadas en la sentencia, entre otras con la relativa a la irregular aplicación del art. 385 del estatuto penal por inexistencia de la figura allí consagrada, se opone —por carencia de base jurídica— a que se case la sentencia, con fundamento en tesis y doctrinas anteriores sugeridas por la Procuraduría y acogidas por la Corte, y cuya referencia constituye un aporte al examen de las objeciones del recurso.

En cuanto a la primera causal —que juzga no fundada— considera recta la acumulación jurídica de las penas de homicidio y del robo, por cuanto no se trata de una sola sino de dos entidades delictivas, como también considera probada la circunstancia del concurso, solo que —para el Procurador— es la novena del art. 37 (complicidad de otro previamente concertada) la aquí existente, lo que funda en la tesis la diferencia jurídica entre esta complicidad y la complicidad genérica consagrada en los arts. 19 y 20 del estatuto penal.

En cuanto a la segunda causal —error en la denominación genérica del delito— la conclusión es igualmente opuesta a la demanda, lo que afirma el Procurador a título de consecuencia de su excelente estudio jurídico y doctrinario de los arts. 586 (numeral 7º) del Código de 1890 y 363 (Numerales 3º y 4º del vigente) con referencia a las tesis clásica y positivista: "De donde se deduce —concluye— que en uno y otro Código Penales, el de 1890 y el actual, el homicidio perpetrado con el solo fin de robar es asesinato; y si el apoderamiento de la cosa mueble se lleva a término se incurre en otro delito independiente: el de robo".

En cuanto a la causal quinta —la injusticia notoria— el Procurador se limita a observar que no habiéndose debatido este tema en las instancias como lo exige la ley 118, no es el caso de considerarla ante la Corte, no obstante lo cual advierte que el jurado contó, para dar su veredicto, con respaldo probatorio suficiente en el proceso, y "las decisiones de los Jueces de conciencia —como lo consagra la doctrina no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca plenamente que éllas pecan contra la realidad procesal".

En cuanto a la causal sexta —veredicto contradictorio— el Procurador, con fundamento en el proceso y a la luz de las teorías sobre los grados de participación en el concurso delictivo, ataca la objeción del recurrente afirmada en la hipótesis de que si fue José Lino Solarte el autor del disparo no pudo también haberlo sido Manuel, del mismo modo que si fue sólo éste quien agredió a machete a Juan Bautista tampoco pudo haberlo sido otro, y que es en lo que el recurrente halla base para tachar de contradictorio el veredicto. "La responsabilidad principal de los hermanos Solartes —concluye el Procurador— es la que corresponde a sus actuaciones delictivas, aunque los dos no causaran simultáneamente las heridas mortales ni tomaran al tiempo el dinero sustraído".

V. — La decisión del recurso

Aunque el examen que de las objeciones a la sentencia hizo el Procurador Delegado, podría —por concordancia con él— eximir a la Corte de un mayor acopio de razonamientos en oposición a la demanda, juzga ella oportuno aclarar y reafirmar doctrinas que, tocando con las allí expuestas, guardan divergencias sustanciales.

El tema central propuesto por el recurrente y en torno al cual giran accesoria y secundariamente los otros (con excepción de la injusticia notoria y del veredicto contradictorio) es el de que el homicidio cometido para consumar otro delito (aquí el robo) es un solo delito aunque el otro (el robo) también se haya consumado; y de esta premisa —que así expuesta no es jurídicamente cierta— saca estas conclusiones: primera, que al penar a los Solartes por el delito de robo se violó (aplicó indebidamente) la ley penal (causal primera), y segunda, que al enjuiciarlos por el mismo delito se erró en su denominación genérica (causal segunda).

Siendo procesalmente incuestionable y evidente que Cortés fue ultimado con el objeto de apropiarse, por ese medio, de sus bienes (dinero), el estudio de esta faz de la demanda se concreta al de la conocida teoría del concurso de delitos y de su sistema de sanción, la cual —según la doctrina— no concuerda con las tesis del recurso.

El concurso de delitos (algunas de cuyas formas los expositores llaman "delito complejo") se refiere a la acción que, mediante diversos hechos (actos) en sí mismos delitos independientes, lesiona derechos o bienes o intereses jurídicos diversos (homicidio mediante incendio o robo me-

diante homicidio, que es el caso **sub judice)**, en oposición al delito simple que comprende una sola acción (un acto) y que, a diferencia del concurso, lesiona un solo bien, derecho o interés jurídico; así, los actos (delitos) que integran el concurso (acción) son delitos **per se**, autónomos, independientes, y no forman o constituyen un delito solo aunque se sancionen conjuntamente con una sola especie de pena (la del delito más grave).

El sistema de sanción vigente del concurso de delitos hace incurrir en el yerro frecuente, como ha incurrido el defensor de los Solartes, de que la sanción aumentada del delito más grave, con exclusión de la fijada para el menos grave, funda la hipótesis del delito único, tan ahincadamente sustentada en el recurso, hipótesis que no pierde su entidad propia ante la doctrina y la ley. El sistema de la acumulación jurídica consagrado en el art. 33 del estatuto penal, para sancionar ésta figura de delitos, sustituído a los de la absorción o de la acumulación material, no deja sin sanción al menos grave, sino que otorga al Juez la facultad de sancionarlo, no precisamente con la especie y cuantía de pena fijada en la norma que le dió carácter de delito y le fijó pena, sino con la del más grave, lo que confirma la existencia de dos delitos autónomos e independientes.

Siendo la calificación el acto procesal en que se enuncian los términos o elementos de la relación jurídico-penal que el delito proyecta entre el infractor y el Estado, y siendo esa relación el objetivo concreto del proceso penal, la calificación incompleta, es decir, la sola imputación del homicidio como delito único y el robo como móvil o motivo del delito o elemento de agravación únicamente, dejaría por fuera la relación surgida del delito de robo y sin protección alguna el interés o bien patrimonial, lo que es contrario a los principios de la defensa social. El Juez, por lo tanto, ante la certeza legal sobre la existencia de dos actos punibles, de géneros diferentes, no podría dejar de imputarlas al infractor, con mención del género de la clasificación penal (Título, Capítulo), en atención al mandato del art. 431 del estatuto procesal.

La violación de la ley penal y el error en la denominación genérica del delito, invocadas como causales de casación, no tienen, pues, fundamento en el proceso.

Descartada la injusticia notoria del veredicto por cuanto no fue debatida en las instancias —no por su equivalencia a la segunda causal del nuevo estatuto— resta por estudiar la objeción de que la sentencia fue dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El veredicto evidentemente contradictorio supone— y en ello ha insistido la doctrina— dos o más proposiciones del Jurado no sólo opuestas sino aún más, excluyentes entre sí, como la afirmación y negación conjunta y simultánea de la responsabilidad o de alguno de sus elementos modificadores o integrantes; enfrente de la coparticipación criminosa habría evidente contradicción del veredicto si al mismo tiempo se afirmara y negara la actividad criminal de alguno de los copartícipes, o extremando la noción se negara y afirmara al mismo tiempo la escala o grado de la participación o concurrencia; pero aquí el Jurado reconoció que José Lino y Manuel Antonio Solarte dieron muerte a Juan Bautista Cortés, cada uno con el concurso del otro, ambos y juntos en la posición y grado de coautores, y si —según el proceso— a uno se atribuyó el ataque a bala y al otro el ataque a machete, y ambas heridas —como los peritos conceptuaron— fueron mortales, ambos y juntos concurrieron al delito, y entonces la hipótesis de la contradicción se desvanece ante la realidad de aquella afirmación no desmentida en el proceso.

VI. El fallo.

No sin antes anotar las irregularidades en que incurrieron en este proceso los funcionarios instructores —entre ellas la omisión de las diligencias de levantamiento del cadáver y de inspección ocular en el sitio del delito (sustituídas por testimonios) y la indeficiente pericia médico-legal— las cuales no alcanzan a causar la nulidad, la Corte —analizada la demanda en todos sus aspectos— ha llegado a estas conclusiones: excepto el anómalo reconocimiento de la complicidad correlativa, que es atribución exclusiva del jurado, éste emitió aquí un veredicto justo por su conformidad con las inculpaciones que en el enjuiciamiento se hicieron y armónico en las decisiones relativas al delito y a la participación en él de los culpables; el Tribunal, en su sentencia, no violó la ley penal porque la aplicó rectamente, ni la ley procedimental porque, infundado el error en la denominación genérica del delito, el proceso no está viciado de nulidad.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por au-

toridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del 22 de mayo del año pasado, por la cual —con aplicación de los arts. 33, 363 y 385 del estatuto penal— condenó a José Lino y Manuel Antonio Solarte, a las penas de veinte y diez y nueve años de presidio, respectivamente, por los delitos de homicidio y robo, cometidos en la persona y bienes de Juan Bautista Cortés, en la mañana del diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y ocho, en el paraje de "El Credo", Municipio de Patía, Departamento del Cauca.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

CONSULTA DE LAS SENTENCIAS

Se necesita que las sentencias "declaren alguna obligación" contra las entidades de derecho público, es decir, que sean condenatorias, para que sean consultables.

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

El doctor Lázaro Díaz Granados, en calidad de apoderado sustituto del doctor Marco T. Amarís, administrador de la Comunidad de "Candelaria o Condueños", demandó, ante el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta, a la Nación, para que se hiciesen estas declaraciones:

Primera. Que los terrenos de la mencionada comunidad pertenecen a los copropietarios que tienen actualmente tanto la posesión material como la inscrita.

Segunda. Que dichos inmuebles salieron legalmente del dominio estatal con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Tercera. Que consecuencialmente los comuneros son dueños del carbón, el hierro, el plomo, el azufre, los fosfatos, los nitratos, y demás hidrocarburos y gases y en general, de todas las sustancias del subsuelo que pertenecen a los susodichos terrenos.

En la demanda se formularon varias peticiones subsidiarias.

El Tribunal, en fallo de once de octubre de 1945, decidió así:

"I. Las tierras denominadas "Candelaria o Comuneros" salieron legalmente del patrimonio del Estado para pasar al dominio de los comuneros.

"II. Los primeros adjudicatarios de esas tierras fueron puestos en posesión material desde el año de 1785, es decir, antes del 11 de octubre de 1821, y, de consiguiente, antes del 28 de octubre de 1873.

"III. Los comuneros de las tierras de "Candelaria" han venido explotándolas ininterrumpidamente con varias clases de cultivos, ganados y cercas, desde que sus primeros adjudicatarios fueron puestos en posesión.

"IV. Esa explotación económica de las tierras "Candelaria" da a los comuneros el dominio por concepto de una justa prescripción (última sentencia de la Corte de 5 de agosto de 1942. Gaceta Judicial, número 1987).

"V. Los límites que se dan a "Candelaria" en el libelo de demanda, coinciden con los recorridos en el terreno durante la inspección ocular y con los demás que se determinaron en la diligencia pericial...: (aquí los linderos).

"VI. Según esta misma diligencia pericial, el área de la propuesta del señor Jaime Samper para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, se superpone al terreno de "Candelaria" en una extensión de 1.005 hectáreas y 7.600 metros cuadrados; y

"VII. Los actuales dueños de las tierras de "Candelaria" son los determinados en la cuarta petición de la demanda y dichos comuneros son propietarios no sólo del suelo sino del subsuelo, con las reservas determinadas por leyes especiales en cuanto al subsuelo".

Se ordenó la consulta, y en tal forma llegó a la Corte el negocio, por no haberse interpuesto apelación por el representante legal de la Nación.

En esta instancia, el doctor Bernardo Caicedo ha solicitado, como cuestión previa, que antes de continuar la actuación se decida si la sentencia de que se trata es o no consultable, porque si no es procedente la consulta, es obvio que la Sala de Negocios Generales no habría adquirido jurisdicción en segundo grado y, en esas circunstancias, su actitud sería la de declararlo así en Sala Plural.

Conforme al artículo 508 del Código Judicial "las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado... deben ser consultadas." No

dice la norma que es susceptible de este recurso cualquier fallo que se dicte contra la Nación, por lo cual si en una demanda, promovida por ésta, el opositor es absuelto, la sentencia no se consulta, porque de ella no surge obligación alguna, ni directa ni indirectamente, a cargo de la entidad pública.

¿Pero será preciso que en la providencia se haya impuesto a la entidad una obligación concreta y expresa?

Tratándose de una providencia aprobatoria de un deslinde con la Nación, la cual, por medio de su representante, había manifestado su conformidad, la Sala de Negocios Generales, en auto de 11 de febrero de 1937, acogió esta doctrina:

"Si a lo expuesto se agrega que los términos del artículo 508 son suficientemente claros, puesto que la expresión "que declaren una obligación a cargo de" no ofrece ambigüedad, desde luego que no tiene sino una sola interpretación, que es la de que en la sentencia se establezca o imponga una obligación a alguna de las entidades que la disposición menciona, es preciso concluír que por aplicación de la regla consignada en el artículo 27 del Código Civil no se puede desatender el tenor literal de la disposición a pretexto de consultar su espíritu." Y con tales consideraciones, la Sala se abstuvo de conocer de la consulta.

Con todo, la Sala de Casación en fallo publicado en el Tomo 42 de la **Gaceta Judicial**, página 14, dijo, en sentido inverso: "....asimismo es verdad que por cuanto en el juicio de deslinde y amojonamiento se señalan linderos y se fijan mojones que las partes deben respetar, no hay duda de que siendo la Nación parte en ese juicio, el auto aprobatorio de la diligencia le impone obligaciones como colindante, entre las cuales pudiera señalarse como negativa la de no ejercer dominio más allá de la línea divisoria".

En fallo que corre publicado en el Tomo 45 de la **Gaceta Judicial**, página 918, la Sala de Negocios Generales dijo, buscando el espíritu del artículo 508, que era preciso ver si de los términos de la sentencia podía resultarle a la entidad pública; aunque indirectamente, alguna obligación. La Sala se expresó así:

"De manera que se necesita que las sentencias "declaren alguna obligación" contra las entidades expresadas, es decir, que sean condenatorias, para que sean consultables. Aquellas que se limitan a reconocer un derecho, o sean las declarativas de una situación jurídica, que en nada afecta ni menoscaba el patrimonio de la Nación, los Departamentos o los Municipios, no son susceptibles del recurso de consulta.

"Es ésta la doctrina general que ha sostenido la Corte. Sin embargo, es preciso examinar si por las consecuencias de la declaración puede resultarle a la Nación una obligación a su cargo, porque, en ese caso, la obligación es consultable".

Es verdad, como aparece en las jurisprudencias que cita el doctor Caicedo y en las que se han transcrito, que la interpretación del artículo 508 del Código Judicial no ha sido muy uniforme.

El suscrito Magistrado acata la doctrina consignada en la última sentencia que acaba de copiarse, y, de acuerdo con ella, observa que en los numerales 1º, 3º, 4º, 6º y 7º de la parte resolutiva de la providencia del Tribunal de Santa Marta, se hacen declaraciones que conducen al menoscabo del patrimonio de la Nación y generan para ésta la obligación de no hacer nada tendiente a vulnerar el derecho de los comuneros de "Candelaria". En particular, le imponen la obligación de no celebrar contratos sobre los bienes a que la declaración se refiere.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decide que, por ser consultable la sentencia referida, debe continuarse la tramitación del negocio.

Notifíquese, cópiese.

Eleuterio Serna R. — **Nicolás Llinás Pimienta**, Secretario en propiedad.

RECURSO DE SUPLICA. — CONSULTA DE LAS SENTENCIAS QUE IMPONEN OBLIGACIONES A CARGO DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO.

Basta con que una sentencia proferida en una primera instancia declare ALGUNA OBLIGACION a cargo de las entidades de derecho público para que deba consultarse. (Art. 508 C. J.). Usa el Legislador el adjetivo indefinido "alguna", como para no circunscribir el mandato a determinada clase de obligaciones del superior para que éste emita su concepto y decida en definitiva si lo sentenciado en primera instancia debe merecer la consolidación de la ejecutoria. (Artículo 510 C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado).

Decidió el señor Magistrado a quien se le repartió en la Sala de Negocios Generales el juicio ordinario seguido por los condueños de los terrenos de Candelaria contra la Nación, que sí es consultable la sentencia que el H. Tribunal de Santa Marta profirió el once de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, y dispuso que en la Corte continúe la tramitación del negocio.

Corresponde al resto de la Sala y al Conjuez sorteado para integrarla, la decisión de la súplica que el doctor Bernardo J. Caycedo ha elevado contra el auto de veintiocho de octubre último.

Del memorial de súplica se destacan estas alegaciones:

Que la palabra **obligación** que se encuentra en el artículo 508 del C. Judicial la tomó el Legislador no en el sentido general, sino en un sentido especial, que en concepto del reclamante es el que se encuentra consignado en el artículo 2488 del C. Civil.

Que el Estado por obra de la sentencia de que se trata, no ha sido condenado a pagar ninguna suma de dinero, ni tampoco mediante dinero puede él satisfacer las aparentes obligaciones que de tal sentencia pudieran desprenderse.

Que tal sentencia no viene por sí sola a constituír una fuente de obligación, ni tampoco la reconoce a cargo del Estado, sino que es apenas una garantía general del respeto al derecho.

Que tal sentencia debe considerarse como una adjudicación de tierras hecha a la Comunidad de Candelaria mediante acto público y legal, cumplido de acuerdo con el régimen del derecho español.

Que sentencias como la que el H. Tribunal de Santa Marta ha enviado en consulta a la Corte, se limitan a reconocer un hecho que deslinda el patrimonio del Estado del de particulares, y no constituye una fuente de gravámenes para el primero.

Que la sentencia no le impone al Estado obligación de no celebrar contratos.

Todas estas razones van enderezadas a obtener la revocatoria de la providencia suplicada, para que en su lugar declare la Sala Plural que el procedimiento está terminado en el presente negocio.

El señor Procurador en la vista rendida cuando descorrió el traslado que en la Corte se le dio, contesta los argumentos del suplicante, y termina solicitando que niegue la Sala el recurso de súplica interpuesto.

La Sala advierte primeramente que el señor Magistrado después de examinar las doctrinas que sobre el particular se han emitido en la Corte, opta por aquella que aconseja considerar si las declaraciones de la sentencia pueden engendrar obligaciones a cargo de la Nación, caso en el cual la consulta se impone. En ese entendimiento, halla el señor Magistrado que los numerales 1º, 3º, 4º, 6º, y 7º de la parte resolutiva de la providencia del Tribunal de Santa Marta contienen declaraciones que conducen al menoscabo del patrimonio de la Nación, y generan para ésta la obligación de no hacer nada tendiente a vulnerar el derecho de los comuneros. Deduce de allí la consultabilidad de la providencia; en particular llama la atención hacia la situación en que queda el Estado de no poder celebrar contratos sobre los bienes a que la declaración se refiere.

La lectura atenta de los pronunciamientos enumerados por el señor Magistrado dejan, al parecer de la Sala suplicada, convencido el ánimo

de que sí envuelven ellos declaraciones genitoras de obligaciones a cargo de la Nación.

En efecto:

Cuando la sentencia dice que los comuneros de las tierras de Candelaria han venido explotándolas con varias clases de cultivos, ganados y cercas desde que sus primeros adjudicatarios entraron en posesión; y cuando agrega que esa explotación les da a los comuneros el dominio por concepto de justa prescripción, deja entender que el derecho de los comuneros prevalece sobre las pretensiones de quien se lo disputa en el juicio. La Nación, frente al dominio que a los comuneros de Candelaria se ha reconocido, queda, a lo menos por ahora, con la obligación de abstenerse de insistir en sus pretensiones de permitir la exploración, y de contratar la explotación de esos terrenos que había considerado como pertenecientes a su patrimonio.

Al declarar el numeral 7º que "los comuneros son propietarios no solo del suelo sino del subsuelo, con las reservas determinadas por leyes especiales en cuanto al subsuelo", deja establecido que la Nación —entidad con quien se ha controvertido la acción entablada por los condueños de Candelaria— está obligada a respetar el dominio y los demás derechos a él inherentes en la forma en que los declara la sentencia. Sucede entonces que merced a tal declaración, los derechos reconocidos vienen a sustituír a los derechos invocados por el Estado, como lo pone de presente el señor Procurador.

Aquí deja la Sala que hable el representante de la Nación. Las razones que en seguida se copian son de tal prestancia legal, que aquella no puede dejar de compartirlas:

"Cuando el fallo consultado en este negocio decide que las tierras denominadas Candelaria o Condueños salieron legalmente del patrimonio nacional para pasar al dominio de los comuneros, está prohibiendo al Estado efectuar sobre tales tierras el derecho que permanentemente ejerce sobre los baldíos; le merma ese derecho, y, correlativamente, le impone la obligación de respetar los derechos alegados por los comuneros. Además, la sentencia decide que el área de la propuesta del señor Jaime Samper para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional se superpone al terreno de Candelaria en una extensión de 1.005 hectáreas y 7.607 metros cuadrados, de tal manera que ese fallo afecta claramente el derecho de la Nación en relación con la explotación del petróleo nacional que pudiera efectuar el señor Samper sobre esa zona de la superposición. Y, por lo mismo, impone a la Nación la obligación de reducir el cobro que, por concepto de regalías, haya de hacer al señor Samper".

Ni es menos cierto que el texto del artículo 508 del C. Judicial no admite los distingos que ha querido hacer el señor apoderado suplicante. Basta con que una sentencia proferida en una primera instancia declare **alguna obligación** a cargo de las entidades de derecho público, para que deba consultarse. Usa el Legislador el adjetivo indefinido "alguna", como para no circunscribir el mandato a determinada clase de obligaciones. Declaradas por la justicia, han de llevarse al conocimiento del Superior para que éste emita su concepto, y decida en definitiva si lo sentenciado en primera instancia debe merecer la consolidación de la ejecutoria (art. 510 C. J.)

Si en el caso **sub judice** el señor Magistrado ponente entendió, como lo entiende la Sala suplicada, que los numerales 1º, 3º, 4º, 6º y 7º hacen declaraciones que comprometen a la Nación y la obligan para con las personas que la han demandado, es lo legal que las cuestiones debatidas y pasadas por el fallo de primer grado, sufran la tramitación del segundo, porque es voluntad del Legislador que cuestiones de esa índole no queden definidas por la única y soberana decisión del Juez o Tribunal de la instancia primera.

La obligación de no contratar, a que queda sometida la Nación, y la de reducir el cobro por concepto de regalías, tienen imponderable significación dentro de las actividades económicas del Estado, y van en verdadero menoscabo del patrimonio nacional, como lo dice el señor Magistrado ponente. Y esa sola consideración sería suficiente para que la providencia del H. Tribunal de Santa Marta tenga el grado de jurisdicción reglamentado por la ley, y por ella denominado **consulta.**

Por lo expuesto, la Sala suplicada CONFIRMA el auto pronunciado por el señor Magistrado ponente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al señor Magistrado del conocimiento.

Germán Alvarado. — **Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock** — **León Cruz Santos,** Conjuez.—**Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

INCIDENTE SOBRE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

El auto referente a un incidente sobre liquidación de perjuicios, como interlocutorio que es y no sentencia definitiva a la luz del artículo 466, ordinal 2º del C. J., no es consultable. Y según el artículo 508 del mismo Código son las SENTENCIAS (subraya la Corte) que declaran alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia las que deben ser consultadas con el Superior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En providencia de 27 de septiembre de 1946, falló el Tribunal Superior de Bogotá, el presente incidente sobre regulación de perjuicios, incidente seguido en armonía con los trámites del artículo 153 del Código Judicial y en ejecución de la sentencia definitiva de segunda instancia revocatoria de la del Tribunal y dictada por la Corte, con fecha ocho de abril de 1943, en el juicio ordinario promovido en nombre propio y de otras personas por Inés Rodríguez viuda de Salgado contra la Nación.

En la expresada sentencia de la Corte hubo de proveerse de la siguiente manera:

"Primero.—La Nación es responsable del daño causado a Inés Rodríguez viuda de Salgado por la muerte de Honorio Salgado, motivada por las heridas que recibió en el siniestro de aviación ocurrido el día 24 de julio de 1938 en el Campo militar de Marte, municipio de Usaquén, y del perjuicio que recibió Carlos Eduardo Salgado por causa de las heridas que sufrió en el mismo accidente.

"Segundo.—Condénase a la Nación a pagar a Inés Rodríguez v. de Salgado una indemnización por los perjuicios materiales que se le han ocasionado por el hecho que trata el punto precedente. Tales perjuicios se fijarán en incidente ulterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

"Tercero. Condénase a la Nación a pagar a Carlos Eduardo Salgado una indemnización por los perjuicios materiales que se le han ocasionado con las heridas y el traumatismo psíquico que sufrió por causa del accidente aéreo. Tales perjuicios se fijarán en incidente que para el efecto se promueva conforme al artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de este fallo.

"Cuarto. Condénase a la Nación a pagar por concepto de daño moral subjetivo a la demandante Rodríguez de Salgado la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal colombiana, y a Carlos Eduardo Salgado, por el mismo concepto, la suma de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente.

"Quinto. Del valor de las indemnizaciones reconocidas a los demandantes debe descontarse la suma que hayan recibido de la Nación por concepto de auxilio, conforme a la ley 100 de 1938.

"Sexto. Por no haberse acreditado interés jurídico de Carlos Eduardo y Clara Inés Salgado Rodríguez para reclamar perjuicios como hijos legítimos de Honorio Salgado, a causa de la muerte de éste, no prospera la petición del libelo en este punto".

Se observa ahora que las bases a las cuales aluden los puntos **segundo** y **tercero**, antes transcritos, de la sentencia de la Corte, se hallan enunciadas en la parte motiva del fallo, así:

Las pertinentes a la condenación del punto **segundo** dictada a favor de la señora Inés Rodríguez v. de Salgado con el siguiente tenor literal:

"En el avalúo que practiquen los peritos se atenderá a la edad del señor Honorio Salgado cuando murió y a la de su esposa; a lo que realmente producía el occiso, teniéndose en cuenta para esa apreciación el capital que manejaba, su habilidad, inteligencia y capacidad para ejercer el comercio; al tiempo en que la esposa razonablemente hubiera recibido apoyo económico del marido y la cantidad que sea presumible aplicar a éste en el sostenimiento de su cónyuge".

En lo tocante a la condenación del punto **tercero** dice lo siguiente la parte motiva de la sentencia en referencia:

"...para que mediante el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial se efectúe la regulación atendiendo a la calidad de las heridas (las sufridas por Eduardo Salgado), su localización y extensión, la edad, oficio o profesión del lesionado, el posible tiempo de vida que sufra, las consecuencias o efecto de las heridas y el choque nervioso, el demérito físico y la posible pérdida de las facultades mentales".

De otro lado en la parte motiva de la misma sentencia se halla el siguiente pasaje:

"No es el caso de hacer ninguna condenación sobre daño moral objetivado porque las pruebas del juicio no acreditan haberse causado".

Se tiene ahora que la providencia apelada ante la Corte es justamente el auto del Tribunal, antes mencionado en la presente providencia, de 27 de septiembre de 1946, apelación que fue interpuesta por ambas partes litigantes.

En la resolutiva de dicho auto apelado se lee:

1º "Regúlase en la suma de veintiún mil novecientos noventa y siete pesos, diez y nueve centavos moneda corriente ($ 21.997.19) los perjuicios materiales que la Nación debe pagar a la demandante Inés Rodríguez v. de Salgado, según la sentencia de fecha ocho de abril de mil novecientos cuarenta y tres, proferida por la Corte en el presente juicio, cantidad que agregada a la de dos mil pesos fijada en la misma sentencia a favor de la misma señora por concepto de daño moral subjetivo, da la suma de veintitrés mil novecientos noventa y siete pesos con diez y nueve centavos ($ 23.997.19) moneda corriente;

2º "Regúlase en la suma de veintitrés mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos, cuarenta centavos ($ 23.654.40) moneda corriente, los perjuicios materiales que la Nación debe pagar al menor Carlos Eduardo Salgado Rodríguez según el fallo citado en el numeral anterior, cantidad que agregada a la de mil pesos ($ 1.000.00) fijados en la citada sentencia a favor del mencionado menor por concepto de daño moral subjetivo, da la suma total de veinticuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 24.654.40) moneda corriente;

"De esta última cantidad descuéntese cualquier suma que el menor haya recibido de la entidad demandada por auxilio con motivo del accidente, conforme lo ordena la sentencia de la Corte".

Basta hacer la correspondiente operación aritmética para concluír que la condenación global en el juicio asciende a la cantidad de cuarenta y ocho mil seiscientos cincuenta y un pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 48.651.59) moneda legal.

Empero cabe observar ante todo que, en armonía con las peticiones de la demanda que dio origen al juicio ordinario y por consiguiente al actual incidente de regulación de perjuicios, el demandante pidió así:

"Fundado en estos hechos solicito respetuosamente del Honorable Tribunal que declare que la Nación es responsable de todos los perjuicios, materiales y morales, causados a mis poderdantes por el accidente aéreo ocurrido durante la revista militar celebrada el 24 de julio de 1938 y que, en consecuencia, se la condene a pagar a mis poderdantes la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000) m/cte., o lo que se fije por peritos, como indemnización de los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, sufridos por ellos a consecuencia del referido siniestro".

Con una modalidad digna de ser tenida en cuenta: que en el monto de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) de que habla la petición transcrita debían quedar también comprendidos los perjuicios que fueron objeto específico de la absolución contenida bajo el ordinal sexto, antes copiado, de la demanda y referente al interés jurídico de Carlos Eduardo y Clara Inés Salgado Rodríguez para "reclamar perjuicios como hijos legítimos de Honorio Salgado".

Parece, de otro lado, que la interpretación que procesalmente corresponde a la transcripción precedente, tomada de la parte petitoria de la demanda, es la de que la fijación de la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000) como monto global del valor de los perjuicios sufridos por todos los damnificados cobijados por la demanda dicha, es fijación que podría ser sustituída, no por una cantidad mayor, sino sólo por una que debiendo ser, en todo caso menor, fuera en definitiva la que peritos determinaran.

Y dentro de este mismo orden de ideas, no puede interpretarse la sentencia de la Corte de cuya ejecución se trata en el sentido de que habiéndose incurrido allí en el vicio de fallar **ultra petita,** hubiera entendido al disponer el avalúo de los perjuicios sufridos por la parte demandante

que tales avalúos podrían arrojar en su cómputo, y para ser admitidos, una cantidad mayor de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), aspiración máxima de dicha parte demandante en su demanda.

Se sigue de lo que se deja expuesto que en el presente fallo, para poder llegar a la fijación definitiva de cantidades de dinero pagaderas tanto a la señora viuda de Salgado, como a su hijo Eduardo Salgado, preciso es tener en cuenta, ante todo, que el monto de ambas indemnizaciones reunidas no puede exceder de la mencionada cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), señalados éstos en la demanda.

Y no hay lugar a desvirtuar la conclusión a la cual acaba de llegarse merced a la simple circunstancia de la interpretación que se ha pretendido dar al siguiente pasaje de la sentencia definitiva de la Corte, tantas veces citada, y que lleva fecha de 8 de abril de 1943. El pasaje aludido es este:

"Establecido como se halla en el juicio que Inés Rodríguez v. de Salgado recibió perjuicios materiales con la muerte de su esposo, y no pudiéndose acoger el dictamen pericial rendido por hallarse en desacuerdo con los hechos de la demanda, pues consideró en conjunto a la familia del causante Salgado y no apreció en particular los daños causados a su legítima esposa, la condena se hará **in genere,** para que ulteriormente, en incidente separado, se proceda a su estimación".

Resulta, en efecto, que el dictamen pericial al cual alude el párrafo transcrito del fallo de la Corte fija en una cantidad superior a $ 50.000.00 los perjuicios materiales y morales sufridos por la familia del señor Honorio Salgado, es decir, en una cantidad manifiestamente superior al máximo de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) suplicados en la demanda que dio origen al juicio.

Empero el no haber rechazado la sentencia de la Corte, de manera expresa, el dictamen pericial por elevado en sus apreciaciones numéricas sino simplemente por haber considerado en conjunto o globalmente a la familia Salgado sin apreciación en particular de los daños causados a su legítima esposa, es conducta de la Corte que mal puede interpretarse en el sentido de que si, por el contrario la apreciación pericial hubiera sido hecha en particular con respecto a la esposa, la demandante, y aunque esa apreciación hubiera originado en definitiva un exceso sobre la cantidad de los consabidos cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), habría acogido la Corte tal estimación opuesta, como ya se sabe, a la realidad procesal.

Desechar, en efecto, un dictamen pericial por englobar en una estimación de perjuicios lo que allí jurídicamente no encajaba, mal puede significar que, para el caso de haber ocurrido lo contrario, el monto de la indemnización se daba por aceptable sin necesidad de análisis previo alguno.

Pasando ahora a estudiar lo tocante a la manera como el Tribunal Superior hubo de acoger las cifras antes mencionadas y que aparecen en la transcripción hecha atrás de la parte resolutiva del auto materia de la apelación actual, se tiene que, para llegar a aceptar la cantidad de $ 21.997.19, correspondiente a la indemnización decretada a favor de la señora viuda de Salgado, aquella Entidad tuvo en cuenta en lo fundamental la vida probable del esposo muerto en el accidente, así como un suministro de parte del marido a la mujer, durante la vida de aquél, de cien pesos ($ 100.00) mensuales, cantidad la resultante sujeta a su turno al descuento correspondiente según los cálculos matemáticos adecuados y practicados por esta Sala de la Corte.

Peritos designados en el incidente de regulación de perjuicios señalaron, indudablemente sin fundamentos suficientemente serios, como monto del suministro mensual del marido a la esposa, una cantidad superior a doscientos pesos ($ 200).

Empero el Tribunal, con razón a juicio de la Corte, argumentó, como a continuación se expresa, para desechar en la cuantía indicada el dictamen pericial de que se viene hablando.

Dijo, en efecto, así:

"En los alegres términos anteriores declararon los testigos pese a que la demandante estimó en su memorial de pruebas que su marido no gastaba en sostenerla más de doscientos pesos. Sin embargo los peritos olvidando la estimación de la demandante y sobre la base de declaraciones tan deficientes como éstas y sin ninguna observación dieron crédito a la prueba testimonial que simplemente reza apreciaciones o simples conjeturas. Y en ellas fundamentan el concepto que consiguientemente no puede tener en cuenta el Tribunal".

Y antes había expresado el Tribunal en el mismo fallo recurrido y de cuya revisión conoce hoy la Corte:

"En el incidente y con el fin de determinar el **quantum** de los perjuicios recibidos por la demandante se oyó el dictamen de nuevos peritos, doctores Edilberto Arévalo Correal y Jorge Gutiérrez Gómez, quienes sobre la base **única** de apreciaciones o cálculos de algunos declarantes para este juicio optaron por dictaminar que lo que producía el señor Salgado mensualmente no eran trescientos veinticinco pesos, suma que tomó el Consejo de Estado para fijar el auxilio prudencial y la que señalaron los peritos autores del concepto que ya fue admitido por la Corte, sino la de trescientos noventa y un pesos con sesenta y seis centavos. Y sobre esta apreciación, así determinada o de aquellos borrosos fundamentos edificaron los expertos la conclusión de su dictamen".

A propósito del dictamen pericial rendido ante el Consejo de Estado y al cual alude el pasaje que se acaba de transcribir del auto del Tribunal Superior, interesa observar que fue rendido el dictamen para los efectos de obtener el reconocimiento del auxilio nacional dispuesto por la Ley 100 de 1938, y que en el juicio actual fue agregado ese dictamen como una de las pruebas traídas al proceso por la parte actora durante el término probatorio de la segunda instancia en el juicio principal.

En tal virtud es conducente conocer aquí los fundamentos de tal dictamen, así como las conclusiones numéricas a las cuales en él se llega.

Para ello habrá de ser transcrito a continuación. Dice, así, en efecto:

"**Dictamen pericial**—Señores Miembros del Consejo de Estado.—E. S. D.—En nuestra calidad de peritos para calcular el auxilio pedido por Inés Rodríguez v. de Salgado con causa en el siniestro de Santa Ana y de conformidad con el Decreto Legislativo número 1664 de 1938, procedemos a rendir de común acuerdo nuestro dictamen en los siguientes términos: Sobre la naturaleza del auxilio pedido ha dicho la Procuraduría: 'Base fundamental para los peritos ha de ser lo estatuído en el parágrafo único del artículo 1º del decreto en referencia. Lo dispuesto en este artículo no implica reconocimiento ni desconocimiento de derechos que los damnificados consideren que les asisten para exigir indemnización al Estado; pero cualquier cantidad recibida como auxilio se imputará a favor del Estado en caso de litigio.' De donde se desprende sin lugar a la menor duda que el beneficio decretado no tiene el carácter de **indemnización** de presuntos perjuicios causados, sino de simple **auxilio** que el Estado concede en los términos del decreto.' 'Otro elemento básico de la apreciación pericial sobre la materia de que se trata es lo preceptuado en el artículo 4º, y muy especialmente lo que dispone el ordinal e) de dicho artículo: los peritos rendirán su dictamen teniendo en cuenta... 'lo que establecen las leyes vigentes sobre indemnización por accidentes del trabajo.' De lo anterior se deduce que no puede admitirse como base para calcular el monto del auxilio el presunto daño patrimonial sufrido por la víctima o por sus deudos a causa del siniestro de Santa Ana, sino que deben aplicarse los preceptos legales que fijan las indemnizaciones por accidentes del trabajo, cuales son, en lo que concierne a los peritos, los artículos 5º y 6º de la Ley 57 de 1915 y el 8º de la Ley 133 de 1931. Con los testimonios de Jorge Bazzani, Camilo Sab y Vidal Pinzón aparece comprobado que Honorio Salgado trabajaba en diversos negocios, como compra y venta de bienes raíces; compra y venta de joyas, y compra y venta de artículos alimenticios; que vestía muy bien, gastaba bastante dinero y sostenía a su esposa y a sus hijos con todo lo necesario; que era inteligente, de alguna ilustración y muy hábil para los negocios, a los cuales vivía consagrado; y que su familia no tenía más recursos para vivir, fuera del rendimiento producido por estas actividades. Sobre la base de estos hechos calculan los testigos en una cantidad de cuatrocientos pesos a quinientos pesos la utilidad proveniente de los negocios de Salgado. Pero siendo esto apenas una apreciación más o menos aceptable de los testigos, y no un hecho real por ellos percibido, entendemos quedar en libertad para formar independientemente nuestro juicio a este respecto, con base en los hechos acreditados mediante los testimonios en referencia. No aparece que Salgado tuviera una oficina de negocios y comisiones debidamente establecida, en la cual se llevaran libros de contabilidad en forma legal. Esto hace presumir que no era un comerciante o negociante orgnaizado en forma tal que pudiera figurar en primera categoría. Era, según parece, un comisionista ambulante de los que recorren en ejercicio de sus actividades los sectores comerciales de la ciudad. Creemos, según lo anterior, algo exagerado el cálculo de los testigos sobre el rendimiento de los negocios en cuestión. Pero teniendo en cuenta el número de personas que se sostenían con aquel rendimiento (la esposa y dos niños im-

púberes); la manera cómoda y holgada como vivían; la buena reputación social de Salgado; sus dotes de inteligencia, habilidad y consagración a los negocios, y la inversión total de sus ganancias en el congruo y holgado sostenimiento de su hogar, calculamos en una cantidad de trescientos veinticinco pesos mensuales ($ 325.00) las ganancias provenientes de los negocios de Honorio Salgado. Para hacer este cálculo consideramos que un comisionista de las condiciones de Salgado, sin oficina organizada, puede mover mensualmente negocios de valor de seis a siete mil pesos con una comisión media del cinco por ciento..... **Carlos J. Medellín—Alfonso López Michelsen**".

Y aunque es verdad que en estricto derecho no podría sostenerse que el dictamen transcrito está llamado a prevalecer sobre los practicados en el presente juicio con el cumplimiento en él de las fórmulas procesales, es incuestionable que dicho peritazgo por motivo de sus razonables fundamentos suministra asidero suficiente para presentar como ostensible la falta de fundamentación adecuada en el otro peritazgo o sea aquel en que se hicieron las estimaciones durante el término probatorio del presente incidente sobre regulación del valor de los daños causados.

De manera que, mirando el caso a la luz del artículo 723 del Código Judicial en el cual encaja, a juicio de la Corte, y aunque sin perder de vista la calidad, fama e ilustración de los peritos, su imparcialidad y la confianza en ellos depositada por las partes, cualidades que es del caso reconocerles por todo concepto, hay lugar a acentuar la muy limitada certidumbre que acompaña su exposición pericial al estar ella fundada en simples declaraciones de testigos, declaraciones sin mayor fuerza de convicción acerca de los cálculos que allí se hacen sobre las ganancias obtenidas en sus ocupaciones por el señor Salgado y sobre los consiguientes suministros de dinero que hacía mensualmente a su esposa.

Llegó el Tribunal a la conclusión de que el suministro mensual que llevaba a cabo el señor Salgado no podía exceder de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) para la familia entera, es decir, para su señora y para los hijos de él, y teniendo en cuenta que las entradas mensuales de aquél no pasaban de trescientos veinticinco pesos ($ 325.00).

De otro lado el Tribunal acepta que el suministro a la esposa misma debía estimarse en cuantía correspondiente a las dos terceras partes del monto de los ciento cincuenta pesos ($ 150.00), esto es, en la cantidad de cien pesos ($ 100.00), y proceder, en consecuencia, a hacer la liquidación de rigor con base en esta última cantidad.

A este propósito dice, en efecto, el Tribunal: "...queda reducido el problema a qué cantidad tomada de los ciento cincuenta pesos que suministraba Salgado a su señora puede considerarse como la que ésta invertía en su propio sostenimiento y gastos personales. Y siguiendo el criterio que ordinariamente se aplica para la regulación de la cuantía de las pensiones alimenticias, estima el Tribunal, que una persona que se ve precisada a suministrar la suma de ciento cincuenta pesos para sostener a tres personas, una de ellas adulta y las otras dos apenas impúberes y sin mayores gastos, es porque invierte cien pesos en el sostenimiento de la persona adulta y cincuenta en los gastos de los que son menores.

"Lo anterior así se fija como valor que recibía la demandante Inés de su marido Honorio Salgado para su sostenimiento y gastos personales la suma de cien pesos mensuales. Y en esa cantidad se estima consiguientemente el perjuicio que mes por mes ha sufrido y ha de seguir sufriendo doña Inés Rodríguez viuda de Salgado por la muerte de su esposo".

Y más adelante agrega el mismo Tribunal:

"Consiguientemente, y con fundamento en las explicaciones anteriores, debe hacerse la regulación de los perjuicios cuestionados sobre la base de estos dos extremos principales: renta o suma mensual que debía recibir la demandante de su esposo para su sostenimiento y gastos, $ 100.00; tiempo de duración de esta renta, veintiocho años a partir del día veinticuatro de julio en que recibió el señor Salgado las heridas y quemaduras que determinaron su muerte dos días después".

De su lado el señor Agente del Ministerio Público en un corto alegato presentado en esta segunda instancia ante la Corte se expresa a estos respectos en los siguientes términos:

"La única observación que podía hacer a la fijación del Tribunal sería la que sería más equitativo y real fijar el perjuicio en setenta y cinco pesos, es decir, en la mitad de la suma que los peritos del juicio principal habían fijado para el sostenimiento de la señora y de los dos menores. La H. Corte considerará esta observación que respetuosamente someto a su sabio estudio".

Habiendo quedado así definitivamente planteado el problema relacionado con la cuantía de la

indemnización pagadera a la señora viuda de Salgado, y antes de que haya de llegarse por la Corte a alguna conclusión definitiva a este respecto, procede entrar en el estudio relacionado con los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal para llegar a una condenación, que como antes hubo de expresarse, alcanza a la cantidad de $ 24.654.40, decretada a favór de Carlos Eduardo Rodríguez.

Se transcribe, en seguida, la parte fundamental de los razonamientos del Tribunal a propósito del tema indicado.

"Sobre las bases y elementos anteriores debe resolver el Tribunal en qué fórma y cuantía corresponde a la Nación reparar, en lo posible, los daños que recibió el menor.

"La indiscutible sabiduría de los eminentes facultativos autores del concepto pericial copiado en varios de sus apartes pertinentes, impide siquiera pensar en discutir las conclusiones en que lo fundamentan y que debidamente planteadas presentan al estudio de la Sala. El Tribunal acoge todo el contenido científico de las observaciones de los peritos y con base en ellas hará la regulación del valor de los perjuicios cuestionados.

"Anotan los peritos que el menor ha de someterse a un largo tratamiento médico con el fin de buscarle mejor estética a sus facciones deformadas, mejor reposo intelectual tan deprimido actualmente, mejor adelantamiento de sus facultades sensibles físicas y morales; y hablando de estas intervenciones médicas, expresan: 'Y sin más que por estética, por indispensable anormalidad funcional, hubiese necesidad de intentar estas delicadas maniobras quirúrgicas como es muy posible que a la larga así acontezca, ellas no podrían llevarse a cabo sino en Norteamérica, no sólo por ser aquel país el centro universal de estas intervenciones, sino porque, aquí, en Colombia, ellas apenas se inician y en casos asaz fáciles de reparar. Por consiguiente, y como es bien posible que hasta un viaje a los Estados Unidos se haga necesario, avaluamos en esta forma tales perjuicios materiales en relación con las cicatrices: 1º Viaje al Exterior o sea el solo transporte, comprendidos los gastos de ida y regreso, $ 800 moneda legal. 2º Tiempo de hospitalización, no menos de un lapso de año y medio a dos años para poder llevar a cabo paulatinamente, un sinnúmero de intervenciones quirúrgicas, sin tener en cuenta las complicaciones infecciosas que en estos difíciles casos, a menudo se presentan, e incluyendo en este presupuesto el costo de clínica, de un experto en el ramo estético, ayudante, etc., valoramos todos estos gastos en la mínima suma de $ 12.000 moneda corriente. Total de todos estos gastos: $ 12.800.00'.

"Este factor o sumado del **quantum** del perjuicio no es discutible y habrá de aceptarlo la Sala falladora del Tribunal en su integridad, porque bien claro es que el valor del tratamiento médico indicado por los médicos, nadie mejor que ellos puede apreciarlo, y porque la obligación a cargo de la Nación de hacer lo posible por buscarle al menor alivio, reposo y una mejor salud es también inobjetable. El menor debe someterse al tratamiento indicado por los médicos y el valor de ese tratamiento fijado en la suma de doce mil pesos debe correr a cargo del Estado.

"La cuantía de los demás perjuicios cree la Sala que ha de fijarse siguiendo también el concepto de los médicos peritos, pero con una modificación apenas equitativa y justa: evidentemente al menor, hay que suponerlo, iría a coronar con el tiempo una carrera, y esa culminación lo haría hábil para obtener lo necesario para su sostenimiento y demás gastos personales; pero como durante el tiempo del estudio no podía el menor producir dinero alguno, hay que suponerlo así porque eso es lo ordinario, es forzoso aceptar que sólo al llegar a la edad de veinticinco años que es cuando comúnmente el estudiante colombiano termina su carrera, comenzaría Salgado a sostenerse. Por eso, sólo de esa fecha en adelante, desde cuando Salgado cumpla esta edad, debe reconocérsele la suma de cien pesos por cada uno de los meses probables de vida y que según los médicos va a prolongarse hasta la edad de cuarenta años. En cien pesos mensuales conceptúan los médicos la posible renta líquida del menor, y el Tribunal no encuentra objeción qué hacerle a esa estimación.

"Se advierte sí que como estos perjuicios son materiales, la regulación de su cuantía queda sujeta a la misma reducción establecida por la Corte por efecto del pago anticipado y que se aplica para la tasación de los perjuicios de la demandante Inés Rodríguez v. de Salgado.

"Ahora, el menor Carlos Eduardo nació el 18 de agosto de 1928 según la partida que obra en el folio 31 del cuaderno número 2, en forma que el día 18 de agosto de 1953 cumplirá veinticinco años de edad. De modo que de esta última fecha en adelante debe contarse el lapso por el cual ha

de pagársele $ 100.00 mensuales en acuerdo con lo antes dicho, o sea hasta el día 18 de agosto de 1968 (15 años), fecha en que cumplirá los cuarenta años de vida probable que le fijaron los peritos.

"Resumiendo, se tiene:

"Valor del tratamiento médico a que ha de someterse el menor Carlos Eduardo con el fin de buscar mejor estética a sus funciones deformadas, según los peritos	$ 12.000.00
Valor de la pensión o renta mensual que debía pagarse a dicho menor desde el día 18 de agosto de 1953 hasta el 18 de agosto de 1968 (15 años), a razón de $ 100.00, según el sistema antiguo y sin ninguna deducción	18.000.00
Menos ..... como deducción por razón del anticipo del pago, según el sistema del Tribunal de Medellín acogido por la Corte.	6.345.60
Queda a favor del menor.....	11.654.40
Total a favor del demandante.....	$ 23.654.40

"Carlos Eduardo Salgado Rodríguez veintitrés mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos con cuarenta centavos m/cte.".

Se advierte ahora que a esta última cantidad, o sea a la de $ 23.654.40, y según aparece del punto 2º de la parte resolutiva del fallo del Tribunal antes transcrito en el presente, hubo de agregar el mismo Tribunal la de $ 1.000.00 correspondientes a indemnización por daño moral subjetivo y de ahí el total del cual se hizo mención atrás, por la cifra de $ 24.654.40.

Mas he aquí que el señor Procurador en su alegato mencionado antes se expresa de la manera siguiente:

"Por lo que hace a los perjuicios causados al menor el Tribunal aceptó el dictamen pericial por encontrarlo debidamente fundamentado y teniendo en cuenta especialmente la sabiduría y pericia de los peritos".

Y en el mismo alegato había dicho el señor Procurador:

"La providencia apelada constituye, en mi concepto, un estudio jurídico aceptado y se basa juiciosamente en las pruebas allegadas, en su tiempo a los autos".

De manera que, en el fondo, puede llegarse a la conclusión, que es vinculante para la Corte, de que la apelación interpuesta ante el Tribunal por el señor Fiscal del mismo Tribunal, y en cuanto el señor Procurador General ha venido a interpretarla ante esta Corporación, consiste en que la condenación del expresado Tribunal es en general correcta; y, corregible sólo en cuanto, en vez de ser fijado, como lo hizo el Tribunal, un suministro mensual de cien pesos ($ 100.00), hay lugar a señalar sólo un suministro mensual de setenta y cinco pesos ($ 75.00), correspondientes a la señora viuda.

Cierto es que bajo el ordinal 4º de la parte resolutiva del fallo del Tribunal se lee:

"4º Consúltese esta providencia con el superior si no fuere apelada".

De manera que si en realidad la providencia de que se trata fuera consultable, habría de entrar la Corte a examinar, posiblemente con criterio más severo que el manifestado por el señor Procurador General de la Nación en el alegato suyo tantas veces mencionado, si en realidad de verdad se justificaban por todo concepto y en su integridad las condenaciones hechas por el Tribunal Superior en las cuantías allí determinadas, o si había lugar a alguna reducción de esas cuantías.

Empero según jurisprudencia reiterada de la Corte (Sala de Negocios Generales) el auto que se ordenó consultar, aunque contiene una condenación en cantidad líquida a cargo del Estado, no es un auto interlocutorio consultable, precisamente por tratarse aquí de un auto interlocutorio llamado a definir el incidente sobre regulación de perjuicios y no de una sentencia propiamente dicha a la luz de la distinción que el artículo 466, ordinal 2º del C. Judicial, instituye.

Y según el artículo 508 de este mismo Código, son las **sentencias** (subraya la Corte) que declaran alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia las que deben ser consultadas con el superior.

—

Cumple observar ahora que, en armonía con lo que ya hubo de indicarse al comienzo del presente fallo, podría mirarse como decisión **ultra petita** el fijar en conjunto como monto de la indemnización a cargo del Estado una suma superior a la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000), cifra límite según las peticiones de la demanda inicial que dio pie al juicio ordinario.

Empero, no habrá de ser desconocida aquí tal estimación de orden jurídico; por cuanto, en el

hecho, disminuída la cuantía en dinero pagadera a la señora viuda de Salgado en un 25 por 100, merced a la reducción del suministro mensual que le compete de $ 100 a $ 75, el monto de la reducción importa la cantidad de $ 5.499.33, lo que vendría a dar luego un saldo a su favor, computados siempre los $ 2.000.00 por perjuicios morales subjetivos, de $ 18.497.89, en lugar de los $ 23.997.19 que configuran en la condenación decretada por el Tribunal.

Según se vio antes, y de acuerdo con transcripciones que anteceden en el presente fallo de la Corte, bajo el ordinal 3º del fallo del Tribunal Superior se proveyó así:

"3º De esta última cantidad descuéntese cualquier suma que el menor haya recibido de la entidad demandada por auxilio con motivo del accidente".

Pudierá creerse a primera vista que lo único que se ordena deducir del monto de la condenación es lo recibido como auxilio por el menor, y que no hay lugar a deducción alguna que cobije a la madre damnificada y quien debió ser la que personalmente recibió el auxilio nacional de que se viene hablando, auxilio que ascendió a la cantidad de $ 3.900.00 según el respectivo avalúo pericial producido ante el Consejo de Estado y que esta última Entidad hubo de reconocer y decretar.

Consultado sin embargo el fallo de la Corte dictado en el juicio principal con fecha 8 de abril de 1943, de cuyo cumplimiento precisamente se trata en el presente incidente de regulación de perjuicios, mal puede interpretarse el auto del Tribunal, en cuanto sólo hubo de hacer especial mención de la deducción correspondiente al menor damnificado, en el sentido de que hoy no procede deducción alguna por el concepto mencionado en lo que toca con la cantidad de dinero pagadera a la madre demandante, y por falta de una expresa mención al respecto en su parte resolutiva, ya que dicho auto del Tribunal necesariamente debe interpretarse, de manera prevaleciente, a la luz del fallo de la Corte en cuya parte resolutiva se lee textualmente lo que sigue:

"Quinto.—Del valor de las indemnizaciones reconocidas a los demandantes debe decontarse la suma que hayan recibido de la Nación por concepto de auxilio, conforme a la Ley 100 de 1938".

De manera que tenidos en cuenta y descontados en consecuencia de los $ 43.152.29 a que montan en conjunto las indemnizaciones reconocidas en el presente fallo, y mediante la reforma ya indicada del de primera instancia, los $ 3.900.00 de que se ha venido hablando, la suma hoy en definitiva pagadera sería la de $ 39.252.29, que como es manifiesto, resulta ser inferior a la de $ 40.000 límite fijado por la parte demandante en su demanda.

Se comprende por tanto que hay lugar a reformar el auto recurrido a efecto de modificar el ordinal 1º de la parte resolutiva de dicha providencia en el sentido de disminuír la cuantía de la condenación según lo antes indicado, así como el ordinal 3º de ese mismo auto a efecto de ponerlo, de manera clara e inequívoca, en concordancia con la sentencia de la Corte que acaba de ser mencionada.

En tal virtud la Sala de Negociso Generales de la Corte Suprema de Justicia RESUELVE:

Primero. — Refórmase el ordinal primero del auto recurrido, de fecha veintisiete (27) de septiembre de 1946, en el sentido de reducir el monto de la indemnización de perjuicios pagaderos a la señora Inés Rodríguez viuda de Salgado a la cantidad de diez y ocho mil cuatrocientos noventa y siete pesos con ochenta y nueve centavos ($ 18.497.89) en lugar de la cantidad de veintitrés mil novecientos noventa y siete pesos con diez y nueve centavos ($ 23.997.19) que expresa dicho ordinal primero del auto del Tribunal Superior.

Segundo. — Confírmase el ordinal segundo del expresado auto del Tribunal Superior, de fecha veintisiete (27) de septiembre de 1946, por el cual se hizo a favor de Carlos Eduardo Salgado Rodríguez una condenación por la cantidad de veintitrés mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 23.654.40).

Tercero. — Refórmase el ordinal tercero de la misma providencia en el sentido de deducir de las cantidades de que hablan los ordinales anteriores (1º y 2º) del presente fallo la cantidad de tres mil novecientos pesos ($ 3.900.00).

Cuarto.—No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS RESOLUCIONES EJECUTIVAS Y DE DEVOLUCION DE UNA SUMA DE DINERO.

Es exacto que conforme a los principios de la ciencia del derecho administrativo en que se inspiró el régimen positivo vigente en Colombia (Ley 167 de 1941), además de la acción correspondiente al contencioso objetivo establecida en el artículo 66, paralelamente se instituyeron las que se refieren al contencioso subjetivo, organizando por medio de esas normas todo un sistema de tutela jurídica del ciudadano contra los actos de la administración y contra los hechos materiales de los funcionarios públicos adscritos a su servicio. Los artículos 67, 68 y concordantes proveen a ello, estableciendo lo que en la técnica del derecho público se conoce con el nombre de contencioso de plena jurisdicción. Según las orientaciones de la doctrina y las propias palabras de la ley el objeto de la acción es el de restablecer en su derecho a la parte actora en el juicio cuando hubiere sufrido una lesión a causa de la actividad jurídica o material de los agentes administrativos; restablecimiento que puede obtenerse por vía INDIRECTA o CONSECUENCIAL provocando previamente la nulidad del acto jurídico irregular (artículo 67), o bien en forma DIRECTA, exigiendo de la administración "las indemnizaciones o prestaciones" competentes cuando la causa para pedir está contenida en un hecho material o en una operación administrativa (artículo 68). Es evidente también que en la mayor parte de los casos el contencioso subjetivo y la acción de plena jurisdicción en que éste se desenvuelve procesalmente tienen un carácter indemnizatorio o, como lo dice el demandante, es "un contencioso de daños y perjuicios" que compromete la responsabilidad extracontractual del Estado. Pero nada autoriza la generalización de este principio en el sentido en que lo expone el recurrente, pues casos hay en que sin que exista daño como resultante de la actividad administrativa opera sin embargo el contencioso de plena jurisdicción. Así ocurre, por ejemplo, cuando la acción se endereza a obtener la revisión de una operación administrativa, en el contencioso de impuestos reglamentado por el Capítulo XXIII del Código de la materia. Obvio es que no puede hablarse entonces, dentro del rigor de los términos, de un daño a la persona del contribuyente, ni de que la acción se enderece a obtener una indemnización, sino simplemente que con ella se persigue por medio de la revisión de la providencia administrativa una prestación consistente en obtener que se devuelva el exceso debidamente liquidado o exigido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

La demanda ordinaria instaurada por el doctor Alejandro Saravia Romero, apoderado especial del Municipio de Cartagena, contra el Departamento de Bolívar no fue admitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, entidad ante la cual fue presentada.

La providencia de inadmisión se expidió el doce (12) de julio de 1946, y contra ella interpuso recurso de apelación el demandante, el cual le fue concedido para ante esta Sala de la Corte Suprema.

Habiéndose surtido el trámite procesal que la ley establece va a resolverse lo que fuere de derecho, para lo cual se hacen las consideraciones previas que en seguida se consignan.

La negativa a aceptar la demanda la fundó el Tribunal instado en que a su juicio carece de jurisdicción para conocer de ella por tratarse de un negocio de índole administrativa y estar, por consiguiente, sujeto a las reglas especiales de competencia señaladas en la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo).

Para decidirse por esta solución expresa el auto

recurrido que habiéndose demandado al departamento de Bolívar para el pago de diversas cantidades de dinero provenientes de participaciones en algunas rentas, "no se trata de una controversia puramente civil o de derecho privado, sino de un pleito en que se han de ventilar cuestiones de origen y efectos estrictamente administrativos", por lo que el negocio no cae bajo la esfera de competencia trazada en los artículos 76, ordinal 2º y 37 del C. de Procedimiento Civil.

Al examinar la Sala el libelo rechazado encuentra que mediante él, y según aparece de su parte petitoria, el Municipio de Cartagena solicita que el Departamento sea condenado a cubrirle varias sumas que al decir del actor no han sido liquidadas, reconocidas ni pagadas en varios años y que corresponden a participaciones de la entidad municipal en el producto de algunas rentas (tabaco, degüello y licores). Estas súplicas están sustentadas en una serie de hechos, que en resumen dan cuenta de las Ordenanzas y de las providencias de la Gobernación por medio de las cuales se señala el monto de las participaciones del Municipio en los ingresos departamentales y la manera de satisfacerlas; y que de otro lado (hechos 3º, 5º y 7º, principalmente), relatan los errores o defectos con que se hicieron las operaciones de liquidación, reconocimiento y consiguiente pago por tales conceptos al Distrito de Cartagena, errores consistentes en la falta de cómputo de algunos renglones de las mencionadas rentas, disminuyéndose de esta manera el montante de lo que al Municipio demandante corresponde, según las disposiciones departamentales aplicables.

Estos antecedentes son suficientes para desatar el único problema sometido al estudio de la Corte, o sea el de resolver ante cuál de las jurisdicciones —la ordinaria o la especial de lo contencioso administrativo— debe ventilarse el negocio litigioso materia del recurso.

Las tesis del actor

Para sostener la competencia de derecho común radicada en el Tribunal, el recurrente ha presentado ante la Corte un extenso alegato, en el cual expresa entre otros puntos de vista, los que a continuación se resumen por su especial importancia en el caso objeto de la decisión:

A.—Para el demandante, el contencioso de plena jurisdicción instituído en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941 es esencialmente un contencioso de reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares por la ilicitud de los actos jurídicos o materiales de la administración, los cuales comprometen la responsabilidad extracontractual de la misma; y, por consiguiente, las acciones derivadas de él competen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

B.—Por el contrario, si no median un acto, un hecho o una operación administrativa que hubieren ocasionado un daño generador de indemnización a favor del sujeto perjudicado, no hay lugar a recurso ante aquella jurisdicción especial, y la vía procedente es la ordinaria.

A juicio del recurrente, en el caso de autos el Municipio que representa trata sólo de hacer efectivos "los créditos ya devengados que posee contra el Departamento de Bolívar como deudor suyo, toda vez que en este caso lo que hay de por medio es una acción directa de cobro, para que el sujeto de la obligación exigible la cumpla o ejecute en su totalidad, cubriendo los créditos o saldos insolutos que se demandan".

Añade en otro pasaje de su escrito, que se copia para mejor inteligencia del punto controvertido:

"La situación que corresponde al Municipio de Cartagena en el caso de esta demanda es enteramente distinta. Invoca a su favor un derecho de acreencia, ya devengado por él y que jurídicamente se incorporó a su patrimonio, el cual está representado en cifras definidas y precisas. Surgió este crédito a virtud de la concurrencia de un título jurídico suficiente y de varias condiciones previstas como idóneas para que el derecho, si así pudiéramos decir, se corporizara. El sentido de esta demanda no es propiamente para que se atribuya o fije en cabeza del municipio un crédito, es más bien para que, previa constatación de su existencia, se provea a la efectividad de él, movilizando al efecto la coacción pública. Finalmente, y como antes se expresó, ese derecho de acreencia lo constituyen varias sumas y ciertos saldos que están por cubrir, correspondientes a obligaciones que fueron incumplidas o ejecutadas sólo en parte".

Las razones de la Corte

Es exacto que conforme a los principios de la ciencia del derecho administrativo en que se inspiró el régimen positivo vigente en Colombia (Ley 167 de 1941), además de la acción corres-

pondiente al contencioso objetivo establecida en el artículo 66, paralelamente se instituyeron las que hacen relación al contencioso subjetivo, organizando por medio de esas normas todo un sistema de tutela jurídica del ciudadano contra los actos de la administración y contra los hechos materiales de los funcionarios públicos adscritos a su servicio. Los artículos 67, 68 y concordantes proveen a ello, estableciendo lo que en la técnica del derecho público se conoce con el nombre de contencioso de plena jurisdicción.

Según las orientaciones de la doctrina y las propias palabras de la ley el objeto de la acción es el de restablecer en su derecho a la parte actora en el juicio cuando hubiere sufrido una lesión a causa de la actividad jurídica o material de los agentes administrativos; restablecimiento que puede obtenerse por vía **indirecta** o **consecuencial** provocando previamente la nulidad del acto jurídico irregular (artículo 67), o bien en forma **directa,** exigiendo de la administración "las indemnizaciones o prestaciones" competentes cuando la causa para pedir está contenida en un hecho material o en una operación administrativa (artículo 68).

Es evidente también —y así lo entiende y acepta la Corte— que en la mayor parte de los casos el contencioso subjetivo y la acción de plena jurisdicción en que éste se desenvuelve procesalmente tienen un carácter indemnizatorio o, como lo dice el demandante, es "un contencioso de daños y perjuicios" que compromete la responsabilidad extracontractual del Estado.

Pero nada autoriza la generalización de este principio en el sentido en que lo expone el recurrente, pues casos hay en que sin que exista daño como resultante de la actividad administrativa opera sin embargo el contencioso de plena jurisdicción. Así ocurre por ejemplo, cuando la acción se endereza a obtener la revisión de una operación administrativa, en el contencioso de impuestos reglamentado por el Cap. XXIII del Código de la materia. Obvio es que no puede hablarse entonces, dentro del rigor de los términos, de un daño a la persona del contribuyente, ni de que la acción se enderece a obtener una indemnización, sino simplemente que con ella se persigue por medio de la revisión de la providencia administrativa una prestación consistente en obtener que se devuelva el exceso indebidamente liquidado o exigido.

Ahora bien, es evidente que por medio de la demanda rechazada por el Tribunal Superior de Cartagena se persigue el pago de varias cantidades que el actor determina en su libelo. Pero no es menos cierto que la causa para pedir radica en que dejó de computarse el producido del renglón de cigarrillos, e igualmente el rendimiento del gravamen adicional de dos centavos ($ 0.02) por cajetilla que afecta su consumo según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ordenanza número 10 de 1935 (hecho 3º); en que tampoco se computó el producido por cada res dada al consumo ni el montante de los reconocimientos por gravámenes adicionales establecidos en otras ordenanzas (hecho 5º); y que, finalmente, dejaron de cumplirse las ordenanzas 41 de 1943 y 38 de 1945, así como el Decreto número 716 de la Gobernación, en el sentido de que no fueron liquidadas las participaciones a que tales preceptos se refieren (hecho 7º).

Los demás fundamentos de hecho del libelo tienen análogo alcance, de suerte que basta la relación que acaba de hacerse para llegar a la conclusión de que, en el fondo, se pretende con la demanda instaurada que se ordene rehacer las liquidaciones verificadas por las autoridades competentes del departamento para ajustarlas a los resultados numéricos que, en sentir del actor, se desprenden de los textos por medio de los cuales la persona pública departamental cedió aquella participación al Municipio demandante.

Por otra parte, con la simple lectura de la demanda se patentiza que para llegar a una decisión jurisdiccional se hace necesaria la interpretación de las ordenanzas y decretos creadores de las participaciones, de los actos jurídicos que los desarrollan y, asimismo, de los que proveen a la liquidación y giro de aquéllas al beneficiario.

De ahí que la Corte no acoja las tesis del demandante según las cuales la acción se promueve para el cobro de créditos definitivos e irrevocables incorporados al patrimonio municipal de Cartagena, pues por el contrario estima que habiéndose señalado en las ordenanzas de que se trata cierta participación a favor del Municipio respecto a algunas rentas, fijándose al efecto un porcentaje sobre el volumen de los recaudos, tales actos jurídicos no implican títulos constitutivos de una acreencia exigible por vía ejecutiva u ordinaria sino simples actos-condiciones destinados a provocar posteriores y sucesivas manifestaciones de la voluntad administrativa, las cuales deben traducirse en las operaciones de liquidación, incorporación en el presupuesto de las partidas liquidadas y, finalmente, en su pago efec-

tivo. Si estas operaciones administrativas — las necesarias para liquidar las participaciones determinándolas en cifras numéricas y su consecuencial incorporación en el presupuesto — no se realizan o se verifican en forma defectuosa, incompleta o errónea, es claro que no existe un crédito exigible ni, por tanto, hay tampoco acción directa de cobro contra el departamento.

En tales eventos el interesado, sea persona privada o de derecho público, tiene expedita la vía gubernativa para provocar la actividad de la administración a fin de que aquellas operaciones se hagan o para que se modifiquen o perfeccionen según los casos; y agotada esta vía según las disposiciones especiales que en la ley 167 de 1947 la reglamentan, quedan abiertos los procedimientos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la solución del conflicto.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que el Tribunal instado obró con arreglo a derecho y que el pronunciamiento **declinatoria fori** que contiene el auto recurrido es jurídico y debe mantenerse.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma la providencia objeto del recurso, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en este negocio.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock — Ramón Miranda—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

AUXILIO DE CESANTIA

Se deduce del artículo 12 de la ley 22 de 1942 que dicha ley no sólo no instituyó el auxilio de cesantía a cargo del Tesoro Nacional para las personas que habían quedado cesantes antes de la vigencia de esa ley, sino que indudablemente hubo de denegarlo. Y ningún precepto posterior a la citada ley ha venido a crear a cargo del Tesoro Nacional auxilio de cesantía para atender a cesantías en el ramo jurisdiccional antes de tal ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En fecha 11 de septiembre de 1946 el señor Carlos Pérez Aguirre ocurrió al Tribunal Superior de Bogotá en solicitud de que fuera decretada a su favor y a cargo del Tesoro Nacional, el auxilio de cesantía adicional a la pensión de jubilación, de que goza en la actualidad, por la suma de $ 809.10, equivalente a siete años, dos meses y nueve días, o sea el excedente a los veinte años exigidos por la ley para tener derecho a la pensión de jubilación que le fue reconocida a partir del día 1º de septiembre de 1945, según providencia judicial cuya copia obra en el expediente de que hoy conoce la Corte.

El solicitante alegó para ello haber ocupado cargos en el Organo Judicial durante 27 años, 2 meses y 9 días, en el tiempo comprendido, salvo algunas interrupciones, desde el 2 de julio de 1901 al 2 de julio de 1929, fecha, ésta última, en que dejó de desempeñar funciones en la referida rama del Poder Público.

En apoyo de sus pretensiones adujo como razones de derecho: el Parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945 y las disposiciones concordantes de la Ley 22 de 1942.

El señor Fiscal del Tribunal conceptuó que la solicitud debía ser negada. Posteriormente el Tribunal falló el negocio en sentencia de 19 de noviembre de 1946, en la cual, basado en razones a las cuales la Corte habrá de referirse más adelante, negó la cesantía pedida. De esta sentencia hubo de apelar el apoderado del señor Pérez Aguirre.

En el trámite ante la Corte han intervenido de un lado el apoderado de la parte demandante, quien solicita la revocación del fallo de primera instancia, y en representación de la Nación el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien se manifiesta de acuerdo con el mencionado fallo, y solicita, en tal virtud, la confirmación de él.

Para resolver acerca de la alzada, la Corte considera:

Cuando esta Sala de la Corte, de manera especial en providencias como la de 30 de mayo de 1944, dictada con motivo de la pensión de jubilación del señor Juan de J. Gómez G. (GACETA JUDICIAL, páginas 816 y 817, números 2010-2014 de mayo a septiembre de 1944), llegó a la conclusión de que aún en beneficio de antiguos miembros del Poder Judicial que no estaban en ejercicio de funciones cuando entró a regir la Ley 22 de 1942 y que no estaban siquiera habilitados para ser miembros de la Caja de Previsión Judicial, cabía sin embargo en materia de jubilación la aplicación de la ley referida, tuvo en cuenta la Sala para poder concluír así que, dentro de un criterio de amplitud interpretativa, dada la naturaleza misma de la prestación social considerada, podía hacerse el reconocimiento de la pensión de jubilación, no a cargo de la Caja respectiva, sino a cargo directamente del Estado.

A tal conclusión no había podido llegarse en efecto a menos de estimar, como se hizo, que la Ley 22 de 1942 había reducido el término necesario para la jubilación fijándolo en sólo 20 años de servicio, en sustitución a los 30 años antiguamente requeridos; pero en todo caso, como es obvio, en relación con personas en vía de ser pensionadas, precisamente por existir ya la institución de la jubilación desde cuando hubieron de prestar los servicios oficiales correspondientes.

Por el contrario, en el año de 1929 cuando cesó el señor Pérez Aguirre en sus funciones dentro

de la misma rama jurisdiccional del Poder Público, no había sido creado aún por el legislador el beneficio del auxilio de cesantía, de donde manifiestamente se sigue que la interpretación de la Ley 22 de 1942, por amplia que aquélla sea, no puede llegar hasta el extremo de dar efecto a una institución, la del beneficio del pago por cesantía, para aplicarla retroactivamente a un fenómeno plena y definitivamente consumado, como ocurre con el retiro del señor Pérez Aguirre de sus funciones judiciales, lo cual hubo de suceder en época en que ese retiro en manera alguna originaba un reconocimiento y un pago por razón de cesantía.

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato ante la Corte, aparte de otras consideraciones, sustenta su petición de confirmación de la sentencia apelada en el siguiente razonamiento que concuerda con lo que se acaba de expresar en la presente providencia:

"Por lo demás cree este Despacho que el auxilio de cesantía sólo es procedente respecto de aquellos empleados que estaban en ejercicio de su cargo al entrar en vigencia la ley que lo estableció. Los que habían quedado cesantes con anterioridad a la Ley 22 de 1942 no adquirieron en virtud de tal ley, un derecho de que carecían al separarse de sus puestos".

Según se desprende de lo que se deja expuesto, principalmente del artículo 12 de la citada Ley 22 de 1942, dicha ley no sólo no instituyó el auxilio de cesantía a cargo del Tesoro Nacional para personas que habían quedado cesantes antes de la vigencia de dicha ley, sino que indudablemente hubo de denegarlo. A esta conclusión llega precisamente la sentencia de 30 de mayo de 1944, antes citada.

Y ningún precepto legal posterior a la citada Ley 22 de 1942 ha venido a crear a cargo del Tesoro Nacional auxilio de cesantía para atender a cesantías ocurridas, en el ramo jurisdiccional, con anterioridad a tal ley.

Se comprende así que, sin necesidad de otras consideraciones, hay lugar a confirmar el fallo apelado.

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 de fecha 19 de diciembre de 1946, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido por el señor Carlos Pérez Aguirre contra la Nación sobre reconocimiento de un auxilio de cesantía.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock — Ramón Miranda—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE NULIDAD DE UNA OBLIGACION Y DE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO — NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Rámón Miranda)

El señor Juan N. Gómez W., vecino de Girardot, ocurrió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca para instaurar demanda ordinaria contra el Estado colombiano con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenaciones siguientes:

"**Primera.**—Que por sentencias ejecutoriadas, o sean las de abril quince y noviembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres, proferidas en primera y segunda instancia por el respetable Tribunal a que tengo el honor de dirigirme y la H. Corte Suprema de Justicia respectivamente en el incidente de excepciones propuestas por el señor Manuel S. González en la ejecución que con jurisdicción coactiva le adelantó el departamento de Cundinamarca por medio de su juzgado de ejecuciones fiscales, fue declarado falso y nulo el contrato de fianza suscrito en esta ciudad de Girardot el veintiuno de enero de mil novecientos treinta y ocho a favor del mentado departamento de Cundinamarca y de la Nación por los señores Manuel M. Melo, Manuel S. González y Moisés Arias, el primero como principal deudor y los dos últimos como sus fiadores mancomunados y solidarios;

"**Segunda.**—Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare igualmente, que por haber sido declarado falso y nulo el contrato de fianza de que da cuenta la petición anterior, quedó insubsistente la obligación allí contenida en dicho documento de enero veintiuno de mil novecientos treinta y ocho, suscrito, como ya se dijo, por los aludidos Melo, González y Arias en esta localidad de Girardot a favor del preindicado departamento de Cundinamarca y de la Nación y por consiguiente no es posible exigir de ninguno de los obligados ninguna clase de obligación con base en el documento que ha sido declarado nulo y falso, y carente por tanto de vínculo jurídico legal;

"**Tercera.** — Que hechas las anteriores declaraciones, consecuencialmente se declare asimismo, que la República de Colombia debe restituírme como subrogante que fue del crédito o sea de la suma de ciento diez y seis pesos, con sesenta centavos ($ 116.60) m/cte. que me cedió por virtud del contrato de subrogación celebrado entre dicha entidad pública de derecho y el suscrito, conforme al auto de marzo veintinueve del año próximo pasado, dictado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, proferido en la ejecución que por jurisdicción coactiva se adelantaba allí contra los atrás citados Melo, González y Arias, más el interés fijado por la misma entidad demandada por medio de su dependencia el Juzgado en mención, en auto de septiembre doce de mil novecientos cuarenta, o sea a la rata del doce por ciento (12%) anual, contado tal interés, desde el citado mes de marzo de mil novecientos cuarenta y tres y hasta el día que tal restitución de la indicada suma de dinero se verificare, restitución que deberá hacer la demandada tres días pués (sic) de ejecutoriado el fallo que ponga fin a la presente demanda, y que no solamente debe devolverme la indicada suma de dinero en efectivo con sus correspondientes intereses tal como se deja dicho, sí que también debe pagarme el valor de los perjuicios ocasionados con la subrogación del expresado crédito basada en una obligación que estaba afectada de falsedad y nulidad;

"**Cuarta.**—Que hechas todas las anteriores declaraciones, algunas o alguna de tales declaraciones, consecuencialmente se condene a la Nación demandada a lo siguiente:

"a) Restituírme tres días después de ejecutoriada la sentencia que desate en definitiva la presente demanda o dentro del prudencial plazo que en ese fallo se le fijare, la cantidad de ciento diez y seis pesos, sesenta centavos (116.60) m/cte.

"b) El interés de la citada cantidad de ciento

diez y seis pesos, sesenta centavos m/cte. a la rata fijada en el mandamiento ejecutivo de fecha septiembre doce de mil novecientos cuarenta y de que adelante se hablará en el respectivo hecho, al doce por ciento anual (12%) contado desde el ya citado veintinueve de marzo del año próximo pasado y hasta el día en que tal restitución se verificare; y

"c) La cantidad de cien pesos ($ 100.00) m/cte. en la cual estimo el valor de los perjuicios ocasionados a mis intereses, con motivo del contrato de subrogación de que se ha hecho mérito, basado en el nulo y falso contrato de fianza de que ya se habló, de cuyos vicios adolecía tal convención de fianza con anterioridad a la consabida subrogación, o la cantidad que pericialmente se determinare en la debida oportunidad, caso que la Nación demandada no convenga con la estimación que dejo fijada, el cual pago de percios (sic) se deberá hacer dentro del mismo plazo de tres días después de ejecutoriada la sentencia que desate en definitiva la presente demanda.

"Para en el supuesto y remotísimo caso de que no se hicieren las anteriores declaraciones y subsiguientes condenaciones, en subsidio pido:

"1º Que con anterioridad al veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, fecha en la cual se perfeccionó el contrato de subrogación de que se ha hecho mérito y que se explicará adelante en el hecho respectivo, el contrato de fianza en que se fundamentó la obligación objeto de la subrogación antedicha, adolecía de nulidad y falsedad;

"2º Que por virtud de haber sido judicialmente declarado nulo y falso el contrato de fianza contenido en el documento de enero veintiuno de mil novecientos treinta y ocho, suscrito en esta ciudad de Girardot, a favor del departamento de Cundinamarca y de la Nación por los atrás citados señores Manuel M. Melo, Manuel S. González y Moisés Arias, cuya nulidad y falsedad fueron declaradas en primera y segunda instancia por sentencias de abril quince y noviembre diez y seis del año próximo pasado por la Respetable Corporación a que me dirijo y la H. Corte Suprema de Justicia, proferida como ya se indicó, en la ejecución que con jurisdicción coactiva adelantó el nombrado departamento de Cundinamarca por medio de su juzgado de ejecuciones fiscales contra el precitado Manuel S. González y otro, las relaciones jurídicas y obligaciones u obligación que pudieran emanar o pudieran haber emanado del consabido contrato de fianza, por razón a esa declaración de nulidad y falsedad, dejaron de existir tales obligaciones u obligación y por consiguiente no es lícito ni jurídico exigir el cumplimiento de la predicha obligación ni la efectividad de los consiguientes derechos adquiridos por el suscrito conforme al atrás nombrado contrato de subrogación según el auto de marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres proferido por el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá y de que ya se habló;

"3º Que como consecuencia de las dos anteriores declaraciones, se declare que la Nación demandada está obligada a devolverme dentro del plazo legal que se le fijare en la sentencia que desate la presente acción, la suma de ciento diez y seis pesos, sesenta centavos ($ 116.60) m/cte. en efectivo que le pagué como precio total de la ya citada ejecución seguida por la entidad demandada por medio de una de sus dependencias administrativas contra los prenombrados Melo, González y Arias, devolución que deberá hacerme de la citada cantidad de dinero, junto con su correspondiente interés a la rata del doce por ciento anual, contado desde el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres y hasta el día en que esa devolución se verifique, y

"4º Que la República de Colombia, o sea la Nación, está obligada a pagarme el valor de los perjuicios que me ha ocasionado con la subrogación de sus derechos de ex-acreedora, según se explicará adelante el correspondiente hecho, por cuanto que la subrogación que hizo en mi favor, proviene del contrato de fianza que judicialmente fue declarado falso y nulo, perjuicios que se fijarán oportunamente dentro del curso legal de esta demanda o en acción por separado".

El Tribunal del conocimiento profirió sentencia definitiva de fondo el día 19 de noviembre de 1945, y por medio de ella negó todas las súplicas de la demanda absolviendo, en consecuencia, a la Nación y condenando en costas a la parte actora.

Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante y habiéndose surtido ante esta Sala de la Corte la tramitación de ley va a resolverse definitivamente el negocio.

Para ello considera la Corte en primer lugar que, de acuerdo con los pedimentos de la demanda y con los hechos en que la misma se funda, la litis resuelta por el Tribunal de primer grado versa sobre la tacha de falsedad y consiguiente

nulidad del contrato de fianza suscrito en Girardot el 21 de enero de 1938 por medio del cual el señor Manuel M. Melo garantizó a favor del Estado y del Departamento de Cundinamarca el cumplimiento de sus funciones como Tesorero Municipal de Puerto Liévano, respecto a los fondos nacionales y departamentales que pudiera corresponderle manejar, documento en el cual figuran como fiadores solidarios otras personas que allí se indican. En estas condiciones la controversia sobre el pago hecho por Juan N. Gómez con motivo de la ejecución adelantada por el Estado contra el obligado principal y sus fiadores, claramente impone al juzgador la obligación de examinar el contenido de aquel contrato y su validez o nulidad para determinar los efectos de la subrogación que de los derechos correspondientes hiciera la entidad demandada en favor del actor en este juicio, señor Gómez.

Siendo esto así, el Tribunal Superior carecía de competencia para conocer en primera instancia del negocio, ya que dicha entidad conforme a la regla del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil conoce en primera instancia "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40." Y este artículo —el 40 citado— muy claramente preceptúa que la Sala Civil de Unica Instancia —ahora esta 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.

No habiendo competencia en el Tribunal que conoció en el primer grado del juicio por corresponder éste al privativo conocimiento de la Sala de Negocios Generales, la actuación está viciada de una nulidad insubsanable.

Y por estos motivos y sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— anula lo actuado en el presente juicio a partir del auto admisorio de la demanda de fecha 23 de octubre de 1944.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Alvarado (con salvamento de voto). **Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.** (con salvamento de voto) — **Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ELEUTERIO SERNA R. Y GERMAN ALVARADO

En el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales se adelantaba un ejecutivo contra el señor Manuel María Melo y su fiador Moisés Arias, por un alcance deducido al primero en las cuentas de la Recaudación de Hacienda Nacional de Puerto Salgar.

Durante la secuela del juicio, el señor Juan N. Gómez pagó la suma que se cobraba, por lo cual se le subrogó en los derechos de la Nación, en virtud de providencia judicial de 29 de marzo de 1943.

El documento de fianza fue suscrito en Girardot el 21 de enero de 1938 para asegurar principalmente el manejo de bienes que le correspondiera al señor Melo en su calidad de Tesorero Municipal de Puerto Liévano; pero en ese instrumento figura a la vez esta cláusula: "Hago constar que la presente fianza garantiza también el manejo de la Recaudación de Hacienda Nacional si fuere nombrado para tal empleo".

Con base en el auto de fenecimiento, de 20 de junio de 1940, de la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago contra el señor Melo y sus fiadores Arias y González, el último de los cuales presentó por medio de apoderado especial, en la oportunidad debida, y en cuanto se relacionara con él, las excepciones de falsedad del título e inexistencia de la obligación. El pliego exceptivo fue fallado por el Tribunal de Bogotá en proveído fechado el 15 de abril de 1943 y confirmado por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema el 16 de noviembre del mismo año.

Ya como subrogatario el señor Gómez se presenta demandando al Estado colombiano para que se hagan las declaraciones cuya copia figura en el auto en que esta Sala de Negocios Generales anula la actuación.

Hemos hecho la precedente relación para poder destacar, con toda nitidez, los argumentos que nos asisten al apartarnos de la opinión de nuestros ilustres y respetables colegas.

En la primera petición principal se pretende que se declare haberse verificado un hecho, consistente en que por sentencia se resolvió que el contrato de fianza es nulo y falso; en la segunda consecuencial se trata de obtener la declaración de que los efectos de los fallos aludidos se extienden hasta producir la insubsistencia de la obligación contraída por Melo y sus fiadores, y en la tercera se persigue la devolución del dinero que recibió la Nación "por virtud del contrato de subrogación celebrado entre dicha entidad pública de derecho y el suscrito conforme al auto de 29 de marzo de 1943", según propias palabras del actor en el libelo.

En las dos primeras solicitudes no se trata de controversia alguna emanada necesaria y directamente del contrato, pues todo el problema queda reducido a una interpretación de la sentencia, respecto de su comprensión o sus efectos.

En cuanto a la subrogación no puede decirse que ella se hubiera realizado mediante un contrato, porque fue obra de la ley, según aparece en el auto prenombrado de 29 de marzo. No fue así una subrogación convencional sino legal.

La cuarta petición no contempla sino la devolución del dinero, lo cual no implica controversia directa sobre contrato alguno.

Conviene ahora relievar la primera petición subsidiaria, cuyo texto es el siguiente: "Que con anterioridad al 29 de marzo de 1943, fecha en la cual se perfeccionó el contrato de subrogación de que se ha hecho mérito y que se explicará adelante en el hecho respectivo, el contrato de fianza en que se fundamentó la obligación objeto de la subrogación antedicha, adolecía de nulidad y falsedad".

El actor, después de aludir a las sentencias del Tribunal y de la Corte, se expresa así en la letra g) de los hechos básicos de la demanda:

"Se tiene que, desde el mismo momento en que fue suscrito el susodicho contrato de fianza, éste quedó viciado de falsedad y nulidad y consiguientemente sin consistencia jurídica ni valor legal su contenido y, por ende, inobligante, según lo expuesto en los fallos judiciales en referencia".

Como no es difícil colegir, la pretensión del ac-

tor no era otra que obtener la declaratoria de que la nulidad y falsedad pronunciadas en el incidente de excepciones ejercían su influencia en el documento desde antes de la subrogación o sea desde el 21 de enero de 1938, día en que aquél fue suscrito.

En estas condiciones, la controversia no versa sobre el contrato de fianza en sí mismo sino sobre los efectos retrospectivos de los fallos, pues conforme a lo que se acaba de transcribir, el actor quiere que la justicia diga que los pronunciamientos judiciales sobre la nulidad y la falsedad implican la declaración de que estos vicios existían desde el día en que el documento se confeccionó.

Para nosotros no se trata aquí de controversia sobre la materia de los contratos sino de una interpretación al rededor de aquellos fallos.

En la segunda subsidiaria se hace referencia meramente a las sentencias de primero y segundo grado y se solicita que por estos motivos el sentenciador manifieste que las obligaciones del contrato de fianza, como lógica consecuencia, habían quedado insubsistentes.

Se vuelve a mencionar la subrogación, calificándola de contrato, sin serlo, como antes se dijo.

Las peticiones tercera y cuarta subsidiarias nada tienen qué ver con el litigio sobre contrato.

En mérito de lo que hasta aquí hemos expuesto, nuestro voto particular es una firme convicción de que no hay litis que pueda enmarcarse dentro de los lindes precisos del artículo 40 del Código Judicial.

Queremos, con todo, hacer otras consideraciones acerca de la manera como nosotros entendemos el artículo 40 prenombrado.

Cuando el Congreso aprobó el proyecto "sobre organización judicial y procedimiento civil" (Ley 105 de 1931), el Ejecutivo hizo observaciones, y entre ellas, algunas sobre la persistencia de la Sala Civil de Unica Instancia. En efecto, en el pliego de objeciones se lee: "Todo indica, pues, que conviene mantener la Sala Civil de Unica Instancia a la Corte Suprema de Justicia, dejando a su cargo las controversias **nacidas** de contratos celebrados por la Nación". Vale decir, las controversias provenientes, nacidas de los contratos, que tengan su origen o su raíz en ellos.

Sobre el ordinal 8º del artículo 40 del Código Judicial abolido, sustancialmente igual al que hoy rige, dijo la Corte en providencia de 31 de marzo de 1917:

"Ahora bien: el ordinal 8º comprende forzosamente las controversias que se susciten sobre los contratos que haya celebrado el poder ejecutivo con los particulares, sobre los contratos mismos, más no las que se susciten con relación a esos contratos. Estas no entran forzosamente en la excepción.... En consecuencia, las controversias que no versen sobre los contratos mismos sino que se refieran a ellos, se rigen por la regla general".

En providencia fechada el 9 de septiembre de 1946 (números 2038 y 2039 de la GACETA JUDICIAL, página 279) se analizó con especial detenimiento el artículo 40 del Código Judicial, acatándose la doctrina que al respecto tenía establecida la Corte bajo el imperio del actual código como del anterior.

La Sala en esa vez, después de afirmar que un contrato es "fuente de derechos y obligaciones, y por tanto de acciones correlativas, llamadas, en caso de litigio, a ser llevadas al conocimiento de los jueces en calidad de acciones nacidas del contrato mismo", dijo lo siguiente:

"De manera que, aun prescindiendo de estudiar el punto de la influencia que pueda tener en la aplicabilidad del artículo 40 del C. J. la circunstancia especial de que el contrato que ha servido al pago de lo no debido sea uno de los llamados contratos de adhesión, considerados por algunos expositores como cuasi-contratos genuinos, obvio es que la competencia fijada, con carácter de excepcional, en la disposición legal que se acaba de citar no pueda extenderse a una acción en la cual no se controvierte ni la interpretación de un contrato, ni acerca del objeto del mismo, ni acerca de su sujeción como tal contrato, etc., y que por tanto no ha originado controversia sobre contrato alguno sino directamente y de manera concreta, sobre un cuasi-contrato de pago de lo no debido, según ya hubo de explicarse.

"Y no es que se presente como imposible el surgimiento de una acción de pago de lo no debido como acción subordinada a la nacida directa y necesariamente del contrato mismo...".

Después agrega: "Podría pensarse, sin embargo, que para los efectos de la competencia privativa en una instancia que a la Corte asigna el artículo 40 del C. J. basta que la acción nacida de un cuasi-contrato haya tenido principio con ocasión de un contrato celebrado en nombre de la Nación,

sin que se requiera, por tanto, que la acción instaurada sea en realidad una acción directamente nacida del contrato mismo.

"Empero, esta interpretación del contenido del artículo 40 no halla justificación en la naturaleza misma de este precepto.

"Se trata, en efecto, de una disposición legal de carácter excepcional, restrictiva del principio jurídico, a toda luz razonable, de que, por regla general, en los juicios han de existir dos instancias o grados, de manera que una interpretación extensiva de la norma jurisdiccional que trae la disposición legal en consideración tropieza con la grave objeción de conducir ella a la supresión de una de las instancias del juicio, cuandoquiera que tal supresión no puede aceptarse en doctrina sino siempre que esté de por medio especial e inequívoco mandato de parte del Legislador.

"Principalmente hoy, cuando esta Sala de la Corte conoce, en general, en segundo grado de los asuntos en que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores si en aquéllos es parte la Nación, parece no justificarse que en casos no estrictamente comprendidos dentro del alcance del artículo 40 del Código Judicial conozca precisamente esta Sala, en una sola y única instancia y con pretermisión de la primera".

Tan clara doctrina es, según nuestro pensar, aplicable al asunto que ahora se discute. ¿Cuál es la controversia emanada directamente del contrato de fianza, cuando en la parte petitoria de la demanda se hace referencia a la extensión y efectos de los fallos de excepciones sin que en el juicio aparezca aquel contrato como materia de la litis?

En el siguiente pasaje de la sentencia el Tribunal Superior de Bogotá sintetiza el fondo de las cuestiones planteadas en la demanda:

"Esta, en síntesis, concisa y breve se contrae a que la Nación debe restituír al señor Gómez N. las sumas que él pagó como tercero extraño al documento de fianza referido, junto con los perjuicios, por cuanto dizque tal documento de fianza es falso y nulo, lo cual ha sido ya declarado por sentencias pronunciadas por este Tribunal y la Corte Suprema de Justicia, y que esto debe ser declarado en el fallo que se dicta; y que siendo por lo mismo ineficaz el documento en que se declaró subrogado al actor, no puede él perseguir o demandar a quienes eran deudores de la Nación para reembolsarse de las sumas que a ésta pagó".

Hemos leído y releído con suma diligencia el libelo, tratando de inquirir si existen motivos que fijen la competencia de la Corte en única instancia, mas no obstante nuestro anhelo de encontrar fundada la motivación de la mayoría de la Sala, nos hemos visto precisados a apartarnos, con mortificante pena, del pensamiento de nuestros colegas.

No hemos podido comprender por qué en esta litis hay que examinar el contenido del contrato y decidir sobre su validez o nulidad, cuando el debate está planteado al rededor de los fallos recaídos en las excepciones para deducir cuál es su alcance.

Estimamos que las anteriores reflexiones son suficientes para basamentar nuestro voto particular.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ASUNTOS REFERENTES AL CONTRATO DE TRABAJO

Los asuntos referentes a la jurisdicción del trabajo de que estén conociendo los jueces de la justicia ordinaria deben ser enviados en el estado en que se hallen a la jurisdicción competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la ley 6ª de 1945, por más que se trate, como en el caso de autos, de un juicio ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por providencia que lleva fecha 25 de octubre de 1946, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento del Tolima representado por su Gobernador y a favor del señor Jorge Herrera Escandón, por la cantidad de $ 3.973.50, y por los intereses legales de dicha cantidad. Este mandamiento ejecutivo fue notificado al representante legal de la entidad demandada, quien después solicitó reposición de él, interponiendo en subsidio apelación para ante la Corte Suprema de Justicia.

El 27 de noviembre de 1946 el Tribunal del conocimiento denegó la reposición y en cambio concedió la alzada, por lo que el negocio ha sufrido en esta Sala de la Corte la tramitación de ley.

Habiendo llegado el momento de resolver el asunto observa la Corte que la ejecución se ha librado con base en una copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Ibagué de 11 de junio de 1946, por medio de la cual se revoca una resolución de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Tolima y en su lugar dispone: "La Caja de Previsión Social del Departamento del Tolima pagará al señor Jorge Herrera Escandón el sueldo de retiro y la recompensa por servicios en la forma prescrita en los artículos 18 y 30 de la Ordenanza 50 de 1939, tomando como base para las liquidaciones correspondientes a las dos prestaciones indicadas los comprobantes que obran en este juicio".

Por lo que acaba de verse el Tribunal Superior de Ibagué ha venido tramitando en primera instancia el juicio ejecutivo de que se trata no obstante que su conocimiento corresponde a una jurisdicción distinta, por tratarse de un asunto de trabajo.

En fallo de 19 de junio último la Corte estudió detenidamente el problema suscitado en un caso semejante, y a propósito de él dijo lo que en seguida se copia:

'Ha venido conociendo del juicio ejecutivo de primera instancia el Tribunal Superior de Ibagué, no obstante que se trata de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima; y ello merced al mandato expreso del artículo 123 de la Ley 167 de 1941, o Código de lo Contencioso Administrativo.

Empero como manifiestamente se trata aquí de un asunto de los atribuídos por su naturaleza misma (inciso 2º, artículo 58, Ley 6ª de 1945) a la jurisdicción del trabajo, se tiene que hay lugar a la aplicación del artículo 68 de la Ley 6ª de 1945, cuyo tenor literal es así:

"Los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del Trabajo, de que vengan conociendo los jueces ordinarios, pasarán en el estado en que se hallen, a los Tribunales del Trabajo tan pronto como éstos se organicen".

De otro lado el artículo 66 de la misma Ley 6ª de 1945 estatuyó que "el Presidente de la República procederá antes del 20 de julio de 1945, a designar los lugares en donde hayan de funcionar los Juzgados de Trabajo; a señalar su jurisdicción territorial, su personal subalterno, dotación y asignaciones de los Tribunales Seccionales y Corte Suprema del Trabajo (hoy Tribunal Supremo), y la jurisdicción de los primeros".

En armonía con esta autorización dictó el Presidente de la República el Decreto-Ley número 1745, de 19 de julio de 1945, que versa sobre organización de la jurisdicción del Trabajo.

De donde se sigue que, una vez dictado el Decreto-Ley al cual se acaba de hacer referencia, procedía dar cumplimiento al transcrito artículo

68 de la Ley 6ª de 1945, en el sentido de enviar los negocios respectivos de que venían conociendo los jueces ordinarios al conocimiento de los Tribunales del Trabajo.

Se presentaba sin embargo una dificultad acerca de los juicios sobre ejecución de fallos, juicios de que estuvieran conociendo los jueces ordinarios, pero correspondientes por su índole misma a la referida jurisdicción del Trabajo, tal como ocurre en el caso actual.

No obstante, el punto puede considerarse hoy suficientemente dilucidado en consulta absuelta por el señor Ministro del Trabajo según comunicación de 6 de mayo último, y en la cual, aparte de otras razones, se invoca el contenido del artículo 29 del Decreto-Ley número 1745 antes citado, disposición que es del siguiente tenor literal:

"A la Corte Suprema del Trabajo, a los Tribunales Seccionales y a los Juzgados del Trabajo corresponde exclusivamente, de modo regular y permanente, la potestad de aplicar las leyes en los juicios del trabajo; juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado".

En la consulta referida se hacen valer por el señor Ministro razones adicionales de carácter doctrinal acerca de que la jurisdicción de los Tribunales del Trabajo en calidad de jurisdicción plena, ha de implicar la facultad de ejecutar o hacer ejecutar los fallos respectivos, razones que unidas a la fundada en el contenido mismo de la disposición legal que acaba de ser transcrita, han llevado a la Corte a la convicción de que, no obstante tratarse aquí de un juicio ejecutivo, hay lugar a dar cumplimiento al artículo 68, antes reproducido en la presente providencia, de la Ley 6ª de 1945, la cual ordena en general que asuntos de la índole del actual sean enviados al conocimiento de los jueces del trabajo. Cumple observar ahora que, aunque esta Sala de la Corte en providencia de fecha 21 de marzo del presente año hubo de confirmar el auto ejecutivo, que ha servido de base a este juicio, tal hizo en lugar de declararse inhibida, para ello, por cuanto aún no había llegado a aceptarse que la ejecución de los fallos respectivos correspondiera a los Tribunales del Trabajo".

Con aplicación de los textos citados y de la anterior jurisprudencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia dispone remitir al Tribunal Supremo del Trabajo el presente negocio, solicitándole atentamente se sirva hacerlo llegar a la oficina que corresponda según la organización de la jurisdicción del Trabajo. Por oficio que contendrá las inserciones pertinentes comuníquese esta Resolución al Tribunal Superior de Ibagué.

Notifíquese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

RECURSO DE SUPLICA.—PRUEBAS CONSTANTES EN OTROS PROCESOS

Los casos a que aluden los artículos 553 y 837 del Código Judicial no deben elevarse a la categoría de norma general para el efecto de exigir la presencia del proceso original. De conformidad con el artículo 632 del C. J. se consideran como documentos auténticos los informes o certificaciones de funcionarios públicos en lo de su cargo, así como la copia de instrumentos originales. De otro lado, los artículos 361 y siguientes del mismo código establecen las maneras de aportar como pruebas los documentos o piezas inherentes a un proceso; por medio de copias o desgloses. En el caso de autos si las planillas y subcontratos se estiman como instrumentos oficiales y hacen parte de un expediente archivado, el camino para traer al debate esas pruebas lo indica el artículo 636 ibídem. No hay disposición que faculte al juzgador para disponer que se repela de un expediente determinado la pieza para llevarlo a otro. Esto porque en nuestro procedimiento los poderes de las partes como del Juez no son arbitrarios: ellos obedecen a normas precisas. Por lo que respecta a las fotografías puede decirse que éstas son documentos materiales que proyectan hacia el futuro un hecho presente, y los planos son la representación corpórea de lo que ha de ser o es una determinada obra. Tales instrumentos, que son en sí mismos fuente para valiosas apreciaciones, es preciso custodiarlos. Y sería contrario a los fines de esa guarda que esas piezas estuvieran pasando continuamente de una oficina a otra. Aun los mismos documentos privados literales pueden valer como una mera copia en los eventos de que habla el artículo 648 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto trece de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En el auto suplicado, que está fechado el 22 de mayo de este año, el señor Magistrado sustanciador, en el numeral 17, al decretar las pruebas dijo:

"Niégase lo solicitado en los puntos 3º, 4º, 6º y 7º del segundo memorial de pruebas del señor Procurador Delegado en lo Civil.

"Las actuaciones originales forman parte de los archivos respectivos y como tales no puede ordenarse su remisión de uno a otro lugar a medida que se soliciten".

Las peticiones se habían formulado así:

"Tercera. Que se libre un despacho, con los insertos necesarios, al señor Ministro de Higiene, para que, con las autenticaciones del caso, se sirva remitir a esa Honorable Corte, los planos correspondientes a la obra del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga, que sirvieron de base para la licitación en que fue adjudicado el contrato al ingeniero Timothy Britton.

"Cuarta. Que se libre un despacho, con insertos, al Ministro de Higiene, para que se remita a la Honorable Corte, debidamente autenticadas, las fotografías que posee el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, relacionadas con errores técnicos en que incurrió el ingeniero Timothy Britton en la construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga".

"Sexta. Que se libre un despacho al señor Ministro de Higiene para que se sirva remitir originales a esa Honorable Corte los subcontratos celebrados por el ingeniero Timothy Britton para la adquisición de materiales destinados a la construcción del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga.

"Séptima. Que se libre despacho al Ministerio de Higiene para que se sirva remitir a esa Honorable Corte, originales, las planillas de pagos hechos a los obreros, relacionadas con la obra del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga".

El señor Procurador, al sustentar la súplica, arguye que el pedimento sobre envío de tales piezas puede ordenarse con carácter devolutivo; que una negativa sólo se justificaría por parte del Ministerio, pero no por resolución del juzgador; que el procedimiento a que él se acoge no es una innovación, por cuanto la Corte ha solicitado remi-

sión de documentos originales, y para basar tal afirmación se produce de este modo:

"En los juicios ordinarios de petróleos es muy frecuente que la Honorable Corte pida, original, el expediente del juicio sumario que reposa en el Ministerio de Minas y Petróleos. Recientemente así lo hizo la Honorable Corte en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Galapa contra la Nación. En el juicio ordinario seguido por la Nación contra el señor Eufrasio Pulido y la Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A., esa Sala pidió al respectivo juzgado el envío del juicio posesorio que se ventiló entre los demandados, y aquel juzgado lo remitió original a la Honorable Corte. En el juicio ordinario seguido por Dominga Dávila v. de A. Correa contra la Nación, la Honorable Corte pidió al Ministerio de Obras Públicas el envío de varias fotografías originales, y así lo hizo el Ministerio. En el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Luis E. Díaz Agudelo y otros, la Honorable Corte pidió original al Ministerio de Correos y Telégrafos un documento existente en los archivos de ese Ministerio".

Considera la Sala:

En el caso de juicios ordinarios de petróleos se trataba de expedientes con íntima vinculación respecto de todo el problema controvertido, pues sabido es que el juicio sumario es la continuación de las diligencias levantadas administrativamente, y el ordinario es la revisión de aquel, de tal suerte que no era forzado estimar que todas las actuaciones podían quedar en un solo expediente.

Por lo que toca al negocio de Eufrasio Pulido, parece que versaba sobre un posesorio, cuyas actuaciones se pretendía anular en otro juicio. En ese supuesto se pensó, sin duda, que la nulidad del juicio podía adelantarse sobre el asunto primitivo.

Hay otros casos semejantes que autorizan el procedimiento practicado: cuando se va a ejecutar una sentencia, mediante las regulaciones del artículo 553 del C. J., que constituye un incidente, se debe exigir la presencia del proceso principal; cuando se va a revisar una pensión, para aumentar su cuantía, ocurre lo mismo. El artículo 837 del C. J. autoriza también y de modo expreso la secuela de un juicio "a continuación de lo actuado." Pero esta práctica excepcional no debe elevarse a la categoría de norma general.

De conformidad con el artículo 632 del C. J. se consideran como documentos auténticos los informes o certificados de funcionarios públicos en lo de su cargo, así como la copia de instrumentos originales.

De otro lado, los artículos 361 y siguientes del mismo código establecen las maneras de aportar como pruebas los documentos o piezas inherentes a un proceso: por medio de copias o desgloses.

Si las planillas y sub-contratos se estiman como instrumentos oficiales y hacen parte de un expediente archivado, el camino para traer al debate esas pruebas lo indica el artículo 136, ibídem. No hay disposición que faculte al juzgador para disponer que se repela de un expediente determinado la pieza para llevarlo a otro. Si la sección administrativa podía resolverlo así, voluntariamente, ¿por qué no se presentaron los documentos originales en la oportunidad legal?

En el procedimiento nuéstro los poderes de las partes como del Juéz no son arbitrarios: ellos obedecen a normas precisas.

Por lo que respecta a las fotografías, puede decirse que éstas son documentos materiales que proyectan hacia el futuro un hecho presente, y los planos son la representación corpórea de lo que ha de ser o es una determinada obra.

Tales instrumentos, que son en sí mismos fuente para valiosas apreciaciones, es preciso custodiarlos. Y sería contrario a los fines de esta guarda, que esas piezas estuviesen pasando continuamente de una oficina a otra. Aun los mismos documentos privados literales pueden valer como mera copia en los eventos de que habla el artículo 648 del C. J.

No puede negarse que hay algunas legislaciones en las cuales las facultades de dirección del juzgador son más amplias. Estas permiten al Tribunal, como ocurría en Alemania, por ejemplo, ordenar a las partes la presentación de los documentos en que funden sus pretensiones y se hallen en su poder, tales como árboles genealógicos, planos, fotografías, **ad effectum videndi**, y con carácter transitorio y devolutivo.

Fueron, quizá, estas modernas orientaciones las que determinaron a la Corte a pedir fotografías y documentos originales, como lo recuerda el Procurador.

Pero ahora la Sala, compelida por la súplica, tiene que fundar su decisión estrictamente en consonancia con las regulaciones legales. Es cierto que el suplicante no pidió **ab initio** que se orde-

nara en subsidio compulsar las copias, si se negaba disponer el envío de los originales; pero la Sala, procediendo con amplitud, justificada por los antecedentes que cita el señor Procurador, considera que al solicitarse la remisión de las piezas originales, implícitamente se pidió que por lo menos se aportasen las copias.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte mantiene el auto suplicado, con la reforma de que se libren los exhortos correspondientes, con los insertos del caso, al señor Ministro de Higiene para que envíe copia de las piezas solicitadas en los ordinales 3º, 4º, 6º y 7º del memorial segundo de pruebas del señor Procurador Delegado en lo Civil, si no tuviere obstáculos legales para ello.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La demanda es la pauta obligada del juicio y determina el contenido de la controversia que se inicia. De ahí que el abandono de sus lineamientos encarna el fenómeno de lo "ULTRA PETITUM" a que se refiere el artículo 471 del C. de Procedimiento, cuando prescribe que la sentencia debe estar en consonancia con la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Luis Alfredo García Bueno, en libelo de fecha 22 de febrero de 1945, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, para que se la declarara responsable de los perjuicios sufridos como consecuencia del siniestro automoviliario de que fue víctima el día 8 de octubre de 1943.

Como hechos básicos, relata los que seguidamente se sintetizan:

El día 8 de octubre de 1943, el camión militar marca "Thornton", conducido por el cabo del ejército nacional José Vicente Rubiano, se precipitó al abismo en el trayecto comprendido entre la ciudad de Bucaramanga y la población de Rionegro (S.), evitando la colisión con la volqueta portadora de la placa número 0048, de propiedad del Departamento de Santander, que venía en dirección contraria.

Como consecuencia del siniestro, el demandante sufrió graves heridas que precisaron su hospitalización y que, finalmente, le dejaron una incapacidad definitiva para trabajar. Las causas del accidente se concretan en imprudencia y omisiones por parte del conductor del vehículo señor Rubiano.

Corrido el traslado al señor Fiscal del Tribunal, éste solicitó, antes de entrar a contestar la demanda, se decretara la suspensión del juicio de acuerdo con lo preceptuado por el artículo II, inciso 2º, del C. de Procedimiento Penal. El Tribunal tramitó como excepción dilatoria la impetración del señor Agente del Ministerio Público y la consideró no probada, pronunciándose, finalmente, la Corte, por apelación interpuesta por aquel funcionario, en el sentido de que tal pedimento no era pertinente **in limine litis** y que, de consiguiente, la excepción resultaba improcedente.

Pendiente aún la resolución de la Corte sobre el incidente de que se ha hecho mención, la Fiscalía formuló su escrito de respuesta, negando los fundamentos del libelo y oponiéndose a las declaraciones demandadas.

El Tribunal, en providencia de 2 de julio del año próximo pasado, desató la controversia en los términos que seguidamente se reproducen:

"1º La Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales objetivos y subjetivos sufridos por el señor Luis Alfredo García Bueno en el accidente automoviliario ocurrido en las primeras horas del día ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en el sitio denominado "La Carpintería" de la carretera que de esta ciudad lleva a Rionegro, y en consecuencia se le condena a pagar al demandante la cantidad de cuatro mil quinientos cincuenta y dos pesos, veinte centavos ($ 4.552.20) moneda legal como perjuicios materiales y morales objetivados, más quinientos pesos ($ 500.00) en que fueron considerados los perjuicios morales subjetivos y ocasionados por igual concepto.

"Sin costas por ser demandada la Nación".

Contra esta decisión el apoderado del demandante interpuso la alzada y, a la vez, el sentenciador ordenó la consulta acatando el mandato del artículo 508 del Código Judicial.

Los motivos por los cuales disiente de tal proveído el señor apoderado del actor fueron consignados en escrito posterior y se reducen, en síntesis, a la estimación del Tribunal sobre perjuicios morales y al apartamiento que hace el sentenciador del experticio rendido por los doctores Mendoza y Ríos.

En la Corte el recurso se ha preparado con los

trámites de rigor y es llegado el momento de su decisión.

Se considera:

Del acervo probatorio se deduce, sin dificultad, que el día mencionado, 8 de octubre de 1943, el camión marca "Thornton", de placa oficial número 0075, perteneciente al Ejército Nacional, era conducido por el Cabo José Vicente Rubiano en los momentos del trágico suceso que originó esta controversia.

Igualmente resulta indubitable lo relativo a las lesiones sufridas por el demandante García Bueno y sus consiguientes perjuicios materiales y morales.

Por lo que respecta a las causas del accidente, el proceso penal delimitó la responsabilidad en forma que influye decisivamente en la controversia civil, cuyo juzgador debe acatarla obedeciendo los mandatos del artículo 29 del C. de Procedimiento Penal, que previene los conflictos jurisdiccionales.

Es verdad que la acción penal hubo de extinguirse por la muerte del sindicado Rubiano, pero tanto el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga como el Tribunal correspondiente se adentraron en el estudio de la responsabilidad, como puede verse en los párrafos que se copian a continuación, provenientes de la última entidad:

"Varios otros testigos presenciales se expresan en términos parecidos e iguales a lo que se ha dejado relatado y concuerdan en que el accidente fue determinado por la imprudencia del conductor, quien al decir de su compañero Teódulo Ortiz Delgado, quien era soldado, el sargento en la mañana de autos se hallaba embriagado y esto fue una de las causas de la falta de previsión de aquél.

"De las piezas puntualizadas hasta aquí, se ve sin mayor esfuerzo que toda la responsabilidad recae sobre el sargento José Vicente Rubiano. Sin embargo, la acción penal no puede proseguirse, porque, como ya se dijo, el sindicado se quitó la vida instantes después de la pavorosa tragedia y como ésta es la razón en que se fundó el Juez para proferir su decisión, se debe confirmar y ordenar cesar todo procedimiento criminal, puesto qué el artículo 100 del Código Penal dice que "la muerte del procesado extinguirá la acción penal." También es procedente el sobreseimiento definitivo con que fue amparado el chofer de la volqueta Alfonso Vargas, ya que se llega a la evidencia de su ninguna responsabilidad en el desgraciado accidente".

Todo el haz probatorio confluye, pues, a constatar que el trágico suceso obedeció a la imprudencia o negligencia del conductor Rubiano en el manejo del vehículo confiado a su cuidado.

De idéntico concepto es la Procuraduría, quien sintetiza así sus apreciaciones:

"En suma, cree este despacho que la parte actora ha demostrado la culpa de la parte demandada, la existencia de un perjuicio material y moral subjetivo y la íntima relación de causalidad entre aquella culpa y este perjuicio".

Queda, entonces, por determinar el monto de la indemnización, teniendo presente la documentación allegada por el interesado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil encuentra razonable lo concerniente al perjuicio moral subjetivo, fijado por el Tribunal en la cantidad de $ 500.00, pero con respecto a los perjuicios moral objetivado y material se pronuncia en los términos siguientes:

"No halla este Despacho prueba alguna relativa al perjuicio moral objetivado. De un lado está acreditado que el accidente causó fuerte depresión y abatimiento en el ánimo del demandante García Bueno; de otro está probado que, debido a las heridas que sufrió en el mismo siniestro, García Bueno ha dejado de percibir las sumas que habitualmente ganaba en sus negocios de compra y venta de productos agrícolas. Está, así, demostrada la existencia de un perjuicio moral subjetivo y de un perjuicio material. Pero no hay prueba alguna tendiente a demostrar que el choque psíquico sufrido por el demandante, o ese abatimiento o esa depresión o esa desadaptación que sobrevinieron a causa del siniestro de "La Carpintería" causara en el actor, como resultado o repercusión en el campo económico, ningún perjuicio patrimonial distinto del ya contemplado como perjuicio puramente material.

"Así, pues, en mi opinión, el H. Tribunal erró al condenar a la Nación a pagar al demandante el valor de un perjuicio moral objetivado cuya existencia misma no estaba demostrada en el informativo.

"Como el H. Tribunal consideró que en los cómputos hechos por los señores peritos había quedado comprendido tanto el valor del perjuicio material como el valor del daño moral objetivado, haciendo así, globalmente, el cálculo de todos

los perjuicios patrimoniales sufridos por el actor, sin tener en cuenta su origen (para clasificarlos como daño material o como moral objetivado), es preciso estudiar si la suma fijada por tales conceptos, como indemnización, se ajusta o no a la realidad procesal. Por tales conceptos, el H. Tribunal ordenó una indemnización por la suma de cuatro mil quinientos cincuenta y dos pesos con veinte centavos.

"La Procuraduría estima que la suma indicada es excesiva si se tiene en cuenta todas las pruebas existentes en los autos, por las siguientes razones:

"El H. Tribunal aceptó la suma fijada por los peritos como jornal devengado por el demandante antes del siniestro. Esa suma fue la de $ 2.50 diarios, suma de la cual deducen los peritos, y consiguientemente el H. Tribunal, la cantidad de cincuenta centavos "para gastos generales de su negocio", resultando así en definitiva un jornal diario líquido de dos pesos ($ 2.00) m. cte.

"Este cálculo está errado y se halla en clara contradicción con los hechos de la demanda y con la confesión en ésta por el propio demandante. En efecto, en el hecho octavo de la demanda, dijo el señor García Bueno: "Antes del siniestro en que recibí las lesiones descritas había estado dedicado, como dejo dicho, al negocio de compraventa de víveres entre los municipios de Rionegro (S.) y Bucaramanga, **negocio éste que me obligaba a moverme con mucha frecuencia de una a otra parte y en el cual obtenía un promedio de utilidades mensuales de treinta pesos ($ 30.00) que eran suficientes para mi sostenimiento"** (fl. 3, C. Nº 1).

"Esta declaración constituye una confesión de la parte demandante acerca de las utilidades obtenidas por García Bueno en sus negocios antes del accidente. Además, bien sabido es que la litis se traba sobre los hechos precisos indicados en la demanda. La litis, en consecuencia, se trabó sobre la base de que el actor estimaba haber tenido una utilidad, en promedio, con sus negocios antes del siniestro de un peso diario. Su propia confesión, sobre este punto, es, me parece, definitiva.

"Por tanto, todos los cálculos hechos por los peritos y por el Tribunal caen por su base misma, pues ellos principian aceptando una utilidad líquida de dos pesos diarios, lo que resulta en pugna con la demanda.

"Por otro lado, los peritos y el Tribunal llegaron a la conclusión de que García Bueno obtenía, en promedio, una utilidad líquida de dos pesos diarios, fundados en lo que exponen, sobre el particular, varios testigos. Sin embargo, el dicho de tales testigos está mal interpretado y de sus declaraciones no puede deducirse que el demandante obtuviera la utilidad indicada por los peritos y el Tribunal. En efecto:

"Dice el declarante Ricardo Triana Ardila que el demandante García Bueno tenía **"un jornal que variaba entre dos y tres pesos diarios, mínimum que era indispensable para atender al movimiento del negocio, a la subsistencia, transportes y fletes..."** (Fl. 7, C. Nº 2).

"El testigo Manuel Nieto concuerda con lo dicho por Triana Ardila al afirmar que el demandante tenía "un jornal de tres pesos diarios; por las ventas que a mí me hacía y por las que yo veía que hacía a otros comerciantes deduzco que ese es el promedio del jornal diario del mencionado García Bueno y también dejo constancia que él siempre mantenía el dinero necesario para el sostenimiento de su negocio." (Fl. 29, C. Nº 2).

'El señor Gregorio Rangel dice que García Bueno obtenía considerables utilidades en sus negocios, "sumas que en promedio, no calculo en cantidad menor de tres pesos diarios, **mínimum indispensable para atender al movimiento de su negocio.**" (Fl. 31 v., C. Nº 2).

'En igual sentido declaran los señores Ricardo Triana Acevedo (f. 33 v., C. Nº 2) y Pedro Alba (f. 42 v., C. Nº 2).

"De este conjunto armónico y preciso de declaraciones se desprende, con toda claridad, que el señor García Bueno obtenía utilidades **brutas** de dos a tres pesos diarios, suma que le era indispensable para atender a su sostenimiento, al movimiento de su negocio, al pago de transportes y fletes y demás gastos anexos a la venta de víveres entre dos municipios. De ahí puede concluírse, efectivamente, que el demandante tenía un jornal de dos pesos con cincuenta centavos diarios, pero jornal que no venía, así, a representar una utilidad líquida a favor de García Bueno sino apenas la suma diaria que recogía y con parte de la cual debía atender, entre otras cosas, al movimiento de su negocio.

"Así se llega a la conclusión de que García Bueno obtenía en total dos pesos y medio diarios. Deduciendo de esta suma —lo que parece aceptable— un peso con cincuenta centavos para aten-

der al movimiento del negocio, incluyendo la compra de nuevos productos agrícolas, el transporte, etc., se obtiene el resultado de que García Bueno tenía un jornal líquido de un peso diario, lo que concuerda exactamente con la confesión hecha por el propio demandante en la demanda (hecho octavo).

"Fundado en lo que dejo expuesto, atentamente solicito que esa H. Corte **revoque** la sentencia consultada y, en su lugar, dicte el fallo en que absuelva a la Nación por concepto de perjuicios morales objetivados y reduzca el monto de la indemnización correspondiente al perjuicio material teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden." (Lo subrayado es del señor Procurador).

La sentencia del Tribunal acogió los razonamientos expuestos en la peritación, pero se apartó en lo relativo al monto de la indemnización "por cuanto al hacer los cómputos respectivos incurre en algunos errores que es necesario rectificar".

Al efecto prosigue así el **a quo:**

"Es claro que durante los días que permaneció recluído en el hospital dejó de producir dos pesos diarios y que por tanto la suma de ciento ochenta y seis pesos ($ 186.00) no merece objeción por cuanto en esos días no pudo producir nada por razón de las lesiones recibidas, pero no está de acuerdo el Tribunal en que la cantidad que debe pagársele como lucro cesante consumado, esto es, mensualidades vencidas, una vez que salió de allí, no estén sujetos al descuento del porcientaje adoptado como disminución de su capacidad productiva, por cuanto que si es cierto que los testigos dicen que no ha podido producir nada y que ha quedado reducido a la indigencia, lo cierto es que estas circunstancias fueron tomadas en cuenta por los peritos para adoptar ese porcientaje de disminución en la capacidad de trabajo y en último término de ello no es responsable el demandado, de suerte que por 29 mensualidades que han transcurrido desde el 29 de enero de 1944, día en que salió del hospital, hasta el 29 de junio del presente año, la suma que le corresponde será de $ 870.00, o sea lo que resulta de multiplicar estas mensualidades por $ 30.00 que es el 60% del sueldo o salario devengado en un mes.

"Por lo que hace referencia a las mensualidades vencidas, se tiene que como desde la fecha del dictamen en que fue considerada la vida probable del ofendido en quince años hasta hoy, van transcurridos siete meses, su vida probable será hoy de 14 años, 5 meses, en números redondos y aplicando las tablas resulta que para pagar en catorce años un peso ($.1.00) anual, ha de entregarse $ 9-295 y para trescientos sesenta pesos ($ 360.00), será la resultante de multiplicar estas dos últimas cifras, es decir, tres mil trescientos cuarenta y seis pesos, veinte centavos ($ 3.346.20), a lo cual han de agregarse ciento cincuenta pesos ($ 150.00) valor de cinco mensualidades y tenemos así tres mil cuatrocientos noventa y seis pesos con veinte centavos ($ 3.496.20) monto de la suma de dinero que debe entregarse por concepto de mensualidades futuras.

"Sumando todas las partidas hasta ahora deducidas, se obtiene un total de cuatro mil quinientos cincuenta y dos pesos, veinte centavos..... monto total de la indemnización".

Se considera:

La demanda es la pauta oblígada del juicio y determina el contenido de la controversia que se inicia. De ahí que el abandono de sus lineamientos encarna el fenómeno de la **"ultra petitum"** a que se refiere el artículo 471 del C. de Procedimiento, cuando prescribe que la sentencia debe estar en consonancia con la demanda.

Es evidente, como lo anota el señor Procurador, que en el negocio que se revisa el hecho octavo del libelo entraña una limitación a la cuantía del perjuicio que no puede desatenderse. Sobre esa base se trabó la relación procesal.

Dice así la parte pertinente de la demanda:

"Antes del siniestro en que recibí las lesiones descritas había estado dedicado, como dejo dicho, al negocio de compraventa de víveres entre los municipios de Rionegro (S.) y Bucaramanga, negocio éste que me obligaba a moverme con mucha frecuencia de una a otra parte y en el cual obtenía un promedio de utilidades mensuales de treinta pesos ($ 30.00) que eran suficientes para mi sostenimiento".

Desde este punto de vista, la sentencia recurrida y la peritación rendida por los abogados doctores Aquileo Mendoza y Ciro Ríos Nieto falsean por uno de sus más grandes soportes.

Además, al partir el dictamen pericial de una base de disminución de la capacidad productiva de un 60%, lo que prohija igualmente el Tribunal, entra en flagrante contradicción con el experticio médico que indica solamente un 25 % como máxima disminución de la aludida capaci-

dad. Son estos últimos los que con más acierto poseen los medios y conocimientos para una adecuada apreciación y de ahí que la justicia acuda a sus luces y experiencia cuando las circunstancias lo requieran. Por ello, las extensas consideraciones de los señores abogados encaminadas a justificar sus opiniones al respecto, no serán tenidas en cuenta.

Todo lo precedentemente expuesto conduce ineludiblemente a la revocatoria de la sentencia. Sin embargo, del expediente fluyen datos que permiten la estimación del monto de los perjuicios sin que sea preciso remitir la consideración de su cuantía al incidente del artículo 553 del C. J.

En efecto:

Se parte de las siguientes bases que sirven para concretar en una cantidad líquida los perjuicios sufridos por el actor:

A) Edad del demandante. Según la correspondiente partida de origen eclesiástico, al mes de nacido, García Bueno fue bautizado en la población de Matanza el 5 de noviembre de 1894.

B) Disminución de su capacidad productiva en un 25%, conforme al dictamen de la Oficina Médico Legal de Bucaramanga, visible al folio 30 del cuaderno número 2.

C) Jornal líquido de un peso ($ 1.00) diario, de acuerdo con la demanda, lo que fluye, igualmente, de las declaraciones que analizó el señor Procurador Delegado en lo Civil.

D) Supervivencia probable del señor García Bueno. A este respecto obran en el expediente una certificación emergente del Gerente de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida y el examen practicado por el Jefe de la Oficina Médico Legal antecitada (fs. 43 ibídem). Aquella entidad indica como vida probable, para una persona de 51 años, conforme a las Tablas de Mortalidad, 18, y éste anota 15 únicamente.

Parece lo más indicado aceptar el reconocimiento del médico legista, pues fue hecho en la persona del solicitante y se encuentra, por tanto, menos expuesto a erróneas interpretaciones.

E) Además, se acepta como tiempo de permanencia en el hospital el comprendido entre el día del accidente —8 de octubre de 1943— y el 29 de enero de 1944, dato éste que suministra el reconocimiento médico practicado por el doctor Jesús A. González (fs. 22, C. de pruebas), y que han acogido tanto el Tribunal como los peritos.

Con estos antecedentes se procede a la liquidación correspondiente en esta forma:

1º Desde el día del accidente hasta que salió del hospital, un lucro cesante total;

2º Desde esta última fecha hasta el momento de proferir este fallo, con un lucro cesante circunscrito a la disminución de la capacidad productiva; y

3º Como perjuicios futuros, desde la prolación de esta providencia hasta completar la supervivencia probable correspondiente, con un lucro cesante igualmente limitado por la reducción de la capacidad productiva del actor.

Con relación al primer sumando del monto de la indemnización que debe corresponder al demandante García Bueno, se tiene que median 111 días, esto es, desde el 8 de octubre de 1943 hasta el 29 de enero de 1944, a los que corresponde $ 111.00, a razón de un peso diario.

Del 29 de enero de 1944 al 14 de agosto del corriente año, da un total de 1.291 días, como equivalentes a 3 años, 6 meses y 16 días, que traducidos en dinero a razón de un peso diario, deducido el 75% que no es indemnizable por constituír su actual capacidad para el trabajo, arroja una cantidad de $ 322.75, que viene a formar el segundo sumando de la indemnización para García Bueno.

El daño futuro se deducirá teniendo en cuenta una supervivencia de 15 años. A partir del examen médico legal practicado el 6 de noviembre de 1945 hasta el 14 de agosto de 1947, van corridos 1 año, 9 meses, 8 días. Quedan faltando así 13 años, 2 meses, 22 días, o por aproximación 13 años, según práctica establecida por la Corte.

Siendo ésta la supervivencia, por cada peso deben consignarse 8-353. Como García dejaba de ganar $ 91.25 por año según la incapacidad, multiplicando esta cantidad por 8-353 da como producto 762,21.

Totalizando las cantidades obtenidas se tiene:

111 más 322,75 más 162,21 igual 1.195,96, valor de los perjuicios materiales.

La estimación hecha por el Tribunal respecto de los perjuicios morales subjetivos en la suma de $ 500.00 es equitativa.

Respecto a los perjuicios morales objetivados, no hay dato en el expediente que demuestre su existencia.

En virtud de lo relacionado, la Sala de Nego-

cios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida en cuanto ordena pagar la suma de quinientos pesos ($ 500.00) m. cte. por concepto de perjuicios morales subjetivos y la REVOCA en todo lo demás para resolver:

1º La Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales subjetivos irrogados al señor Luis Alfredo García Bueno en el accidente automoviliario de que fue víctima en las primeras horas del día ocho de octubre del año de 1943 en el sitio denominado "La Carpintería", en la carretera que de Rionegro conduce a Bucaramanga.

2º Condénase a la Nación a pagar al demandante García Bueno la cantidad de mil ciento noventa y cinco pesos, noventa y seis centavos por concepto de perjuicios materiales.

3º Absuélvese a la Nación en relación con los perjuicios morales objetivados.

Dése cumplimiento al artículo 554 del C. J.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE AVIACION

El accidente a que el juicio se refiere ocurrió por falta de gasolina, lo que determina una culpa bastante para deducir la responsabilidad civil.

En el caso de autos la Sala acoge el siguiente concepto del señor Procurador sobre recompensas hechas a la víctima del accidente: "El pago hecho en virtud de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado podría estimarse como una recompensa indemnizatoria o como un seguro de vida. En el primer caso, es claro que el valor de esa indemnización decretada administrativamente tiene que imputarse al monto total de la indemnización que llegare a decretar la justicia ordinaria, pues de lo contrario los demandantes recibirían una doble indemnización por concepto del mismo perjuicio. Y la misma imputación habría que hacer al considerar el pago administrativo como el pago de un seguro de vida".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Juan Bautista Neira, en nombre de Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, demandó a la Nación para que se la declarase civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a sus poderdantes, a consecuencia de la muerte trágica del doctor Rafael Rodríguez, y para que aquella entidad fuera condenada a pagarles el valor de tales perjuicios, según la tasación pericial que de ellos se haga, bien en este juicio o en el incidente respectivo de liquidación.

Los fundamentos de hecho de la demanda pueden sintetizarse así: Que los actores son padres legítimos de la víctima, doctor Rafael Rodríguez; que éste, como profesional graduado en odontología, fue llamado a la Sanidad del Ministerio de Guerra, donde prestó sus servicios hasta el 27 de agosto de 1941; que figuró como pasajero del avión Ford número 644, en el viaje del 25 de agosto del año mencionado, ida y regreso de Tres Esquinas a Leticia; que el 27 de agosto de 1941 pereció al incendiarse el avión; que devengaba al morir, $ 142.51 mensuales, y que el siniestro ocurrido por culpa del Estado colombiano, causó a los demandantes perjuicios, pues el doctor Rodríguez atendía a las congruas necesidades de sus padres.

La personería sustantiva o sea el interés legítimo de los actores está acreditada con las partidas de origen eclesiástico, en que constan el matrimonio de éstos y el nacimiento del doctor Rodríguez.

El señor Fiscal del Tribunal de Bogotá, al contestar la demanda, negó el hecho 9º manifestando que no le constaba la verdad de los demás y, en consecuencia, se opuso a las pretensiones del libelo, porque "el demandante no ha presentado las pruebas conducentes para la demostración de los hechos esenciales de la demanda".

Agotados los ritos procesales, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, falló así:

"1º Declárase que la Nación colombiana es responsable civilmente de la muerte trágica del doctor Rafael Rodríguez Rocha, acaecida en el siniestro aéreo sucedido el día 27 de agosto de 1941, en el Trimotor Ford 644, en viaje de regreso de Leticia a Tres Esquinas, y consecuencialmente es responsable de los perjuicios morales subjetivos que por razón de esa muerte se han derivado para los señores Antonio María Rodríguez Méndez y Rosa Rocha de Rodríguez, en calidad de padres legítimos de aquél.

"2º Condénase a la Nación colombiana, consecuencialmente a la declaración anterior, a pagar a los expresados demandantes Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, padres legítimos del doctor Rodríguez Rocha, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la suma de cuatro mil pesos, para ambos, como monto total, por concepto de perjuicios morales subjetivos, cuyo pago se hará cuando se demuestre en qué sentido se ha fallado por el Consejo de Estado la demanda que por pensión se ha incoado allí por los mismos actores y por la mis-

ma causa, a fin de que se descuente lo que el Tesoro Nacional haya pagado, pague o tenga que pagar como resultado de ese juicio y de conformidad con la parte motiva que antecede.

"3º Niéganse las súplicas de la demanda en lo relativo al pago de perjuicios materiales y de perjuicios morales objetivados, y, en consecuencia, absuélvese a la Nación colombiana por concepto de tales perjuicios.

"No es el caso de resolver nada en relación con costas".

La sentencia fue apelada por ambas partes; y como ya se agotaron las formalidades de esta segunda instancia, ha llegado el momento de decidir.

Con certificación, legible al folio 10 del cuaderno 1º, emanada de la Dirección General de Aviación, se comprobó que el doctor Rodríguez figuraba como pasajero del avión Ford número 644, en el viaje trágico.

Al folio 8 del cuaderno de pruebas del actor en primera instancia, hay un informe oficial en que se dice cómo el vuelo de que se trata se verificó por orden de la Dirección de operaciones de la Aviación, y que lo piloteaba el mayor Alvaro Almeida.

En el informe (f. 10 del cuaderno de pruebas del actor) rendido por el oficial técnico, en relación con la inspección hecha en los restos del trimotor, se lee:

"El trimotor Ford número 644 se encuentra con una orientación, o mejor un rumbo de 300 grados y en posición invertida. El primer choque lo sufrió el plano izquierdo contra un árbol bastante alto, lo cual ocasionó la invertida de la máquina, ya que el plano derecho no encontró resistencia alguna en ese momento. Una vez la máquina invertida continuó su descenso... El motor central se estrelló contra dicho árbol a una altura del suelo de un metro, arrancándolo de raíz y quedando la máquina, ya quieta en tierra, formando con el empuje un ángulo de 75 grados. Este golpe contra el motor central fue la causa de la muerte de la mayoría del personal, ya que éste quedó más o menos a la altura de la cabina de pilotos, recogiendo por la inercia toda la tripulación, pasajeros y elementos, hacia dicho punto, lugar en que hoy se encuentran. Los cadáveres amontonados en el lugar antes citado se encuentran en putrefacción de las partes que no fueron incineradas por el incendio...".

Consta también en informe de origen oficial que entre los muertos estaba el odontólogo doctor Rafael Rodríguez.

Tal circunstancia esencial en el libelo es un hecho que está plenamente respaldado con la probanza antedicha, sin que sea indispensable aducir partida de defunción.

El empleo que desempeñaba el doctor Rodríguez se acreditó con el decreto de nombramiento, y el ejercicio de su cargo hace innecesaria la copia de la posesión.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, por su parte, se expresa así:

"Previo estudio del acervo probatorio traído al expediente, este Despacho encuentra probado que se produjo el accidente de que se trata; que el avión Ford 664 era de la Nación y que lo conducían empleados nacionales al estrellarse; que en aquel accidente perdió la vida el doctor Rodríguez Rocha; que el doctor Rodríguez Rocha desempeñaba funciones de odontólogo en la Base Aérea de Tres Esquinas, y que los demandantes son sus padres legítimos".

En este negocio no es preciso estudiar el delicado problema de la presunción de culpa en los transportes aéreos y la exoneración de ésta sólo por obra de la fuerza mayor o caso fortuito, intervención de terceros o culpa de la víctima, teniendo en consideración los imprevisibles y múltiples riesgos del aire.

El viajero que sube a la aeronave acepta a su cargo todos estos riesgos, libertando así de la responsabilidad al transportador? ¿Le bastaría a éste, para eximirse de responsabilidad, demostrar que procedió con prudencia o diligencia suficientes para evitar cualquier funesto acontecimiento?

Cuestiones de tanta envergadura fueron analizadas por la Sala de Casación Civil en la sentencia de 15 de mayo de 1946.

El accidente a que este juicio se contrae ocurrió por falta de gasolina, lo que determina una culpa bastante para deducir la responsabilidad civil. Así se deduce de informes oficiales y técnicos en los que se dice:

"Las causas que motivaron el accidente, según los resultados de las investigaciones hechas" consistieron en la falta de gasolina.

En otros fallos relativos al mismo suceso ocurrido en el avión 644, en el mismo vuelo, esta falta se estimó como suficiente para basamentar la culpa en que se fundamentó la responsabilidad.

Perjuicios

Los hechos preanotados configuran una responsabilidad extracontractual, pues no hubo realmente un vínculo convencional, ya que el doctor Rodríguez viajaba como empleado de la Base Aérea.

Los perjuicios morales que fluyen del lazo de parentesco entre la víctima y los actores, fueron estimados por el Tribunal **a quo** en $ 4.000.00 para ambos, es decir, en $ 2.000.00 para cada uno, en consonancia con el artículo 95 del C. Penal. Y en este sentido se aclarará esta parte del fallo.

Sobre perjuicios morales objetivados no hay en el libelo hecho alguno en que se fundamenten. Además, sobre esta cuestión no hay en el proceso prueba alguna.

En cuanto a perjuicios materiales, el Tribunal hace este análisis:

"Y respecto a que atendía en forma congrua a los alimentos de sus padres, asevera (refiriéndose al testigo José A. González Méndez) que esto sucedía, pero no expresó el testigo la cantidad de dinero determinada que les pasara.

"El testigo Gonzalo Ramírez Mantilla adolece del mismo defecto en cuanto se refiere al hecho que se quiso acreditar de lo que produjera el odontólogo en su profesión; y es más deficiente que la declaración anterior de González Mández, porque no expresó los años o el tiempo en que hubiera visto los hechos sobre que declaró; y respecto al sustento de sus padres con que subviniera, dijo que jamás vio "que Rafael diera dinero a su familia, yo siempre juzgaba que él era quien la sostenía".

"El testigo Antonio González Pardo manifestó que conoció por el espacio de ocho años a Rodríguez Rocha, pero no dijo cuáles y respecto a las entradas profesionales, dijo que no solamente ejercía su profesión "sino que se dedicaba a otras actividades comerciales" y que "era un sujeto que fácilmente podía producir mes por mes, más de $ 250 mensuales"; y que el odontólogo le decía "que pasaba todo lo necesario para la subvención de su familia, padre y madre, pero personalmente no me consta cuánto dinero les pasaba. No me consta qué suma de dinero pasara el doctor Rodríguez a su familia, pero sí me consta, como antes lo dije, que el mismo Rodríguez y el padre de él me dijeron que Rodríguez pasaba lo necesario para el sostenimiento del hogar".

"De suerte que de los tres testimonios anteriorse no se puede desprender que les constara a los testigos lo que efectivamente hiciera Rodríguez en su profesión, ni que pasara determinada suma a sus padres como pensión alimenticia. Todos tres testimonios fallan en orden a acreditar dichas dos circunstancias, porque habría sido necesario además, en el supuesto de que fueran eficientes o eficaces para probarlo, que se hubiera allegado la prueba colateral de que los padres carecían de bienes propios, de profesión y que eran ineptos para trabajar y para producir".

En esta segunda instancia se han aducido otros testimonios en la forma que seguidamente va a verse:

Jesús Alfredo Montealegre declaró así: "Me consta haber conocido la familia Rodríguez desde el año de 1939; por el trato íntimo que tenía con esa familia, percibí cómo vivían en un estado de pobreza bastante precaria... Conocí por trato personal y directo al señor doctor Rodríguez Rocha. En repetidas ocasiones fui en compañía de su hermano Gilberto Rodríguez Rocha a su gabinete dental a solicitar sumas de dinero para llevar a la casa y cuando se fue al Caquetá vi los giros que mandaba para pagar el sustento de la casa. Periódicamente mandaba una cantidad no menor a $ 150.00".

El señor Luis A. Bolaño declaró sobre la pobreza de la familia Rodríguez y dijo que el doctor Rodríguez giraba a ésta, mes por mes, religiosamente la suma de $ 150.00.

El señor Procurador contrainterrogó a este testigo para que explicara cómo era posible que Rodríguez hiciera giros por $ 150.00, cuando sólo ganaba $ 142.50. A ello contestó así el deponente:

"El doctor Rodríguez Rocha ha podido tener otras entradas particulares..., los giros que hacía el doctor Rodríguez Rocha a sus familiares no los vi, pero como yo frecuentaba visitar a la población de Facatativá, en las distintas ocasiones que me veía con la familia Rodríguez Rocha, ellos me decían y decían también a sus amigos, ahí en Facatativá, que su hijo era muy bondadoso con ellos, porque les giraba la suma de $ 150.00 mensuales".

Virgilio Martínez Marroquín, después de aseverar que era el doctor Rodríguez quien mantenía a sus padres, calcula, dadas las circunstancias en que éstos vivían, que "el suministro mínimo era de ciento cincuenta pesos mensuales..."

Con estas pruebas no se ha demostrado plenamente cuál era el **quantum** de la ayuda económica que Rodríguez prestaba a sus padres, cuya pobreza está también acreditada por las declaraciones ameritadas. Todo ello indica que la condenación se ha de hacer **in genere** para que en el incidente de ejecución del fallo se fije el guarismo concreto de la indemnización.

Se ignora también cuál sería la vida probable de la víctima y de sus padres.

Bases

Para concretar la indemnización material deben tenerse en cuenta estas bases:

1º El sueldo de $ 150.00 que ganaba mensualmente el odontólogo Rodríguez. 2º La cantidad que racionalmente debía reservar él para sus gastos y necesidades personales. 3º La suma que en consideración a su sueldo, deducida la cantidad a que se refiere el ordinal anterior, podría haber mandado a sus padres como pensión alimenticia. 4º Establecer la vida probable del doctor Rodríguez como la de sus padres, para considerar la cuantía del perjuicio en función de la supervivencia que sea menor entre la víctima y sus padres.

Deducción de una recompensa

Consta en los autos, en esta segunda instancia, que el Consejo de Estado reconoció a favor de los señores Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez una recompensa unitaria de $ 3.420 m. cte., con base en el artículo 13 de la Ley 75 de 1925.

La sentencia del Consejo de Estado dice que "reconoce a favor de los señores Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, vecinos de Bogotá, una recompensa unitaria por valor de tres mil cuatrocientos veinte pesos ($ 3.420.00) moneda legal y corriente, pagaderos por el Tesoro Nacional como únicos herederos de su hijo el Teniente Rafael Rodríguez Rocha, quien pereció al servicio del Ejército, como odontólogo en la base aérea de Tres Esquinas".

La parte actora se opone a que se deduzca del monto de la indemnización esta recompensa. Esta pretensión la impugna victoriosamente el señor Procurador Delegado en lo Civil, en los siguientes razonamientos:

"Considera la Procuraduría, en primer lugar, que de acuerdo con el artículo 13 de la ley 75 de 1925, si el reconocimiento se reduce únicamente a la devolución de las primas que se hayan descontado al oficial de su propio sueldo, ello no influye en la indemnización que pudiera decretarse por la justicia ordinaria, porque tales reconocimientos no pueden considerarse como indemnizaciones decretadas por razón de una misma causa. Pero si el Tribunal Administrativo decreta un reconocimiento que, como en el caso presente, no se refiere exclusivamente a la devolución de las primas, se trata simplemente de una recompensa indemnizatoria o de una indemnización que sería incompatible con cualquiera otro reconocimiento indemnizatorio por la misma causa.

"En efecto: la suma de $ 3.420 decretada como recompensa por el Consejo de Estado, corresponde al monto total del sueldo asignado al doctor Rodríguez Rocha durante dos años. Pero en dicho reconocimiento para nada se tuvieron en cuenta las primas a que se refiere el artículo 13 de la ley 75 de 1925.

"Es claro que la parte actora puede reclamar de la justicia ordinaria el reconocimiento de una indemnización por los perjuicios culposamente causados, pero si se ha verificado un pago administrativo, como en este caso, se estaría en el caso jurídicamente inaceptable de dos indemnizaciones decretadas por una misma causa a favor de los mismos demandantes. En consecuencia, conceptúa la Procuraduría, de acuerdo con lo dispuesto en el fallo apelado, que debe imputarse a la indemnización que decrete esa H. Corte, la suma reconocida ya por el Consejo de Estado a favor de los demandantes.

"El pago hecho en virtud de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado podría estimarse como una recompensa indemnizatoria o como un seguro de vida. En el primer caso, es claro que el valor de esa indemnización decretada administrativamente tiene que imputarse al monto total de la indemnización que llegare a decretar la justicia ordinaria, pues de lo contrario los demandantes recibirían una doble indemnización por concepto del mismo perjuicio. Y la misma imputación habría que hacer al considerar el pago administrativo como el pago de un seguro de vida. En efecto, esa H. Corte ha dicho: "El seguro de vida, establecido por la ley 44 de 1939, artículo 1º, como lo ha expresado la Corte en repetidas oportunidades no limita la acción indemnizatoria de perjuicios consagrada en el artículo 2341 del

C. C.; sólo que si ésta última prospera, y el seguro se ha pagado, debe descontarse el valor de éste de la suma a que se concrete la condena civil común". (G. J. T. LV, números 1998 y 1999, pág. 767)".

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia recurrida y, en su lugar, decide:

1º Declárase que la Nación colombiana es responsable civilmente de los perjuicios morales subjetivos y materiales causados a Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez por la muerte del doctor Rafael Rodríguez Rocha, ocurrida en el siniestro aéreo que sucedió el veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, cuando el Trimotor Ford número 644 hacía un vuelo de Leticia a Tres Esquinas.

2º Condénase a la Nación colombiana a pagar a los expresados demandantes Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) m. cte., a cada uno de ellos, en concepto de perjuicios morales subjetivos.

3º Condénase a la misma entidad a pagar a los actores los perjuicios materiales, cuya cuantía se fijará por el procedimiento del artículo 553 del C. J. y según las bases indicadas en este fallo.

4º Absuélvese a la Nación de todos los demás cargos formulados en la demanda.

Parágrafo. De la indemnización se deducirán los tres mil cuatrocientos veinte pesos ($ 3.420) a que se refiere la recompensa decretada por el Consejo de Estado.

Publíquese, notifíquese, cópiese, y dése cumplimiento al artículo 554 del C. J.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE FERROVIARIO

1.—Ha sido doctrina reiterada de la Corte la de que "la involucración de la doble responsabilidad—contractual y la generada por el delito— es un procedimiento que ni la ley ni la doctrina autorizan, pues de lo contrario se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio".

También ha sido doctrina constante de la Corte la de que las entidades de derecho público —Nación, Departamentos y Municipios y demás— son responsables por los actos de sus agentes, bien se haga derivar esta noción del contenido y extensión de la culpa IN ELIGENDO o IN VIGILANDO, al través de presunciones de culpabilidad, ora provenga del deber emergente de indemnizar a causa del inadecuado funcionamiento de los servicios públicos. Esto por lo que respecta a la responsabilidad aquiliana, pues con relación a una determinada obligación contractual el aforismo latino "CONTRACTUS LEGEM EX CONVENTIONE ACCIPIUNT" cobra su pleno imperio.

2.—Anexas al contrato de transporte, o más exactamente como derivaciones de él, ha creado la jurisprudencia las llamadas obligaciones de seguridad, en virtud de las cuales, ajustado el contrato surgen a cargo del porteador imposiciones que se traducen en llevar a su destino la persona u objeto transportado conduciéndolos sanos y salvos o carentes de averías, etc., en su caso, mediante el empleo de la diligencia, cuidado y pericia indispensables para el logro de este fin. De ahí que el Código de Comercio (artículo 306), extienda la responsabilidad del porteador hasta la culpa leve, esto es, hasta la esmerada diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

En las primeras horas de la mañana del día 4 de agosto de 1941 la señora Betsabé Moncada de Pérez, provista del tiquete correspondiente para trasladarse de la vecina población de Envigado a la ciudad de Medellín, en el Departamento de Antioquia, se aprestó a tomar el tren que debía conducirla al lugar últimamente mencionado.

En el momento de realizar este acto, el convoy se puso en movimiento y la aludida señora perdió el equilibrio precipitándose bajo las ruedas de uno de los coches, resultando de ello que le fue cercenada la pierna izquierda.

Con base en estos antecedentes el doctor Luis Arcila Ramírez, mandatario judicial de la damnificada, promovió juicio ordinario contra el Departamento de Antioquia, en su carácter de propietario del Ferrocarril del mismo nombre, solicitando las siguientes declaraciones:

"1º Que el Departamento de Antioquia, como propietario que es de la empresa de transporte denominada **Ferrocarril de Antioquia**, es responsable y por consiguiente debe pagar todos los perjuicios que ocasionó a mi poderdante, con motivo de lo ocurrido el 4 de agosto de 1941 en la estación Envigado, línea del Ferrocarril del Cauca, al arrojarla debajo de los carros, mediante un sacudón muy fuerte ocasionado por el maquinista y su ayudante que dio como resultado la pérdida de su pierna izquierda;

"2º Que el Departamento de Antioquia como dueño y empresario del Ferrocarril de Antioquia debe pagar a mi expresada poderdante, dentro del término que le sea fijado, la suma de doce mil pesos m. l. ($ 12.000.00) o la que fijen peritos durante este juicio, como valor de los perjuicios materiales sufridos por la citada señora por la pérdida de su pierna izquierda y por otras lesiones ocasionadas por el mentado accidente del 4 de agosto del año citado, acaecido en la estación de Envigado y de que se ha hablado ya lo suficiente;

"3º Que el Departamento de Antioquia debe pagar a mi expresada mandante la suma de cinco mil pesos m. l. ($ 5.000.00) como reparación de los perjuicios morales que le ha ocasionado por

la pérdida de su pierna izquierda, de que es responsable aquél, según lo hemos visto en el curso de esta demanda. Para la apreciación de los perjuicios demandados en este pedimento, en caso de que el demandado no los acepte, me someto a la apreciación de peritos que avalúen durante el término probatorio de este juicio".

En derecho, deriva responsabilidad contractual de los artículos 63, 1602 y ss. del C. Civil y 263, 266, 272, 306, 318 del C. de Comercio; y subsidiariamente invoca la extracontractual con fundamento en los artículos 2341, 2342, 2343, 2347, 2356, 2359, 1604 y 1494 del Código primeramente mencionado.

El negocio fue sometido a los trámites inherentes a la primera instancia, y el Tribunal Superior de Medellín, en providencia de 14 de febrero de 1945, decidió así la controversia:

"1º El departamento de Antioquia, como dueño de la empresa Ferrocarril de Antioquia, está en la obligación de pagar a Betsabé Moncada de Pérez los perjuicios materiales que ésta sufrió a causa del accidente ocurrido en la estación Envigado el día 4 de agosto de 1941, en las horas de la mañana. Del monto del avalúo de estos perjuicios se deducirá una cuarta parte por haber concurrido culpa de la víctima.

"La fijación de los peritos se hará conforme al procedimiento del artículo 553 del C. J.

"2º El Departamento de Antioquia debe pagar a Betsabé Moncada de Pérez la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) por razón de los perjuicios morales que sufrió a consecuencia del mismo accidente".

Este proveído fue apelado por el señor Gobernador del Departamento y, en consecuencia, se ordenó la remisión del asunto a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, en donde se encuentran satisfechas las exigencias propias de la última instancia.

Previas algunas consideraciones, la Sala entra a proferir el fallo correspondiente.

Ante todo, no debe perderse de vista, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, que la involucración de la doble responsabilidad —la contractual y la generada por el delito— es un procedimiento que "ni la ley ni la doctrina autorizan", pues de lo contrario "se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio".

De consiguiente, resulta operante encarar el estudio del presente negocio por el lado de la responsabilidad contractual.

Ha sido constante la doctrina de la Corte en el sentido de que las entidades de derecho público —Nación, Departamentos, Municipios y demás— son responsables por los actos de sus agentes, bien se haga derivar esta noción del contenido y extensión de la culpa "in eligendo" o "in vigilando", al través de presunciones de culpabilidad, ora provenga del deber emergente de indemnizar a causa del inadecuado funcionamiento de los servicios públicos.

Esto por lo que respecta a la responsabilidad aquiliana, pues con relación a una determinada obligación contractual, el aforismo latino **contractus legem ex conventione accipiunt** cobra su pleno imperio.

"Un contrato —dijo la Corte en sentencia de 11 de febrero del año próximo pasado— es un acuerdo de voluntades para crear efectos jurídicos. Tal formalidad es imperativa para delinearlo, ya que no cualquier acuerdo de voluntades lo constituye.

"El Código de Comercio define el transporte como "un contrato en virtud del cual uno se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas, y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas." Idéntico principio consagra el artículo 2070 del Código Civil. Ambos códigos dan base para relievar las siguientes notas características: es un contrato bilateral, principal, consensual, oneroso conmutativo y que genera obligaciones entre dos partes, en virtud del consentimiento y mediante un flete o precio".

Anexas al contrato de transporte, o más exactamente como derivaciones de él, ha creado la jurisprudencia las llamadas obligaciones de seguridad, en virtud de las cuales, ajustado el contrato, surgen a cargo del porteador imposiciones que se traducen en llevar a su destino la persona u objeto transportado conduciéndolos sanos y salvos o carentes de averías, etc., en su caso, mediante el empleo de la diligencia, cuidado y pericia indispensables para el logro de esta finalidad. De ahí que el Código de Comercio, artículo 306, extienda la responsabilidad del porteador hasta la culpa leve, esto es, hasta la esmerada diligencia y cuidado que los hombres emplean de ordinario en sus negocios propios.

Por eso dijo la Corte en su fallo anterior:

"Las entidades públicas o privadas que tienen a su cargo los servicios de transporte de personas, adquieren con éstas la obligación de conducirlas a su destino en las mismas condiciones en que las reciben, y si ello no acaece entonces se hacen responsables de los perjuicios que se causen, conforme se desprende de los mandatos contenidos en los artículos 2072 del Código Civil, 322 del Código de Comercio y 26 de la ley 76 de 1920, responsabilidad de la que solamente se libra la empresa o entidad transportadora cuando demuestra que tomó la diligencia y cuidado suficientes y que el accidente sufrido tuvo su origen en la fuerza mayor o caso fortuito, o que se debió a culpa de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1604 y 1557 del Código Civil".

El haz probatorio aportado al negocio que se estudia es por demás deficiente, pero no obstante permite deducir responsabilidad al Departamento de Antioquia, conforme lo resolvió el Tribunal.

Por parte de la entidad demandada se trajeron extrajuicio las declaraciones de Francisco Echeverri Echeverri, Rosa Julia Taborda y un informe rendido por el Jefe de Estación de Envigado, señor Marín Moncada B., de las cuales sólo la de Echeverri sufrió la ratificación correspondiente, revistiéndose, por ende, de las características que le otorga el artículo 696 del C. J.; mas con respecto a la otra declaración y al informe del Jefe de Estación, la norma aplicable es el artículo 693 de la obra citada.

En la oportunidad legal, se adujo igualmente, por la misma parte un pliego de posiciones absuelto por la actora, señora Moncada de Pérez; y con el lleno de los requisitos legales fueron recibidas las declaraciones de Félix Moncada, Luis Atehortúa, Tulio Ruiz, Eduardo Correa y Pedro Galindo, éstas últimas alusivas a la conducta excelente del señor Jesús María Valencia, quien era el maquinista el día de los sucesos.

Las posiciones absueltas nada aportan como elementos comprobatorios de circunstancias exculpativas favorables al Departamento de Antioquia; y con respecto a la ratificación del señor Francisco Echeverri cabe aplicar el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil por las contradicciones en que incurre frente a su primera atestación.

Del lado de la actora, señora Betsabé Moncada de Pérez, las declaraciones de Graciela Serna y Celsa Alvarez de Gómez ponen de manifiesto la existencia del contrato de transporte y la culpabilidad en que incurrió el Departamento demandado, toda vez que no fueron contradichas por ninguna de las probanzas allegadas por la entidad obligada a responder por el accidente.

Una y otra son contestes al afirmar sobre la adquisición del tiquete por la señora Moncada de Pérez y coinciden, asimismo, en la circunstancia de que el convoy no fue detenido el tiempo reglamentario y que, además, partió violentamente al iniciar su marcha.

Estas aseveraciones que no fueron desvirtuadas por el Departamento acusan manifiesta imprudencia por parte del maquinista el día de los sucesos, aunque, de otro lado, su conducta y pericia estén acreditadas al tenor de las declaraciones de los señores Atehortúa, Ruiz, Correa y Galindo, como se vio en su lugar.

Lo aportado al expediente no permite derivar conclusiones diferentes, pues como atrás se expresó, la deficiencia de las pruebas traídas por la entidad demandada, para crear motivos de exculpación, deja mucho qué desear.

El Tribunal transcribe las declaraciones que se han sintetizado y deduce, finalmente, la figura jurídica de compensación de culpa contemplada por el Código sustantivo en el artículo 2357 y que tiene por fundamento el aforismo latino **volenti non fit injuria.**

La Sala prohija esta apreciación del **a quo**, y seguidamente la reproduce:

"La señora Moncada, según dicen los testigos, no pudo tomar el tren sino cuando estaba en movimiento, por haber sido muy poco el tiempo que éste paró en la estación. De suerte que la imprudencia que configura la culpa fue principalmente de la Empresa, o mejor dicho de los empleados encargados de la conducción del tren, porque éstos han debido detener completamente el convoy en la estación y por todo el tiempo que fuera necesario para que sin ningún peligro pudieran subir a bordo las personas que se disponían a viajar. Es justo reconocer que cabe una parte de culpa también a la demandante por haber tratado de tomar el tren estando en movimiento, y ello es así aunque esté probado que no pudo hacerlo de otra manera, porque ninguna circunstancia la obligaba a exponerse voluntariamente al peligro. Pero esta imprudencia de la víctima está, muy lejos de exonerar de toda responsabilidad a la parte demandada, sobre todo si se tie-

ne en cuenta que fue el movimiento brusco e inesperado de los vagones al arrancar el tren, lo que principalmente causó la caída de la víctima".

La deducción que el Tribunal hace de una cuarta parte en la apreciación del daño, aunque existieran motivos para modificarla, deberá sin embargo conservarse por razón de que el actor no apeló de la sentencia de primera instancia y por tales motivos la revisión se surte únicamente en interés del departamento recurrente.

El perjuicio irrogado a la actora se encuentra acreditado con el certificado expedido por el Jefe de Sanidad de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, visible al folio 5 del cuaderno de pruebas de la señora Moncada de Pérez, que contiene los diagnósticos de "gangrena muñón", "amputación de la pierna izquierda" y "osteitis extremidad muñón" como consecuencia de "accidente de tráfico que sufrió en la Estación de Envigado, Segunda División". Esta certificación la corrobora el doctor Julio Uribe, quien practicó algunos reconocimientos, en su condición de médico, a la lesionada y, asimismo, surge de las declaraciones de las señoras Serna y Alvarez de Gómez.

Con respecto al monto de los perjuicios la Sala estima conducente la fijación en mil pesos ($ 1.000) del daño moral y acoge, igualmente, en relación con el daño material, los siguientes conceptos del sentenciador:

"Se hizo un avalúo por expertos para fijar el monto de los perjuicios materiales, los que fueron apreciados en la suma de $ 15.952.68, pero el señor Fiscal al referirse a esta prueba ha dicho, con toda razón, que uno de los peritos, el que corresponde a la parte demandada, fue designado por el Juez comisionado, sin facultad legal para ello. Además el auto en que se ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial, no fue notificado personalmente al señor Fiscal".

Es procedente, pues, la remisión al incidente del artículo 553 del Código Judicial.

Las bases sentadas por el Tribunal para la apreciación del daño material las encuentra fundadas la Sala y ellas deberán ser tenidas en cuenta en el incidente de liquidación definitiva, sin que en ningún caso pueda sobrepasar la cantidad de $ 12.000.00 en que la actora los estimó en su libelo de demanda. Tales bases son la gravedad de la lesión, la edad de la víctima, su estado de salud, su vida probable, la duración de su capacidad productiva y especialmente en su oficio de vendedora de huevos. De la cifra que resulte en la apreciación del daño deberá reducirse una cuarta parte, en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, conforme a lo expresado en otra parte del presente fallo.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia recurrida.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

HONORARIOS DE LOS PERITOS

De manera uniforme y constante la jurisprudencia ha desentrañado de la normación contenida en el artículo 562 del Código Judicial la existencia de gastos cuya solución corresponde a una sola de las partes y otros para ser atendidos por ambas partes intervinientes, a prorrata. Por lo que respecta a la peritación, la concurrencia de las partes al pago de los honorarios respectivos se encuentra condicionada a la intervención, más o menos definida, que haya tenido la parte que no solicitó la diligencia.

La autorización que da el artículo 728 del Código Judicial para "ampliar" los puntos sobre que deben dictaminar los expertos no puede agravar la prueba que corresponde atender a quien la solicita y de ahí que permita la concurrencia de quien la torna más onerosa, a la solución de los gastos que conlleva. Dentro de la significación que el Diccionario de la Academia da a la palabra "ampliar", la permisión que hace el legislador con respecto a los cuestionarios que proponen las partes que no han solicitado una prueba, en tratándose de la peritación, sólo tiene el alcance de buscar una mayor comprensión de la manera como deben atenderlos. Ello, en verdad, ofrece serias dificultades para el sentenciador máxime tratándose de formularios de cierto tecnicismo. Mas cuando una de las partes se aprovecha de la prueba solicitada por otra, es justo que contribuya a las expensas que originó.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En el escrito de desistimiento del incidente que sobre objeciones a los dictámenes periciales promovió el doctor Francisco Barón, se solicitó, asimismo, la declaratoria de que la Nación debe concurrir al pago de la mitad de los honorarios correspondientes.

Invócase para ello la circunstancia de que el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso un cuestionario a los expertos agravando, de este modo, la prueba solicitada por el actor.

Se considera:

De manera uniforme y constante la Jurisprudencia ha desentrañado de la normación contenida en el artículo 562 del C. Judicial, la existencia de gastos cuya solución corresponde a una sola de las partes para ser atendidos por ambas partes intervinientes, a prorrata.

Por lo que respecta a la peritación, la concurrencia de las partes al pago de los honorarios respectivos se encuentra condicionada a la intervención, más o menos definida, que haya tenido la parte que no solicitó la diligencia.

A este particular, la Sala de Negocios Generales de la Corte ha dicho:

"Puede decirse que el gasto que ocasione toda prueba conducente en un juicio interesa a ambas partes, porque ellas deben estar igualmente interesadas en el esclarecimiento de las cuestiones de hecho que sean dudosas; pero desde que la ley hace la distinción indicada por el artículo 562 del C. J. ya citado, es porque aquella regla no indica el criterio que deba seguirse en el particular.

"Los gastos serán comunes cuando se trata de una prueba decretada en auto para mejor proveer; cuando ha sido pedida por ambas partes, o cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba".

Y en providencia posterior, aclarando la significación del vocablo "ajenas", en torno al cual gravita todo lo concerniente a este asunto, dijo la misma entidad:

"Al decir que los gastos deben ser comunes "cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba", no se refirió la Sala —ni podía referirse— a las aclaraciones que tienen derecho a solicitar las partes a fin de que la diligencia se

practique de la mejor manera posible. "Ajeno", según el diccionario de la Academia, significa "extraño", "diverso".

Se sitúa de este modo el problema en un terreno de apreciación, de incumbencia privativa del fallador: ver hasta qué punto las adiciones propuestas en una diligencia tienen el alcance de agravar la peritación y, por ende, de hacer concurrir a la contraparte que la torna más onerosa, al pago de los honorarios correspondientes.

En el presente negocio, se señaló, por auto de 27 de septiembre de 1946, el día dos (2) de octubre del año antecitado para el traslado del personal de la diligencia de inspección decretada, por providencia anterior, a solicitud del apoderado del actor.

La mencionada diligencia, en cumplimiento del auto de 27 de septiembre citado, tuvo principio el 3 de octubre del año próximo pasado.

La parte actora formuló a los expertos el siguiente cuestionario alusivo al "sector Sur superior" mencionado en la demanda:

"a) La existencia del nivel, guía o galería de Caparrosal o Sovacón Molino, como pertenecientes a dicho sector Sur Superior, y su identidad con la misma a que se refieren los autos, su extensión total, hasta el sitio donde venían explotándose los minerales de Caparrosal y otras minas vecinas pertenecientes al mismo sector, en la fecha del dos de junio de mil novecientos cuarenta y tres en que fue tapada dicha guía, y prohibida en consecuencia la explotación de dichos minerales a consecuencia de dicha orden; y avance por dicha galería de parte del contratista Francisco Castro, considerando a la vez, su anchura, altura y demás condiciones particulares, su valor, costo, reparación, sostenimiento, teniendo en cuenta el lugar y demás condiciones de la guía; y

"b) La distancia de la puerta de entrada de dicho nivel, con el molino El Colombiano, y condiciones particulares del mismo, y capacidad de explotación de los minerales que pudieran ser conducidos por dicho nivel al molino, y facilidad de la misma explotación por dicha galería o nivel; tiempo necesario para la construcción de dicho nivel o galería hasta el sitio donde se encuentra el avance en dicha galería, y necesidad de dicha galería para la explotación de los minerales de Caparrosal y de las minas vecinas, considerando que sin ese conducto o vía, o hasta la terminación del mismo en relación con los minerales, no era posible la explotación de dichos minerales". (Memorial probatorio, folios 4, 4 v. de las pruebas pedidas por el actor).

Y en el punto tercero del memorial correspondiente (folios 5 ibídem), se propuso lo siguiente:

"Tercero. Que por peritos, ingenieros graduados, se avalúe el daño emergente, determinado en la demanda de liquidación de perjuicios, y el lucro cesante respectivo, teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias indicadas en dicha demanda, y además las que el criterio científico sugiera a los señores peritos, para verificar una regulación acertada, teniendo en cuenta además las condiciones del molino El Colombiano en relación con los otros molinos, o sea sus especificaciones propias y separadas, en cuanto pueda servir para fijar su capacidad de trabajo y de laboreo de los minerales, fuera de la consideración especial de los minerales de Caparrosal y minas vecinas que podían explotarse en dicho molino y conducidas por la galería de Caparrosal o Socavón Molino. Igualmente los señores estudiarán técnicamente e indicarán el tiempo necesario para la construcción y ensanchamiento y adaptación de dicha galería, así como del molino El Colombiano para la explotación de los minerales ya descubiertos y que pudieran beneficiarse durante el término del contrato. A la vez la posibilidad de otro molino para beneficiar todos los minerales que por su calidad y cantidad representaban una verdadera utilidad para el contratista, en cuanto debían trabajarse durante el término del contrato".

Conforme a lo solicitado en el punto que se acaba de transcribir, la demanda de liquidación, descompuesta en lucro cesante y daño emergente, determina circunstancias especiales que los peritos, como se deseaba, tuvieron bien presentes. Por esto el cuestionario comprendió, igualmente, con respecto al daño emergente, lo relativo a los gastos de construcción de 426 metros de avance en la mina hasta hallar mineral explotable, el valor del material separado de la veta y que no pudo ser aprovechado, el avalúo de las herramientas y demás enseres que con la obstrucción de la guía quedaron inaprovechados, juntamente con los intereses que las sumas estimadas puedan producir.

Por lo que corresponde al **lucrum cesans,** anota el actor que tiene "su fundamento en hechos futuros", y de consiguiente no pueden precisarse "como quiera que apenas ellos se consideran posibles, dadas las especiales circunstancias del caso

concreto y el curso normal de las cosas, exigiéndose apenas una cierta probabilidad objetiva de la existencia de los mismos." Dentro de este supuesto, sienta como base de su determinación el tiempo de duración del contrato, la facilidad de explotación, la calidad de los minerales extractables y su cantidad, las condiciones que impedían un aprovechamiento diferente del que suministraba el nivel del Socavón Molino o Caparrosal.

Todas estas circunstancias fueron observadas por los expertos al rendir su dictamen.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, acogiéndose al mandato consignado en el artículo 728 del C. Judicial, solicitó que los señores peritos ampliaran su concepto al cuestionario que presentó y que puede sintetizarse de este modo:

Inquiere si el avance efectuado por el demandante en la galería de Caparrosal o Socavón Molino se hizo "sobre mineral o en cruzada"; si el demandante disfrutó o pudo disfrutar del mineral "resultante del avance hasta que se ordenó la suspensión de los trabajos en la galería" mencionada; si con ese disfrute puede pretender indemnización alguna por el costo total del expresado avance; si el Molino El Colombiano era apto para beneficiar, en la época de suspensión de trabajos, el mineral proveniente de todas las minas dadas en arrendamiento al demandante; cuál es el enganche de mineros necesario para la explotación de la susodicha galería o Socavón Molino y a cuánto puede ascender su equipo manual; pregunta si la existencia de las doscientas toneladas de que habla el demandante como material arrancado de la veta sería posible dadas las características de la guía de Caparrosal o que, si por el contrario, su presencia obstruiría la guía impidiendo el transporte y aun el tráfico de los mineros; y, finalmente, se expresa de este modo en los puntos séptimo, octavo, noveno y décimo de su solicitud:

"Séptimo. Digan los peritos, previo estudio de las estadísticas de trituración, de los costos de explotación y demás datos existentes en el proceso, cuál habría sido la utilidad obtenida por el contratista Castro H. por cada tonelada de material beneficiado.

"Octavo. Digan los peritos, previo estudio de las estadísticas de trituración del Molino El Colombiano, cuántas toneladas habría podido triturar el demandante en el mismo Molino durante el término de veintiocho meses (28).

"Noveno. Digan los peritos, con base en las mismas estadísticas, si es posible que el molino El Colombiano hubiera triturado más de treinta mil (30.000) toneladas en el lapso de veintiocho (28) meses.

"Décimo. Digan los peritos, al fundar su dictamen, si para calcular el lucro cesante por inejecución parcial del contrato y teniendo en cuenta que el contratista disfrutó libremente de todos los minerales arrendados por un tiempo mayor a la mitad del período de arrendamiento, existe, técnicamente, una información suficiente para calcularlo con apoyo en la tradición económica y especial del sector minero Sur Superior y en la general de los otros sectores similares, o si es necesario, para hacer aquel cálculo, remitirse a un muestreo de los mismos minerales".

La sola confrontación de los cuestionarios referidos, permite ver cómo el propuesto por la parte que no solicitó la prueba, la tornó más gravosa.

Es verdad que los expertos se refieren en forma bastante concreta a los interrogantes del señor Procurador, pero ello obedece a que extendieron el cuestionario del actor, teniendo presente el formulado por el señor Agente del Ministerio Público.

El artículo 728 del C. Judicial, además de constituír una excepción a la pasividad del Juez, faculta, asímismo, a las partes intervinientes para "ampliar" los puntos sobre que deben dictaminar los expertos. Pero esta autorización que da el Legislador, no puede agravar la prueba que corresponde atender a quien la solicita y de ahí que que permita, al través del análisis que en los comienzos de esta providencia se dejó hecho, la concurrencia, de quien la torna más onerosa, a la solución de los gastos que conlleva.

"Ampliar" — del latín **amplus**, extenso — significa, según el Diccionario de la Academia, extender, dilatar.

Dentro de esta significación, la permisión que hace el legislador con respecto a los cuestionarios que proponen las partes que no han solicitado una prueba, en tratándose de la peritación, sólo tiene el alcance de buscar una mayor comprensión en la manera como deben atenderlos. Ello, en verdad, ofrece serias dificultades para el sentenciador, máxime tratándose de formularios de cierto tecnicismo.

Con todo, en el caso examinado, puede observarse que — como se dejó expresado — hubo de

parte del señor Agente del Ministerio Público un aprovechamiento de la prueba solicitada por el actor que hace justa la concurrencia de la Nación al pago de las expensas que originó.

Estas consideraciones inducen a que la Nación debe concurrir al pago de los honorarios de los expertos.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte dispone que cada parte atienda al pago de su perito, y con respecto al perito tercero concurran hasta la mitad de los honorarios respectivos.

Notifíquese, cópiese.

Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO

La comunidad — ha dicho reiteradamente la Corte — es un cuasicontrato y se forma de hecho sin que las personas que en él aparecen celebren convención alguna para constituír una entidad autónoma. Como tal no es una persona jurídica, pero sí constituye un ente jurídico apto para adquirir derechos y contraer obligaciones civiles. De aquí que, como lo proclamó la Corte en sentencia del 13 de febrero del año próximo pasado, "si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios en la comunidad están jurídicamente obligados A COMPROBAR EN EL JUICIO EL DOMINIO ALUDIDO'.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Camilo Gutiérrez G., habiendo obtenido de la Tropical Oil Company el traspaso de todos los estudios y demás documentos relacionados con un globo de terreno ubicado en el Departamento del Magdalena, presentó propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional con fecha 13 de julio de 1942.

El terreno materia de la solicitud se encuentra situado en los municipios de Cerro de San Antonio, Pedraza y Piñón, del Departamento del Magdalena, y está comprendido dentro de la siguiente alinderación, con un área de cuarenta y nueve mil (49.0000) hectáreas:

"Como punto de partida se ha tomado un punto de cuatro mil (4.000) metros al este verdadero del punto de referencia ubicado en la población de Pedraza. El punto de referencia está señalado en el plano con la letra "A" y el punto de partida con la letra "B". El punto de referencia, que es la torre de la iglesia de Pedraza, tiene las siguientes coordenadas geográficas, establecidas por la Oficina de Longitudes: Latitud diez grados once minutos diez y nueve segundos Norte (10º, 11', 19", N.); longitud cero grados cuarenta y nueve minutos catorce segundos al Oeste de Bogotá (0º 49' 14" W. de Bogotá).

"Partiendo del punto "B" se sigue en línea recta con un rumbo Sur cuarenta y cinco grados cero minutos Este (S., 45º, 00', E.) y una longitud de catorce mil (14.000) metros hasta el punto "C". Del punto "C" se sigue en línea recta con un rumbo Norte cuarenta y cinco grados cero minutos Este (N., 45º, 00', E.) y una longitud de treinta y cinco mil (35.000) metros hasta el punto "D". Del punto "D" se sigue una línea recta con rumbo Norte cuarenta y cinco grados cero minutos Oeste (N., 45º, 00', W.) y una longitud de catorce mil (14.000) metros hasta el punto "E". Del punto "E" se sigue una línea recta con un rumbo de Sur cuarenta y cinco grados cero minutos Oeste (S., 45º, 00', W.) y una longitud de treinta y cinco mil (35.000) metros hasta el punto de partida "B". Todos los rumbos están referidos al meridiano astronómico establecido en el punto de referencia "A"."

Previos los estudios correspondientes, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta aludida en Resolución de 25 de agosto de 1942, y dispuso, en consonancia con los artículos 5º de la Ley 160 de 1936 y 72 del Decreto Ejecutivo número 1270 de 1931, la publicación en el Diario Oficial de un extracto de ella para los fines previstos en las referidas disposiciones.

Surgieron las oposiciones del municipio de El Piñón y Comunidad de los terrenos que fueron de la señora María Josefa Isabel de Hoyos, Marquesa de Torre-Hoyos, de las cuales, habiendo sido extemporánea la primera, no fue aceptada por la Resolución Ministerial que lleva por fecha 22 de septiembre de 1943, y con respecto a la segunda se ordenó su remisión a esta Sala de la Corte para decidir aquí su fundamento.

El negocio ha sufrido aquí los trámites procedimentales correspondientes a un juicio breve y sumario, y es llegado el momento de la prolación de la providencia de instancia, a la que se procede, previas especiales consideraciones.

Ante todo cumple observar que habiéndose solicitado la apertura a pruebas, e inclusive ampliado el término para esta finalidad, la Sala hubo de decretar las pedidas, pero la parte interesada sólo produjo la relativa a una absolución de posiciones por el proponente señor Camilo Gutiérrez.

Durante la tramitación administrativa, fueron allegadas las siguientes:

Un poder especial al doctor Simón Gómez de Lavalle, otorgado por el señor Manuel María Herrera Valenzuela en su carácter de "administrador de la Comunidad de los terrenos que fueron de la señora doña María Josefa Isabel de Hoyos y Hoyos, Marquesa de Torre-Hoyos", contenido en la escritura pública número 721 de la Notaría Segunda de Barranquilla.

La escritura pública número 68 de 1940, Notaría Unica de Mompós, por la cual se protocoliza "el Acta original de la Junta General de Comuneros de los terrenos que fueron de la Marquesa de Torre-Hoyos y se nombra administrador".

Escritura pública número 72 de 7 de junio de 1940, pasada en la misma Notaría de Mompós, por la cual se protocolizan "dos documentos importantes (cartas)".

Escritura pública sin número, de la misma Notaría de Mompós, "expediente conteniendo la libertad de los bienes de la señora Marquesa de Torre-Hoyos, que fueron confiscados en la Guerra de la Independencia".

Escritura pública número 70 de 4 de junio de 1940, pasada ante la Notaría antes nombrada, por la cual se protocolizan unas diligencias originales "fechadas en el año de 1806".

Este es el acervo probatorio obrante en el expediente con relación a la Comunidad opositora.

Primeramente, importa hacer algunas consideraciones en torno a la personería sustantiva de la supracitada Comunidad.

La Comunidad —ha dicho reiteradamente la Corte— es un cuasicontrato y se forma de hecho sin que las personas que en él aparecen celebren convención alguna para constituír una entidad autónoma. Como tal no es una persona jurídica, en rigor legal, pero sí constituye un ente jurídico apto para adquirir derechos y contraer obligaciones civiles.

De aquí que, como lo proclamó la Corte en sentencia de 13 de febrero del año próximo pasado, "si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a buscar la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios en la Comunidad están jurídicamente obligados **a comprobar en el juicio el condominio aludido.**

"Comprobación de la copropiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si operada a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

"Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe hoy en común así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad.

"Por otra parte sólo en caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal la comunidad organizada desde luego mediante el nombramiento de un Administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la Ley 95 de 1890" (GACETA JUDICIAL, tomo 60, página 273, números 2029 a 2031). Lo subrayado es de la Sala.

En el negocio **sub examine** obra la escritura pública número 68 de 1940 por medio de la cual "dicha comunidad se ha organizado legalmente, como consta del Acta respectiva de la Junta General de comuneros celebrada en la ciudad de Mompós, el día veintinueve (29) de mayo del año en curso de mil novecientos cuarenta", según se dice en la escritura contentiva del poder especial otorgado al doctor Simón Gómez de Lavalle.

El Acta en mención dice que a las diez de la mañana del día y año referidos "se reunieron en la casa de habitación de la familia Herrera Ribón, destinada al efecto, los señores que más adelante se particulizarán, con el objeto de verificar una sesión o Junta General de Comuneros de los terrenos que pertenecieron a doña María Josefa Isabel de Hoyos, Marquesa de Torre-Hoyos, cuyos terrenos son conocidos con los nombres de **Carrera Larga y La Loma, El Juncal e Islas Ca-**

narias, Buenavista y Galesio, Plato, Sapayán y San Luis Beltrán".

Más adelante, luego de exponer la alinderación que dicen tiene cada uno de los lotes citados, consigna el nombre de las personas que asistieron a la reunión y determina el origen "de las acciones y derechos" de las aludidas personas en la siguiente forma:

"a) El señor Lázaro Miramón Herrera, es hijo de doña Ursula Herrera de Miramón, hija de doña Tomasa Epalza Hoyos de Herrera, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos. b) Las señoritas Teresa y María Ujueta Herrera, son hijas de doña Teresa Epalza Herrera de Ujueta, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos. c) Las señoras Cecilia del Villa Cayón de Lauwer, María del Villar Cayón de Boepple, Ifigenia del Villar Cayón, Dévora Cayón L., son hijas de doña María Cayón Herrera, de José María Cayón Herrera y Rafael Cayón Herrera, hijos de doña Josefa Herrera Epalza de Cayón, hija de doña Tomasa Epalzo Hoyos de Herrera, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos. d) Los señores Simón, Gonzalo y Dolores Herrera Ribón, son hijos de don Lázaro María Herrera Epalza, hijo de doña Tomasa Epalza Hoyos de Herrera, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos, y la señora madre de los señores Herrera Ribón, doña Inés Germán Ribón Epalza de Herrera, hija de doña Dominga Epalza Hoyos de Germán Ribón, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos. e) Los señores Antonio, Aureliano, Manuel María y Tomás Herrera Valenzuela, éste último ya finado, son hijos de don Juan Herrera Epalza, hijo de doña Tomasa Epalza Hoyos de Herrera, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos. f) Las señoras Mercedes Cunha de Rodríguez, Carmen Cunha de di Filippo, Olivia Cunha de Herrera, Ana Cunha Tronso, y señores Sabas Cunha Troncoso y Luis Cunha Troncoso, son hijos de doña Isabel Troncoso Herrera de Cunha, hija de doña Candelaria Herrera Epalza de Troncoso, hija de doña Micaela Epalza Hoyos de Herrera, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos. g) La Ganadería Las Cabezas, hubo sus derechos por compra, pues doña Vicenta Herrera Epalza de Viena, hija de doña Micaela Epalza de Herrera, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos, vendió sus derechos y acciones al señor d. Clemente Quintero, por escritura número 14 de fecha 24 de mayo de 1884 otorgada en la Notaría de Valledupar, y los herederos de éste, traspasaron sus derechos a la Ganadería de Las Cabezas, según escritura número 61 de 1918, número 70 de 1925 y número 72 de 1925, otorgadas en la Notaría de esta ciudad de Mompós, y h) El señor Simón Gómez de Lavalle, hubo sus derechos por escritura número 69 de fecha 14 de junio de 1926, otorgada en la Notaría de esta ciudad de Mompós, por doña Inés Germán Ribón de Herrera, hija de doña Dominga Epalza de Hoyos de Germán Ribón, hija de doña María Josefa Isabel de Hoyos".

Por último, se procede en la reunión correspondiente al nombramiento de un Administrador de la Comunidad, el que recayó en la persona del señor Manuel María Herrera Valenzuela.

Con todo, ningún documento se produjo tendiente a demostrar siquiera el parentesco surgido al través del árbol genealógico reseñado, ni menos aún en cuanto a las escrituras atrás mencionadas. No se acredita, en una palabra, el condominio. De ahí que con respecto al Administrador Herrera Valenzuela sean pertinentes estos apartes de la sentencia citada:

"De manera que, como lo observa el apoderado de la Compañía proponente en el alegato final presentado ante la Corte, no puede aceptarse judicialmente que el señor Angel M. Palma sea Administrador de la supuesta comunidad, con base en la designación que a él se le hizo por personas que no han comprobado a cabalidad que tienen los necesarios derechos proindivisos en las tierras de Postagua y Salamanca".

La escritura sin numerar, alusiva a la libertad de los bienes de la Marquesa Torre-Hoyos, y la designada con el número 70, de junio 4 de 1940, nada aportan para subsanar la deficiencia de personería anotada. Esta última dice relación a diligencias originales de 1806 "de los inventarios y avalúos del potrero El Juncal e Islas Canarias".

En cuanto a las posiciones solicitadas en esta instancia, es manifiesta su impertinencia. Ellas sólo contienen un cuestionario referente a ciertos tecnicismos y conocimientos propios de una especialización de petróleos, amén de otros puntos que no fueron contestados por el absolvente.

Por lo demás, no existe ninguna luz en el expediente que permita la admisibilidad de una personería eficiente, correspondiendo, en consecuencia, el reconocimiento de que jurídicamente es inválida la oposición formulada por una comunidad que no ha acreditado su existencia.

De otro lado, si esto no fuere suficiente, la indeterminación de los terrenos que se dicen afec-

tados con los linderos de la propuesta del señor Gutiérrez es manifiesta.

A este respecto, bastaría la transcripción de los estudios técnico y legal adelantados en el Ministerio del Ramo, toda vez que la situación probatoria no fue modificada.

Analizando la escritura número 68 de 1940, contentiva del Acta de la sesión del 29 de mayo del mismo año, dice la primera de las Secciones mencionadas, luego de ofrecer los linderos que allí se relatan con relación a los terrenos "Carrera Larga" y "La Loma", "El Juncal" e "Islas Canarias", y "Plato".

"Examinando las precedentes descripciones, teniendo a la vista el plano topográfico de la propuesta y el mapa del Departamento del Magdalena, elaborado por la Oficina de Longitudes, llego a estos resultados:

"Ninguno de los sitios mencionados en los linderos de los terrenos "Carrera Larga" y "La Loma" se encuentran en el plano de la propuesta. Viendo en el mapa la región cercana a la población de El Banco, en cuyo distrito dice el Acta que están ubicados los terrenos, se encuentran, no la ciénaga de Chiloa y La Ceiba sino la laguna de Chilloa y en su margén oriental un punto llamado "Ceiba"; Aguaestrada es un corregimiento al norte de esa laguna y por esto no creo que tenga relación con los terrenos; no al sur sino al oriente de aquella laguna se halla la ciénaga de Zapatoca; de los demás linderos sólo figura el caño de Pérez que no aparece ser el descrito porque se halla es al nordeste de la laguna de Chiloa. Por lo demás, los linderos dados en el Acta no se ve que formen un perímetro cerrado que pueda determinar un terreno, y aun cuando lo pudiera, por su situación vista en el mapa, quedaría fuera del lote de la propuesta a gran distancia de él, que está cerca de las poblaciones de Pedraza y Cerro de San Antonio.

"De la descripción de los terrenos llamados El Juncal e Islas Canarias sólo puede obtenerse que están ubicados en los distritos de Cerro de San Antonio y El Piñón y que limita con el caño Ciego que figura en el mapa. En el plano de la propuesta y dentro del lote solicitado figura un punto llamado El Limón que no se sabe si sea el Limón de la Canoíta incluído en el Acta. Tampoco se encuentran en este caso linderos completos y precisos y no puede sacarse en claro que los terrenos queden o no en el de la propuesta".

Más adelante, estudiando la escritura número 70 de 1940, sobre protocolización de las diligencias de inventario y avalúo del potrero El Juncal e Islas Canarias, transcribe los linderos que en ella se mencionan y que se reproducen a continuación:

"Corren del paraje nombrado La Ceiba, margen de Caño Ciego, Limón de la Canoíta y Ceiba de la Angostura, bajo de cuya denominación se comprenden las Islas Canarias, varias tierras de pan-llevar, ciénagas, pastos y abrevaderos para toda especie de ganados...", los mismos ya transcritos en la escritura número 68", y como tales, las observaciones antes copiadas les son pertinentes. Además, su vaguedad fluye del contexto mismo de la alinderación anotada.

Estas dos son las escrituras que más luz podrían dar al respecto. Las otras a que se ha hecho referencia nada agregan sobre el particular.

La Sección Legal del Ministerio adhiere al estudio atrás reseñado y no ve por parte alguna precisión con respecto a los linderos, amén de que el dominio privado de los lotes cuestionados deja mucho qué desear.

Con relación a la escritura contentiva del Acta verificada por los presuntos comuneros, se ha aceptado, lo que atañe a la alinderación, únicamente en gracia de discusión, pues ella sólo acredita la reunión de los señores que allí se mencionan, pero no hace fe en cuanto a los linderos anotados, toda vez que ni siquiera se alude a la fuente de donde se tomaron.

Adolece, pues, de serios reparos la oposición formulada a la propuesta del doctor Camilo Gutiérrez, los que pueden sintetizarse así:

La personería de la presunta comunidad es por demás deficiente, ya que la existencia misma de esa entidad no aparece acreditada.

La superposición que se invoca es imposible verificarla con la alinderación presentada, pues la imprecisión domina el asunto.

En una palabra, la oposición carece de fundamento y así habrá de declararlo la Sala, pues no fueron desvirtuadas las apreciaciones del Ministerio.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es fundada la oposición presentada por la Comunidad de los terrenos que fueron de la señora doña María Josefa Isabel de Hoyos, Marquesa

de Torre-Hoyos, contra la propuesta que para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, en terrenos situados en los municipios de Cerro de San Antonio, Pedraza y Piñón del Departamento del Magdalena, ha formulado el señor Camilo Gutiérrez G.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de origen.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—REQUERIMIENTO

Es procedente una excepción de petición antes de tiempo cuando se demanda el cumplimiento de una obligación que no es exigible. En tal evento es necesario el requerimiento o sea el acto judicial verificado en la forma prevista en el artículo 325 del Código Judicial, acto que se diferencia de la demanda que, según el artículo 205 del mismo código, es la petición con que se inicia un juicio. En un ejecutivo, por ejemplo, en que al auto de intimación debe preceder la prueba de la exigibilidad de la obligación, el requerimiento, si es el caso, debe hacer parte del recaudo ejecutivo. En el caso del proceso no era necesario requerimiento alguno, pues la demanda misma hacía las veces de tal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Alejandro Isaza, en calidad de apoderado especial del señor Rubén Escobar, demandó al Departamento de Antioquia para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"a) El Departamento de Antioquia, debe construír tres pasaganados en la carretera Rubicón-Frontino, que atraviesa la finca del señor Rubén Escobar, para cumplir el numeral décimo de la Escritura número 339 de 29 de octubre de 1940 de la Notaría de Cañasgordas, registrada el 4 de noviembre de 1940, seis días después de notificada esta sentencia.

"b) Pagará, además, dentro del mismo término, el valor de los perjuicios, que por el incumplimiento se han causado, si fueren estimados por medio de peritos en este mismo juicio".

Como hechos básicos se expresan los que se pueden sintetizar como sigue:

1º El Departamento de Antioquia, por medio de instrumento escriturario, se comprometió "a construír para la explotación del resto del fundo, dos pasaganados, y si fuere necesario tres" en la finca del actor.

"2º El señor Gobernador comisionó para la aceptación de la escritura al señor Alcalde de Cañasgordas.

3º Al construír la carretera Rubicón-Frontino, los ganados que pastan en la parte alta del predio, no pueden abrevar en la baja, donde están los ríos Herradura y Cañasgordas, a causa de la interposición de la carretera.

4º El paso de los ganados, en tales circunstancias, es una labor costosa.

5º El Departamento de Antioquia, a pesar de las solicitudes de Escobar, no ha cumplido esta prestación.

6º Ello acarreó perjuicios de consideración.

El señor Fiscal del Tribunal contestó la demanda conviniendo en unos hechos y manifestando ignorar otros. Expresó que la entidad demandada no estaba en mora, porque el Departamento no tenía plazo para la obligación que el contrato le impuso, y porque el demandante, según la cláusula undécima de la escritura, estaba obligado a construír las cercas entre su predio y el lote cedido para la carretera, a lo cual todavía no le había dado cumplimiento. Propuso, en consecuencia, como excepción, el incumplimiento del contrato por parte del actor, el no estar en mora el Departamento y la innominada de que trata el artículo 329 del C. J.

El señor Agente del Ministerio Público promovió demanda de reconvención contra el señor Rubén Escobar, para que éste fuese obligado a levantar las cercas, de acuerdo con la cláusula undécima de la escritura número 339 de 29 de octubre de 1940, y para que se declare que éste debía pagar perjuicios al Departamento.

La base histórica de esta contrademanda, es sustancialmente la siguiente:

En virtud del contrato celebrado por escritura, Escobar cedió gratuitamente al Departamento de Antioquia un lote de terreno para una carretera. Esta entidad se comprometió a construír unos pasaganados, y Escobar a hacer las cercas entre su

finca y la faja cedida, obligación que no ha cumplido, ocasionando así perjuicios al Departamento.

Escobar no niega su obligación, pero afirma que no ha construído las cercas esperando a que el Departamento construya los pasaganados, y porque, de otra manera, los ganados que pastan en la parte alta de la finca quedarían privados de comunicación con la baja, por donde corren las aguas.

Tramitadas las dos demandas por una sola cuerda, el Tribunal, en providencia de 13 de abril de 1945, falló así:

"1º No están probadas las excepciones propuestas.

"2º El Departamento de Antioquia está en la obligación de construír, a más tardar seis días después de ejecutoriada esta sentencia, dentro de la finca "La Herradura", del actor, a la cual se refiere la escritura ya citada y en la carretera que del paraje de Rubicón lleva a la población de Frontino, dos pasaganados con un ancho mínimo de un metro con veinte centímetros, por una altura mínima de un metro con cincuenta centímetros, en lugar apropiado para los fines que en aquella escritura se tuvieron en cuenta.

"3º Se niegan las peticiones sobre perjuicios y también la otra principal de la demanda de reconvención, y

"4º No se hace especial condenación en costas".

El negocio subió por apelación del señor Gobernador de Antioquia y tramitado debidamente, se procede a resolver lo que sea legal.

En una forma clara y precisa, el Tribunal **a quo** encaró los problemas jurídicos que se controvierten como va a verse:

"Los fundamentos de estas dos acciones se encuentran en las dos siguientes cláusulas de la escritura número 339 hecha en la Notaría de Cañasgordas el 29 de octubre de 1940 para hacer constar el contrato celebrado entre los actuales litigantes sobre la cesión de una faja de terreno por parte de Escobar al Departamento para la construcción de la carretera que del paraje de Rubicón lleva a Frontino. Dicen así:

"**Décimo.** Que el Departamento se obliga además a construír para la explotación del resto del fundo, dos pasaganados y si fuere necesario tres. **Undécimo.** Que los cercos para reparar la faja (sic) del predio de donde se segregan, serán construídos por el tratante Rubén Escobar, y su sostenimiento a perpetuidad se considera con un gravamen real del terreno de que trata la cláusula primera".

Por el dictamen pericial rendido el 30 de septiembre de 1943, se sabe: que el Departamento de Antioquia no ha construído sino una obra adaptable a pasaganado en las vertientes del río Herradura y que son necesarios dos más para que la finca quede con buenos bebederos sobre los ríos Herradura y Cañasgordas; que los cercos de la faja y los pasaganados debieron construírse simultáneamente, ya que estas obras se complementan; que se necesitan tres pasaganados en la finca, por la extensión de ésta, incluyendo el ya construído, y que las dimensiones de los dos que faltan todavía podrían ser de un metro con veinte centímetros de ancho por un metro con cincuenta centímetros de altura; que Escobar A. no ha sufrido perjuicios por la falta de pasaganados pues no existen cercos y los ganados pueden circular libremente por la carretera, y que el Departamento no ha sufrido perjuicios por no haber cercado Escobar A. esa parte de la finca.

"De los anteriores elementos probatorios se deduce que la entidad demandada no ha construído los dos pasaganados que se necesitan, fuera del ya construído, y que ninguna de las partes litigantes ha sufrido perjuicio. En cuanto a la construcción de cercos por parte de Escobar se dirá que esa cláusula es meramente accesoria en el contrato, puesta seguramente con el único fin de dejar constancia de que los perjuicios provenientes —mediata o inmediatamente— de la falta de esos cercos, no serán de cargo del Departamento, en cualquier tiempo, sino del contratante Escobar A., y se dice esto porque esa cláusula no entra como principal en la cesión de la faja, ni es de la naturaleza del contrato que la escritura expresa y porque al Departamento no le interesa por otro aspecto que los cercos se construyan o no. (Artículos 1501 y 1495 del C. C.).

"Si no se fijó tiempo para el cumplimiento de la obligación, se estima que la demanda es requerimiento bastante para que la obligación se cumpla".

La Sala considera:

Es procedente una excepción de petición antes de tiempo cuando se demanda el cumplimiento de una obligación que no es exigible. En tal evento es necesario el requerimiento o sea el acto judicial verificado en la forma prevista en el artículo 325 del Código de Procedimiento, acto que se diferencia de la demanda, que según el ar-

tículo 205 del mismo código es la petición con que se inicia un juicio.

En un ejecutivo, por ejemplo, en que al auto de intimación debe preceder la prueba de la exigibilidad de la obligación, el requerimiento, si es el caso, debe hacer parte del recaudo ejecutivo.

Empero, en una demanda como la promovida por el señor Escobar, en la que se pide se haga declaratoria sobre el cumplimiento de una obligación y se señale el plazo para dicho fin, no es forzoso el requerimiento previo.

La demanda persigue la orden de cumplimiento de la prestación, y así las cosas, ¿será preciso el requerimiento del artículo 325 citado o bastará para el efecto la demanda, como lo dice el Tribunal **a quo**? El citado artículo 325 guarda silencio al respecto, de donde podría concluírse que conforme a esa disposición no es posible admitir equivalentes.

Si se considera que en la demanda está explícita o implícitamente contenida la sustancia de la amonestación o sea la voluntad del acreedor en relación con el pago, no se ve una razón suficiente para que la notificación del auto admisorio de ella no equivalga a la providencia de que trata el artículo 325 antecitado.

Por otra parte, la Sala de Casación ha establecido esta doctrina: "Además, como sostenidamente se ha conceptuado, la demanda misma a más tardar, viene a ser un requerimiento de modo que cuando la sentencia encuentra comprobada la obligación respectiva aducida como base del pleito, no echa menos un requerimiento anterior para fallar en concepto de mora".

En cuanto a la no condenación a los perjuicios, en esta parte la sentencia es intocable, porque no fue apelada por el actor.

En la demanda de reconvención el Departamento solicita que Escobar está en la obligación de hacer las cercas y de pagar perjuicios.

La construcción de ellas era, naturalmente, en interés de Escobar, pues de los términos de la convención no se deduce cuál sea el interés jurídico del Departamento en esa construcción. Es claro que si ellas no se llevaban a efecto y había perjuicios, en ellos podría haber culpa del dueño del predio a quien incumbía el cerramiento de él.

El Juzgador, de acuerdo con el artículo 1618 del Código Civil, tiene la facultad de interpretar los contratos y la interpretación que hizo el Tribunal es perfectamente racional.

No se trata de obligaciones recíprocas o correlativas, de tal suerte que la construcción de los pasaganados implique la construcción previa de las cercas o al menos el allanamiento. Cedida la faja y construída la carretera, el Departamento tenía que hacer los pasaganados. La obligación de Escobar sobre las cercas, era independiente, por lo cual no se ve el derecho del Departamento a solicitar, como lo ha hecho, que previamente se hagan las cercas.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia apelada.

Notifíquese al señor Gobernador del Departamento de Antioquia. Comisiónese para ello a uno de los Jueces del Circuito en lo Civil de Medellín (reparto). Líbrese el correspondiente despacho con los insertos requeridos.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock — Ramón Miranda—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE FERROVIARIO.—CULPA CONTRACTUAL Y CULPA AQUILIANA

1.—Según el artículo 1º de la Ley 57 de 1915 los derechos del trabajador nacen únicamente en relación con el patrón, sobre quien recaen las obligaciones indemnizatorias correlativas. Ese artículo define lo que se entiende por patrono, que es el dueño de la industria, obra o empresa, por cuenta del cual el obrero está verificando su trabajo. El artículo 2º, con entera precisión, sitúa en el patrono la responsabilidad de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan. De manera que cuando el reclamante de una indemnización por causa de un accidente no está frente al patrono o dueño de la empresa por cuya cuenta trabajaba, es inoportuno y fuera de lugar circunscribir la responsabilidad dentro de lo que técnicamente se llama accidente de trabajo, el cual es un episodio dentro de la ejecución del contrato de trabajo, celebrado entre el patrono y el obrero. En el presente caso no se trata de un accidente de esa naturaleza.

2.—En ocasiones es necesario plantear con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad que se invoca, si contractual o extracontractual. Cuando las consecuencias del daño cuya reparación se pretende han sido expresamente previstas y reguladas por contrato, la responsabilidad es indiscutiblemente contractual; el reclamante entonces no puede desplazarse del dominio del contrato al dominio de las disposiciones de la culpa aquiliana, sin caer en una inadmisible acumulación de dos formas de responsabilidad que podría llevar a proteger daños que fueron excluídos de lo pactado, o a abandonar las normas del contrato tocantes a la regulación de las indemnizaciones. Empero sucede también con frecuencia que es indiferente en orden a deducir la responsabilidad por daños la consideración de que su fuente sea contractual o extracontractual. Ocurre ello en los casos en que aún sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro, por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia. En tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor relieve. Se ha cometido una culpa; luego si no aparece con claridad que con ella se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, no importa cuál sea el origen de la culpa.

3.—La comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Luis María Landínez Durán, varón mayor de edad y vecino de Bogotá, demanda en juicio ordinario al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado conforme a la ley por el administrador general, para que se le condene a indemnizarle de todos los perjuicios morales y materiales "que resultaron y resulten a causa de lesiones que sufrí en el siniestro ferroviario de la tarde del día 28 de octubre de 1941, cerca a la estación Puente del Común, del Ferrocarril Central del Norte; perjuicios que estimo en

más de cinco mil pesos moneda legal o en la que se determine por peritos al ejecutar la sentencia o durante el pleito".

El demandante narra en la demanda los hechos básicos de la acción así:

"I. En mi calidad de Inspector de telégrafos nacionales y en ejercicio del cargo he tenido que recorrer las líneas telegráficas a mi cargo de esta ciudad hacia el Norte, y en la tarde del día veintiocho de octubre retropróximo regresaba yo a esta ciudad en vehículo del Ferrocarril Central del Norte, conducido por empleado de los Ferrocarriles Nacionales, de propiedad y a cargo de la Nación y del Consejo Administrativo de los Ferocarriles Nacionales creado por el Estado y órgano del mismo Estado;

"II. En la Estación de Cajicá dieron la salida al vehículo en que yo viajaba y no sé si la comunicarían o no a la Estación del Puente del Común y aquí no pusieron la cadena para impedir el paso de otros vehículos en el cruce de la carretera que viene de Chía y pasa en ese punto los rieles hacia la Carretera Central del Norte y de ésta hacia Chía; tampoco anunciaron la llegada del vehículo en que yo viajaba en la estación del Común y éste vino a chocar violentamente contra un camión repleto de carga en dicho cruce, a la llegada de la estación;

"III. El conductor del vehículo ferroviario mencionado obraba por cuenta y a cargo del Consejo de los Ferrocarriles y del Estado y por esto y por el mal funcionamiento del órgano y el servicio, así como por culpa contractual y aquiliana responden las entidades demandadas de manera solidaria, lo mismo que por razón de la peligrosidad de las fuerzas que explotan;

"IV. A consecuencia del choque recibí gravísimas lesiones que me mantuvieron postrado en cama muchos días por la rotura de cinco costillas y una grave conmoción general, y tanto mi sombrero como la cartera saltaron lejos; y yo quedé sin conocimiento y con accesos de vómitos y fui alzado de allí moribundo;

"V. Las roturas de las costillas me causaron opresiones; y la conmoción por virtud del choque y los traumatismos me ha dejado las siguientes afecciones: a) Fuertes cólicos o dolores agudísimos en las vías digestivas; b) Insomnios y desvelos e irascibilidad; c) Pérdida sumamente grave de la memoria y temblores, dolor de cabeza, cintura y espalda, deseos frecuentes de vomitar, cansancio; fatiga por cualquier ejercicio físico, vahídos y zumbidos de oídos y opacidad de la vista con dolores en la región orbitaria; y d) Un horror especial y sufrimiento y angustia profunda por los viajes en vehículos, y pesimismo y frialdad o pasividad completa por todo lo del hogar y familia, negocios y porvenir; cosas que cada día siento agravarse más y más. En suma: he perdido más del cincuenta por ciento de mi personalidad por consecuencia de aquel siniestro y de ello responden las entidades demandadas solidariamente;

"VI. Los perjuicios morales los estimo en más de cinco mil pesos, y lo mismo los perjuicios materiales; yo, fuera de mi sueldo de $ 140.00 mensuales y de los ascensos que mi actividad, consagración, cuidado y experiencia me otorgaban con mi buena salud y capacidad suficientes de que disfrutaba, ascenso que ya no podré conseguir, desplegaba mis actividades en negocios de ganadería y otras operaciones que liquidadas con mis sueldos me dejaban un promedio de veinte a treinta pesos diarios, cosas que ya no podré ejecutar;

"VII. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es una persona jurídica de creación **sui generis**, pero carece de bienes propios; es órgano del Estado y es éste quien responde con sus bienes y la sentencia aprovecha o perjudica económicamente es al Estado".

En la contestación de la demanda el representante del Consejo negó el derecho impetrado en ella, aun cuando admitió el hecho en que se apoya, pero alegando que "se trata de un simple accidente de trabajo, que sufrió el demandante en desempeño de una comisión de su cargo, como inspector de telégrafos nacionales, que estaba ejecutando por cuenta del Ministerio de Correos y Telégrafos, y para cuyo desempeño el ferrocarril le facilitó medios de locomoción".

Agotadas las ritualidades de la primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como Juez competente, en vista de lo alegado y probado sentenció la controversia en la siguiente forma:

"Por todo lo discurrido el Tribunal Superior del Distrito Judicial en Sala Civil Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

"I. No se encuentran acreditados los hechos exculpativos de responsabilidad alegados por parte

del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, ni ellos constituyen en sí excepción perentoria de ausencia de culpa.

"II. Declárase que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales que creó la ley 29 de 1931, con personería e independencia autónomas, para responder por sí mismo, con el patrimonio puesto bajo su guarda, es civilmente responsable, de modo directo, por culpa contractual comprobada del accidente de tránsito ferroviario ocurrido el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el paso a nivel de la Estación Caro, en la línea férrea del Ferrocarril Central del Norte, por choque entre una mesa de gasolina de propiedad de este ferrocarril, conducida por un empleado del mismo, en momentos en que conducía al señor Luis María Landínez, quien se dice mayor de edad y vecino de esta ciudad, y un camión particular, de cuyo choque sufrió Landínez la ruptura de cinco costillas que lo mantuvieron enfermo desde la fecha del suceso hasta el 25 de noviembre del mismo año, por cuyo suceso aquella entidad incumplió el contrato de transporte y el daño expresado de heridas internas recibidas por el mentado Luis María Landínez es imputable al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

"III. Consecuencialmente a la declaración anterior, CONDENASE al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales a pagar, a título de indemnización por los daños dichos materiales o heridas el tiempo en que estuvo enfermo, o sea del 28 de octubre al 25 de noviembre de 1941, a razón de ciento cuarenta pesos mensuales, el número de días que estuvo enfermo, a Luis María Landínez.

"IV. Consecuencialmente a la declaración hecha en el numeral II que antecede, condénase al Consejo de los Ferrocarriles Nacionales a pagar a título de indemnización, por concepto de lucro cesante, a Luis María Landínez, la disminución de capacidad física o personal para el trabajo, que le haya sobrevenido como consecuencia de la ruptura de las cinco costillas.

"Para liquidar el monto de la indemnización que se ordena por este numeral, y fijarlo, se procederá de conformidad a lo que prescribe el artículo 553 del C. J., con las comprobaciones y sobre las bases que para ello se establecen en la exposición motiva que antecede.

"V. Absuélvese al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales del pago de perjuicios materiales de daño emergente por aparecer que no se han causado.

"VI. Absuélvese al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales del pago de perjuicios morales objetivados y subjetivos porque aparece que no se han causado.

"VII. Declárase que no es el caso de hacer condenación en costas al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales por prohibirlo el artículo 576 del C. J., ya que esta entidad como órgano del servicio público que es está constituída por la Nación".

Las dos partes interpusieron el recurso de apelación contra el fallo anterior, por lo cual el Tribunal remitió el expediente a la Corte para los efectos consiguientes. En la Corte el negocio sometióse a los trámites de segunda instancia, los cuales están terminados, por lo que ahora corresponde proferir la sentencia.

El accidente

Según las pruebas allegadas al expediente, el accidente ocurrió así:

El señor Landínez desempeñaba el cargo de inspector de telégrafos de la 1ª Zona, dependiente del Ministerio de Correos y Telégrafos. En esa calidad viajó a Zipaquirá el día martes 28 de octubre de 1941, acompañado de los señores Mario Díaz, inspector de teléfonos de la línea del ferrocarril del Norte, Manuel Bello y un guarda del ferrocarril, en una mesita del mismo ferrocarril. Landínez iba comisionado por el Ministerio para verificar, en colaboración con el empleado del ferrocarril, señor Díaz, la construcción de una variante en la línea de telégrafos nacionales, por la zona del Ferrocarril Central del Norte - Sección 2ª, entre la estación de carga de Zipaquirá y el paso a nivel llamado "El Guarruz". En viaje de regreso y al pasar la mesita de gasolina por el lugar en que la carretera que va a Chía y Zipaquirá atraviesa la línea férrea, en la estación de "Puente del Común", tropezó con un camión que transitaba en esos momentos por la carretera, el cual alcanzó a golpear con la parte trasera al señor Landínez, quien cayó al suelo; de allí fue conducido enfermo a un lecho en la estación, en donde le hicieron las primeras aplicaciones. La mesita, sin el señor Landínez, continuó su viaje a Bogotá con los demás ocupantes.

El doctor Carlos Cadavid, ingeniero jefe de explotación del Ferrocarril Central del Norte, de-

pendiente del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, autorizó al inspector señor Díaz para que se transportara en la mesita de gasolina a Zipaquirá, con el señor Landínez, pues la empresa del ferrocarril también derivaba utilidad de la variante de las líneas telegráficas que se iba a hacer.

La relación anterior de los hechos se desprende de las declaraciones de Manuel Bello, Gustavo Suescún y Mario Díaz, que fueron las personas que viajaban con Landínez cuando ocurrió el accidente; del certificado de fls. 10 del cuaderno número 3, expedido por el Ministerio de Correos y Telégrafos, en que consta que Landínez hizo el viaje a Zipaquirá el 28 de octubre en comisión oficial del Ministerio; y de las declaraciones de los doctores Carlos Cadavid y Jorge de la Cruz U., altos empleados del Consejo de Ferrocarriles, quienes dan cuenta de la misión que se le confió al señor Díaz para que colaborara con el señor Landínez en la construcción de la variante.

En cuanto a la causa directa del accidente, los testigos Mario Díaz, Manuel Bello y Gustavo Suescún, atribúyenla a que en el Puente del Común no cerraron el paso de la carretera, y ni estaba el respectivo guarda, no obstante que en la estación anterior del ferrocarril le dieron la vía libre a la mesita.

Las lesiones que recibió el señor Landínez como consecuencia del golpe, relátalas así el doctor Yezid Trebert, médico del Ministerio de Correos y Telégrafos, que lo atendió desde el primer momento:

"El día veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, fui llamado en mi calidad de médico jefe de la Sección médica del Ministerio de Correos y Telégrafos a visitar al señor Luis María Landínez en su casa de habitación, con motivo de un accidente de tráfico ocurrido a dicho señor. Traslado (sic) a su casa de habitación encontré al señor Martínez postrado en cama, acostado sobre el lado izquierdo y en estado bastante lamentable a juzgar por su fisonomía. El examen que hice al enfermo dio por resultado el constatar la fractura de varias costillas del lado derecho; dicha lesión fue únicamente de las costillas y no tuvo ni manifestaciones pulmonares, como tampoco heridas de la piel; el señor Landínez fue inmediatamente, una vez traídos los vendajes indispensables, tratado por medio de vendajes de compresión con esparadrapo del tórax derecho con el objeto de fijar e inmovilizar las costillas rotas. Yo seguí tratando al señor Landínez y visitándolo en su casa, inclusive en su nueva habitación del barrio de Las Granjas; una vez curado del accidente o de las lesiones que recibió, no volví a ver a dicho señor en mi condición de médico, por considerarlo curado. 3º El tratamiento a que me refiero lo hice al señor Landínez, en su calidad de empleado del Ministerio y yo como médico oficial de dicha entidad. 4º Yo no me acuerdo haberle fijado tiempo determinado de imposibilidad al señor Landínez, pero en todo caso no pudo ser menos de seis a ocho semanas. 5º. De acuerdo con los exámenes llevados a efecto al señor Landínez y según experiencia clínico-quirúrgica, las lesiones sufridas por el señor Landínez no deberían tener consecuencias futuras duraderas, ni mucho menos incapacidad permanente para el trabajo, sino que solamente producen una incapacidad temporal; respecto a la disminución de su capacidad para el trabajo, no considero que dichas lesiones sean motivo para ello. 6º Yo considero que, por la naturaleza de las lesiones que sufrió el señor Landínez, no le pudo quedar perturbación funcional con posterioridad a la curación en sí de la lesión, salvo quizá de algunas neuralgias que le pudieran sobrevenir. 7º En mi concepto como facultativo, considero que la lesión sufrida por el señor Landínez no sea motivo para que dicho señor sufra perturbaciones del carácter, concepto que fundo en los exámenes hechos al señor Landínez".

En el mismo certificado del Ministerio de Correos y Telégrafos del folio 10 del cuaderno número 3, ya citado, consta que el 25 de noviembre, un mes después del accidente, estaba de nuevo en su puesto el señor Landínez, según aviso recibido de Usme.

La responsabilidad

En la sentencia apelada el Tribunal niega la afirmación hecha en la contestación de la demanda de que en el presente caso se trate de un accidente de trabajo, regido exclusivamente por las disposiciones de la Ley 57 de 1915. Dice el sentenciador "que no habiendo sobrevenido el accidente por causa y con ocasión del trabajo y menos en forma imprevista y repentina porque el hecho se produjo, como anteriormente se demostró, por culpa de los empleados de la empresa, consistente en que omitieron poner las cadenas en el paso a nivel con lo cual se habría evitado,

es suficiente para concluír que no se trata de un accidente de trabajo".

En el alegato de conclusión de la segunda instancia, presentado por el representante del Consejo, se insiste en que se trata de un accidente de trabajo, pues contra la tesis del Tribunal, "en ningún caso la ley ha querido circunscribir el accidente de trabajo al suceso imprevisto y repentino que sobrevenga en el momento de desempeñar el trabajador su propia labor; se requiere según la ley que el accidente ocurra por causa del trabajo o con ocasión del trabajo".

En orden a confirmar la tesis del Tribunal de que se trata de un accidente de trabajo, basta parar mientes en el significado claro del artículo 1º de la Ley 57 de 1915, según el cual los derechos del trabajador nacen únicamente en relación con el patrón, sobre quien recaen las obligaciones indemnizatorias correlativas. El mencionado artículo 1º define lo que entiéndese por patrono, que es el dueño de la industria, obra o empresa, por cuenta del cual el obrero está verificando su trabajo. El artículo 2º, con entera precisión, sitúa en el patrono la responsabilidad de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan.

De manera que cuando el reclamante de una indemnización por causa de un accidente no está frente al patrono o dueño de la empresa por cuya cuenta trabajaba, es inoportuno y fuera de lugar circunscribir la responsabilidad dentro de lo que técnicamente llámase **accidente de trabajo,** el cual es un episodio dentro de la ejecución del contrato de trabajo, celebrado entre el patrono y el obrero.

Ahora bien, conforme está planteada la demanda y acreditado el accidente origen de ella, el Consejo no era patrono del señor Landínez; éste dependía del Ministerio de Correos y Telégrafos, por cuya cuenta estaba verificando el trabajo; de manera que sólo podría entenderse verificado el respectivo contrato entre el Ministerio y el señor Landínez. El Consejo tenía empleado propio: el que acompañó al del Ministerio en el trabajo que se iba a verificar. Entre el Consejo y el señor Landínez no existió ninguna vinculación de origen contractual. La responsabilidad se deduce del hecho de que Landínez, viajando con voluntad de la empresa del ferrocarril en uno de sus vehículos, sufre un accidente que se cree causado por culpa de la misma empresa. Por ende, la pretensión de enmarcar la responsabilidad dentro de un hipotético contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, carece de solidez.

Bien podría considerarse que entre el Ministerio y su empleado, señor Landínez, existía un contrato de trabajo del cual emanara, con relación al primero, la obligación de indemnizar al segundo, según las leyes respectivas sobre accidentes. Empero, ello no es óbice para que separada e independientemente se examine la responsabilidad que le queda al Consejo, respecto del señor Landínez, a la luz de las leyes comunes.

El actor, apoyando la acción en derecho, invoca tanto las disposiciones del código civil que regulan la culpa aquiliana, como las del código mercantil, referentes al contrato de transporte.

El Tribunal dice que la demanda acumula dos culpas, por lo cual debe entenderse que la acción ejercitada es la correspondiente a la culpa contractual. Con este apoyo cita como aplicables los artículos 2072 y 2073 del código civil, que junto con los artículos 306 y 322 del código de comercio, consagran la responsabilidad del transportador en la movilización de personas, así se trate de empresas particulares o públicas. "El contrato de transporte por los preceptos que lo regulan — dice la sentencia — establece la presunción de culpa en contra del transportador y a favor del transportado, presunción que para desvirtuarse exige que se demuestre la ausencia de culpa".

El representante de la entidad demandada en su alegato de conclusión ante la Corte, dedica un capítulo a combatir la tesis del Tribunal de que medió un contrato de transporte. Argumenta que en este contrato el pasajero adquiere obligaciones correlativas a las del transportador, fuera de la de pagar el pasaje, como las contenidas en las prescripciones reglamentarias de la respectiva empresa, por ejemplo, tomar asiento en el carro correspondiente a la clase de tiquete que le ha sido expedido, presentar el tiquete al conductor, no descender del vagón inoportunamente, etc.

"No se ve pues cómo y por qué razones al facilitarle el ferrocarril al señor Landínez una mesa de gasolina para transportarlo a ejecutar su trabajo y prestarle al mismo tiempo la colaboración de uno de los inspectores de teléfonos de la empresa, para la ejecución de dicha labor, pueda el Tribunal llegar a la conclusión de considerar que se celebró un contrato de trasporte, cuando en ningún caso este servicio se presta o puede

prestarse en un vehículo distinto de los carros destinados a tal efecto y mediante las condiciones señaladas para esta clase de transporte y mucho menos en una mesa de gasolina que solamente se utiliza para la ejecución de trabajos inherentes a los servicios de conservación o arreglo de las vías o de sus dependencias".

Se considera:

En ocasiones es necesario plantear con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad que se invoca, si contractual o extracontractual. Cuando las consecuencias del daño cuya reparación se pretende han sido expresamente previstas y reguladas por contrato, la responsabilidad es indiscutiblemente contractual; el reclamante entonces no puede desplazarse del dominio del contrato al dominio de las disposiciones de la culpa aquiliana, sin caer en una inadmisible acumulación de dos formas de responsabilidad, que podría llevar a proteger daños que fueron excluídos de lo pactado, o a abandonar las normas del contrato tocantes a la regulación de las indemnizaciones.

Empero sucede también con frecuencia que es indiferente en orden a deducir la responsabilidad por daños, la consideración de que su fuente sea contractual o extracontractual. Ocurre ello en los casos en que aún sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro, por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia.

La Sala apenas enuncia esta tesis, y prescinde de explicarla más ampliamente, en consideración al resultado definitivo de la sentencia, que será absolutorio, aunque se llegue a la conclusión de que el demandado incurrió en culpa.

En tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor relieve. Se ha cometido una culpa; luego si no aparece con claridad que con ella háyase violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias impónense, no importa cuál sea el origen de la culpa.

El ferrocarril, por conducto de sus empleados competentes, puso a disposición del señor Landínez la mesita de gasolina con el fin de que en compañía del inspector de la empresa, señor Mario Díaz, se trasladase a Zipaquirá y regresase. Empleados de la empresa acompañáronlo y tuvieron el manejo del vehículo. Y a la misma empresa le corresponde la vigilancia del paso a nivel. ¿Que no hubo convenio expreso de transporte entre la empresa y el señor Landínez? La averiguación del hecho carece de importancia en orden a deducir la responsabilidad por el daño causado. Pues desde que el ferrocarril tomó a su cargo la movilización del señor Landínez a Zipaquirá, facilitándole el viaje en uno de sus vehículos, háyase o no celebrado contrato al respecto, debe responder por las faltas, lesivas de la integridad y salud de aquel, constitutivas de culpa y cometidas durante el viaje por la empresa.

El daño causado

Del contexto de la demanda infiérese que el demandante, más que las erogaciones ocasionadas durante el tiempo en que estuvo imposibilitado para volver a su trabajo por las lesiones que recibió, persigue a la parte demandada con el propósito de que lo indemnice de la incapacidad física relativa con que ha quedado afectado por consecuencia de aquellas mismas lesiones, a causa de la cual "he perdido más del cincuenta por ciento de mi personalidad", y "ya no podré ejecutar mis actividades en negocios de ganadería y otras operaciones que liquidadas con mis sueldos, me dejaban un promedio de veinte a treinta pesos diarios".

Según el certificado del Ministerio de Correos y Telégrafos del folio 10, cuaderno número 3, que por su origen oficial tiene el mérito de plena prueba, el día 25 de noviembre, es decir menos de un mes de la fecha del accidente, el señor Landínez estaba de nuevo al frente del cargo de inspector de telégrafos (punto b). Consta también que en todo este tiempo fue atendido por el médico del Ministerio doctor Trebert (punto c), y declaración del mismo facultativo ya transcrita).

Con la demanda presentó el demandante — y éste es el documento que indudablemente determinó al señor Landínez a provocar el litigio — un concepto emanado del doctor Miguel Jiménez López, quien por petición de aquél le practicó varios exámenes clínicos de las dolencias de que se queja, y el facultativo, habida cuenta de esos exámenes y del informe de la Clínica Central, Laboratorio de Rayos X, acerca de los signos de fractura de cinco costillas que presenta la radiografía del hemitórax derecho, radiografía sacada el 5 de diciembre, en la que se expresa que "los fragmentos no alcanzaron a sufrir desalojamien-

to apreciable y en todos los focos de fractura ya se dibuja sombra de callo", concluye el concepto así:

"Resumiendo las principales características clínicas del caso estudiado, puedo concluír, en verdad y en conciencia, que el señor Luis María Landínez ha presentado a mis varios estudios los estados siguientes:

"1º Dolores intercostales de orden neurálgico que han tenido por origen la fractura de cinco costillas del lado derecho.

"2º Un estado de psicastenia de origen traumático que se revela sobre todo por perturbaciones manifiestas en las esferas sentimentales y volitivas.

"Estos fenómenos son de una duración indeterminada. A veces se prolongan por varios años.

"La afección puramente orgánica, esto es las neurálgicas intercostales y la afección psíquica — la psicastenia — disminuyen la capacidad funcional y profesional del examinado por lo menos en una proporción de un treinta por ciento y por un tiempo indeterminado".

En el término de prueba de la segunda instancia el demandante adujo la declaración del doctor Gabriel Vergara Rey, folio 9 del cuaderno número 5, en que este facultativo ratificó el contenido de un certificado que expidió el 9 de agosto de 1943, en el cual hace constar que después de examinar al señor Landínez adhiere al concepto del doctor Jiménez López.

Como el juicio se retrotrajo por ciertas informalidades, este testimonio no puede apreciarse, pues no se reprodujo nuevamente. Además, la prueba resultante de tales declaraciones es completamente inatendible en juicio. La comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la úica aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial.

En el curso del juicio el demandante se queja de que como consecuencia de las lesiones "perdió el puesto, de modo que ahora no goza siquiera de eso porque el Estado ya no lo halló apto". (Alegato de primera instancia, folio 13 v. del cuaderno número 1).

Pero esta afirmación está desmentida con el certificado del Ministerio de Correos y Telégrafos, ya citado, en que se informa que el señor Landínez con posterioridad al accidente desempeñó el mismo puesto de inspector, que tenía antes, desde el día 25 de noviembre de 1941 hasta el 30 de abril del año siguiente, en que fue privado del cargo por causas distintas de las del accidente.

De consiguiente, la realidad de los hechos, que es más elocuente que cualquiera otra prueba, está indicando en el presente caso, que la merma de capacidad del señor Landínez, de que él se queja, no fue óbice sin embargo para que un mes después del accidente hubiera vuelto a su antigua ocupación.

Por resolución número 211 de 1943, de fecha 30 de julio, confirmada por la del Ministerio de Trabajo e Higiene y Previsión Social, número 416 del 11 de agosto siguiente, dictada por la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los ramos postal y telegráfico, se reconoció a favor del señor Luis María Landínez, por el accidente de trabajo que sufrió al servicio del ramo el 28 de octubre de 1941, una indemnización correspondiente a cinco meses de salario. Esta indemnización se fundó en que el señor Landínez había quedado con una disminución de la capacidad funcional y profesional, por lo menos en una proporción de un 35 por 100, y por un tiempo indeterminado, según los conceptos de los doctores Jiménez López y Vergara Rey.

Por el hecho de que las autoridades administrativas le hayan dado plena eficacia a las opiniones de los doctores Jiménez López y Vergara Rey, no aumenta ante el poder judicial la eficacia probatoria de ellas. Los jueces tienen una tarifa legal de pruebas a la cual deben ceñirse en la función juzgadora. En esa tarifa no se encuentra ninguna base que autorice la apreciación de conceptos sobre cuestiones científicas, a base de declaración de testigos, no importa la posición de éstos ni el grado de autoridad profesional que tengan en la sociedad.

El demandante pretende además justificar quebranto en sus negocios particulares, causado por la incapacidad a que las lesiones redujéronlo, según afirmaciones de la demanda. Al efecto en el término de prueba de la primera instancia adujo las declaraciones de los señores Carlos Camar-

go Levi y Antonio Escobar Ochoa, folios 4 y 5, cuaderno número 2. El primero manifiesta que el señor Landínez, por virtud de sus actividades en pequeños negocios, café tinto, etc., se ganaba unos dos pesos diarios ($ 2.00), los cuales perdió después del accidente, a causa de la merma de capacidad con que quedó, que no le permitía hacer nada. El señor Escobar Ochoa hace la misma apreciación del testigo Camargo, añadiendo además que "yo he visto las capacidades de Landínez muy mermadas, casi nulas, después del accidente referido y considero que su capacidad disminuyó;..... yo lo he visto enfermizo, inhábil para toda actividad comercial y descontrolado, como también en pésima situación". Todo lo anterior declaranlo los testigos a mediados del año de 1942, precisamente en la época en que el señor Landínez estaba cesante de su puesto de inspector de telégrafos, a que volvió a ser llamado después por el gobierno.

La fuerza de las anteriores declaraciones se desvirtúa grandemente en presencia de las siguientes observaciones:

Primero. Los testigos hablan de que notaron disminución casi completa de la capacidad productiva del señor Landínez. Pero a más de que en el expediente dejó de demostrarse adecuadamente la disminución de capacidad productiva de que hablan los testigos, es lo cierto que el señor Landínez después del accidente volvió a asumir las funciones en un empleo en que necesariamente requería la plenitud de su capacidad.

Segundo. Lo referente a los negocios en que según los testigos se ocupaba también el señor Landínez, lo declaran tan vagamente que es imposible deducir de tales declaraciones cuáles fueron las utilidades que dejó de hacer el expresado señor por el abandono de esos negocios, y aun cuando los testigos dicen que esas utilidades eran de $ 2.00, en ningún dato concreto determinado y singular apoyan el cálculo.

De consiguiente, el renglón de pérdidas en negocios tampoco está demostrado satisfactoriamente en el proceso.

En resumen, el expediente acredita que si efectivamente el señor Landínez sufrió un accidente que le produjo lesiones corporales, por culpa de la entidad demandada, también es evidente que los perjuicios que cobra por los aspectos discutidos en el juicio, quedaron sin demostración alguna.

En cuanto a perjuicios morales objetivados, como se dice en la sentencia, "no aparece que se hayan causado; no se han demostrado".

Por lo que toca a perjuicios morales subjetivos no hay en el libelo hechos en los cuales puedan fundamentarse. Todo ello indica que el juicio debe fallarse en consideración con esta situación, y absolver al demandado.

La acción fue dirigida contra la Nación colombiana y contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, pero como la demanda no fue aceptada por el Tribunal, a causa de esta acumulación, la parte actora prescindió de la Nación para que el proceso continuara con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Citó el demandante lo que dijo la Sala de Negocios Generales en auto publicado en el tomo 52, página 83, de la **Gaceta Judicial:**

"La Nación no comparece ni puede comparecer debidamente sino por conducto de ese órgano, creado por la ley con mira exclusiva a tal finalidad".

Ello quiere decir que el Consejo es un órgano del Estado, al través del cual se demanda a la Nación.

En la sentencia de primer grado se condenó al Consejo de los Ferrocarriles, lo cual debe entenderse en el sentido de que las declaraciones de la parte resolutiva hacían referencia a la Nación, como fue la intención concretada en el libelo.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y resuelve:

Absuélvese a la Nación colombiana de todos los cargos formulados en la demanda contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, órgano de aquélla.

Publíquese, Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán.— Víctor Cock. — Ramón Miranda.— Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO

Hay servicios públicos prestados por el Estado, como ocurre con el de correos, en que las relaciones de los usuarios de ellos se rigen no por normas civiles sino por otras de derecho público. Se infiere de esto que un acto reglamentario es el que fija las condiciones del servicio y establece para los usuarios el precio de él en forma de tasa. No hay en verdad, en un caso de éstos, un contrato de adhesión, pues el servicio público aparece establecido por normas a las cuales deben someterse tanto la administración como el particular. Para la Corte el asunto de las encomiendas postales a que se refiere la demanda no encaja ni en los contratos civiles ni en los administrativos. Se relaciona más bien con la prestación de un servicio público, como una atribución del Estado, mediante el pago de una tarifa o aporte del ciudadano en el sostenimiento de una empresa necesaria para los fines de interés colectivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doctor Rafael Durán Trujillo, como apoderado del señor Silvano Parra R., demandó a la Nación, "ejercitando la acción de responsabilidad civil contractual", según lo afirma él mismo, para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1ª Que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales de lucro cesante y daño emergente y de los perjuicios morales afectivos recibidos por el señor Silvano Parra, con motivo de la pérdida de tres remesas de cigarros y cigarrillos confiados a los correos nacionales en la ciudad de Bucaramanga, los días 3 de agosto, 14 y 21 de septiembre de 1943.

"2ª Que, en consecuencia, la Nación debe pagar a Silvano Parra R., tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este negocio, la cantidad de cuatro mil diez y ocho pesos con veintidós centavos ($ 4.018.22) moneda legal colombiana, valor en que estimo los perjuicios de orden material (lucro cesante y daño emergente), y moral de afección sufridos por mi poderdante, o la suma que se demuestre en el juicio conforme a derecho".

La demanda se tramitó hasta ponerla en estado de fallo en la primera instancia.

El fallador **a quo**, habida consideración a que el actor en el numeral 8º de los hechos del libelo habla expresamente de responsabilidad por "incumplimiento del contrato de transporte", y a que se apoya en disposiciones referentes a asuntos de naturaleza contractual, anuló de plano el juicio desde la admisión de la demanda.

Pidió el doctor Durán, entonces, reposición de la providencia, alegando que el artículo 40 del código judicial sólo se refiere a contratos administrativos celebrados con el Gobierno con miras a la satisfacción de intereses públicos, una vez que se hayan llenado las condiciones de forma y fondo requeridas por dichos contratos que, en su sentir, son solemnes.

Asevera luégo que el negocio de que se trata "es de aquellos que celebran las oficinas nacionales, como entidades de derecho privado, mediante remuneración, casi con criterio de comerciante y que en su forma y constitución siguen las normas del código civil o comercial".

El juzgador de primer grado, al sostener el auto primitivo, se expresó así en relación con el artículo 40 premencionado:

"Pues bien, esta disposición, como es obvio, se refiere a todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con "cualquier entidad o persona", sin distinguir la materia sobre la cual versa el contrato.

"Por consiguiente, si la ley no distingue, tampoco le es dado distinguir al juzgador, pues sabido es que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. C.)"

Llegó el asunto judicial a la Sala en apelación y durante la tramitación de la instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil conceptuó que la acción está basada en un contrato de transporte; que la ley no hace distinción "respecto de las controversias entre la Nación y los particulares", cuando se origina en contrato, y que, en consecuencia, basta que la litis provenga de aquel para fijar la competencia en única instancia.

Considera la Sala:

La circunstancia de haberse citado en la demanda artículos concernientes al transporte no es óbice para que se interprete la acción y se busquen basamentos legales distintos. Al juzgador hay que aportarle los hechos y las pruebas, pues el reconocimiento de los derechos cimentados en las normas le corresponde a él.

Cierto es que en la parte histórica del libelo se alude con toda claridad, como lo anota el Tribunal, al incumplimiento de un contrato de transporte. Mas ello tampoco sería obstáculo para que se estudiara la responsabilidad, no por una culpa contractual sino por otras razones, si el juzgador encuentra en el libelo motivos para interpretar la intención del demandante.

Cuestión capital es resolver si realmente el caso que se examina se relaciona con un contrato celebrado con la Nación o tiene una naturaleza diferente, pues la competencia señalada en el artículo 40 del C. Judicial es excepcional.

Ante todo, es preciso afirmar, contra lo que generalmente se ha estimado dentro de un rígido civilismo, que no toda manifestación de voluntad es un contrato, pues hay actos oficiales, como el que versa sobre un nombramiento y la aceptación del empleo correspondiente, que pertenecen a la categoría administrativa, estatutaria, a pesar de que haya coincidencia de voluntades.

Hay servicios públicos prestados por el Estado, como ocurre con el de correos, en que las relaciones de los usuarios de ellos se rigen no por normas civiles sino por otras de derecho público. Se infiere de esto que un acto reglamentario es el que fija las condiciones del servicio y establece para los usuarios el precio de él en forma de tasa.

No hay en verdad, en un caso de éstos, un contrato de adhesión, pues el servicio público aparece establecido por normas a las cuales deben someterse tanto la administración como el particular.

Para la Corte el asunto de las encomiendas por el correo nacional, a que se refiere la demanda, no encaja ni en los contratos civiles ni en los administrativos. Se relaciona, más bien, con la prestación de un servicio público, como una atribución del Estado, mediante el pago de una tarifa o aporte del ciudadano en el sostenimiento de una empresa necesaria para los fines de interés colectivo.

En estas circunstancias la demanda promovida por el doctor Durán Trujillo no está comprendida dentro de los límites trazados en el artículo 40 del Código Judicial.

No siendo, por tanto, competente la Corte en única instancia, el conocimiento corresponde al Tribunal de acuerdo con el artículo 76 del C. Judicial.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema REVOCA el auto apelado y dispone que el negocio vuelva nuevamente al Tribunal **a quo** para los fines legales.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán.— Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. — INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL SOBRE EL CIVIL

La influencia de la acción penal en el proceso civil estaba gobernada anteriormente por el artículo 39 de la ley 169 de 1896. Hoy rige el artículo 28 de la ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal). En acatamiento de esta norma varias providencias de la Sala de Negocios Generales han ordenado la suspensión de los juicios sobre responsabilidad hasta tanto se tenga conocimiento de las resultas del proceso criminal. Este mandamiento no tiene otro fin que el de prevenir y evitar el pronunciamiento de dos sentencias contradictorias. El artículo 28 de la ley 94 de 1938 enerva la acción civil, es obvio, únicamente cuando en el proceso criminal se cubren todos los frentes de la responsabilidad. Es solamente entonces cuando el STATUS creado por la resolución judicial podría verse perturbado, como evidente detrimento del orden público, propiciando un conflicto jurisdiccional. En el caso de autos la acción civil no existe, en virtud del sobreseimiento definitivo, por ausencia de la infracción o culpabilidad del conductor del vehículo que causó la muerte de la víctima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El día 17 de enero de 1944, la volqueta número 133 de propiedad de la Dirección General de Caminos del Departamento de Antioquia, era conducida por el señor Juan Manuel Lara en el momento en que arrolló a la niña Elvia Castrillón Londoño, al salir ésta de la tienda del señor Rafael Araque, situada en la vecina población de Barbosa del expresado Departamento.

Estos son los antecedentes que fundamentan el libelo de fecha 3 de febrero de 1945, propuesto por el doctor Delio Jaramillo Arbeláez, como apoderado de Francisco Castrillón y Anaís Londoño de C. — padres de la víctima, — para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º Que el Departamento de Antioquia, de la República de Colombia, es responsable civilmente de la muerte ocasionada a la niña Elvia Castrillón Londoño, ocurrida en las circunstancias descritas anteriormente; y

"2º Que el Departamento de Antioquia, una vez ejecutoriada la sentencia, debe pagar a los señores Francisco Castrillón y Anaís Londoño, la indemnización de quince mil pesos m/c. ($ 15.000), o lo que digan los peritos, como perjuicios materiales y morales sufridos por mis mandantes con motivo de la muerte de Elvia Castrillón Londoño".

De la demanda se corrió traslado al señor Gobernador del Departamento, quien se opuso a las declaraciones solicitadas y formuló las siguientes excepciones: a) carencia de acción; b) ausencia de culpa del Departamento; c) culpa exclusiva de la víctima; y d) la genérica contemplada en el artículo 329 del Código Judicial.

Surtidos los trámites pertinentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 5 de octubre de 1945, negó las pretensiones impetradas en la demanda.

Contra esta providencia, el apoderado de los demandantes interpuso el recurso de alzada para ante esta Sala de la Corte, en donde se procede a su decisión como consecuencia de haberse colmado la ritualidad inherente a la instancia.

La Sala, antes de entrar a estudiar el acervo probatorio, hace las siguientes consideraciones de orden estrictamente jurídico:

El Código sustantivo consagra en el artículo 2341 el siguiente precepto:

"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".

Erigido por la ley en delito determinado acto, entra ésta a sancionarlo como medida de defensa

y protección para la sociedad o como camino de enmienda para el delincuente, según la concepción dominante. Paralelamente a la represión impuesta por el Código de las Penas, la ley faculta al directamente lesionado o a sus deudos o herederos, para que en pos del resarcimiento promuevan la correspondiente acción civil dentro del mismo proceso penal (artículo 24 de la Ley 94 de 1938) o, de modo separado, ante los jueces civiles (artículo 25, inciso 2º, ibidem). En el último evento, por razones de orden público, condiciona su eficacia a los preceptos contenidos en los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal. Una y otra acción (pública y privada) giran en órbitas diferentes: la penal castiga el acto en cuanto lesiona un interés social, mientras que la civil se encamina también a reparar una ofensa al derecho individual; el ilícito civil exige un daño privado causado o un acto que lo pueda causar, en tanto que el ilícito penal puede engendrar o no un daño de esta naturaleza, bastando la sola violación de la norma que lo ordena o prohibe.

La influencia de la acción penal en el proceso civil estaba gobernada anteriormente por el artículo 39 de la Ley 169 de 1896. Este precepto, en lo tocante a cuasidelitos o culpas, establecía que podía "intentarse la acción civil para indemnizar el daño, sin sujeción a la penal".

Hoy, el artículo 28 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), estatuye, a este respecto, lo que se transcribe:

"La acción civil no podrá proponerse ante el Juez Civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

En armonía con el artículo transcrito, dispone el mismo código en el inciso 2º del artículo 11:

"Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

En acatamiento de las normaciones preinsertas, varias de las providencias dictadas por esta Sala de Negocios Generales han ordenado la suspensión de los juicios sobre responsabilidad hasta tanto se tenga conocimiento de las resultas del proceso criminal (Autos de 29 de agosto de 1945, septiembre 17 de 1946 y septiembre 24 de 1946: juicios de Elvia Ramírez de Caicedo contra la Nación; Silvina López contra el Departamento de Santander; y Joaquín Gómez contra el Departamento de Antioquia, respectivamente). Este mandato no tiene finalidad distinta de la de prevenir y evitar el pronunciamiento de dos sentencias contradictorias.

La Sala de Casación de la Corte, en providencia de 29 de noviembre de 1941, comentaba, en los términos siguientes, el asunto de que se trata:

"La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal, no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos — penal y civil — no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de persona. Se basamenta sobre todo en una suprema razón de orden público representada simbólicamente en el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificada con igual autoridad por otro funcionario adecuado en la jurisdicción pública". (Gaceta, tomo 52, pág. 795).

Conforme a lo anteriormente expuesto, toda acción civil iniciada en las condiciones del artículo 28 atrás transcrito, puede resultar ineficaz, y adelantada bajo las previsiones del artículo 11, inciso 2º, está condenada a la suspensión.

El artículo 28 de la Ley 94 de 1938 enerva la acción civil, es obvio, únicamente cuando en el proceso criminal se cubren todos los frentes de la responsabilidad. Es solamente entonces cuando el **status** creado por la resolución judicial podría verse perturbado, con evidente detrimento del orden público, propiciando un conflicto jurisdiccional.

"La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal, está condicionada y limitada, en razón de su fundamento mismo, — dice en otros apartes la sentencia de 29 de noviembre de 1941 — a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la

materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones".

En esto mismo radica el que, como se dice más adelante en la referida sentencia, "el Juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente".

Con estos breves antecedentes, la Sala se ocupa ahora de las constancias obrantes en el caso **sub examine:**

A la demanda se acompañaron las correspondientes partidas del matrimonio de los padres de la niña, así como las actas de nacimiento y defunción de ella.

También se adujeron, tomadas del proceso penal, la indagatoria de Lara, el peritazgo rendido por Conrado Mejía y Vicente Jiménez, y la diligencia de necropsia.

Por parte de la entidad demandada obran en autos las siguientes piezas:

La Vista Fiscal en la cual se solicita el sobreseimiento definitivo a favor de Lara; el auto en que se sobresee definitivamente, por estimarse que "el hecho doloroso se realizó por una natural falta de previsión y prudencia de la niña Castrillón", y los testimonios ratificados de Teresa Delgado, Rosa Emilia Bohórquez y Francisco Sierra, con los cuales se acredita que la niña cruzó inesperadamente la vía en el instante en que la volqueta subía por la calle de la Independencia de la población de Barbosa.

Tanto las declaraciones aportadas por el Departamento, como las allegadas por los actores, están acordes al afirmar que el infausto suceso se efectuó sin mediar otro factor distinto del repentino cruzamiento de la niña por la vía.

Por estas circunstancias comprobadas, el Juzgado Cuarto Superior de Medellín sobreseyó definitivamente a favor de Lara por considerar que éste no tuvo culpa ya que el hecho se debió a imprevisión o imprudencia por parte de la víctima. Todo esto elimina la presunción de culpabilidad para el Departamento.

Es cierto que en la fecha del accidente el conductor de la volqueta carecía de patente para el manejo del vehículo, y que éste, según dictamen pericial posterior al acontecimiento, resultó con algunas deficiencias. Pero como ya se ha visto, las causas determinantes de la tragedia radicaron, como lo expresa el auto de sobreseimiento, en el imprevisivo cruzamiento de la niña por la vía o, mejor, en culpa de sus padres, al dejarla sola o no impedir, si la acompañaban, que ella atravesara la calle en el momento del peligro.

El Tribunal **a quo** hace estos razonamientos conducentes:

"La falta de patente en aquel momento es falta que sancionan las disposiciones departamentales sobre tránsito, pero no influyó en el desgraciado acontecimiento, porque el accidente no se debió a falta de pericia de Lara; tampoco es cargo grave el hecho de que no hubiera pedido con la bocina vía libre, porque no es obligación de los conductores de aparatos automotores ir dando inmotivadamente y de manera constante pitazos de alarma, máxime cuando la volqueta avanzaba a paso moderado por donde se la divisaba a distancia y la calle no estaba concurrida, ni es seguro que en otras circunstancias la niña no hubiera procedido como procedió o hecho lo que hicieron sus otras dos compañeritas: no atravesar la calle sino echar por la acera, al salir de la tienda de Araque. Ni debió influir el estado de los frenos, aún en el supuesto de que existiera la prueba de que los de la volqueta se hallaban en mal estado, porque si el vehículo avanzaba a quince (15) kilómetros por hora y si la niña salió de la tienda, en carrera, cuando el aparato se hallaba a cuatro metros de distancia, cuando solamente disponía el chofer de un segundo para maniobrar, el tiempo era demasiado angustioso para pensar en el peligro que se presentaba y echar mano a los frenos del carro".

Son suficientes las consideraciones anteriores para deducir que la acción civil no existe, en virtud del sobreseimiento definitivo, por ausencia de la infracción o culpabilidad de Lara.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia objeto del recurso de apelación.

Notifíquese al señor Gobernador del Departamento de Antioquia. Comisiónase a uno de los Jueces del Circuito en lo Civil de Medellín (reparto). Líbrese el despacho correspondiente con inserción de lo requerido.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO

Cuando se trata de pensiones decretadas a favor de personas que han desempeñado cargos públicos, distintos de los del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la competencia corresponde a la justicia administrativa. (Artículos 164 a 168, Ley 167 de 1941).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Con fundamento en los preceptos consignados en las leyes 22 de 1942, 6ª y 71 de 1945, el doctor Nemesiano Rincón, por medio de apoderado, solicitó del Tribunal Superior de Pasto el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación, por la suma de $ 92.34 y a cargo del Tesoro Nacional.

Aduce, para sustentar su pedimento, la prestación de servicios al país —durante el lapso requerido por las leyes precitadas— en diversas dependencias judiciales y administrativas, así como también la edad que lo hace acreedor al beneficio que formula.

Tramitado el negocio con los ritos correspondientes, el Tribunal Superior, en providencia de 24 de febrero último, se manifestó incompetente para hacer la declaratoria solicitada, por estimar que el conocimiento de esta clase de reconocimientos está adscrito a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por perentorios preceptos del Código de la materia.

Contra esta decisión el doctor José María Moncayo Ortiz, mandatario judicial del doctor Rincón, interpuso la alzada para ante esta Sala de la Corte y así vino el negocio, sufriendo seguidamente la tramitación que le es propia.

Se considera:

El solicitante doctor Rincón prestó servicios al Estado en diversas dependencias oficiales y completa el período que lo haría merecedor a la pensión que solicita con los cargos de Prefecto de la Provincia de Pasto, Oficial de la Sección de Gobierno del Departamento, Oficial Mayor de la Dirección General de Instrucción Pública y Juez de Rentas Departamentales.

Esta acumulación de empleos hace radicar en organismos diferentes el conocimiento de solicitudes de esta índole, por mandato expreso de la ley 167 de 1941.

La Corte reitera a este respecto lo que hubo de expresar en providencia de 10 de julio del corriente año en la solicitud del señor Nehemías Fernández. Dijo entonces la Sala:

"Observa, por tanto, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito presentado en el presente asunto ante la Corte y a propósito del tema de revisión de pensiones de jubilación:

"a) Cuando se trata de pensiones decretadas a favor de personas que han desempeñado cargos públicos, distintos de los cargos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la competencia corresponde a la justicia administrativa (artículos 164 a 168 de la Ley 167 de 1941);

"b) Como la revisión solicitada por el demandante Fernández se funda en haber prestado servicios en cargos públicos distintos de los puestos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la solicitud de revisión sólo puede ser resuelta por la justicia administrativa;

"c) Como el demandante no ocupó cargos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo por más de veinte años, no puede acogerse, para solicitar su revisión, a las disposiciones especiales sobre competencia establecidas en las leyes 22 de 1942 y 71 de 1945".

Acepta de su parte la Corte las precedentes conclusiones a las cuales llega el señor Procurador Delegado en lo Civil, y ya que tiene ella reconocido en jurisprudencia reciente que, habiendo el Código Contencioso Administrativo radicado en el Consejo de Estado la atribución para revisar de acuerdo con las reglas contenidas en el Capítulo XVIII de dicha obra, toda suerte de re-

conocimientos hechos por las autoridades nacionales, hay lugar a admitir que casos de la naturaleza del actual, no sometidos por la ley a régimen diferente en materia de competencia jurisdiccional, y no atribuídos en todo caso, de manera especial, al conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, mal puede reconocerse al de Popayán competencia para conocer del presente en la primera instancia; y, consiguientemente a la Corte en el segundo grado del juicio".

De acuerdo con la anterior jurisprudencia y con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA el auto apelado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock — Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE DE AVIACION

1.—Reiteradamente ha expresado la Corte que las reglas especiales y otras de índole semejante dictadas en favor de los empleados públicos deben interpretarse en el sentido de que los beneficios en ellas señalados sólo instituyen un mínimo del reconocimiento que puede demandarse del Estado en caso de accidente, lo que implica que quedan abiertas las vías del derecho común para exigir del mismo el pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos. De acuerdo con esta interpretación debe entenderse que si el valor del daño declarado jurisdiccionalmente es superior a la cuantía de los reconocimientos que las leyes especiales establecen se harán las deducciones correspondientes, pues el patrimonio nacional no deberá en ninguna forma estar sujeto a un doble pago por el mismo hecho.

2.—Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, respaldada ampliamente por la autoridad científica de todos los autores que se han ocupado del tema, el daño moral subjetivo se configura en todo evento en que un hecho delictuoso o culposo es susceptible de producir una pena o aflicción moral sin que sea necesario que al dolor se sume un agravio a los sentimientos sociales de la víctima, ya en su reputación o su honor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá interpuso el recurso de apelación contra el fallo de 5 de junio de 1944, proferido en el juicio ordinario que contra el Estado colombiano adelantó el señor Coronel Gabriel Collazos Quintana, vecino de esta ciudad, por medio del cual reclama de la persona pública demandada el pago de la indemnización a que cree tener derecho con motivo de los perjuicios que sufrió en el siniestro de aviación de que adelante se hablará.

El negocio ha sido tramitado en esta superioridad de acuerdo con los ritos establecidos por la ley, y va a dársele ahora solución definitiva al recurso de apelación propuesto por el representante legal del Estado en la primera instancia.

— I —

Los hechos fundamentales de la acción fueron presentados de la manera siguiente:

"1º El día veintidós (22) de abril de mil novecientos cuarenta y uno (1941) en mi condición de Comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional, cargo para que había sido nombrado por medio del Decreto número 458 de fecha 7 de marzo del mismo año, pasaba revista a las guarniciones del Ejército situadas en el Sur de la República;

"3º En ejercicio de mis funciones tomé el día citado el avión militar trimotor número 643, en la base de Caucayá, para dirigirme a Tarapacá;

"3º El avión militar trimotor número 643 pertenecía al Gobierno de Colombia y era piloteado por el entonces capitán Jorge Bernal y llevaba como copiloto al entonces alférez Guillermo Nieto, ambos pertenecientes al Ejército de Colombia y a la sazón en desempeño de funciones oficiales;

"4º Al avión militar trimotor número 643 se le habían cambiado los motores originales, por motores suizos de los que vinieron como repuestos de las máquinas traídas por la Misión Militar Suiza, en el año de mil novecientos veinticinco (1925) o mil novecientos veintiséis (1926), cuya menor potencia restaba de manera muy sensible el radio de acción de la máquina pesada Ford, trimotor número 643, y no correspondían, por consiguiente, a las condiciones técnicas de la aeronave.

"5º Antes de embarcarnos en el trimotor número 643, para emprender el viaje dicho, adver-

tí al piloto Capitán Bernal sobre las malas condiciones atmosféricas reinantes, manifestándole la no urgencia de nuestra partida y la responsabilidad que él tenía en las contingencias del viaje como comandante de la nave, a lo que él contestó que no había peligro alguno, por lo cual nos embarcamos.

"6º Partimos de Caucayá a las nueve a. m. aproximadamente, con escasa visibilidad, y volando sobre nubes; como a la hora de vuelo el Capitán Bernal me dijo que se veía El Encanto lugar situado sobre el Río Caraparaná, afluente del Putumayo, y distante más o menos treinta (30) kilómetros de éste, es decir no volábamos sobre el río Putumayo.

"7º De este lugar en adelante el Capitán Bernal tomó rumbo por la brújula directo a Tarapacá, por lo cual el piloto se apartó francamente del río Putumayo, ya que éste forma allí una amplia curva, internándose así sobre territorio peruano.

"8º Más o menos después de una hora de volar sobre la selva en estas condiciones, yo me alarmé y acercándome a la cabina del piloto le insinué que buscara el río Putumayo, toda vez que volábamos sobre la selva con flotadores y el trimotor no tenía gasolina sino para cuatro horas de vuelo, y ya llevábamos tres.

9º El Capitán me manifestó que no sabía si volaba al Norte o al Sur del río Putumayo; yo le insinué que tomara rumbo al Norte, pues encontraríamos el río Putumayo o al Caquetá, pero el piloto me dijo que era mejor al Sur, pues podríamos encontrar al Amazonas o al Putumayo, por lo que le manifesté que lo importante era buscar cualquier río ya que sólo teníamos gasolina para menos de una hora de vuelo.

"10º El piloto Capitán Bernal modificó el rumbo hacia el Sur, pero volando muy bajo y con buena visibilidad; volamos cerca al Río Amazonas, pues la maestra de Puerto Nariño oyó el ruido del motor y creyó se trataba del avión correo, por lo cual bajó a Leticia, hasta que el piloto divisó un río (el Puritú) y lo siguió volando por encima de él, buscando —al parecer— un sitio para acuatizar; llevábamos ya las cuatro horas de vuelo y estando a una altura aproximada de ciento cincuenta metros (150 metros) sobre la selva, a la una y cuarenta minutos de la tarde, se pararon **simultáneamente** los tres motores del avión, al mismo tiempo que el piloto decía "agárrense que vamos a arborizar" y la máquina chocó con una ala en una ceiba, siguiendo una serie de golpes hasta quedar inmóvil y destrozada, sufriendo los pasajeros serias lesiones, habiendo caído en territorio brasileño.

"11º Los aparatos de radio de la base de Tarapacá se encontraban dañados y por lo mismo no existía comunicación alguna entre el avión y las bases terrestres, quedando en esta forma el vuelo sin control y sometido únicamente a los aparatos que llevaba el avión trimotor número 643.

"12º No solamente se hallaba dañado el aparato de la base de Tarapacá, sino que el del barco allí estacionado estaba desmontado y estos hechos eran conocidos por las autoridades militares correspondientes y por lo mismo era imprudente y culposo el ordenar en tal forma viajes sobre la selva, mucho más teniendo conocimiento del cambio de motores que había sufrido el trimotor militar número 643.

"13º Por normas establecidas terminantemente, tanto para la aviación civil, como para la militar, cuando se vuela en aparatos con flotadores debe **siempre** hacerse sobre corrientes de agua que permitan el acuatizaje en cualquier momento; y esta norma obligatoria tenía que ser conocida por las autoridades militares y era de estricta observancia para el piloto.

"14º Las máquinas militares, de propiedad del gobierno de Colombia, que hacen el recorrido en el Sur de la República no están equipadas con los aparatos técnicos indispensables para el vuelo sobre la selva y se carece de bases terrestres que permitan orientar a los aviones, por lo cual es de mayor observancia la norma de volar siempre sobre una corriente de agua.

"15º Las cartas geográficas levantadas de esas regiones del Sur, son aproximadas y por lo mismo el piloto tiene mayor obligación de volar en todo momento sobre el río, cosa que en el presente caso no fue observada.

"16º Como consecuencia del accidente sufrí gravísimas lesiones que me imposibilitan de por vida, tanto para la vida civil, como para la militar, quedándome defectos funcionales irreparables y permanentes.

"17º El día veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos cuarenta (1940) fui ascendido al grado de Coronel del Ejército de Colombia, por medio del Decreto Ejecutivo número 2292 de fecha veintiuno (21) del mismo mes y año, ascenso que fue confirmado por el Senado de la República en su sesión del tres (3) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

"18º Con motivo de las gravísimas lesiones que sufrí en el accidente del avión militar, trimotor 643, quedé imposibilitado para obtener el ascenso al grado de General, a que tenía derecho, por haber llenado todos los requisitos exigidos al respecto.

"19º Con fecha primero (1º) de abril del presente año, fui retirado del servicio del Ejército de Colombia, por "incapacidad absoluta y permanente para la vida militar y civil".

"20º El accidente del trimotor militar 643 y en el cual sufrí las lesiones que me aquejan, se debió a faltas técnicas, a imprevisión, y a claras violaciones de las normas que rigen la aviación, imprevisiones, faltas y violaciones cometidas por agentes del Gobierno de la República, en ejercicio de funciones correspondientes a sus cargos oficiales".

Con base en la relación anterior y en el Título 34 del Código Civil pidió el Coronel Collazos Quintana que se declare a la Nación colombiana civilmente responsable del accidente aéreo ocurrido en la fecha conocida; y que como consecuencia se condene a la misma entidad al pago de los perjuicios materiales y morales que sufrió, de los cuales hizo una estimación de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda corriente.

— II —

El Tribunal del conocimiento, en su fallo de 5 de junio de 1944 declaró la responsabilidad del Estado en el mencionado siniestro aéreo; condenó **in abstracto** al pago de los perjuicios materiales y morales objetivados disponiendo que se liquidaran de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial; negó las demás súplicas de la demanda; declaró no probadas las excepciones aducidas por la parte demandada; y por tratarse de la Nación se abstuvo de condenar en costas.

Respecto a la anterior decisión salvó su voto el Magistrado doctor Antonio José Prieto, quien estimó: "En todo caso, la sentencia que tocaba pronunciar, sería para declararse incompetente el Tribunal o para absolver a la Nación ante el derecho común por improcedencia de la acción".

El fundamento de las observaciones del Magistrado disidente es el de que los oficiales del ejército nacional están protegidos por un estatuto especial que cubre los riesgos inherentes al servicio, que, de acuerdo con las disposiciones de la ley y los reglamentos deben prestar en el ejercicio de sus funciones; y que estas normas de carácter excepcional son, entre otras, las leyes 71 de 1915 y 75 de 1925, las cuales establecen las causales de retiro para los miembros del ejército y señalan las prestaciones a que en tales casos tienen derecho; lo que en concepto de aquel Magistrado excluye el ejercicio de la acción de derecho común para exigir del Estado las indemnizaciones a que dan lugar los accidentes de que son víctimas tales empleados.

Reiteradamente ha expresado la Corte que las reglas especiales de que se trata y otras de índole semejante, dictadas en favor de los empleados públicos deben interpretarse en el sentido de que los beneficios en ellas señalados sólo instituyen un mínimum del reconocimiento que puede demandarse del Estado en caso de accidente, lo que implica que quedan abiertas las vías del derecho común para exigir del mismo el pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos. De acuerdo con esta interpretación debe entenderse igualmente que si el valor del daño declarado jurisdiccionalmente es superior a la cuantía de los reconocimientos que las leyes especiales establecen se harán las deducciones correspondientes, pues el patrimonio nacional no deberá en ninguna forma estar sujeto a un doble pago por el mismo hecho.

Este criterio será el que se seguirá en el presente negocio si se llegare a la conclusión de que el Estado colombiano es responsable por los perjuicios que ha demandado el señor Coronel Collazos.

— III —

No cabe duda alguna respecto a la ocurrencia del hecho que da origen al litigio, ni tampoco a la circunstancia de que el siniestro fuera causado por un avión de propiedad del ejército de Colombia, operado por funcionarios del mismo, en el cual viajaba en funciones del servicio y por disposición de las autoridades competentes el señor Coronel Collazos. Todo esto está acreditado con documentos de origen oficial y con otras pruebas que en el proceso existen, y que no han sido contradichas.

En relación con la causa que determinó el accidente el Tribunal, en el fallo recurrido, se expresa de la siguiente manera:

"De lo expuesto, surge la culpa del demandado, consistente en el mal funcionamiento del servicio de aviación militar y en la imprudencia de ordenar el vuelo y de iniciarlo en malas condiciones

atmosféricas, sin comunicación radiotelegráfica entre la nave y la base de llegada, y en la falta de pericia del piloto que se extravió de la ruta y fue a caer a un sitio distinto a su destino y después de haberse consumido la gasolina que llevaba la máquina".

Estas conclusiones las dedujo el sentenciador especialmente de las declaraciones rendidas por los doctores Gómez y Bueno Cabrera, testigos presenciales del suceso, quienes depusieron que antes de embarcarse en el avión el Coronel Collazos hizo presente al piloto Bernal las malas condiciones atmosféricas reinantes manifestándole éste que no había peligro para emprender el vuelo y que asimismo el referido Coronel se acercó varias veces durante el viaje a la cabina del piloto para llamarle la atención acerca del hecho de que el trimotor se encontraba extraviado de la ruta y que la gasolina estaba para terminarse por haber volado cerca de cuatro horas, que era el límite de consumo calculado; y que además, no existía comunicación con Tarapacá, pues la estación de este lugar no daba respuesta a las llamadas que se le dirigían desde el avión. Los mismos testigos y el señor Sixto López Lleras declaran igualmente que a eso de la una y cuarenta minutos de la tarde la máquina cayó sobre la selva, en territorio brasilero, una vez que los motores se apagaron.

En esta segunda instancia y a petición del señor Procurador Delegado en lo Civil, se produjo la declaración del Capitán Jorge A. Bernal R., quien ratificó el informe que en calidad de piloto de la nave 643 rindió el 29 de abril de 1941 a la Dirección General de Aviación.

De tal documento se desprende con toda claridad que el origen del accidente consistió en las condiciones atmosféricas adversas para el vuelo, en la falta de comunicación radiotelegráfica entre el trimotor y la base o en un probable agotamiento del combustible que determinó la falla de los motores. Cualquiera de estas causas o la concurrencia de algunas es suficiente para imputar falta del Estado en el funcionamiento del servicio de aviación militar conforme lo resolvió el Tribunal.

En su vista fiscal, el señor Procurador Delegado en lo Civil encuentra que con las pruebas relacionadas en el expediente se ha acreditado con toda claridad que el Coronel Collazos fue designado Comandante de la Sexta Brigada, y en tal carácter solicitó un avión para inspeccionar la guarnición del Sur; que se puso a su disposición el trimotor 643, quedando esta máquina a sus órdenes y pudiendo el Coronel Collazos fijar así el itinerario del vuelo. Deduce de esto que cualquier irregularidad en el curso del mismo se debía directa o indirectamente a las instrucciones impartidas por el propio Coronel Collazos y agrega: "Si el Coronel Collazos consideró que había malas condiciones atmosféricas como indican varios testigos, y a pesar de ello autorizó el viaje, incurrió, sin duda, en culpa. Y si también ordenó el vuelo sin consultar previamente las condiciones atmosféricas del sitio de llegada, o si no se cercioró previamente de que estuvieran en buen funcionamiento los aparatos de radio del avión, y de la estación de llegada, incurrió igualmente en culpa. Esto es: la culpa que se imputa a la Nación se confunde prácticamente con la culpa del mismo demandante, puesto que el avión estaba a las órdenes del Coronel Collazos y éste debía fijar el itinerario. En consecuencia, considera la Procuraduría que la demanda del Coronel Collazos no puede prosperar; la culpa que pudiera imputarse a la Nación es igualmente imputable al demandante; y la culpa de la víctima, en este caso del demandante Coronel Collazos, exime de responsabilidad a la parte demandada en los juicios de culpa extracontractual como el presente".

Para la Corte no es esto así, pues aunque la nave con la cual se produjo el siniestro estaba a las órdenes del Comandante de la Brigada y debía viajar de acuerdo con el itinerario que éste designara, según certificación de la Dirección General de la fuerza aérea visible al folio 10 v. del cuaderno número 5, es obvio que el mencionado oficial no tenía mando sobre la misma ni intervención ninguna en el manejo del avión, y mucho menos control sobre los elementos propios del servicio como son las comunicaciones radiotelegráficas, provisión de combustible, etc., de manera que las observaciones de la Procuraduría carecen de todo fundamento y no puede hablarse de una culpa del Coronel Collazos, quien viajaba en calidad de pasajero, no obstante que el trimotor estuviera a órdenes suyas.

— IV —

Con documentos oficiales y con otras pruebas incontrovertibles resulta demostrado que el demandante sufrió graves lesiones en el accidente, consistentes en la fractura del cuerpo de la primera vértebra lumbar, "con aplastamiento y ligero desalojamiento anterior", que produjeron

los trastornos fisiológicos de que da cuenta la pieza visible al folio 1º v. del cuaderno número 5; que no obstante el tratamiento a que fue sometido en el país y de dos operaciones practicadas en los Estados Unidos, a donde fue enviado por el Gobierno Nacional, no se ha obtenido mejoría apreciable; y, finalmente, que las lesiones orgánicas y psíquicas son de tal naturaleza graves que constituyen "inhabilidad absoluta y permanente para toda clase de trabajo...".

Ahora bien, en la sentencia de primer grado se reconoció el derecho a obtener la reparación por el daño material sufrido, así como el correspondiente al carácter moral objetivado, y sobre el particular se pronuncia el Tribunal diciendo que "la invalidez absoluta para algunas funciones de la vida civil y conyugal que afectan permanentemente al Coronel constituyen un perjuicio moral objetivado, susceptible de estimación pericial, cuya cuantía debe ser establecida conjuntamente con la del daño material, en la ejecución de la sentencia".

La parte recurrente, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, observa que en el proceso no figura la demostración del daño moral objetivado y que el detrimento patrimonial por el cual se querella el Coronel Collazos consistente en la invalidez absoluta para toda actividad productiva — en cuanto se concreta a la pérdida de los sueldos que devengaba como oficial del Ejército — constituye un daño de índole material y no moral.

Para acoger las tesis de la Procuraduría, la Sala tiene en cuenta que en los hechos de la demanda con que el juicio se inició (ords. 16 a 19) sólo se hizo mención de los perjuicios derivados de la situación de retiro impuesto al demandante por causa de su incapacidad y del hecho de haber quedado imposibilitado para ascender al grado de General.

En este caso, pues, no cabe hablar de que se hubiera conformado un perjuicio moral objetivado ya que el punto no se propuso como acción ni se acreditó su existencia.

También erró el Tribunal cuando denegó el resarcimiento por el perjuicio moral subjetivo "toda vez que la reputación social y el honor de tan distinguido militar salieron acrecentados del referido accidente". Semejante tesis no puede compartirla la Sala, ya que considera — conforme a repetida jurisprudencia suya respaldada ampliamente por la autoridad científica de todos los autores que se han ocupado del tema — que el daño moral subjetivo se configura en todo evento en que un hecho delictuoso o culposo es susceptible de producir una pena o aflicción moral sin que sea necesario que al dolor se sume un agravio a los sentimientos sociales de la víctima ya en su reputación o su honor. Era obvio, por tanto, que el Coronel Collazos a consecuencia del accidente experimentara un sufrimiento moral por la situación en que quedó a causa de las heridas y sus consecuencias, y que este perjuicio debía serle indemnizado. Mas, como contra la resolución adversa del Tribunal en este punto no se interpuso recurso alguno por el interesado y la segunda instancia sólo se surte en favor de la parte que la promovió mediante el recurso de apelación, la Corte está imposibilitada para modificar esta parte del fallo, el cual deberá mantenerse no obstante lo dicho sobre la procedencia de la acción a título del daño moral subjetivo.

Como atrás se vio, la reparación del daño de carácter material se concreta al reconocimiento de los sueldos o prestaciones futuras que hubiera podido obtener el Coronel Collazos de acuerdo con el grado militar que tenía a la época del accidente y el que hubiera podido alcanzar después conforme a las leyes y reglamentos sobre la materia de no haber sobrevenido la calamidad que sufrió. En el presente caso el daño futuro tiene, a juicio de la Corte el carácter de cierto, habida la circunstancia de que por una parte las leyes militares señalan las condiciones de ascenso de los oficiales y de otro lado, dadas las probanzas existentes sobre las brillantes cualidades del Coronel Collazos, es de presumir que hubiera alcanzado el justo ascenso a que tenía derecho por sus méritos.

Observa la Procuraduría — después de expresar su asentimiento a las doctrinas de la Corte en cuanto permiten que en casos como los del litigio pueda ejercitarse la acción de derecho común sin perjuicio de las indemnizaciones establecidas por leyes especiales — que no hay lugar a decretar aquí resarcimiento alguno por no haberse demostrado previamente que su cuantía es superior al valor de lo que recibió a título de sueldo de retiro y de recompensa, según reconocimientos administrativos hechos por la Caja de Sueldos de Retiro y el Consejo de Estado.

Bien se comprende lo infundado del reparo con sólo pensar en que precisamente la acción jurisdiccional de que la Corte se ocupa tiene por ob-

jeto demandar le plena indemnización de los perjuicios y que éstos sean determinados en una cantidad líquida de dinero, de donde resultaría extraña desde todo punto de vista la exigencia de una previa estimación de los mismos para poder decretarlos.

Manteniéndose, como debe mantenerse la decisión del Tribunal respecto al resarcimiento del daño material, la Corte señala las siguientes bases para ajustar a ellas su fijación mediante el procedimiento legal competente.

Las operaciones de liquidación se harán teniendo en cuenta:

a) El valor del sueldo de actividad de que goza un coronel del Ejército; b) La época en que, de acuerdo con las leyes militares ha debido otorgarse al demandante el grado de General; c) El tiempo en que, según las mismas disposiciones habría permanecido en actividad con el carácter de General; d) La época en que por edad habría pasado a la situación de retiro; y e) Las asignaciones correspondientes a un General en servicio activo y las que se cubren a los oficiales retirados con el mismo grado, hasta el término de la vida probable del Coronel Collazos.

De la cantidad que resulte, deberá descontarse lo percibido por el demandante a título de sueldo de retiro y de recompensa hasta que se haga la liquidación definitiva.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia objeto del recurso en sus ordinales 1º y 2º, así:

1º—La Nación colombiana es responsable civilmente de los perjuicios materiales sufridos por el coronel Gabriel Collazos Quintana en el accidente de aviación ocurrido el 22 de abril de 1941 cuando el trimotor 643 cayó sobre la selva amazónica, a inmediaciones del río Puritú.

2º—Condénase, en consecuencia a la Nación a pagarle los mencionados perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases indicadas en la parte motiva del presente fallo. Confírmase en todo lo demás.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario en propiedad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA Y DE PAGO DE PERJUICIOS.

1.—Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan constatarse por los sentidos.

2.—Conforme al artículo 632 del C. J. hacen plena prueba las copias de documentos auténticos; mas no exige el artículo que tales copias hayan de ser forzosamente en manuscrito, por lo cual no quedan excluídas las copias en máquina ni la reproducción fotográfica o en imprenta. Basta la intervención del funcionario que garantice la sinceridad y verdad de la copia. Esta tesis no contradice, en el caso actual, la que en otras ocasiones ha sostenido la Corte, consistente en que, por regla general, los folletos o publicaciones no son medios legales de prueba.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre treće de mil novecientos cuaretna y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleutèrio Serna R.)

El doctor Carlos H. Pareja, obrando como apoderado del señor Alfonso Jiménez Béjar, promovió demanda ordinaria contra la Nación para que se le condenara a pagar a su poderdante los perjuicios morales subjetivos, morales objetivados y materiales que éste sufrió como consecuencia del deplorable suceso de que fue víctima el día 30 de junio de 1941, cuando a órdenes del Teniente Hurtado hallábase "en práctica de gimnasia en el picadero de la Escuela Militar".

Previas las ritualidades propias de la primera instancia, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá profirió sentencia, en la que declaró a la Nación como responsable del accidente, y la condenó a pagar $ 1.500 por concepto de perjuicios morales subjetivos. En cuánto a los morales objetivos y materiales, la condenación se hizo **in genere.**

Habiéndose notificado la sentencia, solo el representante de la entidad demandada interpuso apelación, recurso que dió lugar a esta segunda instancia, preparada ya para el fallo definitivo.

Los hechos básicos de la demanda, son los siguientes:

1º Mi poderdante fue dado de alta, como cadete de la Escuela Militar de Cadetes, después de haber cumplido los requisitos reglamentarios, el día 8 de febrero de 1940, por medio del Decreto ejecutivo Nº 226 de esa fecha, publicado en el "Diario Oficial" Nº 24.295 de 17 del mismo mes y año.

"2º Desde muy joven mi poderdante sintió marcada vocación por los estudios militares y su única aspiración fue seguirlos; haciendo toda clase de sacrificios, por ser persona pobre, se proveyó de todos los elementos indispensables y llevó a cabo los estudios previos requeridos para ser admitido a la carrera militar, como en efecto lo fue.

"3º En la Escuela cursó los estudios reglamentarios y aprobó los cursos 2º y 3º del año general, correspondientes respectivamente al 5º y 6º años del Bachillerato oficial, observando siempre buena conducta.

"4º Todo auguraba un seguro porvenir a mi poderdante en su carrera militar, cuando el día 30 de junio de 1941 ocurrió el accidente que ocasionó a mi poderdante incapacidad física permanente, al rompérsele la columna vertebral, truncando su carrera militar.

"5º Según lo relata el Coronel Director de la Brigada de Institutos militares, en el informe Nº 435 de 11 de agosto de 1941, el accidente ocurrió así: el citado día 30 de junio de 1941, hallándose el Cadete Jiménez Béjar a órdenes del Teniente Israel Hurtado en práctica de gimnasia en el picadero de la Escuela Militar, ejecutando un salto profundo "el cadete Jiménez Béjar, después de que habían ejecutado el ejercicio los otros cadetes de la Sección, manifestó al Teniente Hurtado que

le dolía la cintura, actitud que el Teniente interpretó como una manifestación de miedo por parte del cadete y creyéndose en la obligación de ayudarlo a dominar el miedo, le ordenó que ejecutara el ejercicio".

"6º A consecuencia del accidente, mi poderdante sufrió la fractura de la 2ª vértebra lumbar, permaneció sufriendo grandes dolores e incomodidades durante 218 días en el Hospital Militar Central; y luego duró casi todo un año, desde el 20 de febrero de 1942 hasta el 11 de diciembre de 1942 en la enfermería de la Escuela Militar, declarándosele incapacitado absolutamente para la carrera militar y para toda clase de actividades que requieran recargo físico.

"7º Le quedó, además, un defecto físico de carácter definitivo (xifosis de la región lumbar correspondiente).

"8º El accidente y sus consecuencias alteraron enormemente su psiquis quitándole el ánimo para trabajar, volviéndolo triste y apático y limitando apreciablemente su inteligencia. A causa de estas desfavorables circunstancias, le ha sido imposible seguir otra carrera —pues carece de vocación para otra— así como tampoco ha podido lograr trabajo alguno remunerador.

"9º El ejercicio que el Teniente Hurtado ordenó al cadete Jiménez Béjar ejecutara estaba fuera del programa autorizado por el Capitán Comandante del Curso General de la Escuela Militar.

"10. Además, "tales ejercicios no están autorizados por la Directiva de Instrucción dada por la Dirección de la Escuela que, por el contrario, los prohibe por hallarse muy distantes de los métodos modernos de gimnasia" (según informe de 9 de agosto de 1941, del Mayor Oficial de Sanidad).

"11. El Teniente Hurtado que, por negligencia, descuido o culpa ocasionó el accidente, obró como agente del Estado, dentro de sus funciones habituales, aunque violando un reglamento, a ciencia y paciencia de las autoridades superiores de la organización. El caso ocurrió "en el servicio y por causa del mismo".

"12. Los médicos militares mismos han dictaminado que "no es posible juzgar sobre las consecuencias que se le pueden presentar en el futuro" "siendo muy posible que necesite una intervención para evitar el desarrollo de una xifosis". Lo que en efecto ocurrió".

Concepto del señor Procurador

"La **culpa.** En este litigio se imputa culpa a la Nación por ser élla responsable de la conducta y actividad de sus propios funcionarios, esto es, que la responsabilidad de la Nación depende de la culpa en que hubiera podido incurrir el teniente Israel Hurtado al ordenar al señor Jiménez Béjar ejecutar el salto profundo en desarrollo del cual sufrió la fractura de la columna vertebral.

"Los hechos culposos que se imputan al Teniente Hurtado son, en síntesis, dos: ordenó al señor Jiménez Béjar ejecutar el salto profundo que ocasionó el accidente a pesar de que aquel le había manifestado que tenía un fuerte dolor en la espalda; y hacer ejecutar a sus compañeros ejercicios de salto que no estaban autorizados por los respectivos reglamentos.

"La primera imputación desaparece desde el primer momento si se considera que no se trajo al expediente ninguna prueba tendiente a demostrar que, efectivamente, el señor Jiménez manifestara al Teniente Hurtado que tenía un dolor en la espalda que le imposibilitaba para efectuar el salto profundo de que se trataba. Por el contrario, las declaraciones de los señores sub-brigadier Julio Patiño (f. 12), cadete Francisco Fernández (f. 12v.) y cadete Jaime Buitrago (f. 12v.), conciden en afirmar que a ninguno de ellos les consta que el cadete Jiménez Béjar hubiera pedido permiso al Teniente Hurtado para no ejecutar el salto; ni ninguno de ellos oyó la manifestación, por parte del cadete Jiménez, de padecer, poco antes del salto, un dolor de cintura. Estas declaraciones tienen tanta más fuerza si se considera que los declarantes estaban presentes cuando el cadete Jiménez ejecutó el salto y acudieron a socorrerlo inmediatamente después de la caída.

"Así, pues, el Teniente Hurtado no tenía dato alguno que le permitiera saber que el cadete Jiménez se hallaba en malas condiciones para ejecutar el salto y, en consecuencia, no obró en forma imprudente ni temeraria al ordenarle que saltara.

"Consta, por otra parte, en los autos que el cadete Jiménez Béjar saltó de último entre sus compañeros, es decir, que todos sus compañeros habían ejecutado el mismo salto sin que les hubiera ocurrido nada, lo cual demuestra en forma evidente que el salto en cuestión no era una monstruosidad y un absurdo técnico, como ha querido presentarlo la parte actora".

Pruebas del demandante

En el informativo levantado por orden de la Dirección de la Escuela Militar, constan los siguientes datos:

a) Informe del Teniente Hurtado en el que se expresa que Jiménez Béjar era de buena resistencia física; que el ejercicio que se practicaba consistía en un salto de dos metros para caer luego en un piso de aserrín; que ejercicios similares se habían efectuado antes sin resultado desfavorable alguno.

b) Informe o instructiva del damnificado, cuya es la relación que se transcribe a continuación:

"1º Mi Teniente Hurtado me ordenó que me botara de la viga del picadero y yo cumplí la orden. 2º En el momento de soltarme de la viga el cuerpo se me balanceó un poco en el aire, circunstancia que hizo que al caer a tierra lo hiciera con el peso del cuerpo un poco hacia atrás. 3º Ese día antes del ejercicio me sentía un poco adolorido de la cintura, motivo por el cual le pedí a mi Teniente que me excusara del salto, excusa que no me concedió, sino por el contrario me dijo que no fuera cobarde y me ordenó que hiciera el salto, orden que cumplí. 4º Cuando yo caí al suelo hice esfuerzo por levantarme, pero no podía; en vista de esto, mi Teniente Hurtado les ordenó a unos cadetes que me echaran agua con una manguera para ver si reaccionaba". Narra después cómo por su incesante solicitud, el Teniente resolvió que lo condujeran a la enfermería.

c) Nuevo informe del Teniente en que explica cómo él ignoraba que el cadete, antes del salto, estuviese enfermo. Dice que él lo animó para que hiciese el ejercicio y que después, creyendo que se trataba de alguna novedad en las extremidades inferiores, lo levantó, le ayudó a dar unos pasos y luego dispuso que lo llevaran a la enfermería.

d) Testimonio o informe del sub-brigadier Julio Patiño y de los cadetes Francisco Fernández y Jaime Rubiano en que absuelven este cuestionario:

"1º Le consta a Ud. que el cadete Alfonso Jiménez Béjar le pidiera permiso al señor Teniente Hurtado para no hacer el salto en el picadero, porque se sentía enfermo de la cintura? 2º. ¿Qué cuidados tuvo el Teniente Hurtado con el cadete Jiménez inmediatamente después del accidente? 3º Es verdad que el cadete Jiménez después de la caída solicitó repetidas veces que lo condujeran a la enfermería y que el Teniente Hurtado no lo permitió sino hasta cuando el cadete se levantó ayudado por una de las vallas del picadero y cayó en trastorno?".

Patiño dijo que no le constaba lo primero. Al 2º punto contestó: El cadete Jiménez cayó del salto y se levantó él sólo, volviendo a caer desmayado. Una vez en el suelo mi Teniente Hurtado le roció agua en la cara con la manguera del picadero, después me dió orden para que lo llevara a la enfermería". Al punto 3º manifestó no ser verdad lo que allí se le preguntaba.

Al cadete Fernández nada le constaba en relación con el cuestionario ya transcrito.

Rubiano sólo declaró que Jiménez, pasado el accidente, caminó algunos pasos y volvió a caer al suelo; que el Teniente Hurtado ordenó rociarle agua, y llevarlo en seguida a la enfermería.

e) Informe del oficial de sanidad en el que se describen las condiciones del enfermo, se da a conocer el diagnóstico, la evolución de la enfermedad y se explican las causas por las cuales no era aconsejable, en esos momentos, una radiografía del paciente.

Culmina el informativo con este concepto:

"Con las diligencias llevadas a cabo, el suscrito oficial de detall considera cumplida la orden de la Dirección de la Escuela y deduce del presente informativo el siguiente concepto: a) Que el accidente sufrido por el cadete Alfonso Jiménez Béjar, en la mañana del 30 de junio pasado, durante la instrucción de gimnasia, se debió solamente a la forma defectuosa como fue ejecutado el salto por parte de Jiménez, quien en su calidad de cadete antiguo tiene la preparación física y la instrucción suficiente para practicar, sin inconveniente alguno, ejercicios semejantes al que le ocasionó la caída). b) Los saltos profundos como el que practicaba el señor Teniente Hurtado, en su sección, en el picadero (2 metros de alto sobre piso de aserrín), si bien es cierto que no ofrecen peligro —salvo caso accidental— no están autorizados por la Directiva de Instrucción dada por la Dirección de la Escuela y por el contrario, los consideran muy distantes de los métodos modernos de gimnasia: A todo lo largo de los programas de instrucción dados por el señor Capitán comandante del curso general, no se encuentra que sean recomendados ejercicios semejantes. Son, pues, recursos propios del señor Teniente Hurtado, lo cual merece una censura a sus condiciones y preparación como oficial instructor...".

La copia de este informativo puede estimarse desde un punto de vista formal, como instrumento público; pero en cuanto a su contenido, es preciso apreciarlo a la luz de las disposiciones que gobiernan el régimen probatorio. Así las cosas, el testimonio del Sub-brigadier y los cadetes ya mencionados, no fue recibido con el juramento ritual,

de donde se infiere que carece de eficacia probatoria, judicialmente, aunque como información ante las autoridades militares tenga efectivo valor.

Por una parte, los deponentes no están en el caso de comparecer a declarar en la forma privilegiada de que trata el artículo 678 del C. J., y, por otra, esos informes no son de funcionarios en lo referente al ejercicio de sus atribuciones, al tenor del artículo 632 del mismo código. Ellos se refieren a hechos independientes, cuya constatación se verifica por medio del testimonio.

La instructiva o informe del damnificado, sin juramento, en el proceso civil, en relación con los hechos de la demanda, nada significa dentro de la categoría de las pruebas.

Fuera de estas piezas del informativo, se presentaron oportunamente las siguientes:

Copia del acta de la Junta médica —Dirección General de Sanidad Militar— en la que consta que se verificó un reconocimiento en la persona del cadete; copia del acta de la Junta médica —Dirección General de Sanidad Militar— por la cual se modifica o adiciona la anterior en el sentido de expresar que el cadete quedó inhábil para la carrera militar; copia auténtica del Decreto 554 de 15 de marzo de 1943, por el cual se da de baja al señor Jiménez B.; declaración de los señores Coronel Rubén Galvis, Dionisio Latorre y Enrique Montero, sobre el cambio operado en la psiquis del actor, quien era antes alegre y expansivo y luego se tornó reconcentrado y limitado de espíritu; copia de los exámenes radiográficos practicados al cadete en el Hospital Militar Central.

En primer lugar, anota la Sala que la particularidad de que el cadete hubiera estado o no enfermo antes de la gimnasia, no le quita al hecho el carácter de culposo, pues lo esencial consiste en que el Teniente Hurtado hubiera ordenado un salto profundo no autorizado por los reglamentos.

Como probanza principal figura el informe de que ya se ha hablado.

Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en estas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan constatarse por los sentidos. El Teniente Hurtado ejercía sus funciones oficiales cuando ocurrió el accidente de que se trata, como fluye del informativo sin mediar, de otro lado, impugnación a este respecto por parte del señor Procurador; dio órdenes al cadete Jiménez y presenció la caída funesta de éste.

La parte actora pidió también, durante la dilación probatoria, que se trajera a los autos copia del reglamento de gimnasia vigente en la Escuela Militar de Cadetes el 30 de junio de 1941.

Al efecto, el señor Secretario del Ministerio de Guerra remitió un folleto que contiene dicho reglamento.

Conforme al artículo 632 del C. J., hacen plena prueba las copias de documentos auténticos; mas no exige el artículo que tales copias hayan de ser forzosamente en manuscrito, por lo cual no quedan excluídas las copias en máquina ni la reproducción fotográfica o en imprenta. Basta la intervención del funcionario que garantice la sinceridad y verdad de la copia, fines que se consiguen en el caso actual, sin que el documento, por otra parte, haya sido desconocido por el representante de la Nación. Esta tesis contradice la que en otras ocasiones ha sostenido la Corte, consistente en que, por regla general, los folletos o publicaciones no son medios legales de prueba.

Una tacha podría formularse, y es que el reglamento remitido no aparece en el papel sellado competente, pero tal deficiencia se subsanaría revalidando el papel en la debida oportunidad.

En el Reglamento de que se trata no hay ejercicio como el que produjo el accidente de Jiménez Béjar. De otro lado, como ya se vio, tal práctica gimnástica no era aconsejable.

La relación de causalidad entre la culpa y los perjuicios, según se vé al través de lo que antes se ha dicho, aparece evidenciada.

Perjuicios

Dice el actor en el libelo: "El daño material que reclamo consiste, principalmente, en el truncamiento de la carrera profesional de mi poderdante que era para él un bien material inapreciable".

"El daño moral subjetivo consiste en los dolores, mortificaciones y penalidades que sufrió con motivo del accidente, de su hospitalización y demás circunstancias que he anotado en los hechos.

"Y el daño objetivado surge de la incapacidad actual y futura en que el daño dejó a mi poderdante, y del complejo de inferioridad que padece, que se traduce en una imposibilidad absoluta de subvenir a sus necesidades y asegurar ahora su porvenir".

Certifican los médicos de Sanidad Militar que el señor Jiménez Béjar quedó imposibilitado para la carrera militar.

En lo que respecta a perjuicios de orden subjetivo, estimados en el fallo de primer grado en $ 1.500, dijo, con toda razón, el **a quo:**

"Deduce el actor el perjuicio moral subjetivo de los dolores y mortificaciones que tuvo que padecer a consecuencia de la lesión, y de las demás circunstancias a que se refieren los hechos de la demanda.

"Para el Tribunal es evidente que un joven lleno de ilusiones que de un momento a otro y a consecuencia de un accidente para él inevitable, se ve sometido no sólo al sufrimiento material del dolor y del proceso de curaciones, sino a la depresión psíquica consecuencial por la angustia que todo hombre inteligente debe experimentar ante la posibilidad de ver truncadas sus aspiraciones, temor que se convirtió en realidad cuando fue retirado de la Escuela a consecuencia de la lesión, es lesionado también en su patrimonio moral".

Respecto de perjuicios objetivados, ha dicho la Corte:

"La objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal jurídica en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no material. La enfermedad proveniente de pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y a la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, fácil de determinar" (GACETA JUDICIAL tomo 51 págs. 424).

El señor Jiménez Béjar, según los testimonios que se mencionan en el cuerpo de esta providencia, se sintió deprimido por las consecuencias del accidente, pero no se patentizan en el expediente repercusiones de orden económico que tales afecciones psíquicas produjeran en el patrimonio del damnificado. Así las cosas, para la Sala no existe la comprobación de esta clase de perjuicios.

Con respecto a los perjuicios materiales, en los hechos de la demanda se encuentra lo siguiente:

"Que Jiménez Béjar fue desacuartelado el 28 de febrero de 1943, declarándosele incapacitado; que esta incapacidad truncó su carrera militar (hecho 4º).

Para la liquidación no se tendrán en cuenta los futuros ascensos que pudiera haber obtenido el señor Jiménez en la carrera militar, porque este hecho no se presenta hacia el porvenir con caracteres de certeza probable.

En cambio la Sala fija estas bases:

La edad del demandante, su vida probable, de acuerdo con las Tablas de la Compañía Colombiana de Seguros; su conducta en la Escuela Militar, sus condiciones intelectuales y físicas, el tanto por ciento de pérdida de su capacidad productiva, y lo que normalmente pudiera ganar un joven de las ya conocidas condiciones del señor Jiménez Béjar en un empleo oficial o particular, del cual pudiera obtener la entrada pecuniaria necesaria para su congrua subsistencia.

En mérito de lo discutido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA los ordinales primero y tercero de la sentencia apelada; REVOCA el ordinal segundo, y en su lugar decide:

"Condénase a la misma Nación Colombiana a pagar al demandante Alfonso Jiménez Béjar los perjuicios materiales, provenientes del accidente de que fue víctima.

"Dichos perjuicios se regularán por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. Judicial, y conforme a las bases establecidas en los fallos de primero y segundo grado.

"Absuélvase a la Nación de los perjuicios morales subjetivados".

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Acusación de inconstitucionalidad del artículo 31 de la Ley 6ª de 1945. — Declara la Corte que no hay materia para decidir sobre la acusación del artículo 31 de la ley acusada. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 597

Acusación de inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 84 de 1931 y de los Decretos números 1640 de 1944 y 1962 del mismo año. Se declara que no hay lugar a decidir sobre si es exequible o no el artículo 17 de la Ley 84 de 1931 y el Decreto número 1962 de 1944 y se hacen otras declaraciones. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 601

SALA DE CASACION CIVIL

Recurso de hecho.—Se declara bien denegado el recurso propuesto contra la sentencia proferida en el juicio de separación de bienes intentado por Petrona Aguirre contra Carlos Charry y de que conoció en segunda instancia el Tribunal Superior de Neiva. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 603

Acción de exclusión de bienes de unos inventarios, de reivindicación, etc. —Acumulación de acciones—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario promovido por Guillermo Echeverri R. y Antonio Alvarez Q. contra la sucesión de Miguel Holguín. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 605

Reivindicación.—Interpretación de la Ley 69 de 1946 frente al sistema de la Ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio en cuanto a las enajenaciones hechas por el marido solo antes del 1º de enero de 1933.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario seguido por Evelina Sánchez de Granados contra el Municipio de Santa Rosa de Viterbo, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 611

Mandato.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario promovido por Jorge Enrique Viveros Cano contra la sucesión de Alejandro Viveros Cano, sobre existencia de un contrato de mandato. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 617

Acción petitoria de ilegitimidad de hijos nacidos dentro del matrimonio.—Se abstiene la Sala de conocer y decidir el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, intentado por Rosa Salazar de Matallana, en el juicio ordinario en que se pidió que determinados hijos no tienen la calidad de legítimos. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.... 623

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición hecha en juicio de separación de bienes.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio sobre separación de bienes propuesto por Francisca Barberena de O'Byrne contra su marido Antonio O'Byrne Garcés. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 627

Acción de nulidad de unas escrituras de hipoteca y acción de restitución de bienes. Notificación de títulos ejecutivos a los herederos del causante.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Jorge y Magdalena Campuzano Rivadeneira contra el doctor Manuel A. Iriarte sobre

Págs.

nulidad de unas hipotecas. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 630

Solicitud del exequatur de una sentencia extranjera.—Declara la Sala que debe darse cumplimiento a la sentencia del Tribunal Superior de Panamá en el asunto a que ella alude. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 636

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario seguido por Ester Julia Cano de Sánchez contra Feliciano Ríos y Juan Ramón Sánchez, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 638

Acción sobre uso de las aguas de un río y de indemnización de perjuicios. — Actuando la Corte como Tribunal de instancia revoca la sentencia del Tribunal Superior de Medellín y absuelve al Municipio de Bello de los cargos que le formuló el actor Nicolás Sierra sobre derecho a las aguas de un río. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 644

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Alejandro Méndez contra Carlos J. Ramírez, Irene Ramírez y otros, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 650

Acción reivindicatoria—Se rechaza el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario promovido por Tránsito León de Mora contra Ricardo Mora y el Municipio de Bogotá, sobre reivindicación, promovido el recurso por la parte actora, y no se casa esa sentencia. Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez 652

Separación de bienes.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por Georgina Gutiérrez de García contra Maximino García, sobre simple separación de bienes. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 654

Acción sobre pago de una suma de pesos.— Interrupción civil de la prescripción. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Alicia van Arcken Mallarino contra la sociedad colectiva Pedro A. López & Cía. para el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 658

Reivindicación.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en el juicio ordinario promovido por Noemí Cruz de Constaín contra Jesús María y Aníbal Ocampo y Roberto Pérez sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 662

Acción de nulidad de un testamento.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario promovido por María del Carmen Múnera contra Teodora Lotero v. de Múnera sobre nulidad de un testamento. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 664

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido por Justa Páez de Garzón contra María Adela Díaz de Díaz sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez..... 668

Acción principal de nulidad de un contrato y de reivindicación. — Nulidad. — Inoponibilidad.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Belén López de Quintero contra Francisco Luis Quintero sobre nulidad de un contrato y reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 674

Acción para la entrega de unos objetos transportados por una compañía de aviación o de su valor según tasación pericial, de indemnización de perjuicios materiales y morales, etc.—Limitaciones al principio de la libertad de contratación.—Obligación de

Págs.

seguridad en el contrato de transporte.— Cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte. — Caso fortuito.—Contrato de fletamento. — Contrato de pasaje. Carta de pasaje. — Dictamen pericial. — Error de derecho.—Apreciación del dictamen pericial. — La indemnización de perjuicios en el contrato de transporte—Inacumulación de la responsabilidad contractual y de la delictual.—Costas.—Gastos del juicio.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla proferida en el juicio ordinario promovido por Farid Cajale como cesionario de todos los derechos de los herederos de Wasfi Mabardi, contra la Sociedad Colombo - Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), sobre indemnización de perjuicios materiales y morales por un accidente de aviación. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 684

Acción sobre entrega de unos bienes raíces. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario seguido por Jesús A. López contra Gustavo Mejía A. sobre entrega de unos bienes raíces. Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 725

Acción de recobro.—Técnica de casación.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario seguido por Alfonso y Mariano Zuluaga contra Antonio J. Zuluaga sobre dominio de una finca. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 729

Naturaleza del recurso de casación en derecho procesal civil.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por los herederos de Jesús Eastman contra la Compañía Prospectora del Supía y contra Rafael Giraldo sobre restitución de bienes y pago de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 734

Reivindicación.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali dictada en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Bernardino Roa contra Juan Antonio Rojas. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 738

Reivindicación. — Identificación de lo reivindicado—Inspección ocular.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Gregorio Vanegas contra Juan Mejía sobre reivindicación. — Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 740

SALA DE CASACION PENAL

Alcoholismo crónico.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a José Cayetano Guavita por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 746

Colisión de competencia.—Abuso de confianza. — Se dirime una competencia entre el Juez Penal del Circuito de Armenia y el 1º del Circuito Penal de Ibagué. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 750

Se declara cesado el procedimiento por los hechos imputados contra los Magistrados del Tribunal de Pamplona. Magistrado ponente; Dr. Domingo Sarasty M. 752

Delito de homicidio. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida en la causa contra Segundo Pepinosa por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 755

Curaduría ad litem en materia civil y penal. Resuelve la Sala negar la reposición pedida contra el auto dictado en la solicitud de extradición formulada por la Embajada del Ecuador. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 760

Aviso de iniciación del sumario—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá por la cual se declaró cesado todo procedimiento contra la doctora Rosa Rojas Castro por supuestas infracciones penales. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 762

Págs.

Nombramiento de peritos. — Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo en favor del doctor Jorge Isaac Castro. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 765

Homicidio—Causal 2ª de casación.—Causal 5ª No se casa la sentencia del Tribunal de Pamplona proferida en la causa contra Domingo Antonio Escalante por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 768

Aplicación de las sanciones de la ley penal al delincuente—Personalidad del delincuente. — Circunstancias de mayor o de menor peligrosidad. — Condenaciones anteriores. La falta de ilustración.—La buena conducta anterior.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja dictada en la causa contra Agustín Barrera Niño por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 774

Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. — Doctrina de la responsabilidad social del Código nuevo.— Su oposición a la doctrina de la responsabilidad moral del Código derogado.—No se casa la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo proferida en la causa contra Cupertino Gutiérrez por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 779

Los estados emocionales como circunstancias modificadoras y de peligrosidad. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en la causa contra Antonio Galindo Jiménez por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 782

Colisión de competencia militar—Resuelve la Sala que es a la Justicia Penal Militar a la que corresponde el conocimiento de las diligencias seguidas contra un Teniente del Ejército por detención arbitraria. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 787

La causal 3ª de casación.—El auto de proceder—Causal 2ª—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta proferida en la causa contra José Barrientos Gómez por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 793

Concurso material de concursos ideales—Violencia carnal e incesto—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa contra José Epifanio Pescador Largo por los delitos de violencia carnal e incesto. Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 799

El desistimiento en el ramo penal. — No se admite el desistimiento hecho por el apoderado del reo en la causa seguida ante el Tribunal Superior de Ibagué contra Carlos Perdomo o Carlos Pérez o Demetrio Betancourt Cardona por robo. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M. 803

Teoría del concurso de delitos y del sistema de sanción. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán proferida en la causa contra José Lino y Manuel Antonio Solarte por homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 805

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Consulta de las sentencias—Se decide la continuación del juicio seguido por la Comunidad de "Cándelaria o Condueños" ante el Tribunal Superior de Santa Marta contra la Nación sobre dominio de unos terrenos. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 812

Recurso de súplica.—Consulta de las sentencias que imponen obligaciones a cargo de las entidades de derecho público.—Se confirma el auto anterior suplicado. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 814

Incidente sobre liquidación de perjuicios.—Se reforma una parte y se confirma otra del auto recurrido del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Inés Rodríguez v. de Salgado contra la Nación sobre perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock..... 816

Págs.

Acción de nulidad de unas resoluciones ejecutivas y de devolución de una suma de dinero.—Se confirma el auto recurrido en el juicio seguido ante el Tribunal de Cartagena por Alejandro Saravia Romero contra el Departamento de Bolívar sobre nulidad de unas resoluciones ejecutivas. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 824

Auxilio de cesantía.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio seguido por Carlos Pérez Aguirre contra la Nación sobre reconocimiento de un auxilio de cesantía. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock 828

Acción de nulidad de una obligación y de pago de una suma de dinero.—Nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción.—Se anula lo actuado en el citado juicio seguido ante el Tribunal Superior de Bogotá por Juan N. Gómez W. contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 830

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R. y Germán Alvarado sobre el auto anterior 833

Asuntos referentes al contrato de trabajo—Se dispone remitir al Tribunal Supremo del Trabajo el juicio ejecutivo seguido ante el Tribunal Superior de Ibagué contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 836

Recurso de súplica. — Pruebas constantes en otros procesos.—Se mantiene el auto suplicado en el negocio a que se refiere el auto de la Sala. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 838

Acción de indemnización de perjuicios. — Se confirma en parte y se revoca en lo demás la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio ordinario seguido por Luis Alfredo García Bueno contra la Nación sobre indemnización de perjuicios por un accidente automoviliario. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 841

Acción de indemnización de perjuicios por accidente de aviación. — Se revoca la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Antonio María Rodríguez y Rosa Rocha de Rodríguez, por medio de apoderado, contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Doctor Eleuterio Serna R. 847

Acción de responsabilidad civil por accidente ferroviario.—Se confirma la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Betsabé Moncada de Pérez contra el Departamento de Antioquia sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 852

Honorarios de peritos.—Se dispone que cada parte atienda al pago de su respectivo perito en el juicio a que se alude en este auto. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 856

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleo.—Se decide que no es fundada la oposición hecha en el juicio sumario promovido por Camilo Gutiérrez G. sobre exploración de petróleos.—Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 860

Acción de cumplimiento de un contrato.—Requerimiento. — Se confirma la sentencia apelada proferida en el juicio seguido ante el Tribunal de Medellín por Rubén Escobar contra el Departamento de Antioquia sobre cumplimiento de un contrato. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 865

Acción de indemnización de perjuicios por un accidente ferroviario.—Culpa contractual y culpa aquiliana. — Se revoca la sentencia apelada en el juicio seguido ante el Tribunal Superior de Bogotá por Luis María Landínez Durán contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 868

Prestación de servicio público.—Se revoca el auto apelado en el juicio seguido ante el Tribunal Superior de Bogotá por el doctor Rafael Durán Trujillo como apoderado de

Págs.

Silvano Parra R. contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 876

Acción de responsabilidad civil por accidente automoviliario.—Influencia del proceso penal sobre el civil.—Se confirma la sentencia recurrida proferida en el juicio seguido ante el Tribunal Superior de Medellín por Francisco Castrillón y Anais Londoño de Castrillón contra el Departamento de Antioquia sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 878

Pensiones de carácter administrativo.-Se confirma el auto apelado del Tribunal Superior de Pasto sobre reconocimiento de una pensión al doctor Nemesio Rincón. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda..... 881

Págs.

Acción de indemnización de perjuicios por un accidente de aviación. — Se reforma la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por el Coronel Gabriel Collazos Quintana contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda 883

Acción de responsabilidad civil por culpa y de pago de perjuicios. — Se confirma una parte de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y se revoca otra, en el juicio ordinario seguido por Alfonso Jiménez Béjar contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 889

Con el presente número termina el Tomo LXII de la GACETA JUDICIAL. El número 2052 está destinado a INDICE y JURISPRUDENCIA de este tomo.

El Relator de la Corte



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 43-25

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono
Nº 43-25, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO LXII — BOGOTA — 1949 — NUMERO 2052

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXII (NUMEROS 2046 A 2051) DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

ABUSO DE CONFIANZA

- 1 -

Perteneciendo el abuso de confianza a la categoría de los delitos instantáneos, éste se agota o consuma en el lugar, sitio, o territorio donde la infracción o propósito de violar la ley penal toma realidad objetiva por actos positivos de acción o de omisión con los cuales se pretende conseguir el fin perseguido.

En tratándose de la comisión de un delito de abuso de confianza, por la no entrega de valores o mercancías provenientes de una consignación, la ejecución material del hecho, necesariamente debe vincularse a la obligación de entregar. Por esto la responsabilidad, sólo puede configurarse jurídicamente, en el momento en que debiendo entregarse el dinero o la mercancía dada en consignación, adquiere realidad objetiva por la apropiación de las cosas muebles ajenas, confiadas por un título no traslaticio de dominio, que es lo que propiamente constituye el delito. (Casación Penal, febrero 6 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .750, 2ª y 751, 1ª

ABUSO DE AUTORIDAD (*De cuántas maneras se incurre en él*)

- 2 -

Tanto por omitir como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. Ya lo había dicho la Sala, añadiendo: no es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa. El funcionario que retarda u omite despachar asuntos a su cargo, es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso dispone la ley para cualquiera de esas situaciones una misma sanción. (Artículo 172, C. P.). (Casación Penal, febrero 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 525, 1ª

ACCESION DE MUEBLES A INMUEBLES

- 3 -

(Véase "*Reivindicación.* Accesión de muebles a inmuebles").

ACCION DE NULIDAD

- 4 -

La Corte tiene definida la naturaleza y alcance del interés que ha de aparejar el ejercicio legítimo de la acción de nulidad que requiere el artículo 2º de la ley 50 de 1936. La nulidad absoluta, no obstante estar consagrada en interés general de la moral y de la ley, solamente puede alegarse con fundamento en un interés privado, que debe ser actual y positivo, que hiera real, directa y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, de acuerdo con el principio de que el derecho no puede reclamarse de futuro. (Casación Civil, julio 31 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) ..41, 2ª

ACCION POSESORIA POR DESPOJO. A QUIEN CORRESPONDE

- 5 -

La acción posesoria de despojo la tiene una persona cuando ha sido privada de la posesión por medios violentos. (Negocios Generales, mayo 20 de 1947. T. LXII. números 2048, 2049) 550. 1ª

ACCION POSESORIA POR PERTURBACION EN EL GOCE DE UNA SERVIDUMBRE

- 6 -

El artículo 972 del Código Civil dice que las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de *derechos reales* constituídos en ellos. Entre los derechos reales que enuncia el artículo 673 del mismo Código figuran las *servidumbres activas.* De modo que, en principio, sí le es dado al poseedor de una servidumbre activa el ejercicio de la acción posesoria, cuando sufra perturbación o embarazo en su derecho de servidumbre. El juez a quien se ocurra en demanda de amparo ha de otorgarlo, si el actor comprueba de un lado el hecho jurídico de la posesión, tal como la concibe y configura el Código Civil en el Título 7º del Libro 2º; y de otro, la perturbación que se le haya inferido.

El ejercicio de una acción de perjuicios no puede llevarse por los trámites que la ley asigna a las acciones posesorias. (Negocios Generales, junio 2 de 1947. T. XLII. Nos. 2048, 2049) 556, 1ª

ACCION PUBLICA DEL ARTICULO 1005 DEL C. J.

- 7 -

En toda acción, enseña la doctrina, hay que considerar tres elementos: los sujetos (personas); la causa eficiente (*causa petendi*) y el objeto (*petium*). En la acción pública establecida en el artículo 1005 del C. J. los sujetos son: la persona del pueblo que pide el amparo de la autoridad para los derechos de los habitantes del lugar; y el responsable del embarazo o perturbación que se dice causada a los habitantes. La causa eficiente de la acción es el hecho perturbador del uso público. Y el objeto de la acción no puede ser otro que el de que cese esa perturbación. Ejercitada esa acción contra un Municipio para que sea condenado a entregar una zona de terreno y a pagar los gastos necesarios para restablecer el tránsito que se dice impedido, es claro que el conocimiento de la acción le compete al Juez

del Circuito (artículo 109, numeral 1º, C. J.) y no al Tribunal. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....265, 1ª

ACCION DE RECOBRO

- 8 -

El artículo 739 del Código Civil consagra la regla general de que el dueño del terreno en que otra persona hubiere edificado, plantado o sembrado, puede siempre hacer suyas las construcciones o plantaciones, pero dentro de distintas condiciones de adquisición según los dos casos allí contemplados, esto es, según que se edifique, plante o siembre sin consentimiento del dueño, o que estas operaciones se realicen a ciencia y paciencia del propietario del terreno. En el primero, consagra la ley el derecho opcional para el dueño para hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título 12 del libro 2º del C. C., u obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta e indemnizarle de los perjuicios. Se explica y justifica, como lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, que para el caso de que el dueño del terreno en que otro ha plantado o edificado sin su consentimiento, quiera que se le restituya, tengan plena aplicación, en materia de frutos y mejoras, comprendiendo en éstas las sementeras y edificios, las reglas contenidas en el capítulo sobre prestaciones mutuas en la reivindicación, porque es natural presumir que para que el caso ocurra es necesario que el que edifica o planta esté en posesión del terreno, pues si no es poseedor lo presumible es que esas mejoras se hagan con el consentimiento del propietario del terreno. En tal ocurrencia tienen aplicación las reglas de los artículos 961 y siguientes que determinan las prestaciones mutuas en la acción de dominio, y el poseedor que edifica o planta puede ser de buena o de mala fe.

Si el dueño del terreno tuvo conocimiento de lo que hacía el propietario de los materiales por haberse edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia suyas, entonces como el dueño territorial ha manifestado tácitamente su consentimiento incondicional puesto que no ha opuesto ninguna resistencia ni observación a los trabajos en su propiedad, la ley le impone la obligación de que para recobrar el terreno tenga que pagar el valor del edificio, plantación o sementera. No se trata en este caso, como lo ha dicho la Corte, de una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él y el edificador o plantador no le disputa a ese propietario su derecho de dominio. La acción en este caso es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o si se quiere simple tenedor de la misma, sea obligado a restituírla después de que se le pague el valor de las mejoras sin necesidad de averiguar la calidad jurídica de su fe. Los expositores de derecho no ven en esta ocurrencia un fenómeno de accesión, sino más bien de tradición porque la adquisición se hace por el consentimiento de las partes. Las reglas del título 12 del libro 2º del C. C. no operan, por regla general, sino en relación con los poseedores propiamente dichos, que son el sujeto pasivo indispensable en la acción reivindicatoria y sólo excepcionalmente, por virtud del artículo 971 del C. C., contra el "que poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de

señor". (Casación Civil, agosto 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .731, 2ª y 732, 1ª

ACCION RESOLUTORIA — INTERES JURIDICO PARA EJERCERLA

- 9 -

El interés jurídico de quien pretende modificar un estado de derecho no nace sino cuando dicho estado es una realidad, se ha concluído, está produciendo o en vía de producir los fines para los cuales se le dio origen; antes de que esto ocurra, cuando de un contrato se trata, no podrá hablarse siquiera de resolución porque ella no puede operar sino sobre situaciones concretas indudables; la acción resolutoria expresa o tácita se dirige a poner fin a un estado jurídico dando vigencia a otro, de tal manera que quien la ejerce no puede contentarse con ofrecer al juzgador la posibilidad de estudiar cómo funcionan los mecanismos jurídicos en presencia de un estado hipotético. (Casación Civil, junio 23 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 471, 1ª

ACUMULACION DE ACCIONES. — CONJUNTA O CONCURRENTE. — EVENTUAL O SUBORDINADA

- 10 -

Como muy a menudo lo ha repetido la Corte, ciñéndose a los términos del artículo 209 del Código Judicial, la regla general en él consignada no tiene más limitación, fuera de los requisitos de competencia e identidad procedimental a que aluden sus dos primeros numerales, que la contrariedad e incompatibilidad de las acciones con la excepción o salvedad que establece para esa ocurrencia. La acumulación objetiva allí reglamentada con base en el principio de economía de los procesos judiciales, sólo deja de ser legalmente posible cuando las acciones contrarias e incompatibles se proponen en forma conjunta o concurrente, como si simultáneamente se demandaran los dos términos de la opción que consagra el artículo 1546 del C. C., o si en la misma forma principal y simultánea se pidiera la declaración de nulidad absoluta de un contrato en razón de la incapacidad absoluta por demencia de uno de los contratantes y la de simulación del mismo contrato, caso analizado ya por la Corte. Pero la acumulación de acciones contrarias e incompatibles en la misma demanda es legalmente posible si se proponen subsidiaria y condicionalmente, esto es, cuando la acumulación toma la forma de eventual o subordinada por proponerse las acciones para el caso solamente de que las otras sean desestimadas, con la condición, que es excepción de la excepción, de que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles. Dentro de estas normas generales de la ley procesal el estudio de la cuestión de ineptitud sustantiva de una demanda por la causa apuntada ha de hacerse circunstancialmente, sobre la forma, sentido y alcance de las acciones deducidas en cada caso, y no exclusivamente dentro del esquema intelectual y rígido del principio lógico de la contradicción, para concluír si los derechos que se quieren tutelar con la misma demanda son jurídicamente excluyentes e incompatibles. (Casación Civil, junio 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049). 475, 2ª

ACUMULACION DE ACCIONES. LITIS CONSORCIO

- 11 -

El artículo 209 del Código Judicial permite el ejercicio simultáneo de varias ac-

ciones en una misma demanda siempre que el juez sea competente para todas, que éstas sean susceptibles de igual tramitación y que las acciones ejercitadas no sean contrarias o incompatibles entre sí. "Sin embargo, dice el ordinal 3º de esta disposición, pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente dos remedios siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". La división en principales y subsidiarias se funda en la índole de las acciones y en el carácter que asumen en el juicio, y consiste en que las últimas presuponen la existencia de una acción principal que constituye el fundamento del juicio y la base de la controversia, pero entre las cuales, a pesar de la consideración secundaria que corresponde a las subsidiarias, debe existir correlación jurídica respecto del actor y del demandado. La acumulación de acciones autorizada por el artículo 209 del C. J., como más claramente lo estatuía el artículo 269 del anterior, tiene cabida solamente cuando el sujeto activo y el pasivo de la relación jurídico-procesal es uno mismo, esto es, cuando pueden controvertirse y decidirse entre una misma parte demandante y una misma parte demandada, pues si respecto de unas acciones hay que considerar unos actores y unos demandados y respecto de las otras otros, se estaría en presencia de una acumulación de acciones en una misma demanda. El *litis consorcio*, consistente en la posibilidad de parte plural con identidad de pretensiones, puede formarse desde el comienzo del pleito cuando se inicia al mismo tiempo por varios actores o contra varios demandados, y es normal y permitido cuando demandantes y reos están ligados por una relación de derecho sustancial que da lugar a la conexión jurídica entre los diversos pedimentos de las acciones. (Casación Civil, junio 16 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 448, 1ª

ACUMULACION DE ACCIONES

- 13 -

La acumulación de acciones puede asumir dos formas según se unan objetos o sujetos, es decir, según verse sobre extremos reales o personales, recibiendo en el primer caso el nombre de objetiva y en el segundo de subjetiva. Nuestra ley reglamenta la primera en el artículo 209 del Código Judicial, precepto según el cual pueden proponerse varias acciones en una misma demanda dentro de ciertas condiciones; la hermenéutica y la doctrina han concluído que este linaje de acumulación real no puede operarse sino entre las mismas partes, por cuanto, conforme a la naturaleza del fenómeno procesal que se menciona, no se trata de unir sujetos sino objetos.

La acumulación subjetiva permite que se verifique el fenómeno contrario, o sea, el de diversidad de personas en frente de la unidad de objeto, lo cual se manifiesta en las cinco grandes formas que puede asumir esta índole de acumulación: litis consorcio, litis denunciación, intervención principal voluntaria o forzada de terceros, intervención adhesiva, y acumulación de autos. Las características de cada una de estas especies señalan una diferencia profunda entre el fundamento de la acumulación objetiva y el de la subjetiva: mientras la primera tiende sólo a la realización del principio conocido con el nombre de economía procesal, enderezado al logro del mayor resultado con el mínimo de ejercicio jurisdiccional, la segunda, en atención a la eficacia de la cosa juzgada, obedece a la necesidad de evitar la colisión de fallos, o en otras palabras, a

que no se divida la continencia de la causa (artículo 397, C. J.). Por esto no reconoce nuestra legislación el litis consorcio impropio, ni la coadyuvancia simple, figuras de recibo en otras legislaciones donde los dos tipos de acumulación son más elásticos y admiten que un proceso llegue a cubrir situaciones jurídicas que forzosamente no debieran quedar comprendidas en los efectos de la sentencia. (Casación Civil, julio 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

609, 1ª

ADJUDICACION DE MINAS—NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO A OBTENERLA

- 13 -

(Véase *"Minas. — Naturaleza del poder jurídico de obtener la adjudicación de ellas"*).

AGUAS

- 14 -

Ya dijo la Corte que en el conflicto de intereses con respecto al uso de las aguas de un río el interés individual está subordinado al público y que por encima de la disposición general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común existe la disposición especial de orden público que limita el uso que una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella a lo necesario para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual prima el interés colectivo.

De las disposiciones de los artículos 892 a 894 del Código Civil se deducen las siguientes consideraciones:

a) Que las aguas que atraviesan distintas heredades son bienes nacionales del Estado, de uso público o social, no susceptibles de ser incorporadas a los patrimonios individuales, ya que los riberanos no tienen sobre ellos sino un derecho de uso, conservando el Estado su carácter de supremo propietario, administrador y distribuidor de esas aguas para beneficio público y de la economía nacional en general;

b) El uso que de las aguas pueden hacer los propietarios de predios riberanos, además de sufrir restricciones en cuanto a las personas y en cuanto a la extensión del mismo uso, está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Esta es una ejemplar subordinación del interés privado al interés general, que tiene su base antes que en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C., en la Constitución Nacional y si, como toda excepción es de estricta interpretación, como norma es de preferente y no eludible aplicación;

c) La ley autoriza al pueblo vecino a una fuente de uso púbilco para expropiar las aguas, previa indemnización de todo perjuicio inmediato. Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, dice el artículo 893 en su parte final, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas en la cantidad que considere necesaria. La Constitución Nacional autoriza la expropiación por graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, con indemnización del valor antes de verificarse la expropiación. El legislador tiene como grave motivo al efecto el de adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de las poblaciones o caseríos (Ley 26 de 1926, además de los casos que enumera el artículo 21 de la Ley 21 de 1917). Pero lo anterior no quiere decir que en todo caso, cuando el Mu-

nicipio use de las aguas de una fuente sin ser riberano, necesariamente debe haber precedido un juicio de expropiación y que no habiéndolo debe suspenderse el uso de dichas aguas y ordenarse su devolución al cauce natural; porque la expropiación y previa indemnización no se requiere sino cuando alguien tenga derecho a la indemnización y la haya demandado.

Cuando un Municipio no es riberano debe, para aumentar el caudal de sus aguas, solicitar el permiso del caso. Al Gobierno Nacional corresponde la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas, como lo determina el artículo 9º de la ley 113 de 1928. (Decreto número 796 de 1938, reglamentario de la citada ley, y artículo 2º de la ley 87 de 1935). (Casación Civil, julio 30 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 647, 2ª

ALCALDE MILITAR

- 15 -

Ni la Constitución ni la Ley han creado el cargo de *Alcalde militar;* esta denominación la trae el Decreto número 744 de 31 de marzo de 1944, que amplía las disposiciones del Decreto número 1720 de 1943, pero sus funciones como Alcalde Municipal —aunque el puesto esté desempeñado por un militar del Ejército— siempre serán las contenidas en el artículo 144 del Código de Régimen Político y Municipal y demás leyes que lo adicionan.

La denominación de *Alcalde militar,* probablemente la asigna el Ministerio de Guerra, en atención a que el cargo público va a ser desempeñado por un militar, pero en realidad de verdad, el aditamento, no tiene mayor significación dentro del campo jurídico, y en relación con los delitos o faltas que este funcionario pueda cometer.

El *Alcalde municipal* en tiempo de paz, no asume o concentra en su persona la autoridad política o civil y la judicial o militar; la reunión de estas dos jurisdicciones, en una sola, sólo es permitida por la Constitución Nacional para estados de guerra o turbación del orden público, pero en estados normales o de paz, la Constitución lo prohibe expresamente en su artículo 61.

Cuando un militar oficial del Ejército desempeña el cargo de *Alcalde municipal,* sus funciones son esencialmente administrativas civiles, pero esto no se opone a que, en determinados momentos y en virtud de mandato expreso de la Ley, pueda ejercer funciones como auxiliar de la justicia ordinaria, pero en ningún caso en tiempo de paz, puede asumir simultáneamente la autoridad política o civil, y la judicial o militar. El hecho de que el *Alcalde municipal* use las insignias y el uniforme propios de la institución —Ejército Nacional— no es motivo para pensar que bajo su mando quedan resumidas las funciones políticas civiles y las militares.

Desde el momento en que el Gobernador, usando de la potestad que le confieren las leyes, nombra para desempeñar el cargo de Alcalde Municipal a un militar, y éste acepta la designación y toma posesión del cargo, automáticamente queda separado del ejercicio de sus funciones como *militar,* para asumir las correspondientes al cargo que va a desempeñar. De no ser así, tales nombramientos serían inconstitucionales, porque como se deja expuesto, en *tiempo de paz* ninguna persona o corporación puede ejercer simultáneamente la autoridad política civil y la judicial o la militar, por prohibirlo expresamente la Constitución Nacional.

Las violaciones de la ley —que se imputan al Alcalde Teniente Misael Marín, en este caso concreto— detención arbitraria, no son infracciones de la Justicia Penal Militar, sino del Código Penal, artículo 295. No fueron cometidas en ejercicio de funciones como militar, porque éstas se hallaban suspendidas desde que aceptó el nombramiento y se posesionó del cargo; no se cometieron por razón del servicio o por razones inherentes al mismo, pues los servicios que prestaba no eran militares sino administrativos civiles; las funciones que desempeñaba no están determinadas por el Código Militar sino por el Código de Régimen Político y Municipal, y tampoco se cometió en sitio o lugar donde actuaban fuerzas militares. De manera que por este aspecto, el delito que se imputa al Alcalde Teniente Misael Marín —detención arbitraria— no es militar sino común, cuya competencia corresponde a los funcionarios de la rama jurisdiccional ordinaria, y no a la militar. (Casación Penal, Auto, marzo 12 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .789, 2ª y 790, 1ª

ALCOHOLISMO CRONICO

- 16 -

Si el procesado padeciera de alcoholismo crónico, naturalmente que los médicos legistas y el mismo doctor Uribe Cualla que examinó al reo hubieran consignado en su informe todos los caracteres propios de esta enfermedad, y en vez de afirmar que Guavita es de inteligencia despierta y de cierta vivacidad, y que no tiene fallas en su atención, memoria y percepciones, hubiera traído como conclusiones de su dictamen los síntomas característicos de las personas que padecen *alcoholismo crónico.*

El hecho de que Guavita presente algunos estigmas de alcoholismo crónico, del lado de su sistema nervioso, sin que por esta circunstancia sus facultades mentales hayan sido afectadas, no implica la afirmación de que éste sufriera de alcoholismo crónico; los estigmas de la enfermedad no es lo permanente o habitual de ella, que se caracteriza por hechos y estados muy diferentes al trastorno funcional producido por los primeros, pues los estigmas no son propiamente los que constituyen el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol. Estos dos fenómenos son distintos, y su valoración ante la ley penal lleva a conclusiones distintas y a la imposición de sanciones también diferentes.

Habría lugar a atacar la sentencia por este motivo, si el concepto de la Oficina Central de Medicina Legal hubiera afirmado el estado de intoxicación crónica, y en ese supuesto, la obligación del juzgador de instancia era la de poner en consideración de los jueces de conciencia, ese estado, para que sobre él se pronunciaran al resolver las preguntas del cuestionario. (Casación Penal, febrero 3 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) .....748, 1ª y 2ª

ALLANAMIENTO

- 17 -

Cuando en un juicio ejecutivo se ordena hacer entrega de algunos bienes y los poseedores o los interesados se oponen a que se practique esa diligencia, el Juez, en el auto que tal cosa dispone, puede consignar expresamente que se allanen los inmuebles, para que se cumplan los mandatos de la ley, pero cuando esa orden no es expresa, se presume legalmente que la providencia contiene implícitamente la facultad de allanar. (Artículo 429 del C. J.). (Casación Penal, Auto, noviembre 20 de 1946. Tomo LXII, Nos. 2046, 2047).....172, 2ª

APELACION (*De autos interlocutorios en materia procesal penal*)

- 18 -

En las apelaciones de autos interlocutorios —como es el de proceder—, cumplida la tramitación establecida por el artículo 192 de la ley procedimental, el superior resuelve en vista de lo actuado; y en estos recursos no es pertinente la apertura y práctica de pruebas, por falta de disposición que así lo ordene. La legalidad o ilegalidad del auto protestado se la deduce de los elementos probatorios que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia, y no de las pruebas aducidas ante el superior, con posterioridad a la fecha del pronunciamiento del inferior, pues ello equivaldría a dictar una providencia sobre pruebas que no fueron consideradas por éste.

Esas pruebas de practicar y demostrarse su validez, tendrían operancia durante el juicio y pueden servir para cancelar los cargos formulados en el auto de proceder, en orden a obtener por este medio una sentencia absolutoria; pero en tratándose de pruebas no producidas hasta ahora —cuando se trata de examinar cargos concretos de un auto de llamamiento a juicio— no hay lugar a considerarlas, no sólo por su inexistencia, sino por su falta de oportunidad. (Casación Penal, noviembre 25 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....177, 1ª y 2ª

APLICACION DE SANCIONES

- 19 -

El juez, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal, tiene que moverse dentro del mínimo y del máximo que señala para las respectivas infracciones, aunque ese artículo se tomó malamente del proyecto italiano de 1921. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

775, 1ª

APLICACION DE SANCIONES

- 20 -

El primero de los factores que ha de examinarse para aplicar las sanciones es el de la *personalidad del delincuente*, que está formado por el conjunto de elementos físicopsíquicos traducidos en actos y en sus condiciones individuales, familiares y sociales y que demuestran la mayor o menor peligrosidad del agente, que es el criterio básico para la aplicación de las penas. Hay que estudiar, pues, de manera primordial, las características antropológicas del infractor, esto es, de un pasional, de un ocasional, cuál ha sido su conducta familiar o social, etc. *Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad* están indicadas en el texto del Código (artículos 37 y 38). Pero ha de tenerse en cuenta que no hayan sido previstas como modificadoras o como elementos constitutivos del delito. *Los motivos determinantes* dan "la tónica moral y jurídica a todo acto humano" (Ferri), y por eso constituyen uno de los factores que con mayor protuberancia señalan la personalidad más o menos peligrosa del delincuente, ya que nadie obra, salvo el caso de inconsciencia, sin motivos más o menos nobles, más o menos altruístas o egoístas, más o menos fútiles o graves. Pero como también están señalados como circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículos 37, ordinal 3º, y 38, ordinales 2º, 3º, 4º y 11), es entendido que no han de computarse doblemente, es decir, como tales circunstancias y como elementos modificadores o constitutivos del delito, que en estas últimas calidades están contemplados en no pocos preceptos del có-

digo, por ejemplo, en los artículos 28, 202, 243, 249, 293, 349, 364, 367, 369, 382, 384, 389, 395 y 430. *La gravedad y modalidades del hecho* se han de tener en cuenta, sobre todo, en los casos en que en la realización de un acto delictuoso se han reunido, no sólo las condiciones necesarias para determinarlo en una especie del código, sino otra u otras circunstancias que lo hacen más o menos grave. Así, pueden citarse como ejemplos las de los artículos 363, 404, 398, 317 y los citados en el punto anterior.

Los motivos innobles o fútiles son indicadores de mayor peligrosidad en el delincuente, según el ordinal 3º del artículo 37. Pero no todo lo antisocial es innoble, en el sentido que le ha querido dar la ley a esta circunstancia, sino lo que es vil y abyecto, así como lo fútil del motivo es lo pequeño, lo baladí, lo de poco aprecio o importancia, en una palabra, lo que en iguales condiciones no induciría a una persona sensata a quebrantar la ley. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

775, 2ª

APOSTASIA PARA EFECTOS DE CELEBRAR MATRIMONIO CIVIL. REQUISITOS

- 21 -

(Véase *"Nulidad del matrimonio civil celebrado por personas bautizadas católicamente"*).

ARTICULOS 174 DE LA CONSTITUCION Y 1º DE LA LEY 12 DE 1945 (*Interpretación de los*)

- 22 -

El artículo 127 de la Ley 105 de 1931, establecía como prohibición para desempeñar un cargo en la rama judicial, la de que los empleados y subalternos sean parientes entre sí dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; prohibición que comprendía tanto al Juez o Magistrado que hace el nombramiento como a los otros Magistrados que componen la Entidad judicial.

Pero la ley no hizo extensiva la prohibición a los parientes de los funcionarios que hacen la designación o elección del Juez. Si éste hubiera sido el pensamiento del legislador de 1931, así lo hubiera consignado expresamente en la disposición comentada. Tal la razón para que el Constituyente de 1945 y el legislador del mismo año ampliaran el alcance legal de la prohibición, haciéndola extensiva para aquellas personas que hacen el nombramiento o intervienen en la elección. (Artículo 174 de la C. N. y 1º de la Ley 12 de 1945).

Dentro de las actuales prohibiciones, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia no pueden elegir para desempeñar puesto alguno dentro de la rama jurisdiccional, a ninguna persona que tenga el parentesco de que hablan la Constitución y la ley, con los parlamentarios que tomaron parte en la elección; ni los Magistrados de los Tribunales Superiores, a los parientes de los Magistrados de la Corte; ni los Jueces Superiores del Circuito, Jueces de Menores o Jueces Municipales, a los parientes de los Magistrados de los Tribunales que intervinieron en la elección.

Pero la violación del artículo 174 de la Constitución Nacional como la del artículo 1º de la Ley 12 de 1945, que desarrolla el precepto de la Carta, no siempre tipifican la figura del delito de falsedad en documentos. Esa violación, por mandato expreso del legislador, solamente constituye *causal de mala conducta*, que se sanciona disciplina-

riamente por el respectivo superior, mediante la destitución del empleado que infringe aquellas normas, con tal que al dar cumplimiento a las disposiciones citadas, no se certifique una falsedad; y el nombramiento que se hace con olvido o pretermisión de dichas formalidades, es sancionado con la nulidad del mismo. (Casación Penal, Auto, octubre 29 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) .....163, 2ª y 164, 1ª y 2ª

ASESINATO

- 23 -

Para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto por el numeral 5º del artículo 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados para repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por la perversidad, por falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima; y ésta la razón para que la ley repute estos hechos como de excepcional gravedad y los reprima como asesinato. Lo esencial en estos casos, es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halla colocado el sujeto pasivo del delito.

"Si el pensamiento del legislador —dice la Procuraduría— hubiera sido el de exigir una serie de actos pérfidos y cautelosos de parte del acusado, tendiente a conseguir la inferioridad o indefensión de la víctima, y de esa manera tener el delito como asesinato, no habría puesto como ejemplo de esta figura el cometer el homicidio con alevosía o por medio del veneno, ya que en estas hipótesis pueden presentarse muchos casos en que el delincuente asegura el golpe sin haberle fingido al que murió sentimientos de amistad, o disimulando la pasión del odio, u ocultándose a su vista para sorprenderlo, en una palabra, sin haberlo engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión..." (Casación Penal, marzo 5 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .769, 2ª

AUTO DE PROCEDER Y VEREDICTO DEL JURADO

- 24 -

Es un procedimiento irregular —y de los más criticables— el de preguntar al Jurado sobre aspectos no examinados en el auto de proceder y sobre hechos ajenos al debate que se plantea en esta providencia, que es, según se ha dicho con tanta frecuencia, el verdadero pliego de cargos, que se formula al acusado para que provea convenientemente a su defensa; y aunque ocurre preguntar si precisarlos demasiado en la etapa que abre el juicio, definiendo de una manera categórica el problema hasta el punto de agotarlo, no es también inconveniente porque se reducen las posibilidades de defensa y el presunto responsable quedaría de antemano condenado, sea de ello lo que fuere siempre resulta más aconsejable concretar el hecho que dejarlo vagamente expuesto. Pero además de que al Jurado le es permitido reconocer que el hecho se cometió en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario (artículo 29, Ley 4ª de 1943), el auto de proceder no es una providencia rígida e inmodificable. La par-

te inmodificable es la que determina el género del delito y no su especie. El género no puede sufrir ninguna variación en el curso del proceso, porque entonces se condenaría por un delito que no fue imputado. Mas no sucede lo mismo en lo atinente a las modalidades que especifican la infracción dentro del género a que ella pertenece, que es lo que debe puntualizarse en la parte motiva. Así lo ha decidido en varios casos la Corte. (Casación Penal, marzo 12 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 797, 1ª

AUTORIZACION JUDICIAL

- 25 -

La representación que establece el artículo 62 del Código Civil, a diferencia de la voluntaria que se genera en el contrato, tiene su fuente y límites en la propia ley que la organiza, y a pesar de su generalidad está restringida para un gran número de actos en los cuales no se ha considerado bastante la existencia y protección paternal y se ha exigido ineludiblemente la intervención de la autoridad judicial, como acontece con todos los actos de disposición a cualquier título que recaigan sobre inmuebles o los que recaigan sobre muebles, a título gratuito. Las leyes que protegen el patrimonio de los incapaces pertenecen al orden público; no son susceptibles de derogación o cambio por convenciones entre los particulares porque no forman parte del derecho supletivo sino que integran un sistema o institución jurídica de protección insustituíble. Su desobedecimiento lleva implícita la ilicitud, que se agrava si se consuma por el propio representante legal y si además se hace, no por simple pretermisión, sino adoptando reflexivamente medios desviados, para burlar esas disposiciones legales que tutelan el patrimonio de los incapaces. Si fuera jurídicamente posible hacer a espaldas del Juez pactos que desnaturalizan y destruyen el sentido de la intervención de la autoridad judicial, que es control protector, tal intervención carecería de respetabilidad y de objeto. La función protectora del juez comienza desde la autorización que debe dar con conocimiento de causa y por motivos determinados para el acto de disposición. Los términos en que dé esta autorización deben considerarse como condiciones obligatorias en forma que el acto no es válido si no se cumple dentro de sus límites y con su observancia. Este es el sentido que debe dársele y que jurídicamente corresponde en el terreno de las normas del orden público a la autorización judicial para actos de aquellos a que alude el proceso. Al juez corresponde un poder de inhibición que puede ejercerlo desde la negativa hasta la autorización parcial y condicionada. (Casación Civil, septiembre 27 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) .....55, 1ª y 2ª

AVISO DE INICIACION DEL SUMARIO

- 26 -

Es al funcionario de Instrucción que recibe el denuncio, a quien corresponde dar el aviso al Juez de Circuito y al Agente del Ministerio Público, de que se ha iniciado la correspondiente investigación, para cumplir en esta forma con los mandatos de los artículos 277 y 292 del C. de P. P. Y ese deber se llena a cabalidad cuando en el auto cabeza de proceso se deja la respectiva constancia; toda otra omisión, como sería la falta de comunicación escrita, no lo hace responsable ante la ley penal, porque dentro de sus deberes, como superior jerárquico, no está el de cumplir con las obligaciones del Secretario.

El Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá no podía imponer la multa disciplinaria de

que trata el artículo 278 del C. de P. P., porque en el proceso existía la atestación de que el funcionario de Instrucción ordenó dar el correspondiente aviso sobre iniciación del sumario, y no había razón o motivo legal para desconocer esas afirmaciones que constan en documentos públicos, mientras no se hubiera demostrado lo contrario, caso en el cual sí hubiera sido pertinente la imposición de la multa disciplinaria, por omisión del aviso. (Casación Penal, Auto, febrero 26 de 1947. (T. LXII, números 2050, 2051) 763, 2ª

AVISO Y DENUNCIO DE MINAS PARA TERCEROS BENEFICIARIOS

- 27 -

(Véase *"Minas—Aviso y denuncio de ellas para terceros beneficiarios"*).

— B —

BUENA CONDUCTA COMO CIRCUNSTANCIA DE MENOR PELIGROSIDAD

- 28 -

De que no conste en forma convincente la mala conducta no puede pasarse a afirmar que haya sido buena, porque tanto la una como la otra deben estar probadas concretamente, en hechos o de manera positiva. Y si ni lo uno ni lo otro se halla probado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena ni como probadamente mala, la pena no habrá de agravarse, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

778, 1ª

— C —

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

- 29 -

El cambio de radicación de un proceso —se ha dicho en repetidas ocasiones— se funda en una razón de orden público y social, como es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito. No se podría afirmar que los derechos del sindicado se hallan debidamente respaldados, cuando su presencia en el lugar donde debe juzgárselo se halla cohibida o intimidada por la presión o amenaza de las personas que por una u otra causa tienen graves divergencias con aquél.

La conveniencia para una recta administración de justicia estriba en la amplitud de sistemas que garanticen los derechos de la defensa social, y los del sindicado frente al Estado que le formula cargos a nombre de la sociedad. Si las partes en los procesos penales no disfrutan de esos derechos garantizados por la Constitución y la ley, bien porque existe una hipótesis fundada de que les van a ser negados por quienes deben fallar su negocio, o porque circunstancias especiales derivadas de pasiones que muchas veces se traducen en actos de venganza o represalias, impiden la defensa, o bien porque esos mismos actos pueden poner en peligro la vida del procesado, en tales casos, para que los fallos sean la expresión de la justicia, es necesario e indispensable el cambio de radicación del proceso. (Casación Penal, Auto, noviembre 20 de 1946. (T. LXII, Nos. 2046, 2047) 168, 1ª

La Sala no puede emitir concepto sobre el cambio de radicación de negocios que no son de competencia de los Juzgados Superiores, fundándose para ello en la conexidad de los delitos, porque el estudio de este problema es ajeno al cambio de radicación, y el concepto de los negocios de competencia de los Juzgados del Circuito se guía por las normas del artículo 59 del Código de Pro-

cedimiento Penal. (Casación Penal, noviembre 20 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 168, 2ª

CASACION (*Errónea apreciación de pruebas*)

- 30 -

Ya dijo la Corte que "la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino y es inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error en derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar como disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio, *violación medio*, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de las que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (G. J. Tomo LIII, pág. 640). (Casación Civil, marzo 26 de 1947. T. LXII, números 2046, 2047) .....108, 1ª y 2ª

CASACION (*Violación de la ley penal*)

- 31 -

No hay violación de la ley penal cuando el jurado, con vista en los datos del proceso, no reconoce circunstancias modificadoras como la riña imprevista, la ira o el dolor y la últra-intención, o eximentes como la legítima defensa. (Casación Penal, noviembre 27 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).

180, 1ª

CASACION

- 32 -

Como lo enseña el artículo 531 del Código Judicial, no basta a quien acude a este medio extraordinario expresar una causal de casación para que la Corte busque su posible fundamento; es menester que se formule la tacha con suficiente claridad y precisión para que, al solucionar el recurso, sea posible hallarlo viable o no según lo haya propuesto quien a él se haya acogido.

(Casación Civil, marzo 25 de 1947. T. LXII, números 2046, 2047) 96, 1ª

CASACION

- 33 -

En el recurso de casación no se ventila directamente la relación jurídica singular que ocasiona el litigio respecto de la cual obra sólo consecuencialmente una vez que, con el fin de uniformar la jurisprudencia, se hace necesario enmendar los errores *in iudicando* e *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de segunda instancia. Por esto dicen algunos que la Corte de Casación no es una jerarquía jurisdiccional, ya que no resuelve cuestiones entre partes: el radio normal de su actividad es procurar la uniformidad de la hermenéutica legal para evitar que la ley se aplique con criterio inestable y variado. Dicen los procesalistas que el esquema de la sentencia de instancia es un silogismo en el cual la premisa mayor la forman los preceptos legales; la menor, llamada histórica, los hechos que constituyen la *causa petendi* de la acción, y el fallo, que es la conclusión. La causal primera de casación se refiere especialmente a enmendar los yerros en que se haya podido incurrir al plantear la premisa mayor de la sentencia de segundo grado, es decir, respecto de los preceptos legales cuyo quebranto produce a ciencia cierta una conclusión falsa; por ello, respecto de la premisa menor, el recurso no opera sino en cuanto la mayor quede afectada por noción defectuosa de la segunda, llevando también a conclusión injurídica. (Casación Civil, marzo 25 de 1947. T. LXII, números 2046, 2047) 97, 2ª

- 34 -

CASACION

La soberanía que corresponde a los Tribunales Superiores para la interpretación de los contratos solamente está limitada, en el desarrollo del recurso de casación, por la demostración de errores de hecho cometidos en la labor interpretativa, de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte. (Casación Civil, julio 27 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).

36 y 37, 2ª y 1ª

- 35 -

CASACION (*Peritazgo*)

Si es atribución exclusiva del sentenciador de instancia analizar la prueba pericial y determinar a la luz de las razones que exponga si está o no debidamente fundamentado, para reconocerle o negarle, según que encuentre lo uno o lo otro, el valor de plena prueba, es incuestionable que en casación resulta impertinente atacar esa apreciación probatoria si no es para demostrar que el sentenciador incurrió en ella en un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 722, 2ª

- 36 -

CASACION

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que la índole y fin propios del recurso de casación lo despojan ra-

dicalmente de todo carácter de instancia, ya que él constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, mediante el cual se confronta la sentencia recurrida con la ley para considerar, no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decididas en aquélla, sino de las que contienen las acusaciones o cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso plantea concretamente contra la sentencia el recurrente en su demanda, que es la que traza y circunscribe la pauta para el estudio que debe hacerse en casación, hasta el punto que resulta legalmente imposible decidirse un recurso por una causal no invocada ni variarse un motivo por otro. (Casación Civil, agosto 28 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).

726, 2ª y 727, 1ª

CASACION (*Incongruencia*)

- 37 -

Ya ha dicho la Sala que la incongruencia como causal de casación, sólo puede existir cuando en la sentencia se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja de resolver sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena en más de lo pedido o no se falla sobre alguna excepción oportunamente alegada. También ha dicho la Sala en jurisprudencia constante que el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado. (Casación Civil, agosto 4 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051)...653, 1ª

CASACION

- 38 -

El interés indispensable para recurrir en casación, ha dicho la Sala, puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio y, en tratándose del recurso de casación, por dos motivos: 1º porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente, y 2º porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite. (Casación Civil, septiembre 27 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047).....50, 2ª

CASACION (*Contra sentencias aprobatorias de partición*)

- 39 -

El recurso de casación no es medio hábil para formular por primera vez objeciones que no se presentaron en la oportunidad correspondiente. La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado invariablemente en este sentido. (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049)...353, 2ª

CASACION DE SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION — TRANSGRESIONES PROCEDIMENTALES INEFICACES PARA PRODUCIRLA

- 40 -

Los artículos 946, 965 y 941 del Código Judicial son preceptos cuya transgresión no apareja la de normas que consagren derechos subjetivos principales y, por tanto, no pueden tenerse en cuenta para el recurso de casación.

El artículo 982 del Código Judicial no es susceptible de quebranto en una sentencia aprobatoria del acto por el cual se parte la herencia; dicho precepto sólo es aplicable en los juicios mortuorios para decidir sobre la inclusión en los inventarios de deudas a cargo de la sociedad conyugal o del causan-

te que no hayan sido aceptadas o reconocidas, de tal suerte que, una vez agotada la etapa procesal relativa al inventario y aprobado éste, precluye para los interesados la posibilidad de controvertir dentro del mismo juicio la regular o anómala presencia de cualquier crédito en el pasivo sucesoral relacionado en el inventario. Es éste la pauta necesaria a que la partición debe ajustarse, y, por tanto, el acuerdo entre ésta última y la diligencia de inventario, lejos de ser motivo razonable para acusar el acto aprobatorio de la partición indica apenas el inadmisible propósito de volver a discutir ante la Corte puntos ya decididos en una esfera procesal agotada. (Casación Civil, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).

372, 1ª y 2ª

CASACION CONTRA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

- 41 -

Las reglas contenidas en los numerales 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil no tienen, como se desprende de su propio tenor literal, "el carácter de normas o 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 la pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición". (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).

357, 2ª

CASO FORTUITO

- 42 -

Tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 1º de la ley 95 de 1890, 1604 y 1733 del C. Civil y siguiendo de cerca la doctrina de los más reputados tratadistas, la jurisprudencia de la Corte ha fijado los caracteres o circunstancias que deben concurrir para que un hecho determinado sea constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor y pueda tener virtud liberatoria suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor que no ha ejecutado su obligación. Sobre el particular puede verse lo que dijo la Sala en sentencia de 5 de julio de 1935. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. Tomo XLII, Nos. 2050, 2051) 704, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 43 -

Cuando el cargo se propone por el concepto de haber incurrido el sentenciador en error de hecho es preciso, como lo enseña el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., que el recurrente además de alegar el error pruebe que es manifiesto, citando con claridad y precisión los elementos de convicción que lo demuestren. (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).

358, 1ª

CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION EN MATERIA CIVIL

- 44 -

El motivo 2º del artículo 520 del Código Judicial procede cuando no hay consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes. Sabido es que ello sobreviene cuando se falla sobre algo no pedido o más allá de lo pedido o se deja de fallar sobre acción o excepción; pero no puede consistir en que la sentencia no satisfaga a tal o cual de las partes.

El motivo 1º consiste en violación de ley sustantiva directamente o por error en la apreciación de las pruebas. El recurrente debe señalar las disposiciones quebrantadas y el concepto en que lo hayan sido y, en su caso, precisar el aludido error y singularizar las respectivas pruebas. (Casación Civil, julio 2 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 504, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION — ERROR DE HECHO

- 45 -

"Una demanda de casación limitada á acusar por error de hecho, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo del numeral primero del artículo 520 del C. J., el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo no pase adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada del recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto". (Casación del 29 de octubre de 1937). (Casación Civil, junio 18 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....458, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 46 -

Siempre es la violación de la ley sustantiva el motivo por el cual procede el recurso de casación dentro del numeral 1º del artículo 520 del C. J., y cuando esta violación se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. El error probatorio, aun demostrado, no es por sí solo motivo de casación. Es necesario que haya conducido a la violación de la ley sustantiva, detallada y citada en sus textos precisos como lo ordena el artículo 531 del C. J. y que el cargo incida sobre la parte resolutiva de la sentencia. Dentro de las normas legales que estructuran formal y técnicamente este recurso extraordinario no basta su admisión por la Corte para que la sentencia recurrida quede sometida al libre examen y decisión en todas sus cuestiones. Es indispensable, además, que la demanda fundamental del recurso, elaborada con sujeción al formulismo legalmente obligatorio, proponga, a base de cargos adecuadamente formulados dentro de las causales conducentes, las acusaciones razonadas contra la sentencia que a la vez que dan los temas de estudio, los limitan. Las anomalías técnicas en la formulación del recurso son cosa sustancial porque afectan el poder de decisión de la Corte. Las demandas viciosas, que la Corte encuentra en alto porcentaje de sus negocios, restan interés doctrinario a sus decisiones porque en presencia de ellas tiene que limitarse a anotar las fallas de técnica que en forma irremediable le cierran el paso a la consideración y fallo de las

cuestiones de fondo. (Casación Civil, agosto 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 730, 2ª y 731, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 47 -

La transgresión de los artículos 632 y 35 del Código Judicial no conlleva tampoco la casación de un fallo, comoquiera que su quebranto aislado no basta a la prosperidad del recurso, sino que es necesario, además, que aquél haya conducido, por error de hecho o de derecho, a vulnerar un precepto sustancial. (Casación Civil, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) ...372, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION—ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

- 48 -

Cuando se demuestra error en la apreciación de las pruebas apenas se ha abierto la puerta da entrada, apenas se han puesto los cimientos y queda por recorrer el camino, por erigir la obra, vale decir, por formular el recurso. Estos conceptos, impuestos por el artículo 520 en su numeral 1º y por el artículo 532 del C. J., se han expuesto en diversos fallos de la Sala. (Casación Civil, mayo 27 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 385, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACIÓN — ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

- 49 -

La errónea apreciación de pruebas no es por sí sola motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que en tratándose del examen y estimación de pruebas, sólo cuando aparezca un error de hecho manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley sustantiva, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, prospera el recurso de casación. Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y mientras no se demuestre el error en que se incurrió al apreciarlas, la Corte tiene que respetar su criterio, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una nueva instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. De aquí que, en materia de pruebas, haya dicho la Corte que es prerrogativa exclusiva del sentenciador apreciarlas ampliamente; que en ello entra, como elemento principal, su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley y que sólo en caso de error evidente podría ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación. (Casación Civil, mayo 20 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 378, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 50 -

Cuando el recurrente invoca la violación de ley sustantiva tiene el deber de citar los textos legales de esa naturaleza que considere quebrantados por la sentencia. Ese deber no se cumple mediante la sola cita de principios generales de derecho, sino con la de los textos positivos que los consagran. (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 358, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 51 -

Sabido es que en la violación de la ley puede incurrir el sentenciador de tres maneras completamente diferentes: a) por infracción directa; b) por errónea interpretación; c) por aplicación indebida, por lo cual la Corte ha exigido constantemente como condición indispensable para la viabilidad del recurso de casación, que el recurrente, cuando invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., indique no sólo las disposiciones legales sustantivas que estima infringidas sino también el concepto en que lo han sido, y que cuando ese deber no se cumple o no se acierta por el recurrente al cumplirlo, la Sala no puede tener en cuenta una acusación en esas condiciones propuesta, porque de hacerlo equivaldría a tanto como a considerar y resolver un cargo no alegado en realidad o distinto del alegado, cosa que es manifiestamente contraria a la índole propia del recurso. (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 355, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 52 -

En los juicios en que interviene el Jurado —ha dicho la Corte— no es admisible la causal segunda de casación, porque ello conduce a valorar pruebas que ya fueron estimadas por los jueces de conciencia, de acuerdo con la convicción íntima de los hechos sobre los cuales se los interroga; además, ello conduciría a formular una declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos procesales, atribución privativa de los juzgadores de instancia, tema éste impropio para acusar una sentencia por la causal segunda. Por otra parte, el nuevo Código de Procedimiento Penal suprimió del recurso extraordinario de casación lo concerniente a la injusticia notoria del veredicto. (Casación Penal, marzo 6 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .770, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 53 -

Innumerables son las decisiones en que la Sala ha dicho que las causas legales de casación tienen su naturaleza y fin propios que no permiten utilizarlas indiferentemente para acusar las sentencias de los Tribunales. La segunda no es procedente para plantear problemas de ilegalidad sobre la forma como han sido decididas las cuestiones debatidas, sino exclusivamente cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja sin resolución los propuestos, o condena a más de lo pedido u omite fallar alguna excepción perentoria siendo el caso de hacerlo. (Casación Civil, julio 27 de 1946. (T. LXII, números 2046, 2047) 37, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 54 -

La causal 2ª de casación habla de inconsonancia de la sentencia con las *pretensiones* oportunamente deducidas por los litigantes. La ciencia procesal ha definido esta palabra, dentro de la relación jurídico-procesal determinada por el conflicto de intereses, como "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio" que queda englobada en los pedimentos claros y precisos de la demanda, que a la vez encierran y delimitan las cuestiones de la controversia y moldean la sentencia. La

pretensión puede ser fundada o infundada, y de que lo sea o no se desprenden consideraciones sobre la conformidad del fallo con la ley que conducen a otra situación y otro planteamiento dentro de la preceptiva de la casación. Esta conformidad o coincidencia de la pretensión de la demanda con el derecho para obtener "la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige", estructura otro elemento de la demanda, que la teoría procesal denomina *razón de la pretensión* o razón de la demanda, al que se refiere el Código al hablar de "los fundamentos de derecho en que se apoya". La referida causal 2ª, por quebranto formal, tutela la correspondencia armónica de las pretensiones y el fallo que las decide. Las razones de la pretensión se transforman en el desenvolvimiento del litigio en las cuestiones jurídicas del proceso, que vienen a ser asimismo las razones de la sentencia. (Casación Civil, septiembre 27 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) . . 53, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 55 -

La causal 2ª no procede en los juicios en que interviene el Jurado. Convenir en que los hechos fueron mal apreciados por los jueces de conciencia equivaldría a afirmar una injusticia de su veredicto; y como este motivo (injusticia del veredicto) fue abolido como causal de casación por la Ley 94 de 1938, es indiscutible que la ley al enunciar los motivos que aparecen en la causal 2ª quiso que fueran excluídos de procesos adelantados mediante la participación del Jurado. (Casación Penal, marzo 12 de 1947) T. LXII, Nos. 2050, 2051). 797, 2ª y 798, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL. — NO PROCEDE EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO

- 56 -

La Corte ha venido rechazando con firmeza la causal 2ª de casación en los procesos fallados por tribunales de conciencia, fundándose en poderosas razones que no la han hecho cambiar de pensamiento en las no pocas ocasiones en que se ha querido rebatir su doctrina. Ellas pueden condensarse diciendo: primero, que la sentencia, en los juicios por jurados, se basa directamente en el veredicto del tribunal popular y no en los hechos probados; segundo, que el jurado, no profiere su veredicto sujetándose a un criterio de derecho, sino ateniéndose a su íntima convicción, y la casación es un estudio de derecho sobre la sentencia de segundo grado; tercero, que este recurso extraordinario no es una tercera instancia, y por último, que el nuevo código de procedimiento no incluyó la contraevidencia del veredicto como causal de casación, como sí la contenía la anterior ley (118 de 1931); lo que se hizo, en sentir de los miembros de la Comisión redactora del código, con el fin de dejar claramente establecido que esa causal no era admisible en los juicios en que intervienen jueces populares. (Casación Penal, febrero 20 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 531, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 57 -

La causal segunda, errada interpretación o apreciación de los hechos, no es pertinente en los juicios en que ha intervenido el

jurado. (Casación Penal, febrero 5 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....511 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 58 -

La segunda causal contemplada por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal carece de pertinencia en los juicios en que ha intervenino el Jurado como reiteradamente lo ha dicho la Corte (Casación Penal, febrero 3 de 1947 T. LXII, números 2048, 2049).....507, 1ª

CAUSAL 3ª DE CASACION

- 59 -

No basta para que sea procedente la causal 3ª, la falta de entendimiento, como fenómeno personal del recurrente, de las disposiciones del fallo; es necesario que entre tales disposiciones exista contradicción que haga imposible su ejecución simultánea. (Casación Civil, junio 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....476, 2ª

CAUSAL 3ª DE CASACION (*en materia penal*)

- 60 -

Dos motivos le ofrece al interesado en la prosperidad de un recurso de casación la causal 3ª. Se refiere el primero al caso de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y obra el segundo, cuando la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Tanto cuando esta causal se encuentra justificada —en cualquiera de sus dos motivos expresados— como cuando ello ocurra con la 1ª o con la 2ª, lo que procede es invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo (letra a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal).

Sustituír en casación una sentencia, por ejemplo, una sanción que no corresponde al delito (causal 1ª); hacer lo mismo cuando en un proceso ventilado ante jueces de Circuito encuentre la Corte demostrado por el recurrente que los hechos estuvieron mal interpretados o erradamente apreciadas las pruebas que sirvieron para establecerlo (causal 2ª); o cuando la sentencia resulte en pugna con el veredicto (motivo 2º de la causal 3ª), es un mandato de la ley que no ofrece para su cumplimiento ninguna dificultad. ¿Pero cómo podría la Sala Penal de la Corte, so pretexto de una demostración de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, dictar un fallo, en reemplazo del invalidado, prescindiendo del veredicto de los jueces de conciencia, cuando fueron éstos quienes declararon una determinada responsabilidad distinguiéndola con especiales características, y la sentencia no hizo más que acometer las disposiciones concernientes a la declaración del Tribunal del pueblo? Ningún papel quedaría entonces desempeñando el veredicto en el juicio que, sin embargo, culminaría sin él. La sentencia sería en este supuesto estrictamente de derecho, no se habrían cumplido las formalidades del juzgamiento, sería nulo el proceso, y al tratar de armonizar la sentencia con el auto de proceder se pondría el fallo de casación en pugna con la voluntad del Jurado. El fenómeno que en el caso del proceso se contempla no es, pues, propiamente el de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino más bien el de falta de consonancia entre dicho auto y el veredicto, lo que no está consagrado como causal de casación. Se dice que lo que hay es únicamente una falta de armonía entre el auto

de proceder y el veredicto, porque la sentencia no hace otra cosa que recoger la voluntad del Jurado para acomodarla a las disposiciones penales respectivas. No es ella —la sentencia— una decisión del Juez sobre la responsabilidad del procesado, ni contiene en lo cardinal un juicio suyo; allí obra como subordinado, si se permite la expresión, y cumple apenas una labor casi mecánica de ajustar a la ley la resolución —si ha sido aceptada— de un Tribunal constituído precisamente para juzgar según su personal criterio. En lo que sí recobra el uso de sus auténticas atribuciones el Juez de derecho es en cuanto a la individualización de las penas, tarea que debe estar precedida de un ponderado estudio acerca de la personalidad del delincuente. Pero, como ya se ha dicho, en esta parte el Juez de derecho tan sólo se ocupa en darle forma a una realidad en que el Juez no tomó participación alguna decisiva en el problema que se discutía, es decir, en cuanto a la responsabilidad e irresponsabilidad que el veredicto define. Y esto es lo fundamental de todo proceso que se instruya para saber si hay o no lugar a imponer sanciones a quien se señala como autor o partícipe de una o más infracciones.

La anterior consideración conduce naturalmente a sostener la tesis de que en los juicios ventilados ante los jueces superiores mediante la intervención del Tribunal popular no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia —que no contiene decisión sobre los cargos y el auto que los formula, sino entre la determinación del Jurado —que sí se ha pronunciado acerca de ellos— y la providencia en que se enunciaron. Así es preciso declararlo en vista de la dificultad de orden práctico que se suscita al tratar de cumplir el mandato del artículo 570 (letra a) del Código de Procedimiento Penal, cuando en los juicios en que interviene el Jurado se alega en casación el primer motivo de la causal 3ª. (Casación Penal, marzo 12 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).....796, 1ª y 2ª y 797, 1ª

CAUSAL 3ª DE CASACION

- 61 -

La causal 3ª de casación presenta dos casos distintos e independientes pero con una base idéntica, que es la sentencia: primero, su falta de consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y segundo, su desacuerdo con el veredicto del Jurado. (Casación Penal, enero 23 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....211, 2ª

CAUSAL 3ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 62 -

El acuerdo entre el veredicto y la sentencia que prescribe el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, y cuya violación funda la tercera causal de casación, no puede establecerse en relación con un veredicto ya declarado contrario a la evidencia de los hechos y jurídicamente inexistente, por lo tanto, y ya sustituído por un segundo que, conforme a la ley, es definitivo. (Casación Penal, diciembre 11 de 1946. Tomo LXII, Nos. 2046, 2047).....206

CENSO CONSIGNATIVO

- 63 -

"*Censo consignativo* es el que da derecho de exigir la pensión en cambio del sumi-

nistro de una suma de dinero con la garantía de un inmueble del censatario", dice Rodríguez Piñeres en su curso de Derecho Civil Español; que es el mismo contrato de censo que establece el artículo 101 de la ley 153 de 1887, caído en desuso total. (Casación Civil, julio 27 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 36, 2ª

CESANTIA (*de miembros de la rama jurisdiccional*)

- 64 -

Se deduce del artículo 12 de la ley 22 de 1942 que dicha ley no sólo no instituyó el auxilio de cesantía a cargo del Tesoro Nacional para las personas que habían quedado cesantes antes de la vigencia de esa ley, sino que indudablemente hubo de denegarlo. Y ningún precepto posterior a la citada ley ha venido a crear a cargo del Tesoro Nacional auxilio de cesantía para atender a cesantías, en el ramo jurisdiccional antes de tal ley. (Negocios Generales, julio 22 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

829, 1ª y 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD — SU INFLUENCIA EN LA GRADUACION DE LA SANCION

- 65 -

Basta una sola circunstancia de mayor peligrosidad para que el Juez eleve, a su arbitrio, el mínimo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal. (Casación Penal, febrero 5 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 513, 1ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD — DEBEN ESTAR INDIVIDUALIZADAS PARA NO CONFUNDIRLAS CON HECHOS QUE NO TIENEN ESE CARACTER

- 66 -

Es doctrina de la Corte —constantemente sostenida— que en la apreciación de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad es preciso concederle al Juez un mínimo siquiera de libertad. Y aun cuando, por lo regular, los jueces se limitan a enumerar las circunstancias que concurren en el acto del delincuente para aumentar la sanción o para disminuírla, sin hacer un análisis de cada una de ellas y estudiar detenidamente su verdadero valor, sólo puede decidirse en un recurso extraordinario, como el de autos, que hay violación o mala interpretación de la ley penal cuando en la sentencia se atribuyó erradamente la calidad de circunstancias de mayor peligrosidad a determinado hecho al cual no es posible darle ese valor o significación. En el caso del proceso observa la Sala que al computarle a N. N. las circunstancias de los numerales 3º y 6º del artículo 37 del Código Penal no se procedió con acierto o, al menos, con lógica. Porque el motivo determinante que impulsó al procesado a la acción criminosa fue su transitorio estado de embriaguez aguda en que se hallaba. Luego señalar al mismo tiempo la futileza del motivo para obtener un aumento en la sanción, es tomar un solo factor en dos sentidos. Un ebrio obra sin motivo, porque sí, porque está ebrio. Si es belicoso revela su peligrosidad, que es otra cosa, que es otro síntoma de valorización. Y en cuanto a la modalidad de la ejecución criminosa, el sentenciador no hizo sino darle nombre distinto. Al Jurado se le preguntó acerca de

la *sevicia,* y la negó. Pero entonces el tribunal encontró que el procesado había dado muestras de insensibilidad moral, por el número de heridas que le causó al agredido. Mas ocurre que en esto precisamente consiste la sevicia, que equivale a la crueldad, al encarnizamiento. Y no cree la Sala justo acumular a la acción del procesado un factor que el Jurado desechó, sobre todo si la consideraión en que se funda no está bien respaldada, como ocurre en el caso de autos en que medió una riña, y que en el curso de ella, estando ebrio uno de los combatientes, el mayor número de golpes demuestra apenas que la lucha fue intensa o que es combativa la personalidad del agente, pero no que es cruel. Porque la crueldad resulta de otras actividades, precisamente manifestadas durante períodos de tranquilidad y no de agitación. (Casación Penal, febrero 13 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) .....529, 1ª y 2ª

COADYUVANCIA

- 67 -

En el caso del proceso la admisión de la coadyuvante no puede tener la eficacia de conferirle un derecho que la ley sólo asigna a las partes. Si cuando efectivamente es el caso legal de admitir una coadyuvancia, se discute sobre si el coadyuvante puede o no oponer recursos que el coadyuvado no ha opuesto o insistir en los que éste opuso pero de los cuales ha desistido, y si en tales casos sólo cuando la coaduvancia es litisconsorcial cabe sustanciar el recurso que sólo el coadyuvante interpuso o sostiene, sin lugar a discusión es de reconocerse que no se trata de este evento excepcional cuando el llamado coadyuvante no puede en realidad serlo por la decisiva razón de no compartir ni defender las pretensiones de ninguna de las dos partes contendoras. (Casación Civil, julio 14 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 625, 1ª

COMPETENCIA (*Para conocer de juicio de sucesión*)

- 68 -

De conformidad con el artículo 152, ordinal 5º, del Código Judicial, cuando el causante, al tiempo de su muerte, haya estado domiciliado en varios municipios, la competencia se rige por el lugar en que aquél haya tenido el asiento principal de sus negocios. Según los términos de la disposición, la competencia pertenece privativamente al juez del último domicilio, de lo cual se infiere que esta competencia no la regulan ni la situación de la mayor parte de los bienes sucesorales, ni los domicilios anteriores, ni aun el simple asiento de sus negocios. Para que esta circunstancia tenga influencia en la determinación de la competencia, es necesario que el *de cujus* haya tenido allí también su residencia. Conforme al artículo 77 del Código Civil y a que el ánimo de pertenecer en determinado lugar se presume en las circunstancias del artículo 80, se observa que uno de los indicios más notorios para el establecimiento del domicilio es la radicación de una persona, con su familia, en un determinado municipio. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 21 de 1947. T. LXII, números 2046, 2047) 223, 1ª

COMPETENCIA (*de la Corte para conocer de demandas de inexequibilidad*)

- 69 -

La competencia de la Corte para el conocimiento de demandas de inexequibilidad de

decretos ejecutivos está limitada por el Acto Legislativo número 1º de 1945 a los que dicta el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del 121 de la Constitución Nacional. Actualmente esa competencia sólo puede hacerse efectiva a los casos señalados por el artículo 214 de la Constitución Nacional vigente. Así pues, sólo para el conocimiento del primer Decreto (1570 de 1942) es competente la Corte; no así para el segundo (Decreto 260 de 1943) cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado, por tratarse de un decreto expedido por el Gobierno en uso de la potestad reglamentaria y no de facultades extraordinarias.

Habiendo sido derogado el decreto acusado por el artículo 62 de la ley 1ª de 1945 no hay materia para decidir sobre la acción propuesta. Es natural que el ejercicio y guarda de la integridad de la Constitución cuando sus normas se vulneran o menoscaban por leyes o decretos, deba subordinarse al hecho de que esas leyes o decretos que se dicen inconstitucionales, subsistan en el instante de proferir el fallo. Si no existen, por haber sido derogadas por leyes posteriores, es lógico que la función de la Corte no pueda hacerse efectiva, por carencia de objeto. (Sala Plena, septiembre 26 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....4, 1ª y 2ª

COMPETENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO Y REVISION DE PENSIONES PARA EMPLEADOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO

- 70 -

Cuando se trata de pensiones decretadas a favor de personas que han desempeñado cargos públicos distintos de los del Organo Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la competencia corresponde a la justicia administrativa, de conformidad con los artículos 164 a 168 de la ley 167 de 1941. La Corte acepta esta opinión del señor Procurador Delegado en lo civil, y ya que tiene ella reconocido, en jurisprudencia reciente, que habiendo el Código Contencioso Administrativo radicado en el Consejo de Estado la atribución para revisar de acuerdo con las reglas contenidas en el Capítulo XVIII de dicha obra toda suerte de reconocimientos hechos por las autoridades nacionales, hay lugar a admitir que casos de la naturaleza del actual, no sometidos por la ley a régimen diferente en materia de competencia jurisdiccional y no atribuídos en todo caso, de manera especial, al conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, mal puede reconocerse al Tribunal de Popayán competencia para conocer del presente en la primera instancia y, consiguientemente, a la Corte en el segundo grado del juicio. (Negocios Generales, julio 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049)...588, 1ª

COMPETENCIA PARA CONOCER DE JUICIOS SOBRE PENSIONES POR SERVICIOS ADMINISTRATIVOS

- 71 -

Cuando se trata de pensiones decretadas a favor de personas que han desempeñado cargos públicos, distintos de los del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, la competencia corresponde a la justicia administrativa. (Artículos 164 a 168, Ley 167 de 1941). (Negocios Generales, septiembre 8 de 1947. T. LXII, Nos. 250, 2051).....881, 2ª

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE RECLAMACIONES DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS NACIONALES

- 72 -

La jurisdicción administrativa es la adecuada para desatar litigios en que se cobran indemnizaciones con causa en trabajos públicos nacionales, al tenor de lo previsto en el artículo 261 de la ley 167 de 1941; mas no cuando el trabajo público no existe, por haberse ya ejecutado. Realizada la construcción de la obra, la jurisdicción especial sobre indemnización de perjuicios causados por ella no se justifica, y los interesados deben acudir a la vía ordinaria. (Negocios Generales, marzo 20 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 547, 1ª

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE CONTROVERSIAS EMANADAS DE CONTRATOS DE TRABAJO

- 73 -

La justicia del trabajo es privativa y la acción de perjuicios está separada de esa jurisdicción, en forma excepcional, por el artículo 12 de la ley 6ª de 1945. Pero este artículo fue modificado por el artículo 3º de la ley 64 de 1946 que atribuye a la justicia del trabajo "la acción correspondiente a la indemnización por incumplimiento de los contratos de trabajo". La justicia ordinaria ha quedado separada del conocimiento de lo atañedero al contrato de trabajo, no desde el primer momento, o sea el de iniciación de la jurisdicción especial de este orden y nombre, pues desde entonces siguieron adscritos a aquella asuntos de esta clase, entre otras razones por no estar todavía creadas y organizadas las autoridades y oficinas de la nueva institución; de suerte que ha sido paulatinamente como ésta se ha venido completando. Así, por ejemplo, aún ya vigente la ley 6ª de 1945 dispuso la 75 del mismo año que se reconociera a los jueces municipales y de circuito y a los tribunales superiores de distrito judicial el carácter de jueces y tribunales del trabajo, para los efectos indicados en su artículo 4º "mientras no se hagan las designaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley" (la 75). Esas designaciones son las de los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo. Como se ve, esta providencia del artículo 4º es provisional y temporal. Hechas ya esas designaciones y organizados como están estos Tribunales, de conformidad con la ley 75 y la 26 de 1946, no le corresponde a la Corte el conocimiento de este asunto. (Casación Civil, junio 30 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 502, 2ª

COMPRAVENTA

- 74 -

Sea por medio de escritura pública ante Notario, sea por licitación pública ante el juez, cuando una persona transfiere a otra una cosa por una cantidad de dinero, ésta se llama *precio* y el contrato, *compraventa*, según el texto del artículo 1849 del Código Civil. (Casación Civil, junio 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 425, 1ª

COMUNIDAD

- 75 -

La comunidad —ha dicho reiteradamente la Corte— es un cuasicontrato y se forma de hecho sin que las personas que en él aparecen celebren convención alguna para cons-

tituír una entidad autónoma. Como tal no es una persona jurídica, pero sí constituye un ente jurídico apto para adquirir derechos y contraer obligaciones civiles. De aquí que, como lo proclamó la Corte en sentencia del 13 de febrero del año próximo pasado, "si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios en la comunidad están jurídicamente obligados *a comprobar en el juicio el dominio aludido*". (Negocios Generales, agosto 29 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).....861, 1ª y 2ª

CONCUBINATO — CONSECUENCIAS JURIDICAS DE SU TERMINACION

- 76 -

La doctrina y la jurisprudencia francesas, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicios por la ruptura de un concubinato no originado en seducción dolosa, le ha concedido, para compensarse de los cuidados y desembolsos o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción de *in rem verso*, que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción *pro socio* para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto de las sociedades de hecho, cuando se encuentran reunidas las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos las relaciones intersexuales. La Sala de Casación Civil ha aceptado la posibilidad de las sociedades de hecho entre concubinos dentro de las condiciones y límites que se expresaron en el fallo de fecha 30 de noviembre de 1935. (Casación Civil, mayo 7 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....347, 1ª

CONCURRENCIA DE CULPAS

- 77 -

Se trata en el proceso de un caso que parece incontrovertible de concurrencia de culpas. De un lado la del menor y la de su padre, que prácticamente quedan confundidas en un mismo y único interés jurídico; y de otro la responsabilidad de la empresa del Ferrocarril que, faltando a graves deberes de vigilancia, no puso oportunamente o no dio los pasos conducentes a poner coto definitivo e inquebrantable a los hechos anómalos que se habían venido sucediendo en la estación de Ambalema, con perjuicio de los pasajeros y también de los menores que irrumpían, como a sitio de deporte, dentro de la carrilera a la llegada de los trenes, dedicándose a todo género de depredaciones en el propio material rodante de los trenes que allí afluían y distinguiéndose el occiso de que hablan los autos. (Negocios Generales, julio 7 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....584, 1ª

CONCURSO DE DELITOS Y DELITO CONTINUADO

- 78 -

A) Se incurre en un concurso formal o ideal de delitos al consumar el acto sexual de un padre en cada una de sus tres hijas,

puesto que con un mismo hecho se realizó violencia carnal e incesto;

B) La ejecución repetida del acoplamiento sexual en cada una de las víctimas, configura a su vez el concurso ideal continuado de violencia carnal e incesto; y

C) La diversidad de víctimas y la lesión de sus respectivos derechos, configuró también un concurso material de delitos. (Casación Penal, marzo 3 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....800, 1ª

CONCURSO DE DELITOS

- 79 -

El concurso de delitos (algunas de cuyas formas los expositores llaman "delito complejo"), se refiere a la acción que, mediante diverso hechos (actos) en sí mismos delitos independientes, lesiona derechos o bienes o intereses jurídicamente diversos (homicidio mediante incendio o robo mediante homicidio, que es el caso *sub judice*), en oposición al delito simple que comprende una sola acción (un acto) y que, a diferencia del concurso, lesiona un solo bien, derecho o interés jurídico; así, los actos (delitos) que integran el concurso (acción) son delitos *per se*, autónomos, independientes, y no forman o constituyen un delito solo aunque se sancionen conjuntamente con una sola especie de pena (la del delito más grave).

El sistema de sanción vigente del concurso de delitos hace incurrir en el yerro frecuente de que la sanción aumentada del delito más grave, con exclusión de la fijada para el menos grave, funda la hipótesis del delito único, tan ahincadamente sustentada en el recurso, hipótesis que no pierde su entidad propia ante la doctrina y la ley. El sistema de la acumulación jurídica, consagrado en el artículo 33 del estatuto penal, para sancionar esta figura de delitos, sustituído al de la absorción o de la acumulación material, no deja sin sanción al menos grave, sino que otorga al juez la facultad de sancionarlo, no precisamente con la especie y cuantía de pena fijada en la norma que le dio carácter de delito y le fijó pena, sino con la del más grave, lo que confirma la existencia de dos delitos autónomos e independientes.

Siendo la calificación el acto procesal en que se enuncian los términos o elementos de la relación jurídico-penal que el delito proyecta entre el infractor y el Estado, y siendo esa relación el objetivo concreto del proceso penal, la calificación incompleta, es decir, la sola imputación del homicidio como delito único y el robo como móvil o motivo del delito o elemento de agravación únicamente, dejaría por fuera la relación surgida del delito de robo y sin protección alguna el interés o bien patrimonial, lo que es contrario a los principios de la defensa social. El Juez, por lo tanto, ante la certeza legal sobre la existencia de dos actos punibles, de géneros diferentes, no podría dejar de imputarlas al infractor, con mención del género de la clasificación penal (Título, Capítulo), en atención al mandato del artículo 341 del estatuto procesal. (Casación Penal, marzo 25 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).....809, 2ª y 810, 1ª

CONFESION

- 80 -

La confesión, según lo determina el artículo 604 del Código Judicial, debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho; la prueba siempre concierne al hecho que es la materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al Juez a quien

corresponde esclarecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas. La simple opinión sobre un fenómeno jurídico en manera alguna configura el de la confesión, pues las expresiones en juicio de las ideas que a cada litigante se le susciten en el complicado y abstracto mundo de las realizaciones jurídicas no son manifestaciones sobre hechos, sino respecto de conceptos personales que sólo tienen realidad legal en boca del juzgador. No confiesan las partes al alegar lo que creen su derecho, como tampoco quienes emiten cualesquiera opiniones en juicio o fuera de él; no confiesan extrajudicialmente los tratadistas ni los doctrinantes, ni siquiera quienes en instrumento destinado a servir de prueba emplean denominaciones jurídicas, o señalan acertada o erróneamente el sentido en que obrará la voluntad de la ley ante tales o cuales estipulaciones. Si ello no fuera así quedaría la organización del derecho privado al arbitrio de las partes que contratan o que litigan: bastaría que señalaran el radio de actividad y los efectos de sus declaraciones para que crearan un estatuto *extra legem* de aplicación exclusiva en su caso concreto (Casación Civil, abril 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .....126, 1ª y 2ª

CONSULTA (*en materia civil*)

- 82 -

Se necesita que las sentencias "declaren alguna obligación" contra las entidades de derecho público, es decir, que sean condenatorias, para que sean consultables. (Negocios Generales, Auto, octubre 28 de 1946. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 813, 2ª

CONSULTA

- 83 -

Basta con que una sentencia proferida en una primera instancia declare *alguna obligación* a cargo de las entidades de derecho público para que deba consultarse. (Art. 508 C. J.). Usa el Legislador el adjetivo indefinido "alguna", como para no circunscribir el mandato a determinada clase de obligaciones del superior para que éste emita su concepto y decida en definitiva si lo sentenciado en primera instancia debe merecer la consolidación de la ejecutoria. (Artículo 510 C. J.). (Negocios Generales, Auto, julio 9 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 815, 2ª

CONSULTA

- 84 -

El auto referente a un incidente sobre liquidación de perjuicios, como interlocutorio que es y no sentencia definitiva a la luz del artículo 466, ordinal 2º del C. J., no es consultable. Y según el artículo 508 del mismo Código son las *sentencias* (subraya la Corte) que declaran alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia las que deben ser consultadas con el Superior. (Negocios Generales, Auto, julio 15 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....822, 2ª

CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION

- 85 -

Es exacto que conforme a los principios de la ciencia del derecho administrativo en

que se inspiró el régimen positivo vigente en Colombia (Ley 167 de 1941), además de la acción correspondiente al contencioso objetivo establecida en el artículo 66, paralelamente se instituyeron las que se refieren al contencioso subjetivo, organizando por medio de esas normas todo un sistema de tutela jurídica del ciudadano contra los actos de la administración y contra los hechos materiales de los funcionarios públicos adscritos a su servicio. Los artículos 67, 68 y concordantes proveen a ello, estableciendo lo que en la técnica del derecho público se conoce con el nombre de contencioso de plena jurisdicción. Según las orientaciones de la doctrina y las propias palabras de la ley el objeto de la acción es el de restablecer en su derecho a la parte actora en el juicio cuando hubiere sufrido una lesión a causa de la actividad jurídica o material de los agentes administrativos; restablecimiento que puede obtener por vía *indirecta* o *consecuencial* provocando previamente la nulidad del acto jurídico irregular (artículo 67), o bien en forma *directa*, exigiendo de la administración "las indemnizaciones o prestaciones" competentes cuando la causa para pedir está contenida en un hecho material o en una operación administrativa (artículo 68). Es evidente también que en la mayor parte de los casos el contencioso subjetivo y la acción de plena jurisdicción en que éste se desenvuelve procesalmente tienen un carácter indemnizatorio o, como lo dice el demandante, es "un contencioso de daños y perjuicios" que compromete la responsabilidad extracontractual del Estado. Pero nada autoriza la generalización de este principio en el sentido en que lo expone el recurrente, pues casos hay en que sin que exista daño como resultante de la actividad administrativa opera sin embargo el contencioso de plena jurisdicción. Así ocurre, por ejemplo, cuando la acción se endereza a obtener la revisión de una operación administrativa, en el contencioso de impuestos reglamentado por el Capítulo XXIII del Código de la materia. Obvio es que no puede hablarse entonces, dentro del rigor de los términos, de un daño a la persona del contribuyente, ni de que la acción se enderece a obtener una indemnización, sino simplemente que con ella se persigue por medio de la revisión de la providencia administrativa una prestación consistente en obtener que se devuelva el exceso debidamente liquidado o exigido. - (Negocios Generales, Auto, julio 15 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) ..... 825, 2ª y 826, 1ª

CONTRATO DE TRANSPORTE
(prueba del)

- 86 -

Conforme al Código de Comercio Marítimo el contrato de fletamiento puede tener por objeto el transporte de mercaderías o de personas, constituyendo éstos, por consiguiente, dos especies diversas derivadas de un mismo género de contrato y que tienen, como se ha insinuado, una reglamentación separada.

El Capítulo III del Título V del C. Marítimo no contiene disposición alguna especial sobre prueba del contrato de transporte de personas, llamado generalmente por la doctrina contrato de pasaje, y las que sobre el mismo punto traen las secciones antes mencionadas hacen referencia al contrato de fletamento cuando versa sobre el transporte de carga o mercaderías; por consiguiente, para juzgar aquel contrato sería aplicable por analogía, ante el vacío que al respecto se observa en el Código, el primer miembro del artículo 320 del C. de Co. Terrestre, o el artículo 266. Pero lo cierto es, en todo caso, que la ley no exige prue-

ba escrita para su demostración, y que para tal fin puede, en consecuencia, acudirse a los medios probatorios ordinarios.

Por el hecho de celebrar el contrato de pasaje todo pasajero tiene derecho, según práctica o costumbre comercial generalmente admitida, a llevar consigo determinada cantidad de efectos, como "sacos de noche, valijas o maletas, que según la costumbre no pagan porte" (artículo 325 del C. de Co. T.), que reciben el nombre de equipaje y cuyo peso, cantidad o medida están usualmente precisados en el contrato mismo o en los reglamentos de las empresas transportadoras. De allí que el contrato de equipaje tenga que ser considerado como accesorio del contrato de transporte de personas, y como tal ha sido reputado por la doctrina, y que deba ser sometido a las mismas reglas sobre pruebas para éste permitidas. (Artículo 325, inciso 2º). Esta es también la conclusión del profesor Ripert en su tratado de Derecho Marítimo, en donde sostiene que la prueba escrita no es indispensable en el contrato de transporte de personas; que todos los medios de prueba deben admitirse para demostrarlo, ya que el contrato es un acto de comercio para el armador y que la ley comercial consagra la libertad de la prueba, y que para el transporte de equipaje del viajero debe seguirse la misma regla, por lo cual considera innecesario el conocimiento. (Tomo II, número 1977, páginas 969 y 970, *Droit Maritime*). Igual tesis propugnan Lyon-Caen y Renault bajo el número 833 del Tomo V de su *Traité de Droit Commercial*. En el caso de autos, desde el momento en que el equipaje fue recibido por la empresa e introducido en ella en la cabina del avión, aquél necesariamente quedó bajo el cuidado y guarda del capitán, lo cual determina que al pasajero deba reputársele como cargador de los objetos que lleva, con los derechos inherentes a tal calidad para los efectos de la indemnización que le confieren, entre otros, los artículos 101, 104 y 105 del C. Marítimo y 2072 y 2073 del C. C. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 709, 1ª y 2ª y 710, 1ª

COPIAS DE DOCUMENTOS AUTENTICOS. — SU VALOR PROBATORIO

- 87 -

(Véase sobre este tema el aparte *"Pruebas. — Copias de documentos auténticos"*).

CORRECCION DE ERRORES ARITMETICOS OCURRIDOS EN LAS SENTENCIAS

- 88 -

El Juez que ha pronunciado una sentencia e incurre en un error simplemente aritmético, puede corregirlo de oficio y en cualquier tiempo, conforme a lo dispuesto en el artículo 483 del C. Judicial. La enmienda de la equivocación ocurrida en un fallo de la Corte, ha de corresponderle a esta entidad, de acuerdo con el tenor literal del artículo citado. (Negocios Generales, junio 4 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049). 560, 1ª

COSA JUZGADA.—SU AUTORIDAD EN EL CAMPO DEL DERECHO PUBLICO

- 89 -

La Corte encuentra que este mismo asunto fue decidido ya por ella misma en sentencia de fecha 29 de mayo de 1933 dada en la acción de inexequibilidad promovida por el ciudadano Vicente Soffia G. contra las mismas disposiciones que hoy se acusan. (Decreto Legislativo número 2 de 1906, artículo 6º, y Decreto Legislativo número 48, artículo 2º, del mismo año). La autori-

dad de la cosa juzgada que corresponde a las sentencias firmes, relativa en materia contenciosa a la causa en que fueron pronunciadas y a los contendores en ella, trasladada al campo del derecho público en que se mueve la acción extraordinaria sobre control constitucional de las leyes, se convierte en absoluta. Las sentencias que finalizan los juicios de inexequibilidad estatuyen para siempre y para todos, por razones de orden político y de estabilidad jurídica y social. La evidente calidad de cuestión de orden público que conlleva el ejercicio de esta clase de acciones extraordinarias impone y justifica un más ceñido y enfático concepto de la cosa juzgada que impide, a diferencia de lo que acontece con los fallos que deciden en el orden privado, replantear acusaciones de inconstitucionalidad contra las leyes alegando que en juicio anterior, a pesar de sus iguales peticiones y sus fundamentos idénticos, no se agotó jurídicamente la cuestión porque la motivación de la Corte fue deficiente, o elusiva o equivocada, como en el caso de hoy lo pretende el demandante. Equivaldría esto a un inaceptable recurso de revisión ante la Corte contra sus sentencias sobre inexequibilidad de las leyes, en busca de pedimentos y razones fundamentales, como lo hay entre la demanda que dio lugar a la sentencia de 1933 y la que se está considerando, en torno a la cuestión esencial del rebasamiento de las facultades presidenciales en caso de turbación del orden público, principio virtualmente igual en la carta de 1886, en la reforma de 1910 y en la vigente hoy, y si no existe, como no existe, incongruencia por decisión *extra petita* entre aquel fallo y la demanda que le sirvió de pauta, la sentencia que denegó la declaración de inexequibilidad, cualesquiera que hayan sido sus fundamentos, tiene autoridad de cosa juzgada absolutamente, *erga omnes*, y esteriliza la jurisdicción de la Corte para el replanteamiento de la misma cuestión.

Siempre el poder decisorio de la Corte en estas acciones es creador de situaciones inalterables. Otra cosa es la delimitación de la órbita que corresponde a la cosa juzgada, en este caso no en consideración a sus condiciones intrínsecas, que son las mismas, sino a la diferencia del régimen legal que gobernaba las acciones de inexequibilidad al proferirse la sentencia de 1933 con el que actualmente rige. A partir del Acto Legislativo número 3 de 1910, que estableció el control de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema en acción pública, estimó permanentemente esta superioridad, hasta la expedición de la ley 96 de 1936, de acuerdo con el principio de derecho procesal que manda dictar las sentencias en consonancia con la demanda, y análogamente a lo que ocurre en el recurso extraordinario de casación, que sus sentencias debían ceñirse a los pedimentos y razones de la demanda, entendiéndose entonces, consecuencialmente, que no fundaban la excepción de cosa juzgada sino respecto de los cargos o tachas de inconstitucionalidad sobre que recayeron. Bajo ese sistema era posible traer una ley como acusada ante la Corte varias veces, si en cada una se le imputaban vicios de inconstitucionalidad diferentes. Bajo la preceptiva de la ley 96 de 1936 las sentencias sobre inexequibilidad, además de ser como antes, *erga omnes*, son absolutas también respecto de todas las normas constitucionales, porque al tenor del art. 2º, la Corte ya no limita su decisión a los textos o principios invocados por el demandante, ni a las causas o razones alegadas, sino que debe agotar el estudio de la inconstitucionalidad del texto acusado sin restricción alguna. Ahora "decidir definitivamente" significa decidir una sola vez, mientras subsista el actual régimen de control constitu-

cional de las leyes. (Sala Plena, agosto 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) .312, 2ª

COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL. SU INFLUENCIA EN EL JUICIO CIVIL

- 90 -

(Véase *"Influencia en el juicio civil de la cosa juzgada en el proceso penal"*).

COSTAS EN CASACION

- 91 -

En cuanto a costas en el recurso es de seguirse la práctica establecida con apoyo en el artículo 575, numeral 2º *in fine*, del C. J., según la cual la acogida de cargos doctrinarios del recurrente lo libra de esa condenación aunque no alcancen a invalidar la sentencia recurrida. - (Casación Civil, mayo 14 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 369, 2ª

COSTAS JUDICIALES

- 92 -

Los gastos que de ordinario origina el sostenimiento de un pleito, tales como los de abogado, papel sellado, peritos, intérpretes, etc., constituyen lo que se denomina costas del proceso; deben ser computados en toda liquidación y pagados por la parte a quien ellas se imponen, por contemplarse alguno de los casos previstos en la ley procedimental. (Artículos 575 y 578 del C. J.). Según el sistema del Código, la condena en costas no se pronuncia automáticamente contra el vencido en el juicio, por el mero hecho del vencimiento, pues ella está subordinada, además, a la temeridad o malicia con que se haya procedido en el sostenimiento de la acción u oposición, y para apreciar esas circunstancias se ha considerado siempre por la jurisprudencia que los Tribunales gozan de una absoluta libertad de criterio, en atención a que la ley no prescribe reglas para juzgar sobre los elementos subjetivos que crean la temeridad o la malicia. Por este motivo y en atención también a que lo atañedero a la condenación en costas no es materia del debate sino una consecuencia procesal de él, o un accesorio del derecho principal deducido en el pleito, la Corte ha considerado de manera invariable que las cuestiones relativas a su reconocimiento son extremos que escapan al recurso de casación. Ahora, cuando no se trata de costas judiciales, o sea de gastos ocasionados directamente por el sostenimiento del pleito, sino de erogaciones sufragadas como consecuencia directa e inmediata del hecho dañoso, tales como los de médico, medicina, hospitalización, en el caso de heridas, y los de entierro, funerales, etc., en el caso de muerte, ya esas erogaciones sí forman parte del perjuicio o lesión patrimonial causados por el hecho dañoso, y deben ser reparadas por el autor. Pero en esos casos la reparación no se debe por concepto de costas en el sostenimiento del pleito, sino por el de perjuicios motivados directamente por razón del hecho que ha causado el daño. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. Tomo LXII, Nos. 2050, 2051) 723, 1ª

CREACION Y SUPRESION DE MUNICIPIOS

- 93 -

Aunque el artículo 186 de la Constitución Nacional anterior no establecía expresamente otros requisitos para crear y suprimir Municipios que el de la base de población que determinara la ley, los artículos 7º y 83 del Acto Legislativo número 1º de 1945, co-

rrespondientes a los textos de los artículos 76 y 187 de la nueva Codificación Constitucional modificaron totalmente las condiciones impuestas anteriormente para la creación de nuevas leyes sobre el particular; es decir, atribuyó al Legislador dicha facultad como función propia suya. Así, pues, la disposición constitucional invocada por el actor no existe por haber sido reemplazada con los textos citados, preceptos que en ningún caso se oponen a las disposiciones legales acusadas como inconstitucionales, ni pugnan con ellas. Por consiguiente, no pueden ser declaradas inexequibles, ya que no existe fundamento alguno que lleve a esa conclusión. (Sala Plena, noviembre 21 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....7, 2ª

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

- 94 -

La Sala de Casación, reformando su primera doctrina sobre cuantía del pleito para el recurso de casación, dio cabida al artículo 524 del Código Judicial para indagar la cuantía respecto de la casación, aun estando fijada en cifra precisa por el demandante en su libelo inicial, sin reclamo del demandado. (Casación Civil, junio 18 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....454, 2ª

CUESTIONARIOS AL JURADO

- 95 -

Es sabido que el homicidio en riña es una modalidad atenuativa del homicidio que modifica favorablemente la sanción, pero esto no le quita su característica de homicidio. Por ser forma modificadora del delito en su género, según mandato de la ley, debe ser sometida a la consideración del Jurado, pero si éste la rechaza y para ello es soberano, esto apenas significa que queda subsistente el delito en su género intencional sin modificación alguna. Sostener lo contrario sería tanto como afirmar que el Jurado quedaría forzosamente sujeto a todas las proposiciones que hayan surgido en el auto de proceder, tanto favorables como desfavorables al reo, sin que tenga poder alguno para rechazarlas cuando para su conciencia surja la necesidad de hacerlo. Tan inaceptable es esta hipótesis que, propuesta a la inversa, si, por ejemplo, en el auto de proceder se ha llamado a juicio al reo por un delito de homicidio con alguna circunstancia de asesinato que desde luego agravaría la responsabilidad y la cuantía de la sanción, el Jurado rechazara la modalidad del asesinato convirtiendo el hecho en un homicidio simple, también resultaría la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder por cuanto el Jurado rechazó la hipótesis del asesinato, no obstante que esta situación hubiera de ser más favorable a los intereses del acusado. Todo esto haría entonces innecesaria la etapa del juicio penal, ya que en ésta el debate probatorio puede dar nuevas luces no solamente sobre los sucesos en sí sino sobre las modalidades de las mismas que no fueron oportunamente comprobadas o aducidas mientras se adelantaba la instrucción. Resultaría así que el ciclo procesal con respecto a un sindicado concluiría precisamente con el auto de proceder y sería innecesario adelantar el juicio con todas sus secuelas. La ley exige que en el auto de proceder se haga la calificación genérica del hecho que se imputa al acusado con las circunstancias *conocidas* que lo especifiquen, lo cual quiere decir que las circunsatncias no conocidas que también puedan especificarlo y que aparezcan con posterioridad, en el período probatorio del juicio deben ser

propuestas al Jurado para su resolución aun cuando éstas no hayan figurado en el auto de proceder. Tratándose de circunstancias del hecho principal en nada afecta su aparición posterior, pues el género del delito por el cual se llamó a juicio se mantiene intangible y por ese hecho se condena. (Casación Penal, noviembre 28 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .187, 1ª y 188, 2ª

CUESTIONARIOS AL JURADO

- 96 -

En el sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943, la propuesta al jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende los elementos del delito, tanto físicos o materiales como psíquicos o morales, de modo que la no propuesta expresa del propósito o intención al jurado, no implica su desconocimiento o exclusión, menos la consiguiente absolución del procesado, ni funda el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado. (Casación Penal, enero 23 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047). 211, 2ª

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO. QUE NORMAS LOS REGLAMENTAN ACTUALMENTE

- 97 -

Los artículos 497, 498, 500 y 503 del Código de Procedimiento Penal fueron derogados por la ley 4ª de 1943, así: el 497 por el artículo 26; el 498 por el artículo 28; el 500 por el artículo 29, y el 503 por el artículo 37. (Casación Penal, febrero 5 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) ...511, 2ª

CUESTIONARIOS AL JURADO

- 98 -

Los sistemas de formulación de cuestionarios —el del Código y el de la Ley 4ª— se diferencian por cinco aspectos: la forma o contenido, la intervención de las partes, la forma o contenido de las respuestas y la forma de actuación o decisión de los jurados: estos caracteres diferenciales impiden la aplicación conjunta y simultánea de los dos sistemas. (Casación Penal, octubre 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047)...159, 2ª

CUESTIONARIOS PROPUESTOS AL JURADO — CONFORMIDAD DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO

- 99 -

Si en el auto de proceder no se hizo mención de ninguna de las situaciones previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, mal puede proponerse al jurado esas modalidades con respecto a las cuales hubiera podido pronunciarse reconociéndolas, sin embargo, el tribunal popular. De manera que no constando nada de ello en el veredicto, el Juez de derecho se habría puesto en pugna, en el caso de autos, con la determinación del *Jurado* al fallar sobre materias fuera del juicio y acerca de las cuales ni contestó ni fue preguntado. (Casación Penal, febrero 5 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 512, 2ª

CULPA CIVIL

- 100 -

El accidente a que el juicio se refiere ocurrió por falta de gasolina, lo que determina una culpa bastante para deducir la respon-

sabilidad civil. (Negocios Generales, agosto 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 848, 2ª

CURADURIA "AD LITEM" EN EL PROCESO PENAL

- 101 -

Es evidente que de conformidad con el artículo 463 del Código Civil, toda tutela o curaduría necesita como condición indispensable el que sea discernida para poder ejercerla, y es cierto que el artículo 467 dispone que los actos del tutor o curador que no están autorizados por el decreto de discernimiento son nulos; pero los mandatos contenidos en estas disposiciones, aplicables a los casos que surgen en el ramo civil, no son de imperativo cumplimiento en el campo penal.

En lo civil, el cargo de curador se da para la guarda o administración de bienes de la persona incapaz, y en lo penal, este mismo cargo —curador *ad litem*— se da para garantizar los derechos de defensa del menor de edad, o de la persona ausente, en relación con su situación jurídica pendiente ante la ley.

Para el ejercicio del primero, es indispensable el decreto de discernimiento, por ser la curaduría una institución esencialmente de derecho civil y por exigirlo perentoriamente la ley, con sanción de nulidad. Para el ejercicio del segundo, no es necesario el decreto de discernimiento, porque en el ramo penal, el nombramiento de curador *ad litem* es un acto de naturaleza procedimental, y se da únicamente para complementar la personería del menor, o para representar y defender al sindicado o procesado ausente.

En lo penal, el curador *ad litem* no es un guardador de bienes, sino un defensor o apoderado del menor, o del ausente, y es entendido que ni el defensor ni el apoderado necesitan para desempeñar sus funciones, de un decreto en que previamente se les discierna el cargo. Para ejercer el mandato de curador *ad litem* en los negocios criminales, sólo es indispensable prestar el juramento de cumplir con los deberes que aquél les impone (artículo 349 del C. de P. P.). (Casación Penal, Auto, febrero 26 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) ...761, 1ª

DECRETO LEGISLATIVO Nº 2 DE 19 DE ENERO DE 1906 (ART. 6º) Y DECRETO LEGISLATIVO Nº 48 DE 14 DE SEPTIEMBRE DEL MISMO AÑO (ART. 2º) ACUSADOS POR INCONSTITUCIONALIDAD

- 102 -

(Sala Plena, agosto 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 311

(Véase sobre este asunto la doctrina contenida en el aparte *Cosa juzgada—Su autoridad en el campo del Derecho Público*).

DECRETOS Nos. 1570 DE 1º DE JULIO DE 1942 Y 260 DE 6 DE FEBRERO DE 1943, SOBRE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO, ACUSADOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

(Véase sobre esta demanda el aparte *"Competencia de la Corte para conocer de demandas de inexequibilidad"*).

DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 1668 DE 1943 (AGOSTO 25), ACUSADO POR INCONSTITUCIONALIDAD EN SUS ARTICULOS 1º Y 2º.

(Véase *"Derechos civiles de los extranjeros"*).

DECRETOS NUMEROS 1640 Y 1962 DE 1944, ACUSADOS POR INCONSTITUCIONALIDAD.

(Véase *"Ley 84 de 1931 acusada por inconstitucionalidad en su artículo 17"*).

DEMANDA

- 103 -

La demanda es la pauta obligada del juicio y determina el contenido de la controversia que se inicia. De ahí que el abandono de sus lineamientos encarna el fenómeno de lo *"ultra petitum"* a que se refiere el artículo 471 del C. de Procedimiento, cuando prescribe que la sentencia debe estar en consonancia con la demanda. (Negocios Generales, agosto 17 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 844, 2ª

DEMANDA DE CASACION

- 104 -

La casación está configurada en nuestro derecho como un recurso de los llamados "en relación" porque en ellos quien los decide no tiene libertad para juzgar sobre la providencia impugnada, sino que ha de seguir estrictamente la vía que el recurrente señale, y si ésta es inconducente la gestión fracasa, porque al juzgador no le es dado el examen abierto y sin obstáculo al alcance de los juzgadores de instancia. Cuando el artículo 531 del C. J. indica qué debe contener la demanda de casación ordena que se exprese la causal aducida, lo cual se satisface ora refiriéndose concretamente a alguna de las preinstituídas por la ley, y ajustado al desarrollo de los sustentos del recurso a la técnica propia de cada una de aquéllas, ora formulando los cargos en forma tal que aunque expresamente no se determine la causal, la Corte pueda hallarla como simple y necesaria conclusión de lo alegado. El requisito de que se trata no es de simple trámite procedimental; es que sin él no existe propiamente recurso ya que éste no puede edificarse sino sobre alguno de los motivos enumerados por el artículo 520 de la ley rituaria; sólo en relación con ellos puede discurrir el recurrente en casación y es dado a la Corte decidir. (Casación Civil, agosto 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .....735, 2ª y 736, 1ª

DENUNCIA DEL PLEITO

- 105 -

La denuncia del pleito tiene por objeto fijar las relaciones entre el denunciante y el denunciado, nacidas de la obligación en que se halla el vendedor de sanear la cosa vendida. Tal obligación se la impone la ley al vendedor para amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de ella. (Artículo 1893, C. C.). (Negocios Generales, mayo 20 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 550, 1ª

DERECHOS CIVILES DE LOS EXTRANJEROS (*Decreto extraordinario Nº* 1668 *de* 1943, *acusado por inconstitucional*)

- 106 -

El artículo 11 de la Constitución Nacional consagra, en cuanto a los derechos civiles de los extranjeros y, en tesis general, el sistema de la *igualdad jurídica* que, en sentir del Constituyente de 1936, es el "más acorde con el derecho moderno y con las mutuas conveniencias e intereses de los Estados, proveniente del desarrollo del comercio internacional". La Corte comienza por admitir lo primero que a la vista salta, esto es, que el régimen de administración fiduciaria establecido en Colombia con motivo de la última guerra mundial, implica una limitación del ejercicio de los derechos civiles sobre la propiedad de que en tiempos normales disfrutan los extranjeros. Pero

esa limitación tiene su fundamento en la propia Carta, que la autoriza por razones de orden público, razones que de modo indudable fueron la causa de su implantación en el país, en virtud de las facultades que le fueron conferidas al Presidente de la República por la ley 7ª de 1943, parágrafo del artículo 13, y artículo 16 de la ley 128 de 1941. Los preceptos del Decreto no se refieren de modo directo a los colombianos, pues los obliga condicionalmente, o sea, en cuanto el Gobierno tenga "fundamentos para considerarlos como pertenecientes en realidad a personas que conforme a las normas vigentes tengan o deban tener" sus bienes bajo ese régimen de administración fiduciaria. Pero de esos artículos acusados resulta que no se ha dejado a las autoridades correspondientes la decisión de si los bienes adquiridos por colombianos deben entrar a la administración fiduciaria por pertenecer a personas que deben tener los suyos bajo ese régimen, o si el traspaso de ellos se ha hecho con el fin de eludir las disposiciones sobre control de bienes de extranjeros. Esa decisión se le ha dejado, en forma absoluta, al Gobierno Nacional. Tal decisión del Gobierno no versa sobre asuntos de su incumbencia, porque se trata nada menos que de resolver a quién *pertenecen* determinados bienes o si su adquisición por parte de nacionales colombianos se ha hecho con fraude de las disposiciones sobre administración fiduciaria. Es, pues, una *declaración de propiedad* lo que debe hacer el Gobierno cuandoquiera que tenga que decidir si ciertos haberes han de pasar al llamado Fondo de Estabilización o, por el contrario, cuando determina que han sido adquiridos legítimamente, y esa declaración no puede hacerla la rama ejecutiva del poder público, sino solamente la rama jurisdiccional. Por tanto, las disposiciones acusadas quebrantan el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues el resolver las controversias sobre propiedad entre los ciudadanos, o entre éstos y el Estado, es función privativa de la administración de justicia. Son, pues, inexequibles los artículos del Decreto acusado, pero sólo en cuanto sustraen el conocimiento de las controversias sobre derechos de los colombianos a la rama jurisdiccional del poder público. (Sala Plena, abril 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .....11, 1ª y 2ª

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 107 -

La Corte estima que del recurso de casación se puede desistir, por tener éste un carácter extraordinario y por ello requerir para su desenvolvimiento la solicitud de parte interesada, esto es, que su utilización o prescindencia es estrictamente interesada. (Casación Penal, febrero 6 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 514, 2ª

DESISTIMIENTO EN EL RAMO PENAL.

- 108 -

El desistimiento es la renuncia de un derecho que la ley otorga a las partes, para terminar un pleito, o para abandonar una acción o un recurso. El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio. Pero las normas que en lo civil rigen el desistimiento no se aplican en su integridad en lo penal. En el primero, los interesados pueden desistir de la acción principal; en el segundo no, porque la acción es pública y corresponde al Estado, y por excepción, en casos especiales previstos por la ley, puede operarse el fenómeno del desistimiento respecto de la acción penal.

El desistimiento, por contener la renuncia de un derecho, sólo puede hacerse por el titular del mismo, o por sus mandatarios judiciales. Cierto es que el apoderado en un juicio civil o penal representa a su poderdante y dentro del respectivo juicio puede ejercer todas las atribuciones correspondientes a dicho mandato, pero esa representación no lo autoriza para desistir de la acción o del recurso, sino cuando expresamente se le ha conferido esa facultad.

El abandono del recurso de casación, por desistimiento, produce el efecto de dejar en firme la sentencia de segunda instancia, y como ésta en el caso *sub judice* contiene una pena privativa de la libertad, es natural que el desistimiento hecho por el apoderado del reo perjudica a éste y no a su representante legal; por tanto, el defensor o apoderado debe tener autorización expresa para desistir, pues de conformidad con el numeral 3º del artículo 465 del C. J. no pueden hacerlo los apoderados que no tengan facultad expresa para ello. (Casación Penal, marzo 21 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).....803, 2ª

DEUDAS SOCIALES DE SOCIEDAD CONYUGAL

- 109 -

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte 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 afectos 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 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. Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. (Casación Civil, noviembre 21 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047).....70, 2ª y 71, 1ª

DOCUMENTOS

- 110 -

Los casos a que aluden los artículos 553 y 837 del Código Judicial no deben elevarse a la categoría de norma general para el efecto de exigir la presencia del proceso original. De conformidad con el artículo 632 del C. J. se consideran como documentos auténticos los informes o certificaciones de funcionarios públicos en lo de su cargo, así como la copia de instrumentos originales. De otro lado, los artículos 361 y siguientes del mismo código establecen las maneras de

aportar como pruebas los documentos o piezas inherentes a un proceso; por medio de copias o desgloses. En el caso de autos si las planillas y subcontratos se estiman como instrumentos oficiales y hacen parte de un expediente archivado, el camino para traer al debate esas pruebas lo indica el artículo 636 ibídem. No hay disposición que faculte al juzgador para disponer que se repela de un expediente determinado la pieza para llevarlo a otro. Esto porque en nuestro procedimiento los poderes de las partes como del Juez no son arbitrarios: ellos obedecen a normas precisas. Por lo que respecta a las fotografías puede decirse que éstas son documentos materiales que proyectan hacia el futuro un hecho presente, y los planos son la representación corpórea de lo que ha de ser o es una determinada obra. Tales instrumentos, que son en sí mismos fuente para valiosas apreciaciones, es preciso custodiarlos. Y sería contrario a los fines de esa guarda que esas piezas estuvieran pasando continuamente de una oficina a otra. Aun los mismos documentos privados literales pueden valer como una mera copia en los eventos de que habla el artículo 648 del C. J. (Negocios Generales, Auto, agosto 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

839, 1ª y 2ª

EJECUCION CONTRA HEREDEROS

- 111 -

El heredero es obligado a responder de las deudas y cargas de la herencia, es decir, de las obligaciones que gravan el patrimonio del difunto, así como de las que ha hecho nacer la transmisión misma de tal patrimonio, o de aquellas a que su muerte ha dado lugar y de las que el difunto impuso a su sucesor como tal. Estando colocado el heredero en el lugar y en reemplazo del *de cujus*, tanto para responder de sus obligaciones, como para el ejercicio de los derechos que le competen, los títulos ejecutivos conservan la misma fuerza que tenían contra él; pero como el heredero pudiera ignorar la existencia de tales títulos, en el interés de impedir que se le sorprenda con un mandamiento de pago y consiguiente embargo de bienes, o adelantando a sus espaldas una ejecución ya incoada, la ley ha dispuesto que se llene previamente el requisito de la notificación judicial al heredero de la existencia del crédito, el cual no podrá servir como base de recaudo sino vencidos ocho días a partir de la notificación. En resumen, los acreedores pueden obrar contra los herederos de su obligado de la misma manera que contra el causante, salvo el cumplimiento previo de la formalidad de hacer conocer la existencia de su crédito y dejar transcurrir un término de gracia de ocho días. (Casación Civil, julio 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....632, 2ª

EJECUCIONES POR JURISDICCION COACTIVA

- 112 -

La Sala Plena de la Corte, en la acusación del artículo 3º de la ley 67 de 1943, decidió que sólo corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento de esta clase de negocios cuando el recaudo ejecutivo se basa en un contrato. (Negocios Generales, Auto, marzo 18 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).

221, 2ª

EJECUCION DE PROVIDENCIAS SOBRE ASUNTOS LABORALES DICTADAS POR LA JUSTICIA ORDINARIA ANTES DE ORGANIZARSE LA JURISDICCION ESPECIAL DEL TRABAJO

- 113 -

La jurisdicción de los Tribunales del Trabajo ha de implicar la facultad de ejecutar

o hacer ejecutar los fallos respectivos; y asuntos de la índole del que refiéren los autos le corresponden a esa jurisdicción, de conformidad con el artículo 68 de la ley 6ª de 1945, no obstante tratarse en el caso de autos de un juicio ejecutivo sometido antes a la jurisdicción ordinaria. (Negocios Generales, junio 19 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....565, 1ª

ELECCION DE CONSEJEROS DE ESTADO

- 114 -

Según el artículo 136 de la Constitución Nacional, el constituyente contempla tres clases de Consejeros: los principales y los suplentes, designados unos y otros por las Cámaras; y los interinos, cuyo nombramiento corresponde al Gobierno Nacional en los casos previstos por la ley. En cuanto al deber del Presidente de incluír en la terna de candidatos para la elección el nombre del Consejero respectivo, dispuso el legislador no simplemente que debía incluírse el nombre del *Consejero en ejercicio*, sino el del *Consejero principal en ejercicio*. Se designó para ser favorecidos con esta disposición, únicamente a los *Consejeros principales* y no a quienes en reemplazo de éstos desempeñaran el cargo como suplentes o interinos. Si tal no hubiera sido el propósito del Constituyente, le habría bastado consignar una fórmula más sencilla, refiriéndose simplemente a los Consejeros en ejercicio y no como lo hizo, estableciendo una condición más: la de ser principal.

La disposición del artículo 139 de la C. N., artículo b) transitorio, se encamina a facilitar el tránsito entre el sistema de elección antiguo y el actual. El Constituyente de 1945 dispuso que para las dos primeras elecciones parciales que habrían de efectuarse después de la enmienda constitucional, podrían ser designados para el ejercicio de tales cargos abogados titulados que, aunque no reúnan los requisitos del artículo 150 de la C. N., hubieran ejercido su profesión por un lapso no menor de diez años. (Sala Plena, 31 de mayo de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....302, 2ª

ENAJENACION
(*de bienes*)

- 115 -

Los preceptos de los artículos 1521 del Código Civil y 43 de la ley 57 de 1887 se refieren, como es obvio, a enajenaciones propiamente tales, esto es, a contratos o actos entre vivos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, como donación, venta, permuta, transacción, en que los efectos se determinan por la voluntad jurídica. Así, tratándose del fenómeno de la disolución o extinción de contratos, las disposiciones referidas sobre ilicitud del objeto en la enajenación de bienes embargados tienen aplicación cuando se produce por mutuo consentimiento de las partes (resiliación), pero no cuando es el efecto de una causal legal de extinción, decretada judicialmente como consecuencia del evento de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del C. C. para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, la cual opera retroactivamente por regla general, de tal modo que todos los efectos que el contrato haya producido caducan y se extinguen. No siempre que se produzcan desplazamientos patrimoniales de dominio puede hablarse jurídicamente de enajenaciones; ni aun concediéndole a esa expresión el más amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, podrían calificarse como enajenación, para los efectos del artículo 1521 del C. C., las restitu-

ciones que las partes litigantes deben hacerse como consecuencia de un fallo judicial que declara la nulidad o la resolución de un contrato de venta, en las cuales no interviene como razón la voluntad personal, que es elemento esencial del acto jurídico. Jurídicamente no es posible establecer la analogía que pretende el Tribunal entre el contrato y la sentencia, porque mientras aquél es ineludiblemente el resultado del consentimiento, ésta es un acto jurisdiccional configurado por la ley en su naturaleza, autoridad y consecuencias, que finaliza una relación jurídico-procesal y vincula a los jueces por la fuerza de la cosa juzgada. Los efectos jurídicos que se desprenden del fallo que decide una acción constitutiva tienen por título o antecedente la sentencia, en virtud de la soberanía judicial. (Casación Civil, agosto 23 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 62, 2ª

ENCOMIENDAS POSTALES — SU CARACTER JURIDICO

- 116 -

Hay servicios públicos prestados por el Estado, como ocurre con el de correos, en que las relaciones de los usuarios de ellos se rigen no por normas civiles sino por otras de derecho público. Se infiere de esto que un acto reglamentario es el que fija las condiciones del servicio y establece para los usuarios el precio de él en forma de tasa. No hay en verdad, en un caso de éstos, un contrato de adhesión, pues el servicio público aparece establecido por normas a las cuales deben someterse tanto la administración como el particular. Para la Corte el asunto de las encomiendas postales a que se refiere la demanda no encaja ni en los contratos civiles ni en los administrativos. Se relaciona más bien con la prestación de un servicio público, como una atribución del Estado, mediante el pago de una tarifa o aporte del ciudadano en el sostenimiento de una empresa necesaria para los fines de interés colectivo. (Negocios Generales, septiembre 8 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 877, 1ª

ERROR (*en apreciación de pruebas*)

- 117 -

En nuestro derecho no es de recibo el cargo por error en la apreciación conjunta de las pruebas, como es posible en otras legislaciones que lo admiten como consecuencia de haber adoptado el sistema de la libre valoración de las probanzas, al cual se opone el de la prueba legal recogida por nuestro sistema probatorio. Este último evita con mayor eficacia que los juzgadores de instancia acudan a fórmulas generales y vagas para condensar en ella su examen de las pruebas, frustrando así el recurso de casación, ya que es indispensable, para quien conoce de él, la posibilidad de rectificar el proceso lógico jurídico que permitió al Tribunal Superior apreciar en determinada forma cada prueba. (Casación Civil, mayo 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).

96, 2ª y 97, 1ª

ERROR

- 118 -

La alegación por error no puede consistir simplemente en la disparidad del juicio del Tribunal con el del recurrente, sino la discrepancia con la realidad evidente, en el caso del error de hecho, o con la ley que gobierna el mérito probatorio, cuando se trata de error de derecho. (Casación Civil, mayo 31 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 420, 2ª

ERROR DE DERECHO (*en apreciación de pruebas*)

- 119 -

El error de derecho en la apreciación de una prueba consiste —según reiterada jurisprudencia de la Corte— en atribuírle a aquélla un valor que legalmente no le corresponde o en desconocerle el que tiene conforme a la ley, y en materia de justipreciación de dictámenes periciales sobre avalúos ese error puede producirse cuando, entre otras cosas, se les otorga el valor de plena prueba a pesar de que carezca de toda explicación y fundamentación, desde luego que la ley requiere para tal efecto que ellos sean explicados y debidamente fundamentados; pero no se da ese error cuando el experticio tiene explicación y fundamentación, aun que ellas puedan ser deficientes o erróneas, y el sentenciador de instancia le confiere o le niega el valor de plena prueba, pues la debida fundamentación del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador para reconocer o negar, según que encuentre que ella exista o no, fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Cuando ese último caso se contempla, es preciso que el recurrente alegue y demuestre en casación que en la apreciación probatoria se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos con incidencia violación de la ley sustantiva, para que la Corte pueda variar la apreciación del sentenciador. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 716, 1ª y 2ª

ESTIPULACION PARA OTRO

- 120 -

(Véase *"Minas. — Aviso y denuncio de ellas para terceros beneficiarios"*).

EXCEPCIONES. — FORMAS QUE PUEDEN ASUMIR. — ORDEN EN QUE DEBEN APRECIARSE EN EL MOMENTO DE FALLAR

- 121 -

Las defensas exceptivas de un demandado pueden asumir la calidad de meras negaciones, y en tal evento, al decidir sobre la acción, se resuelve también sobre ellas; otras veces se proponen como hipótesis que de resultar probadas aparejan el desconocimiento del derecho tutelado por la acción del demandante; cuando esto ocurre el orden lógico del fallo impone el estudio inicial de la acción, pues sería absurdo acometer el de la excepción sin conocer el verdadero contenido y el alcance de aquélla; entonces sobre el hecho exceptivo sólo llega a pronunciarse el juez como consecuencia de haber hallado viable la acción, pues sólo en ese momento es oportuno verificar si la defensa es bastante para enervar la actividad actora. (Casación Civil, mayo 31 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....422, 1ª

EXCEPCIONES. - IMPROCEDENCIA DE SU ESTUDIO CUANDO LA ACCION ESTA DEFICIENTEMENTE SUSTENTADA

- 122 -

La Sala, en sentencia del 31 de mayo de 1938, después de estudiar detenidamente las excepciones en sus varias modalidades, realza el error del Juez que asigna el "alcance de excepción perentoria a la simple deficiencia de una prueba encaminada a acreditar la acción, cuando esta irregularidad, siendo fundamental, conduce necesariamente a la absolución del demandado". Y agrega: "Todo derecho nace de ciertas circunstancias de hecho que tienen la fun-

ción de darle vida propia; estas circunstancias son las que se plantean en la demanda a modo de base sustentatoria de la litis pendencia; de manera que cuando alguna de ellas falla por deficiencia probatoria o por innocua, y es esencial. la acción no existe y por ende debe sobrevenir irremediablemente la absolución". La excepción es defensa del reo, el cual no tiene por qué ejercitarla si el actor no prueba. De ahí que repetidamente pongan de presente las sentencias, cuando hay tal falla, lo improcedente e innecesario de estudiar las excepciones. (Casación Civil, junio 17 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....451, 2ª

EXTRADICION

- 123 -

La extradición es un acto de Derecho Internacional en virtud del cual un Estado hace entrega a otro de un sujeto que ha cometido un delito dentro del territorio y jurisdicción del Estado que formula la respectiva petición. Su fundamento descansa en un principio de solidaridad universal, por el cual los Estados deben procurarse mutua ayuda, para que tenga cumplido efecto el postulado social en relación con la represión de los delitos, mediante la imposición de la correspondiente sanción.

Pero como es natural, la extradición no puede llevarse a efecto sino mediante el cumplimiento de ciertas normas de orden sustantivo y procesal. En las primeras, que son aquellas que se consignan en los tratados internacionales —o en las leyes penales— se determina y especifica la clase de delitos por los cuales se puede conceder la extradición, como también las excepciones hechas a este principio, las condiciones que deben reunirse, lo relacionado con los elementos del delito, detención y entrega del sujeto reclamado; en las segundas, cada Estado señala el procedimiento que debe seguirse para que la persona cuya extradición se pide pueda hacer valer sus derechos en orden a su defensa, antes de que se dicte la resolución que ordena o niega el acto de la extradición. (Casación Penal, Auto, diciembre 16 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 202, 2ª

— F —

FALTA DE ILUSTRACION

- 124 -

El código permite tener en cuenta la circunstancia de la falta de ilustración y la de la indigencia "en cuanto hayan influído en la ejecución del hecho". Es decir, en cuanto el hecho ilícito se haya realizado por falta de información moral, por influencia visible del medio ambiente en que se ha vivido, en todo caso, por relación concreta con la infracción de que se trata. De no ser así, en la mayoría de las veces habría que declarar probada en Colombia esta circunstancia de menor peligrosidad, consagrando así un privilegio para una considerable mayoría de delincuentes, sin asidero lógico ninguno. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....778, 1ª

FILIACION ILEGITIMA. — A QUIENES COMPRENDE ACTUALMENTE

- 125 -

(Véase *"Impugnación de la paternidad legítima. — A quién corresponde exclusivamente esta acción"*).

FILIACION NATURAL—QUIENES PUEDEN SER PARTE EN ESTA CLASE DE JUICIOS

- 126 -

El artículo 12 de la ley 45 de 1936 ha sido y sigue siendo para la Corte la enume-

ración o elenco de las personas que pueden incoar tales juicios, redactada en la forma en que siempre se hacen las listas. Ese artículo no exige que todas las tres personas de que habla hayan conjuntamente de demandar o de intervenir en la causa; y así como cuando el hijo mismo o su representante legal es el demandante, no tiene por qué caber o exigirse que también intervenga quien haya cuidado de su crianza o educación, tampoco tiene por qué reclamarse en ese evento o en el de ser esta última persona el demandante, la intervención adicional del Ministerio Público. En suma: la circunstancia de figurar el Ministerio Público en la lista de quienes pueden ser parte en los juicios de filiación natural no puede entenderse como orden de que ineludiblemente en todo caso haya de serlo, y de otro lado el concepto de que no hay orden legal en este sentido se corrobora con la prescripción contenida en el inciso 2º del artículo 12, en vista de la salvedad con que concluye. (Casación Civil, mayo 22 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) . . . . . 382, 1ª y 383, 1ª

FUERZA MAYOR

- 127 -

La irresistibilidad a que alude el artículo 1º de la ley 95 de 1890, consiste según la jurisprudencia en que el hecho no haya podido ser impedido y coloque a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla. (Negocios Generales, mayo 21 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 553, 2ª

— G —

GRAVE E INJUSTA PROVOCACION

- 128 -

Para que la provocación —conforme a la ley y a la doctrina pueda tenerse como modificadora de la responsabilidad, se requieren los siguientes elementos:

a) Que el lesionado haya ofendido al agresor;

b) Que esa ofensa haya sido grave e injusta;

c) Que la ofensa grave e injusta pueda causar y haya causado en el provocado un estado de ira o de intenso dolor, y

d) Que el provocado reaccione y cometa el delito como consecuencia directa de los estados emocionales causados. - (Casación Penal, enero 30 de 1947). T. LXII, números 2046, 2047) . . . . . 218, 2ª y 219, 1ª

— H —

HIPOTECA

- 129 -

La acción real que se genera en el contrato hipotecario permite al acreedor embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación a que accede es exigible, sea quien fuere el postor y a cualquier título que lo haya adquirido, para hacerse pagar. En esto consiste el derecho de persecución que corresponde al acreedor hipotecario, que consagra el art. 2452 del Código Civil y que es consecuencia de la calidad de derecho real que tiene la hipoteca, que como tal, permite perseguir la cosa en manos de quien se encuentre. (Casación Civil, agosto 13 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).

59, 2ª

HONORARIOS DE LOS PERITOS

- 130 -

El objeto de la peritación es auxiliar al fallador mediante la intervención de personas dotadas de conocimientos o prácticas especiales en los asuntos que por su índole requieren el empleo de este medio de prue-

ba. Su naturaleza misma demanda una remuneración acomodada al aporte que proporciona y al tiempo que comúnmente se invierte en la diligencia hasta la presentación del experticio. Así ha de interpretarse el artículo 60 de la ley 63 de 1936.

En desarrollo de los artículos 562 del Código Judicial y de los artículos 569 y 570, que amplían el principio sentado en el primero, la Sala ha sostenido que todo cuestionario formulado a los expertos de una manera extraña al primitivamente propuesto por la parte interesada en producir la prueba, agrava de tal modo la peritación que los gastos que ocasione deben ser atendidos por cada una de ellas a prorrata. En el caso de autos el Tribunal ha debido ordenar el pago de los honorarios periciales a ambas partes, puesto que se trataba de una prueba común, aunque la iniciativa de la solicitud hubiese estado a cargo de una de ellas exclusivamente. En tales casos, es indudable que se impone a los expertos un trabajo adicional que recarga el costo de la prueba, lo que en justicia implica que deba dividirse el monto de la remuneración que a aquéllas se asigne. (Sala de Negocios Generales, Auto, mayo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 293, 2ª

— I —

IMPEDIMENTOS

- 131 -

El impedimento del Procurador Delegado por parentesco (cuarto grado de consanguinidad) con un miembro del jurado, prosperaría si éste tuviera en el proceso el interés a que se refiere el numeral 1º del artículo 73 del Código ya citado. (Casación Penal, Auto, octubre 18 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 146, 1ª

IMPEDIMENTOS

- 132 -

El vínculo de consanguinidad o afinidad entre la persona que ejerce las funciones de miembro de un jurado y la que ejerce las de Agente del Ministerio Público en etapas distintas a la de la audiencia, no es el vínculo cuya existencia —conforme a los artículos 73 y 79 del Código de Procedimiento Penal— impide la intervención de aquel Agente en su proceso. (Casación Penal, Auto, octubre 18 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 146, 1ª

IMPUGNACION (*de la legitimación de hijos y del testamento*)

- 133 -

Para impugnar la legitimación de los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio, legitimados *ipso jure* por éste, a que se refiere el artículo 248 del Código Civil, existe la prohibición de no ser oídos sino los que prueben un interés actual en ello. Lo mismo acontece con la acción de reforma del testamento, que según el artículo 1274 del C. C. corresponde a los legitimarios, pero no a los que enlista el artículo 1240 ibídem, sino a aquellos a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, esto es, a los que han sufrido menoscabo en su porción legitimaria teniendo en cuenta el tiempo de abrirse la sucesión, o sea, la muerte del testador. (Casación Civil, julio 23 de 1946) .....31, 2ª y 32, 1ª

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA. — A QUIEN CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE ESTA ACCION

- 134 -

Si se tiene en cuenta la reforma establecida por la ley 45 de 1936 en relación con

los hijos naturales y lo dispuesto en los artículos 213, 214, 236 y 237 del Código Civil, nuestra legislación reconoce simplemente, en lo que respecta a la filiación, dos clases de hijos: los legítimos y los naturales. Entre los primeros se cuentan los legitimados, ya sean los que sus padres hayan reconocido como naturales, a quienes el matrimonio legitima *ipso jure*, o los concebidos y nacidos antes del matrimonio, a quienes sus progenitores otorgan ese carácter designándolos como sus hijos en el acta de matrimonio, o reconociéndolos posteriormente por escritura pública. De igual manera son considerados como tales los concebidos antes del matrimonio y nacidos dentro de él. Por el solo hecho del matrimonio se consideran legitimados *ipso jure* los hijos concebidos antes del vínculo y nacidos en él. (Artículo 237, C. C.). Por disposición del artículo 247 del citado código la legitimación de tales hijos no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimidad de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, o sea, en los términos prescritos en los artículos 214 a 224 del mismo código. Es decir, que todo lo establecido en tales preceptos en cuanto a plazos, capacidad y personas que pueden impugnar la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio son aplicables al caso del pleito. (Casación Civil, junio 20 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 463, 2ª

IMPUESTOS (*Incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de controversias relacionadas con los mismos*)

- 135 -

A partir de 1913 las controversias que puedan suscitarse entre la Administración y los ciudadanos relativas a la asignación o liquidación fueron sustraídas expresamente de la jurisdicción común por mandato de la ley 130. Y el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941), que está en vigencia desde el primero de abril de 1942, contiene todo un capítulo destinado a regir la misma materia; por lo que, en presencia de disposiciones tan terminantes y expresas como las indicadas, no es susceptible de duda alguna el hecho de la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de esta clase de litigios. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047). 252, 1ª y 2ª

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION POR DEFICIENCIA EN EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

- 136 -

En el caso del proceso no cumplió el Tribunal sentenciador la plenitud de los deberes legales que le imponen los artículos 466 y 471 del Código Judicial, porque la parte resolutiva de su decisión la limitó a revocar la sentencia apelada, sin llegar a resolver también en ella sobre la cuestión principal materia del pleito, por lo cual en realidad no profirió la sentencia que debía reemplazar la revocada. En la parte motiva consideró el Tribunal que tanto la acción principal como la subsidiaria de nulidad son infundadas; pero en la resolutiva no desprendió la totalidad de las consecuencias que de allí se derivaban, puesto que no hizo el debido pronunciamiento sobre las acciones propuestas; es decir, que se quedó a medio camino y no llegó a la meta legal obligada. Y si, como es sabido, en la parte resolutiva es donde se concentra el imperio de toda resolución judicial, lógica y prácticamente cabe concluír que en el caso de autos no existe sentencia de segunda instancia, y que no puede haber casación, por sustracción de materia. Todo ello determina, como

forzosa consecuencia, que el recurso que se considera es inadmisible. (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049). 359, 2ª

INCAPACIDAD PARA TRABAJAR
(y perturbación funcional)

- 137 -

La incapacidad para trabajar de que habla el Código Penal, es aquella que hace referencia al tiempo o duración que necesita determinado individuo para dedicarse a cualquier trabajo, bien sea físico o intelectual, y ésta es la interpretación que bajo el imperio de las leyes vigentes le han dado la jurisprudencia y la Medicina Legal. En cambio, la perturbación funcional transitoria producida como consecuencia natural de la lesión (que afecta a determinado órgano o miembro), es la falta de aquellas cualidades propias o inherentes a la parte afectada, que produce la limitación o supresión de las funciones normales de dicho órgano o miembro.

Indudablemente como lo anota la Procuraduría y lo confirma la Medicina Legal, pueden presentarse casos en que una misma lesión produzca varios efectos, como serían: incapacidad para trabajar, deformidad física y perturbación funcional; pero estas modalidades que se operan como resultado del acto lesivo, no se confunden unas con otras, para el efecto de computarlas como una sola consecuencia. Lo que ocurre es que la ley, a fin de evitar un exceso en la imposición de la pena, establece en el artículo 377 la norma según la cual debe reprimirse el hecho, cuando concurren varios de los efectos anotados. (Casación Penal, octubre 23 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 148, 2ª

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS, ETC.

- 138 -

El cumplimiento de los fallos que contienen condenaciones referentes a cantidades ilíquidas por frutos, perjuicios y otras de la misma índole, se verifica de acuerdo con las reglas conocidas del artículo 553 del Código Judicial. El conjunto de estas normas conforma el incidente de regulación, el cual remata —según las palabras del Código— con el auto interlocutorio que, por ministerio de la ley, presta mérito ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 242, 1ª

INCONGRUENCIA (*como causal de casación*)

- 139 -

Como ya ha tenido ocasión de advertirlo la Sala, la doctrina jurisprudencial en torno de la procedencia de la causal de incongruencia, definida en el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., tiene establecido que sirve para impedir decisiones sorpresivas por inconformes con las bases de la litis, en los mismos casos que en forma más explícita establecía el artículo 2º de la ley 169 de 1896. No basta para que legalmente pueda decirse que una sentencia adolece de insuficiencia, tratándose de las excepciones propuestas, que se haya omitido decisión especial al respecto. Es necesario que por consecuencia de esta omisión haya dejado de desatarse alguna cuestión de las sometidas a controversia. La frase explicativa "si fue el caso de hacerlo", que usaba el precitado artículo de la ley 169 de 1896, ha de entenderse en el obvio sentido de que los hechos en que se apoya la excepción no es-

pecialmente calificada y decidida tengan incidencia en la resolución judicial. (Casación Civil, 18 de mayo de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 21, 1ª

INCONGRUENCIA

- 140 -

La discrepancia entre lo pedido y lo fallado, lo ha dicho la Corte en innumerables fallos, no es de posible ocurrencia en los absolutorios, pues la absolución implica que el Tribunal halló sin base todas y cada una de las súplicas formuladas por el actor. (Casación Civil, marzo 25 de 1947. Tomo LXII, Nos. 2046, 2047) 96, 1ª

INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON EL AUTO DE PROCEDER

- 141 -

La omisión en los cuestionarios, en el veredicto y especialmente en la sentencia, de una circunstancia modificadora (como el estado de ira e intenso dolor expresamente reconocida como legalmente existente en el auto de proceder), constituye la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, y el fallo que incumbe a la Corte en ese caso debe tomar en consideración la circunstancia omitida y hacer la consiguiente reducción de la sanción. (Casación Penal, enero 23 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) ...211, 2ª

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

- 142 -

Es regla general la de que toda indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, ya provenga ella de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. De esa regla sólo se exceptúan los casos en que la ley expresamente limita la indemnización al daño emergente o la regula de manera diferente. Son casos de excepción, entre otros, los previstos en los artículos 1988 y 1991 del C. C., relativos al arrendamiento de cosas; pero esas disposiciones de suyo excepcionales, no pueden, por lo mismo, tener aplicación para casos distintos de los en ellas contemplados, como sería, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de transporte, que es diferente de aquél, hasta el punto de que ambos están regulados en capítulos separados del Título 26 del C. C. Por lo cual, al generalizar el Tribunal y al aplicar aquellas disposiciones al contrato de transporte que motiva este pleito, lo hizo indebidamente, e incurrió en su quebranto. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) ...718, 2ª y 719, 1ª

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL DELITO

- 143 -

Aunque el artículo 92 del Código Penal habla de "infracciones de que resulten daños y perjuicios", esto no subordina esa condición al señalamiento de los mismos sino que basta que la infracción sea susceptible o capaz de ocasionarlos. (Casación Penal, febrero 13 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 525, 2ª

INDEMNIZACION

- 144 -

En el caso de autos la Sala acoge el siguiente concepto del señor Procurador sobre recompensas hechas a la víctima del accidente: "El pago hecho en virtud de la sentencia proferida por el H. Consejo de

Estado podría estimarse como una recompensa indemnizatoria o como un seguro de vida. En el primer caso, es claro que el valor de esa indemnización decretada administrativamente tiene que imputarse al monto total de la indemnización que llegare a decretar la justicia ordinaria, pues de lo contrario los demandantes recibirían una doble indemnización por concepto del mismo perjuicio. Y la misma imputación habría que hacer al considerar el pago administrativo como el pago de un seguro de vida". (Negocios Generales, agosto 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) ...850, 2ª

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS INCOADA POR VIA ORDINARIA—SU ALCANCE FRENTE A LAS NORMAS ESPECIALES DE CARACTER SOCIAL

- 145 -

Reiteradamente ha expresado la Corte que las reglas especiales y otras de índole semejante dictadas en favor de los empleados públicos deben interpretarse en el sentido de que los beneficios en ellas señalados sólo instituyen un mínimo del reconocimiento que puede demandarse del Estado en caso de accidente, lo que implica que quedan abiertas las vías del derecho común para exigir del mismo el pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos. De acuerdo con esta interpretación debe entenderse que si el valor del daño declarado jurisdiccionalmente es superior a la cuantía de los reconocimientos que las leyes especiales establecen se harán las deducciones correspondientes, pues el patrimonio nacional no deberá en ninguna forma estar sujeto a un doble pago por el mismo hecho. (Sala de Negocios Generales, septiembre 12 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 885, 2ª

INDICIOS (*apreciación de*)

- 146 -

Ha dicho la Corte innumerables veces que la apreciación de los indicios compete en forma exclusiva a la conciencia individual del juzgador, lo cual implica que en casación no pueda variarse generalmente el proceso de convicción en virtud del cual se profirió el fallo, salvo los casos de error de hecho en la apreciación de los indicios, o su completa desconexión con lo que se pretenda establecer por ese medio. (Casación Civil, mayo 31 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 420, 2ª

INDIGENAS (*resguardo de*)

- 147 -

La ley 89 de 1890, de sentido y propósito, por decirlo así, patriarcal, se refiere a "los indígenas que vayan reduciéndose a la vida civilizada" y también a "las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil", y comienza por disponer que para los primeros no regirá la legislación general, sino que el gobierno determinaría de acuerdo con la autoridad eclesiástica la manera como esas incipientes sociedades deberán ser gobernadas (artículo 1º), y que para los ya reducidos a la vida civil tampoco regirán las leyes generales de la República en asuntos de resguardos sino las disposiciones de esa misma ley (artículo 2º). Para los fines o casos de su artículo 40 da por asimilados a los indígenas "a la condición de los menores de edad". En el capítulo que llama "Protectores de Indígenas" reglamenta sus Cabildos; en la organización de éstos vela por la defensa e integridad de los resguardos, y el artículo 12 se refiere a la comprobación del derecho sobre el resguardo en el

caso de pérdida de sus títulos por las causas indicadas en la citada disposición legal.

La interpretación que, en el caso del proceso, da el Tribunal al artículo 12 de esa ley no se compadece con el propósito que guió al legislador al dictarla, el que es de protección, defensa y amparo de incapaces. Si no cupiera la mencionada prueba testimonial sino en los casos únicos de título perdido por las precisas causas expresadas en el encabezamiento del artículo 12, quedaría suprimido o al menos gravemente mermado el recurso creado allí. De ahí, sin duda, que si esa disposición comienza refiriéndose a título perdido por esas causales, adelante, expresándose genéricamente, diga "en caso de que no se cuente con esa solemnidad", de donde puede derivarse el concepto de que el tenor literal viene a concordar con el espíritu e intención antedichos. No se comprendería que, empeñada la ley en proteger a los indígenas y asegurarles y conservarles sus resguardos, al concederles aquel medio probatorio de la posesión de largo tiempo, lo hiciera de modo tan limitado que cupiera exclusivamente sólo cuando hubiera pérdida de título por esas contadas causales y quedara cerrado ese camino cuandoquiera que, aun comprobada plenamente esa posesión, los testigos no mencionen un título original o no digan que lo vieron o que oyeron a sus antepasados hablar de él. Es claro que cuanto más remota haya sido la concesión de un título, tanto más difícil e improbable es que todavía haya personas que lo vieran o recuerden. Desde estos puntos de vista mucho es que a lo largo del litigio y para 1892 haya testigos presenciales de actos posesorios tan remotos como los afirmados así, no sólo al tenor de dicha escritura, sino en ambas instancias. (Casación Civil, marzo 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....99, 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL SOBRE EL CIVIL

- 148 -

Cuando se trata de una absolución o sobreseimiento es indispensable tener en cuenta la fundamentación del auto respectivo, no obstante que es en la parte resolutiva donde está la decisión definitiva del juzgador. Pero ocurre, con todo, que el alma de un proveído judicial radica generalmente en ciertos motivos que son el soporte y el nervio de la cuestión, sin que lo mismo pueda afirmarse respecto de ciertas apreciaciones del juzgador que permanecen en la zona de meros motivos subjetivos. Cuando un motivo no es posible eliminarlo sin quebrantar lo juzgado o su fuerza, es porque él debe ligar cualquier decisión de la justicia. Si el informativo se refiere a un homicidio por imprudencia, la materialidad del delito reposa en un hecho constituído por descuidos o falta de diligencia imputable al sindicado, y si el juzgador penal asevera que éste no cometió culpa alguna, a primera vista puede decirse que la providencia no ha tenido en mira sino los elementos del hecho como un delito punible, supuesto que aquel funcionario quizás sólo estudió el asunto desde ese punto de vista, por lo cual, en muchas ocasiones, queda expedita la vía para inquirir una culpa civil. Ello es así en principio. Sin embargo, en ciertas circunstancias la absoluta aplicación de semejante tesis podría producir incompatibilidades inconciliables en los fallos, que es lo que pretenden evitar los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal. Síguese de aquí que lo indicado es analizar cada caso dentro de sus peculiaridades, ya que no es posible negar la influencia que la decisión penal tiene en materia civil, como lo pregona el artículo 11 del precitado Código so-

bre predominio del proceso penal. Una vez resuelto éste, toca al juzgador civil ver hasta qué punto puede conciliarse su decisión con aquella resolución. Es entonces cuando se presentan las grandes dificultades de orden práctico. Así, por ejemplo, si una persona fue absuelta por dudas acerca de la intención criminosa cabe, sin contradicción, apreciar el hecho como fuente de indemnización civil. Si la absolución dependió de que el hecho incriminado no estaba catalogado en el Código Penal como delito, ningún impedimento existiría para una condenación por culpa meramente civil. En estas hipótesis, que se podrían multiplicar, el juez civil, en lugar de verse entre obstáculos inconciliables, podría hallar fundamentación para sus providencias en los pronunciamientos del Juez penal.

Cuando se trata de un proveído motivado, distinto a un veredicto de jurados, el juez civil puede verse limitado si el juez penal enfocó todos los aspectos de la acción sin detenerse sólo en el análisis de los elementos relacionados con el delito y su sanción. No hay que olvidar que un mismo hecho es o puede ser causa de una acción represiva pública o tan sólo de una indemnizatoria.

Cuando la justicia represiva niega la existencia de la infracción lo hace frente a determinada persona, por lo cual ello no implica que el mismo hecho no pueda causar indemnización civil ante otra. Es aquí donde surgen angustiosas vacilaciones al aparecer en escena una acción contra terceros que deban responder por la culpa de quienes están bajo su cuidado y dependencia. Es éste el evento de la responsabilidad indirecta o refleja. (Sala de Negocios Generales, mayo 22 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 289, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA ACCION CIVIL SOBRE PERJUICIOS

- 149 -

La influencia de la acción penal en el proceso civil estaba gobernada anteriormente por el artículo 39 de la ley 169 de 1896. Hoy rige el art. 28 de la ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal). En acatamiento de esta norma varias providencias de la Sala de Negocios Generales han ordenado la suspensión de los juicios sobre responsabilidad hasta tanto se tenga conocimiento de las resultas del proceso criminal. Este mandamiento no tiene otro fin que el de prevenir y evitar el pronunciamiento de dos sentencias contradictorias. El artículo 28 de la ley 94 de 1938 enerva la acción civil, es obvio, únicamente cuando en el proceso criminal se cubren todos los frentes de la responsabilidad. Es solamente entonces cuando el *status* ereado por la resolución judicial podría verse perturbado, con evidente detrimento del orden público, propiciando un conflicto jurisdiccional. En el caso de autos la acción civil no existe, en virtud del sobreseimiento definitivo, por ausencia de la infracción o culpabilidad del condutor del vehículo que causó la muerte de la víctima. (Sala de Negocios Generales, septiembre 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 879, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL — SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL MIENTRAS SE FALLA EL PENAL

- 150 -

Estima la Sala que la suspensión de que trata el artículo 11 del Código de Procedi-

miento Penal debe iniciarse desde el momento en que pudiera establecerse colisión entre el fallo civil y el penal ulterior, o en otros términos, desde antes de que se profiera sentencia de primera instancia. (Casación Civil, mayo 30 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....399, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA ACCION CIVIL POR PERJUICIOS

- 151 -

Podría complementarse la doctrina de la Corte en aplicación de los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de observar que probablemente la aplicación armónica de esos artículos daría, sin embargo, margen para admitir que el juez civil en el proceso respectivo puede ulteriormente, y no obstante el contenido del último de los artículos citados, aplicar las presunciones de culpabilidad instituídas en el título 34 del libro IV del Código Civil y presumir así la culpa del demandado en los casos previstos por dichas leyes civiles cuando la absolución en el proceso penal se base en la carencia de las pruebas suficientes para dar por establecida en el hecho la culpabilidad y siempre que esta solución no hubiera sido la adoptable en tal proceso penal si la presunción de culpabilidad, jurídicamente hablando, fuera allí de recibo. (Negocios Generales, julio 7 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049).....580, 1ª

INFLUENCIA EN EL JUICIO CIVIL DE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO PENAL

- 152 -

El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el 437 ibídem, configura el tránsito a lo civil de la cosa juzgada en lo penal, o, en otros términos, reconoce el principio de unidad de la jurisdicción; según éste las normas que atienden a separar los procedimientos en cuanto a lo civil y a lo penal estriban sólo en una distribución de trabajo, pero no en la distinta naturaleza de los fenómenos *sub judice* en uno u otro caso. Desde este punto de vista cuando los hechos controvertidos se desarrollan, dentro de la órbita del derecho privado, el brazo penal de la jurisdicción permanece ajeno del todo al litigio y éste se tramita por jueces civiles, en consonancia con los preceptos correspondientes; pero cuando el hecho, por intencional o por culpable, produce un efecto objetivo que a más de constituír una transgresión del derecho ajeno, implica la de las normas de conducta exterior que garantizan la estabilidad social, el Juez competente para conocer de esta última, de oficio, y en acción pública, es el penal a quien se ha confiado la tarea de hacer eficaces los preceptos represivos, vinculando a ella la de titular el interés individual lesionado por el hecho antisocial, en virtud de lo que los procesalistas llaman "fuero de atracción". El Juez penal, en tales circunstancias, tiene en sus manos no sólo la función que habitualmente le es propia, sino la excepcional de garantizar la efectividad de los derechos civiles que hallan fuente en el hecho punible desde el punto de vista del derecho penal; los actos procesales concluídos dentro de la sumaria y dentro de la causa criminal deben encaminarse, como es obvio, al logro de la doble finalidad; las providencias definitivas proferidas hacen tránsito a cosa juzgada en los diversos aspectos ofrecidos por el proceso, dentro de los límites legales, y con las excepciones consagradas por los preceptos respectivos.

La cosa juzgada consiste en hacer indiscutible la voluntad de la ley afirmada en la

sentencia: si el juez halla o no error de conducta conforme a las normas positivas, o encuentra intención de dañar, en consonancia con las mismas, esa afirmación de la voluntad de la ley que configura la culpa o el delito intencional, es igualmente eficaz dentro de la órbita privada como en la pública, porque no es viable modificar la naturaleza del acto punible en frente de sus posibles consecuencias civiles o penales para hacerle producir efectos variables. Como dentro del ordenamiento jurídico el interés individual cede al público o general, la cosa juzgada lleva impreso el mismo principio, de donde resulta, como lo afirma Lalou, que el orden público se opone a que se rechace en interés privado lo que se ha juzgado en interés social. (Casación Civil, mayo 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 397, 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

- 153 -

Según el sistema adoptado en el Código Penal, que involucró la acción privada en la pública y la subordinó a ésta, obligando en todo caso al juez del proceso a condenar a los responsables al pago de todos los perjuicios que se hayan causado con la infracción, pueden presentarse tres situaciones diferentes que es preciso tener en cuenta para decidir sobre la influencia de las sentencias penales condenatorias respecto de la acción civil indemnizatoria: a) La persona o personas perjudicadas por la infracción, o sus herederos, ejercen dentro del proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los daños, constituyéndose parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del Agente del Ministerio Público y del funcionario de instrucción (artículos 24, 112 y 294 del C. de P. P. y 93 del C. P.). Cuando así suceda, lo que en materia de indemnización de perjuicios estatuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción (artículo 25, inciso 1º del C. de P. P.)

b) El respectivo Agente del Ministerio Público, con la cooperación del funcionario de instrucción, promueve por sí solo las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización de perjuicios por haberse abstenido de hacerlo los interesados (artículos 93 y 94 citados). En este caso, por virtud del principio fundamental de la relatividad que corresponde a las decisiones judiciales, la eficacia y fuerza vinculante de la sentencia penal en lo tocante a indemnización se subordina a la voluntad de los perjudicados: si la aceptan, pueden demandar con ella ejecutivamente ante los jueces civiles el pago de la indemnización; y si no se conforman con la sentencia, en lo relacionado con la reparación de daños, pueden ejercer la acción privada ante los jueces civiles dentro de los términos ordinarios de la prescripción de la acción, y pierden el derecho de pedir ejecución de la sentencia penal. (Artículo 25 citado, inciso 2º). c) La acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, que se origina en ésta (artículo 8º del C. de P. P.), no se ha ejercitado dentro del proceso penal por los interesados, ni a fijar y obtener la reparación proveyeron oficiosamente como era su deber legal el Agente del Ministerio Público, ni el funcionario instructor, ni el juez de la causa hizo la condenación al tenor del artículo 92 del C. P. En tal ocurrencia la sentencia penal sólo ha recaído sobre la acción pública al término de la investigación represiva, pero ha sido completamente ajena a la acción civil de derecho privado. Es indudable que en esta situación de irregularidad determinada por no haberse some-

tido el juez al mecanismo legal, no hay condiciones ni obstáculos para poder proponer la acción civil ante los jueces civiles, que son libres para resolver ni habiendo estatuído nada el juez penal acerca de la cuestión indemnizatoria que el perjudicado plantea como consecuencia civil del hecho ilícito sobre el cual se pronunció exclusivamente la condena penal.

Si al tenor del artículo 25 del C. de P. P. es legítima la inconformidad con la sentencia penal en lo tocante a la indemnización de perjuicios, con la sola condición de no haber intervenido el interesado en el proceso penal, mejores y más abundantes razones existen para dejar a salvo y expedita la acción civil para el caso de que en la sentencia penal proferida sin intervención de los perjudicados, no se hubiere condenado a perjuicios. Es claro que si el Juez penal, declara en su sentencia, después de considerar la cuestión en el proceso en que han intervenido los particulares interesados, que no hay perjuicios o lugar a la indemnización, la cuestión queda juzgada y cegada la fuente de la responsabilidad civil por decisión de juez competente; pero si nada se dice al respecto no tiene por qué perder el delito su calidad de fuente jurídica de obligaciones civiles (artículo 1494 del C. C.) y hay que aceptar, por consiguiente, la viabilidad de la acción independiente para hacerlas efectivas. No podría entenderse que la omisión en el cumplimiento de sus deberes legales por parte del funcionario judicial determinara el sacrificio del derecho civil de los perjudicados por la infracción, interpretando la ausencia de los interesados en el proceso penal, y el silencio del juez injurídicamente, como una renuncia. Fuera de los casos en que la sentencia penal decide con fuerza de cosa juzgada la cuestión indemnizatoria de los perjuicios, el problema de la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se rige por los principios y reglas del Código Civil, como lo dispone el artículo 101 del Código Penal. (Casación Civil, octubre 31 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) . . 66, 1ª y 2ª y 67, 1ª

INFORMES ADMINISTRATIVOS. SU VALOR PROBATORIO

- 154 -

Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan constatarse por los sentidos. (Sala de Negocios Generales, septiembre 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 892, 1º

INSPECCION OCULAR

- 155 -

Para que haya inspección ocular se necesita que el juez examine y reconozca; es a él a quien capitalmente se refiere sobre esto el artículo 724 del Código Judicial. Peritos o testigos, según el caso, acompañan en esa labor al juez, sin reemplazarlo ni sustituírlo. (Casación Civil, septiembre 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) . . . 742, 2ª

INSPECCION OCULAR. — FACULTAD DE LA CORTE PARA PRACTICARLA POR SI O POR MEDIO DE JUEZ COMISIONADO

- 156 -

No le es aplicable a la Corte Suprema de Justicia el primero de los eventos contem-

plados en el artículo 726 del Código Judicial, pues ella ejerce jurisdicción en todo el territorio de la República. Queda solamente entonces la posibilidad del otro evento previsto en el artículo citado: el de que la Corte comisione a un Juez "cuando lo crea conveniente", consagrándose aun para estos casos el derecho a pedir que se haga la diligencia por el mismo juzgador. (Negocios Generales, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 548, 2ª

INTERES JURIDICO PARA EJERCER LA ACCION DE SIMULACION

(Véase *"Simulación—Interés jurídico de los terceros para incoar su acción específica. — Situación de los herederos forzosos, de los no forzosos y del cónyuge supérstite"*)

INTERES JURIDICO PARA EJERCER UNA ACCION PROCESAL

- 157 -

Acerca del interés jurídico, fuente de legitimación y medida de toda acción procesal, según se sabe, ha dicho la Sala: "En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser, no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir —lo mismo que el perjuicio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro". En acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir "un estado de hecho contrario al derecho". Pero la significación y alcance de este esencial presupuesto, consagrado en las normas generales de derecho, debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal de que se trata, porque ésta es un conflicto de intereses jurídicamente regulados y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitime su acción. (Casación Civil, junio 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049). 435, 1ª

INTERPRETACION DE LA LEY

- 158 -

Interpretar la ley es fijar su sentido y alcance. La necesidad de interpretar las leyes no depende sólo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aun suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran: sólo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de éstas, para resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica. Con referencia a las fuentes de donde

dimana la interpretación, ésta es: a) Auténtica y obligatoria para todos, la del legislador, que se vale de una ley especial, o mejor dicho, de una ley nueva, para declarar el significado de otra precedente; b) Doctrinal, la de los jurisconsultos, que explican la ley por su propia autoridad. El valor de esta interpretación depende de la autoridad del intérprete; c) Jurisprudencial, la de los tribunales que, por aplicar repetidamente la ley a casos semejantes, tienen ocasión de declarar su alcance en todos los aspectos. La interpretación con autoridad o auténtica corresponde al legislador. Las leyes que explican o interpretan el significado o alcance de otra, no tienen por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sola con estas últimas. No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa, sino la ley interpretada, tal como ella lo ha sido legislativamente. La consecuencia es que la ley interpretativa se aplica a los hechos que le son anteriores, con tal que los mismos sean posteriores a la ley interpretada. Nuestra Constitución prescribe la aplicación de la ley antigua, aquella bajo cuyo imperio se ha concluído el negocio o consumado la transgresión, negando, por tanto, a la nueva ley fuerza retroactiva. Pero esta regla no se refiere a los casos de una interpretación auténtica de la ley antigua, es decir, a una determinación legislativa acerca de lo que haya de tenerse por ley, determinación o alcance de la ley que es de aplicación inmediata, aun para los casos ya realizados en el momento de entrar en vigencia. En cuanto a casos ya sentenciados, el principio de la autoridad de la cosa juzgada exige que las resoluciones ya dictadas, amparadas por el sello de la ejecutoria, queden firmes. De esta clase de interpretaciones hablan los artículos 25 y 26 del C. C. y 58 del Código Político y Municipal. (Casación Civil, julio 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .613, 2ª

INTERPRETACION

- 159 -

Guía de interpretación son los principios del derecho natural, conforme al artículo 4º de la ley 153 de 1887. En la interpretación de los contratos el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, reza el artículo 1620 del C. C. Si el vocablo *absoluto* de que se vale el artículo 154 en su causal antes transcrita, se tomase en el sentido estrecho y rígido que le atribuye el recurrente, lógicamente quedaría en el hecho abrogada esa disposición. Y nada es tan ajeno o contrario a la hermenéutica como interpretar una ley en forma que conduzca a negarla. (Casación Civil, agosto 12 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2951) 656, 1ª

INTERPRETACION DEL ARTICULO 1414 DEL C. C.

- 160 -

(Véase el aparte *"Pago de las deudas hereditarias"*).

IRA O INTENSO DOLOR. — INCIDEN IGUALMENTE EN LA DETERMINACION DE LA SANCION

-161 -

Aunque teórica y doctrinariamente es interesante precisar cuál es la esencia o naturaleza de la perturbación emocional que impulsa al delito (si la ira o el dolor), el no precisarla no incide en la determinación de la responsabilidad ni de la sanción, ni tampoco empeora o modifica la posición ju-

rídica del procesado; cometido el delito en estado de ira, o cometido en estado de intenso dolor, el elemento modificador no cambia de contenido, es decir, no deja de ser elemento modificador para convertirse en eximente y fundar la absolución. (Casación Penal, marzo 7 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....544, 2ª

IRA E INTENSO DOLOR

- 162 -

El estatuto penal —se ha dicho tantas veces— considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso ellos constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad y cuya calificación compete exclusivamente al jurado, o sin esa subordinación, constituyendo entonces circunstancias de peligrosidad (menor) que compete calificar a los jueces, pero en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena aunque en grados diferentes.

Cuando, pues, el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor psíquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el Juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si, como el recurrente lo reputa jurídico, el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, como es el caso, entonces ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....784, 2ª

— J —

JUICIO EJECUTIVO

- 163 -

En el curso del juicio ejecutivo se pueden presentar cuestiones accidentales que la ley permite discutir y su resolución da margen para pronunciar un fallo especial que, en muchos casos, puede poner fin al juicio principal. Estos incidentes, por su naturaleza son viables desde que se notifica a las partes el auto que admite la demanda hasta la providencia de citación para sentencia, o hasta el momento de entrar el negocio para fallo en los casos en que no es procedente el auto de citación para sentencia.

Cuando estos incidentes ya fueron debatidos en el juicio, el fallo que se profiere pone fin a la cuestión controvertida o reclamada. Para evitar que los juicios se prolonguen indefinidamente por el planteamiento de incidentes, el Código Judicial, en su artículo 394, autoriza al Juez para despachar de plano los que no son procedentes, o aquellos que se promueven por la misma causa después de haber sido planteados y resueltos con anterioridad. (Casación Penal, Auto, noviembre 20 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....171, 2ª

JUICIO DE SEPARACION

- 164 -

Escogido por el autor el trámite especial para el juicio de separación, no es dado convertirlo en ordinario en la segunda instancia para los efectos del recurso de casación. (Casación Civil, octubre 6 de 1947. T. LX1I, Nos. 2050, 2051).....604, 1ª

JURISDICCION DEL TRABAJO

- 165 -

Los asuntos referentes a la jurisdicción del trabajo de que estén conociendo los jueces de la justicia ordinaria deben ser enviados en el estado en que se hallen a la jurisdicción competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la ley 6ª de 1945, por más que se trate, como en el caso de autos, de un juicio ejecutivo. (Negocios Generales, Auto, agosto 12 de 1947. Tomo LXII, Nos. 2050, 2051).....837, 1ª

— L —

LEGITIMA DEFENSA (*exceso en la*)

- 166 -

1. La legítima defensa, como forma de justificación del hecho, está condicionada—por mandato del artículo 25 del estatuto penal—a estos requisitos o elementos:

a) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo;

b) Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca;

c) Antijuridicidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto *contra jus*, contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquél contra el cual se dirige y ejecuta;

d) Defensa o acto de defensa, o sea aquella que es indispensable para repeler, anular o rehuír la agresión contra *jus*, acto que puede concretarse en la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contraataque según el caso;

e) Necesidad de la defensa, o imposibilidad actual de repeler, rehuír, o anular la violencia o agresión por los medios legales, y

f) Proporcionalidad entre la violencia o la agresión y la defensa, contraataque o reacción.

2. El exceso en la legítima defensa, como figura jurídica, opera cuando existiendo todos estos requisitos, hay desproporción entre la ofensa y la defensa. (Casación Penal, octubre 28 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047).....159, 1ª

LEGITIMA DEFENSA

- 167 -

La legítima defensa, como forma de justificación del hecho, está condicionada—por mandato del artículo 25 del estatuto penal—a los siguientes requisitos o elementos:

a) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo;

b) Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve al acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato, que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca;

c) Antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto *contra jus*, contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquel contra el cual se dirige y ejecuta;

d) Defensa o acto de defensa, o sea aquella que es indispensable para repeler, anular o rehuír la agresión *contra jus*, acto que puede concretarse en la defensa propiamen-

te dicha o en una ofensa o contraataque según el caso;

e) Necesidad de la defensa, o imposibilidad de actuar, de repeler, rehuír o anular la violencia o agresión por los medios legales, y

f) Proporcionalidad entre la violencia o la agresión y la defensa, contraataque o reacción. (Casación Penal, diciembre 4 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 190, 2ª

LEGITIMACION EN CAUSA

- 168 -

En el presupuesto procesal la legitimación en causa de una y otra de las partes contendoras es elemento primordial, por cuanto significa su capacidad de obrar tanto en el ataque como en la defensa, su personería sustantiva. A tanto llega como decisivo este factor, que no hay lugar a abordar en la sentencia el fondo de los problemas controvertidos mientras ambas personerías no estén provistas o revestidas de tal legitimación. En la acción reivindicatoria se determina la personería del actor por el dominio y por la posesión la del reo. (Casación Civil, mayo 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....366, 1ª

LESIONES

-.169 -

Cuando se refuta en un proceso por lesiones personales la presanidad del ofendido debe destruírse la prueba en que ella se apoya. Y la mejor manera de lograrlo es demostrar lo contrario. Porque si se quiere que sobre ese aspecto del proceso penal prospere un recurso de casación, es ya al demandante a quien incumbe la obligación de probar lo que asegura. Al Juez puede el procesado o su defensor decirle: esto es deficiente; y el Juez se encargará de allegar otros datos más efectivos, porque a él y al Ministerio Público les corresponde el ejercicio de la acción penal. A la Corte —en función de casación— hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, y no esperar que ella proceda como Tribunal de instancia, es decir, oficiosamente. (Casación Penal, octubre 22 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....146, 1ª

LEY 84 DE 1931 (*Acusada por inconstitucional en su artículo* 17).

- 170 -

De conformidad con la ley 3ª de 1945 debe estimarse que el artículo acusado de la ley 84 de 1931 está derogado, lo mismo que el Decreto número 1962 de 1944. Y como ha sido doctrina constante de la Corte que cuando ha dejado de regir un precepto que es acusado de inconstitucionalidad no hay materia sobre la cual pueda resolverse, toda vez que ha desaparecido el acto que debía ser objeto de la sentencia, la Corte obra en consecuencia.

Sobre el Decreto número 1640 debe observarse que fue declarado exequible en su totalidad por sentencia de la Corte de fecha 12 de junio de 1945. (Sala Plena, octubre 6 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 601

LEY 6ª DE 1945 (*Acusada por inconstitucional en su artículo* 31)

- 171 -

Los artículos 12 y 17 de la ley 64 de 1946 subrogaron a los artículos 30 y 31 de la ley 6ª de 1945, es decir, que el nuevo estatuto de 1946 comprendió también las demás empresas ferroviarias a que aludía el artículo 31 de la ley 6ª de 1945. Luego la disposición que hoy podría afectar situaciones concretas en empresas ferroviarias particulares

es la 17 de la ley 64 de 1946 y no el artículo 31 de la ley 6ª de 1945, porque ha sido reemplazado. Se deroga una ley cuando pierde su fuerza obligatoria, ora haya sido abolida o sustituída por otra. (Artículo 3º, Ley 153 de 1887). Estando insubsistente el artículo 31 de la ley 6ª de 1945, no hay objeto sobre qué decidir, ya que no puede haber conflicto entre la Constitución y una norma legal que ya no rige. (Sala Plena, septiembre 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 599, 2ª

LEY 6ª DE 1945, ACUSADA POR INCONSTITUCIONALIDAD EN SU ARTICULO 65

- 172 -

El artículo acusado no les desconoce a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo el derecho a ser elegidos (artículo 15 de la Constitución), sino que lo restringe, pero no como lo hace la Carta en cuanto a otros funcionarios públicos citados en el artículo 108 de la misma, o como se prevé para el caso de que trata el artículo 129, inciso 2º de la Constitución. La creencia de que la índole de las funciones encomendadas a los Magistrados, Jueces e Inspectores del Trabajo, quienes tienen que intervenir en conflictos que afectan muy especialmente a esa agrupación social a la que suele llamársele "masa electorera", da cierta influencia en ese campo, no es razón que pueda alegarse en favor de la ley acusada porque esas mismas ventajas no se descubren únicamente —de existir en realidad— para los funcionarios del Trabajo sino para otros, quienes las podrían tener en mayor grado y, sin embargo, con respecto a ellos el supremo legislador no fue tan lejos en fijar términos de inhibición o incapacidad para el disfrute de un derecho ciudadano. Esa situación desigual se advierte fácilmente al leer la primera parte del artículo 108 de la Constitución. Además, el artículo 65 de la ley 6ª de 1945 extiende la prohibición de que viene tratándose no sólo a los cargos de Senador, Representante o Diputado, sino a todos los de representación popular, o sea, que tampoco un Inspector de Trabajo podría ser elegido Concejal sino dos años después de haber cesado en las funciones atinentes a su oficio. En cambio, un Consejero de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República o cualquier funcionario que hubiera ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en cualquier lugar de la República, podría no sólo al día siguiente de haber cesado en sus respectivas funciones sino hallándose en su desempeño, ser elegido Concejal. Por otra parte, si la Constitución ha tomado la iniciativa en lo referente a esta materia, a la ley, sin autorización de aquélla, no le es permitido restringir el derecho de que se viene hablando o establecer diferencias que la Constitución no estableció. (Sala Plena, junio 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 307, 1ª

LEY 12 DE 1945 (ARTICULO 1º). SU INTERPRETACION

(Véase el aparte *"Artículos* 174 *de la Constitución y* 1º *de la Ley* 12 *de* 1945").

LEY 35 DE 1945, "POR LA CUAL SE FIJA LA REMUNERACION DE LOS CONGRESISTAS", ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

- 173 -

El artículo 113 de la Constitución quitó a la remuneración de los miembros del Congreso el carácter de norma constitucional que tenía y suprimió el sistema de pago anual por los servicios legislativos, dejando

a la iniciativa del parlamento la adopción del sistema remuneratorio y la fijación de la cuantía. Por consiguiente, no es inconstitucional el artículo único de la ley acusada. (Sala Plena, junio 4 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 305, 1ª

LIBERTAD PROVISIONAL

- 174 -

El Código Penal en su artículo 60, no establece normas para sustituír la pena de relegación a una colonia agrícola penal, por otra equivalente, para efectos del cómputo de la pena total; en tal virtud, cuando se trata de aplicar lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el beneficio de libertad provisional, el tiempo que el reo debe permanecer en relegación debe computarse como continuación de la pena principal, y como este tiempo —detención preventiva— no es igual ni excede al de la pena impuesta, no hay lugar a decretar la libertad provisional solicitada con fundamento en la disposición invocada". (Auto, Sala de Casación Penal, septiembre 18 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 138, 2ª

LIBERTAD DE CONTRATACION

- 175 -

El principio de la libertad de contratación dominante en derecho privado y en el que están inspirados los artículos 1604 (inciso final), 1616 y 2072 del Código Civil, tiene claras limitaciones, impuestas unas por el legislador, en cuanto forza a los contratantes a estipular determinadas obligaciones que son de la esencia del contrato que se proponen crear, a las cuales no se puede faltar sino a riesgo de que aquél no produzca efecto alguno o de que degenere en otro contrato distinto, o motivadas otras principalmente por razones de orden público o interés social, de moral y buenas costumbres. (Artículos 15, 16, 1501 y 1522 del C. C.). (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 693, 1ª

LITIS CONSORCIO

- 176 -

(Véase *"Acumulación de acciones — Litis consorcio"*).

— M —

MALA CONDUCTA COMO CIRCUNSTANCIA DE PELIGROSIDAD

- 177 -

Ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para *averiguar* si se ha cometido un hecho delictuoso o una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 777, 1ª

MANDATO (*prueba del*)

- 178 -

Como lo ha decidido la Corte, entre las excepciones que establece el artículo 93 de la ley 153 de 1887 a la regla general del artículo 91 sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía hay que considerar incluído el mandato, contrato que según el artículo 2149 del Código Civil,

puede celebrarse verbalmente o de cualquiera otro modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos no tendría cumplimiento esta última disposición, especial para el mandato y, como tal, de preferente aplicación a la del artículo 91 citado. (Casación Civil, agosto 26 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....670, 2ª

MANDATO

- 179 -

Es una afirmación clásica en la doctrina que el mandato tiene por objeto, a exclusión de otros actos materiales, el cumplimiento de actos jurídicos bajo la una o la otra forma que puede revestir: con o sin representación. El artículo 2142 del Código Civil, que define el mandato, no lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos, habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último.

Del contenido del artículo 2177 del C. C. podemos deducir las siguientes conclusiones: a) Que el mandatario puede contratar en su propio nombre en el ejercicio del encargo recibido y por cuenta y riesgo del mandante, aun sin conocimiento del tercero que se entiende con su mandatario. El mandante adquiere los derechos que surgen de sus actos, pero no contrae obligaciones para el tercero.

Es evidente que, en principio, el mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición, adquiere aparentemente para sí, pero tan sólo mientras no se establezca que obró en ejercicio de un mandato. (Casación Civil, marzo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....119, 1ª

MANDATO

- 180 -

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato.

El artículo 2123 del Código Civil de Chile, de donde se tomó el 2149 del nuestro, añade: "pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". El Código Francés, que en su artículo 1985 consagra en el fondo la doctrina del colombiano, advierte también expresamente que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones convencionales. El principio de la ley chilena según el cual la forma del mandato es generalmente libre, pero su prueba, en cambio, no puede admitirse sino en conformidad con las reglas del derecho común, una de las cuales es la restrictiva del uso de la prueba testimonial por razón de cuan-

tía, fue modificada al pasar a nuestro código civil por virtud de la supresión ya vista, reveladora, a no dudarlo, de la inequívoca intención del legislador de autorizar para el mandato el régimen de excepcional libertad probatoria que lógicamente corresponde a los términos del citado artículo 2149 que le dan a este contrato la calidad de eminentemente consensual. El mandato puede ser un contrato de consentimiento tácito en que una persona confía o encarga por su aquiescencia tácita la gestión de un negocio a otra que acepta también tácitamente ejecutar el encargo, de modo que si la ley expresamente autoriza la perfección de este contrato tácitamente celebrado, se explica y justifica la excepcional libertad probatoria de que quiso rodearlo, sustrayéndolo expresamente del régimen restrictivo de la prueba testimonial referente a obligaciones que deben consignarse por escrito, según el artículo 1767 del C. C., del cual son apenas desarrollo y complemento los artículos 91 a 94 de la ley 153 de 1887 que determinaron los actos y contratos que debían constar por escrito para el efecto de restringir respecto de ellos el uso de la prueba testimonial. Esto por lo que hace al aspecto puramente probatorio del mandato cuando es consensual, como generalmente ocurre, porque los artículos de la ley 153 citados no enfocan cuestiones *ad validitatem* ni *ad substantiam actus,* sino *ad probationem.* La restricción de la prueba de testigos por razón de cuantía difiere esencialmente de esa restricción cuando opera por virtud de la calidad de solemne que comporta el acto jurídico que quiere probarse. La supresión del aludido texto chileno, en lo que respecta a la inadmisibilidad de la escritura privada cuando las leyes requieren instrumento auténtico, se refiere a la forma del contrato, y en esta materia ninguna novedad ni modificación introdujo tal supresión a nuestro sistema general, porque es evidente que en los casos en que el contrato de mandato es solemne, como acontece con todos los de esta especie, no puede probarse con testigos. Tratándose de solemnidad, la cuestión ya no es simplemente probatoria sino de existencia jurídica del acto. Ya la Sala había sostenido reiteradamente que cuando el acto que constituye el encargo no implica un mandato solemne, la prueba del mandato no está sometida a las restricciones ni limitaciones consagradas en la ley 153 de 1887. (Casación Civil, julio 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .....619, 2ª y 620, 1ª y 2ª

MANDATO. — CUENTAS DEL MANDATARIO

- 181 -

Al definir el Código civil el Contrato de mandato se vienen a determinar las condiciones de su existencia y las obligaciones del mandante y el mandatario, al mismo tiempo que las reglas relativas a la administración y a la terminación o cesación del contrato. Es una afirmación clásica en la doctrina y en la jurisprudencia la de que el mandato tiene por objeto, con exclusión de actos materiales, el cumplimiento de actos jurídicos, bajo una u otra de las formas que él puede revestir, con o sin representación. Conforme al artículo 2142 del Código Civil no requiere el mandato solemnidades especiales. De la disposición según la cual el mandatario está obligado a rendir las cuentas documentadas de su gestión se deduce claramente que no es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de las cuentas. La rendición de éstas es necesaria cuando de resultas de una administración o del ejercicio de un ne-

gocio, en un momento dado, no es posible saber quién debe a quién y cuánto. El caso más común es el de la cuenta corriente en que una de las partes remite a otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un fin determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar el remitente, por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez, hasta concurrencia del débito y crédito, y a pagar el saldo, ya que antes de la conclusión de la cuenta corriente, por mandato de la ley, ninguno de los interesados es considerado como acreedor o deudor. (Artículos 730 y 735 del C. Co.). Pero en el mandato no sólo no existe tal disposición en que se requiera la rendición de cuentas o corte de ellas para poder exigir las resultas de un mandato, sino que por el contrario, como lo establece el artículo 2183 del C. C., el hecho de exonerar de la obligación de rendir cuentas al mandatario, no es óbice para que el mandante pueda exigir el pago de las sumas que crea le debe aquél. Así, pues, la facultad de exigir cuentas es un derecho del mandante contra su mandatario, es una facultad de todo el que demuestre su derecho para pedirlas, pero cuando el mandante no quiere hacer uso de tal prerrogativa sino reclamar directamente de su mandatario lo que a su juicio éste le deba, bien puede en una acción de condena ocurrir al juez para que se ordene el pago de lo que se le adeude. Esto sin perjuicio de que dentro de ese mismo pleito reclame el mandatario lo que a su turno se le adeude o alegue en compensación y en los respectivos términos de prueba presente cuenta de su gestión y pueda defenderse exigiendo del mandante el pago ya de las sumas que haya anticipado en el ejercicio del cargo, sus intereses, los gastos hechos en el desempeño de su misión, etc., en una palabra, lo que considere le salga a deber su mandante, inclusive la remuneración convenida o la usual. Corresponde al juez que ha de conocer del respectivo juicio ordinario decidir, en vista de lo alegado y probado, si el actor ha demostrado los cargos contra su demandado, en cuyo caso ha de condenarlo y pronunciarse en la misma forma sobre lo propuesto por el mandatario para que se le pague o compense lo que justifique como saldo débito de su mandante. En los amplios términos de prueba de que se dispone en la acción ordinaria pueden ambas partes discutir y demostrar sus encontradas pretensiones, sin que ni en uno ni en otro caso se requiera un juicio previo de cuentas. Pudiera suceder que la índole de los negocios encomendados al mandatario así lo reclame, y en tal evento, como es de suponer, el mandante puede hacer uso de su derecho y pedir las cuentas, pero mientras tal cosa no suceda bien puede éste ocurrir al juez en acción ordinaria de condena, como ya se expresó, para que se decrete el pago de las sumas que justifique le adeuda su administrador y discutir con el mismo las contraprestaciones a que tiene derecho. (Casación Civil, junio 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....481, 2ª

MATRIMONIO. — SU PRUEBA

- 182 -

(Véase *"Prueba del matrimonio"*).

MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO POR PERSONAS CATOLICAS — APOSTASIA. REQUISITOS

- 183 -

(Véase *"Nulidad del matrimonio civil celebrado por personas bautizadas católicamente"*).

MINAS. — NATURALEZA DEL PODER JURIDICO DE OBTENER LA ADJUDICACION DE ELLAS

- 184 -

El poder jurídico de obtener la adjudicación de una mina con preferencia a avisantes posteriores lo consideran algunos como una facultad más que un derecho, entendiendo por tal la posición subejtiva ante una norma general; empero, las distinciones puramente doctrinarias sobre la naturaleza de ese poder no lo sustraen dentro de nuestra legislación al concepto de bien incorporal *ad rem* susceptible de apropiación individual o colectiva. (Casación Civil, junio 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049). 440, 2ª

MINAS. — AVISO Y DENUNCIO DE ELLAS PARA TERCEROS BENEFICIARIOS

- 185 -

La ley de minas autoriza esta forma de aviso y de denuncio, para terceros, el cual, por otra parte, no es sino la aplicación en el ordenamiento legal sobre régimen minero de lo que para las obligaciones civiles estatuye el artículo 1506 del Código Civil al autorizar la estipulación para otro. Esta figura, rechazada por el Derecho Romano en la sentencia *"Nemo alteri stipulari potest"*, ha sido en el derecho moderno una fecunda fuente de relaciones jurídicas en tanto han ido cobrando interés económico diversas figuras contractuales a cuyo reciente desarrollo concurre la multiplicación y complejidad de fenómenos que van forzando la aparición de nuevas concepciones jurídicas; el contrato de seguro, el de transporte, las donaciones con gravamen, son ejemplo de aplicaciones cotidianas del precepto contenido en el artículo 1506 del Código Civil. Para explicar la naturaleza de esta figura acuden las doctrinas a variadas fórmulas, como la de la oferta de Laurent, la de la agencia oficiosa propugnada por Pothier, y la más moderna conocida como la de "creación directa del derecho"; estos diversos ensayos en torno a la naturaleza de la estipulación para otro hallan una causa única, consistente en la dificultad de explicar cómo un vínculo creado por el estipulante no permite demandar lo estipulado sino al tercero beneficiario, de tal suerte que aquél desaparece tan pronto como crea un lazo jurídico a cuyo desarrollo, efectos y extinción va a permanecer ajeno. (Casación Civil, junio 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) .440, 1ª

MODALIDADES DEL HECHO DELICTUOSO. — SU APRECIACION

- 186 -

(Véase *"Peligrosidad. — Modalidades del hecho delictuoso"*).

MUTUO. — SUS CARACTERISTICAS ESENCIALES

- 187 -

El mutuo es un contrato unilateral. Como real, que también es, no se perfecciona sino por la entrega de su objeto. Sin la entrega no hay contrato y sólo por ella él existe, con ella y por virtud de ella nace. Los artículos 1546 y 1609 del Código Civil son inaplicables a un contrato unilateral. (Casación Civil, junio 3 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 429, 2ª

— N —

NACIONALIDAD

- 188 -

Dicen los expositores de Derecho Internacional, que la nacionalidad consiste en el

vínculo que une a una persona con un Estado determinado.

La calidad de ciudadano colombiano por nacimiento —alegada por el apoderado— le confiere al sujeto un derecho propio para elegir y ser elegido y desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, facultad que no la poseen las personas que tienen el título de nacionales por adopción.

Pero la comprobación de la nacionalidad no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de las normas consagradas en la legislación del país del cual se invoca ser nacional; y para demostrar que determinada persona es nacional colombiano por nacimiento, es preciso allegar la prueba de ese estado civil, para que la autoridad a quien corresponda conceptuar sobre la solicitud de extradición pueda fundar su concepto.

Si se alega la calidad de ser colombiano por nacimiento, debe acreditarse que el padre o la madre son naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros nació en Colombia y se halla domiciliado en la República, o que siendo hijo de padre o madre colombianos nació en tierra extranjera y luego se domicilió en Colombia; condiciones éstas exigidas por la Constitución Nacional, en su artículo 8º, y que no se han comprobado, ni siquiera se intentaron demostrar por García Solano.

El nacimiento implica cierta vinculación al lugar o sitio donde el acto se realizó, y la nacionalidad hace relación al Estado o Nación a que se pertenece por virtud de ese nacimiento. De allí que la prueba pertinente para demostrar la nacionalidad de colombiano por nacimiento, no puede ser otra que la correspondiente Acta o Registro Civil de nacimiento, expedida por funcionario competente; y sólo a falta de dicha prueba principal es pertinente la aceptación de pruebas supletorias tendientes a demostrar esa calidad. (Casación Penal, Auto, diciembre 16 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047). 201, 2ª y 202, 1ª

NOMBRAMIENTO DE PERITOS

- 189 -

La ley exige que el nombramiento de peritos se haga en personas honorables y competentes, y esto es muy lógico, porque si los peritos son auxiliares de la justicia, existen mayores probabilidades de acierto cuando las personas que rinden su concepto en determinado juicio —civil o penal— no tienen ninguna tacha sobre su capacidad, honorabilidad e imparcialidad. Si el Juez o las partes nombran como peritos a quienes no reúnen las condiciones determinadas por el artículo 711 del C. J., ese proceder constituye un acto indebido que entraña una omisión en el cumplimiento de sus deberes, pero esa falta no está erigida como delito por la ley penal.

Si deliberadamente el Juez designa como perito a una persona sindicada por la comisión de varios delitos de falsedad y estafa como Eduardo Mahé; si dentro de de la opinión social el perito es reputado como elemento peligroso y de malos antecedentes, por tener cuentas pendientes con la justicia, ese nombramiento no sólo constituye un acto reprobable que desdice de la seriedad y pulcritud del funcionario que lo hace, sino que expone al Juez a que se piense que entre él y el designado existe cierta convivencia o estímulo de relaciones ilícitas con fines de lucro.

El doctor Castro, Juez 8º Civil del Circuito, no debió nombrar a Eduardo Mahé para desempeñar el cargo de perito, porque esta persona no reunía las calidades que exige la ley para tal fin; pero este hecho aceptado por las partes, ya que no hicieron

uso de la facultad que les concede el artículo 708 del C. J., no es constitutivo de una infracción que implique responsabilidad para quien lo ejecuta. (Casación Penal, Auto, marzo 4 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) .....766, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR PRETERMISION DE LAS FORMULAS DE NOTIFICACION

- 190 -

La sanción de la nulidad por la pretermisión o inobservancia de las fórmulas de notificación de determinadas providencias, tiene su fundamento en varios principios ya consagrados en el derecho positivo: el de que ninguna decisión produce consecuencias jurídicas sin la previa notificación legal a las partes; el del derecho del procesado a la plenitud de su defensa, la cual tiene su más favorable oportunidad en determinadas etapas del juicio (el término de prueba y la audiencia por ejemplo), cuyo tiempo el procesado debe conocer para la previa organización y preparación de su defensa ante los cargos que en el auto de proceder le fueron formulados, y finalmente, el del sistema judicial acusatorio durante el juicio, y que es básico y fundamental del procedimiento penal vigente. (Casación Penal, marzo 3 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) .....534, 2ª y 535, 1ª

NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO POR PERSONAS BAUTIZADAS CATOLICAMENTE

- 191 -

Por medio de un cambio de Notas Diplomáticas se convino entre Colombia y la Santa Sede que los bautizados católicamente pueden ser admitidos a contraer matrimonio civil si se separan de la Iglesia y siempre que la apostasía quede idóneamente probada; para lo cual acordaron que la única prueba fehaciente de tal apostasía será la que estableció luego la ley 54 de 1924 y tal como allí aparece, es decir, constante de cuatro requisitos, a saber: una manifestación escrita de los contrayentes al juez en que expresen haber dejado de pertenecer a la Religión Católica; la inserción de dicha manifestación en el edicto que el juez publica antes del matrimonio; la comunicación que el juez hace al respectivo Ordinario de la apostasía de los presuntos contrayentes, aviso que debe darse con un mes de anticipación al matrimonio; y la ratificación de la apostasía, que los contrayentes han de hacer ante el juez y los testigos en el acto mismo del matrimonio. De esto se deduce que un matrimonio civil de personas bautizadas católicamente en la celebración del cual se han omitido los requisitos que dispone la ley 54 de 1924, en desarrollo del acuerdo celebrado entre Colombia y la Santa Sede sobre interpretación del artículo 17 del Concordato, es un acto en el cual se han contravenido las formas, solemnidades y requisitos que para la existencia jurídica del matrimonio civil exige el Código Civil, del cual es parte la ley 54 de 1924. (Casación Civil, mayo 31 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) 412, 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CIVIL—FINALIDAD DE SU INSTITUCION

- 192 -

La nulidad sólo se causa por quebrantos sustanciales en la normal constitución o secuela del juicio, como la desintegración del elemento personal de la acción, o la ineficacia de la relación procesal; la ley deter-

mina por ello en forma precisa los distintos casos en que el proceso es nulo, protegiendo simultáneamente el derecho de defensa y la firmeza del juicio en cuya estabilidad y fallo está interesado el normal desarrollo de la vida jurídica, comoquiera que la prolongación indefinida de los litigios atenta contra la certeza del derecho. (Casación Civil, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 372, 1ª

NULIDAD DE UN REMATE — VENTAS ENTRE PADRES E HIJOS DE FAMILIA

- 193 -

Aunque el artículo 1852 del Código Civil considera el peligro de fraude a los terceros por ventas reales o ficticias propiciadas por la intimidad de los parentescos a que se refiere, de esta circunstancia no cabe deducir argumento en el sentido en que el recurrente lo formula, cual es el de que la licitación, poniendo sobre aviso a los acreedores, evita ese peligro de secreto y de fraude, por lo cual no puede reputarse incluída en la prohibición. Aunque en verdad no puede procederse a un remate con el sigilo hasta cierto punto completo que cabe cuando se acude a Notaría, que no deja de ser oficina pública, podrá pensarse que ese preciso elemento de peligro se disminuya y aún desaparezca con la licitación; pero no que todos los demás elementos se descarten. Más todavía: aún dando por sentado que con el remate se conjure todo peligro para los acreedores, en pie quedaría el de la mujer y el de los hijos, el cual es una razón talvez la más poderosa, de la prohibición en estudio. (Casación Civil, junio 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) . . . 425, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO PENAL—NO TODA INFORMALIDAD LA PRODUCE

- 194 -

Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos previstos en los artículos 198 y 199, que enumeran las causales de nulidad, puede ella ser declarada y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la república. (Casación Penal, febrero 5 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 511, 1ª

NULIDADES

- 195 -

El hecho de no practicar las pruebas que dice fueron pedidas en el proceso, porque el Juzgado exigió algunos valores para indemnizar a los testigos, no son actos constitutivos de nulidad procedimental ni constitucional. Lo primero, porque el juzgador tiene facultad legal para negar la práctica de pruebas que no sean conducentes a demostrar directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso; y lo segundo, porque la ley de procedimiento penal autoriza al funcionario para exigir al interesado deposite la suma que previamente se fije para "indemnizar" al testigo por los gastos que ocasione su traslado. (Artículos 208 y 250 del C. de P. P.).

Para que un fallo se invalide por medio de esta causal (la quinta) es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que die-

ron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor, para luego deducirle responsabilidad.

La ley exige que toda sentencia se informe en los postulados que se dejan enunciados, porque ellos son esenciales y constituyen el fundamento o norma a los cuales deben atemperarse las sentencias; pero el empleo estricto y riguroso de formas externas o de palabras indicadas por la ley como de contenido aparente, no sustancial, que se omiten en la sentencia, no da base para invalidar un fallo por ausencia de estas formalidades, pues el espíritu de la ley no se encuentra en la forma externa de las palabras, sino en los principios que informan cada disposición legal. (Casación Penal, marzo 6 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 771, 1ª

NULIDADES

- 196 -

La Corte ha dicho en varias ocasiones que las nulidades son taxativas, es decir, que no se pueden extender a casos semejantes, no sólo porque el señalarlas es tarea propia del legislador, sino también porque los procesos se harían interminables, se crearía la incertidumbre en el ejercicio de la tutela social y se traería el descrédito a las providencias de los jueces de instancia. Esto no obstante, la doctrina ha admitido que en algunos casos extremos, comprendidos en la naturaleza de los propios preceptos que las consagran pueden declararse nulidades no previstas en la ley de modo expreso. Pero con dos condiciones: que se trate de irregularidades procedimentles que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren la flagrante violación del derecho de defensa del procesado; y, además, que se hayan alegado previamente en las instancias. Lo primero, por la razón ya dicha de que el señalar los casos de nulidad no es propio del juez, sino del legislador, y lo segundo, porque la casación implica un estudio de la sentencia, de suerte que, en términos generales sólo pueden ser estudiadas las cuestiones que fueron materia del fallo. (Casación Penal, enero 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 214, 2ª

NULIDAD (*de contratos*)

- 197 -

La ley, en ninguna de sus disposiciones confiere facultad expresa al Juez o funcionario público para declarar de hecho la nulidad de los contratos, por falta de pago de los impuestos; al contrario, establece un procedimiento especial para recabarlos, al determinar que toda persona o funcionario a quien lleguen documentos públicos o privados en que se haya omitido el pago de los impuestos legales, debe avisarlo al Recaudador para que cobre el gravamen correspondiente, "revalidando así, con efecto retroactivo, el documento respectivo". (Art. 68, inciso 2º).

De manera que sí hubo violación "manifiesta y deliberada" de los artículos comentados, en relación con el pago del impuesto de Lazareto; si esa violación generara la nulidad prevista por el artículo 1741 del Código Civil, es natural que por constituír ese hecho una nulidad sustancial, un vicio que afecta la validez de los contratos, no podía declararse sino en juicio ordinario, donde los derechos de las partes tengan amplitud de medios para establecerlos, defenderlos o imputarlos, y consecuencialmente probarlos. (Casación Penal, Auto. Noviembre 25 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 174, 2ª

NULIDADES

- 198 -

La no posesión del defensor, que actuó activa y diligentemente en todos los actos del proceso, el reemplazo de un jurado en virtud de su ausencia certificada por el Secretario y el error en la fijación de día para la audiencia, no están determinados por la ley como causales de nulidad, y no inducen a ella, aunque lo estuvieran, cuando mediante intervención posterior de las partes, ha sido tácitamente subsanada. (Casación Penal, noviembre 27 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) ....181, 1ª y 2ª y 182, 2ª

NULIDAD E INOPONIBILIDAD DE CONTRATOS CELEBRADOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES AFECTOS A LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 199 -

La Corte rectificó su primitiva tesis sobre nulidad de los actos dispositivos de bienes sociales concluídos por el marido después de la vigencia de la ley 28 de 1932, cuando aún no se había hecho liquidación alguna del patrimonio afecto a la sociedad conyugal. En el caso de autos el Tribunal, acogiendo la doctrina según la cual los contratos celebrados en las condiciones en que lo fue el que es materia del pleito no están afectados de nulidad sino que son simplemente inoponibles por falta de concurrencia, llegó a confirmar la sentencia que decretaba la nulidad. Salta a la vista el yerro en que el Tribunal incurrió, pues no podía confirmar la invalidación de un acto jurídico sobre la base de que dicho acto no es nulo. La nulidad declarada judicialmente extingue el acto tanto entre las partes como respecto de terceros, al paso que la inoponibilidad lo deja subsistir pero privándolo de efectos en relación con aquéllos; la nulidad implica un vicio del acto considerado en sí mismo, mientras que la inoponibilidad no reza con su validez sino con su vigencia en cuanto pueda afectar a terceros.

Los artículos 1740 y 1741 del Código Civil determinan con claridad las causas que pueden invalidar los actos jurídicos en nuestro derecho; tales causas pueden resumirse así a la luz de los nombrados preceptos: a) La nulidad absoluta se genera: por falta o por ilicitud del objeto, por ausencia o por ilicitud de causa, por omisión de requisitos o solemnidades *ad substantiam actus*, por incapacidad absoluta; b) La nulidad relativa se origina por error, fuerza, dolo, lesión, por incapacidad relativa o por falta de formalidades habilitantes, o sean, las previstas por la ley en consideración al estado o calidad de las personas. La inoponibilidad no está reglamentada en nuestra ley: en ella se hallan diseminados preceptos que mediante alguna sistematización permiten determinar que sanciona inoponibilidades de forma y de fondo: de las primeras, por falta de publicidad como ocurre en los casos de los artículos 1766, 1960, 534 del C. C. y en otros preceptos semejantes, por razón de incertidumbre en la fecha de los instrumentos privados (artículo 1762 ibid.) y por ausencia de solemnidades tales como el registro de enajenaciones de derechos nominativos en sociedades anónimas (artículo 35, Ley 58 de 1931). La doctrina también puede señalar en nuestro sistema legal causales de inoponibilidad de fondo: el fraude de que resta eficacia respecto de los acreedores a los actos y contratos dolosos de su deudor y que les causen desmedro; el desconocimiento de derechos constituídos como ocurre con las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales pactados sobre los bienes del desaparecido cuando reapareco (artículo 109, numeral 4º del C. C.); la falta de concurrencia, de que es ejemplo sin-

gular la venta de cosa ajena reglamentada por el artículo 1871 del C. C.

La Corte había situado precisamente dentro de esta última clasificación los contratos celebrados por uno solo de los cónyuges respecto de bienes sociales adquiridos antes del 1º de enero de 1933, reputándolos inoponibles por falta de concurrencia del cónyuge que no había prestado su asentimiento; en esta interpretación creyó no sólo ajustarse a los términos de la ley 28 de 1932, sino especialmente al fin social de sus preceptos, criterio que en el comercio jurídico actual es prevalente sobre el exegético. Para llegar a esta estructura jurisprudencial la Sala abandonó sus primitivas tesis sobre nulidad de los mencionados contratos, por no haberlas hallado suficientemente respaldadas en la ley y en la doctrina. Como el Tribunal que decidió esta causa razonó sobre la inoponibilidad aceptando que ella era predicable del contrato *sub judice*, pero confirmó la decisión del juez inferior que lo declara nulo, sobre razonamientos encaminados a decretar la nulidad, es visible su yerro y la transgresión de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Ahora, de acuerdo con la ley 68 de 1946, ya no se puede prolongar la vigencia de la interpretación doctrinaria que había hecho la Corte de la ley 28 de 1932, pues aquella ley, a título de interpretativa, se reputa incorporada en esta última, según el mandamiento del artículo 14 del Código Civil. (Casación Civil, agosto 26 de 1947. Tomo XLII, Nos. 2050, 2051) .....676 y 677

— O —

OBJECIONES A UNA PARTICION

- 200 -

En repetidas providencias ha interpretado la Sala de Casación el numeral 1º del artículo 520 del C. J., cuando se trata de recursos contra sentencias de partición, en el sentido de que ante la Corte no se pueden proponer objeciones, ya que la oportunidad legal para presentarlas no es otra que la del traslado del trabajo que la ley prevé para el efecto de que las partes inconformes presenten sus reparos. Si el interesado no hizo valer dentro del término correspondiente los remedios legales contra la partición, no puede presentar objeciones en el recurso, pues los cargos en referencia no serían otra cosa que medios nuevos inadmisibles ante la Corte. (Casación Civil, 23 de julio de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

628, 2ª

OPCION Y PACTO DE PREFERENCIA

- 201 -

Inconfundibles caracteres diferencian las figuras jurídicas de la opción, llamada con más exactitud promesa unilateral de venta, y el pacto de preferencia. Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que ésta se decida a comprar según condiciones predeterminadas en el contrato. La opción implica para su validez un término o una condición que no puede tardar más de un año en cumplirse. Según el llamado pacto de preferencia, la persona que la concede no adquiere la obligación de vender por un precio determinado dentro de un término fijo o al cumplimiento de una condición; conserva su libertad de vender o no, y sólo está obligada a hacerlo a determinada persona cuando quiera vender. (Casación Civil, 18 de mayo de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 20, 2ª

— P —

PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 1414 DEL C. C.

- 202 -

El artículo 1414 del Código Civil reglamenta cómo operan la confusión y la compensación en el caso del heredero que sea acreedor o deudor del causante; este precepto, restrictivo de los efectos de tales medios de extinguir las obligaciones, tiende a evitar que el heredero situado en alguna de tales posiciones pueda llegar a encontrarse en mejor o peor condición en frente a los demás partícipes. Lo estaría en mejor cuando, siendo deudor, la confusión obrara en forma completa aún en el caso de que los bienes no fueran suficientes para pagar el pasivo, privando así a los copartícipes de la cuota que pudiera llevar en el crédito a cargo del heredero; estaría en peor condición cuando, siendo acreedor, por virtud de la compensación total no pudiera ser titular del crédito respectivo en frente de los coherederos hasta concurrencia de la cuota que a cada uno correspondiera en la deuda hereditaria. (Casación Civil, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 373, 2ª

PARTICION

- 203 -

Según ha sostenido la Corte en jurisprudencia constante, los fallos sobre objeciones en que se ordena rehacer la partición no perjudican los derechos sustantivos que las leyes confieren a los asignatarios que han agotado la integridad de los recursos que las vías judiciales les brindan en contra de aquellas decisiones. (Casación Civil, diciembre 10 de 1946. T. LXII, Nos. 2048, 2049). 323, 2ª

PARTICION

- 204 -

(Véase *"Casación contra sentencia aprobatoria de una partición"*).

PARTICION DE BIENES

- 205 -

A propósito de la tesis sostenida por la recurrente de que a cada heredero ha debido adjudicarse en cada uno de los bienes de la sucesión una cuota proporcional a su derecho herencial, la Corte, en relación con ese punto, ha dicho lo siguiente: "La regla octava del artículo 1394 si por una parte establece que en la formación de los lotes se procurará, no sólo la equivalencia sino también la semejanza, por otra no preceptúa, ni podría hacerlo, que en toda partición de bienes a todos los herederos se les adjudique una cuota en todos y cada uno de los bienes, porque esto, además de ser impracticable en muchas ocasiones, podría redundar hasta contra la administración económica de los fundos. Esa regla está condicionada a la equivalencia y semejanza de los lotes, y salvado este principio, el partidor no está obligado a adjudicar todos los bienes de una sucesión en común y proindiviso". (Casación Civil, mayo 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 354, 2ª

PELIGROSIDAD — MODALIDADES DEL HECHO DELICTUOSO. — MANERA DE APRECIAR ESTAS CIRCUNSTANCIAS

- 206 -

Si se admite que la peligrosidad desempeña un papel de criterio de punibilidad, ésta, la punibilidad, hace a su vez de medida para individualizar la sanción. Porque

la peligrosidad no sirve para fundar la responsabilidad, sino que funciona como instrumento para graduar la sanción dentro del máximo y el mínimo establecido para cada delito en el Código. Si todo delito tiene sus características especiales, que hacen parte de su naturaleza y de su esencia, y sin las cuales se transforma en otro o se desvirtúa, es claro que estas características que tipifican la infracción deben haberse reconocido por el juzgador previamente. No sucede lo mismo con aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que se refieren a modalidades de la ejecución criminosa sin capacidad transformadora de la acción, y a condiciones personales y predelictuales del acusado. Estas son —como lo dice el señor Procurador— de la libre apreciación del Juez de derecho al dictar la sentencia, y ellas se escapan a las atribuciones del Jurado, que no impone penas sino que juzga un hecho determinado y concreto, y afirma o niega una precisa responsabilidad. (Casación Penal, febrero 3 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 508, 1ª

PERITAZGO

- 207 -

Es inadmisible la tesis, que pretende desprenderse de lo dispuesto en el artículo 721 del C. J., de que cuando se trata de avalúos o de una regulación cualquiera en cifra numérica se requiere que el dictamen pericial, para que pueda asignársele el valor de plena prueba, deba ser rendido por dos peritos principales y que en tales casos es ilegal la intervención de un perito tercero para dirimir el desacuerdo que entre ellos se suscite. Semejante deducción no tiene asidero en la mencionada disposición, que apenas habla del dictamen rendido por "dos peritos", sin exigir que ambos sean principales, por lo cual no es opuesto a la validez de aquél que uno de ellos tenga esa calidad y el otro la de tercero, que también es perito. Tal ha sido la jurisprudencia sentada por la Corte en varios fallos. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .....715, 2ª y 716, 1ª

PERITAZGO

- 208 -

Ha sido jurisprudencia de la Sala la de decretar la práctica de un dictamen pericial dentro del incidente mismo de un experticio tachado de error grave. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) ...250, 2ª

PERITAZGO (*su valor probatorio*)

- 209 -

Es sabido que la jurisprudencia de la Corte y la doctrina de los expositores están conformes al sostener que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez, que es a quien en definitiva corresponde asignarle la fuerza probatoria del peritazgo. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 717, 1ª

PERITAZGO (*Apreciación del dictamen*)

- 210 -

Conforme a los principios que dominan la prueba procesal y a la reiterada jurisprudencia de la Corte, la valoración del mérito probatorio de un dictamen pericial corresponde hacerla al juzgador en el momento de proferir el fallo, y no en los incidentes que puedan suscitarse antes de esta oportunidad. (Auto, Sala de Negocios Generales. Marzo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 249, 1ª

PERITOS (*honorarios de los*)

De manera uniforme y constante la jurisprudencia ha desentrañado de la normación contenida en el artículo 562 del Código Judicial la existencia de gastos cuya solución corresponde a una sola de las partes, y otros para ser atendidos por ambas partes intervinientes, a prorrata. Por lo que respecta a la peritación, la concurrencia de las partes al pago de los honorarios respectivos se encuentra condicionada a la intervención, más o menos definida, que haya tenido la parte que no solicitó la diligencia.

La autorización que da el artículo 728 del Código Judicial para "ampliar" los puntos sobre que deben dictaminar los expertos no puede agravar la prueba que corresponde atender a quien la solicita y de ahí que permita la concurrencia de quien la torna más onerosa, a la solución de los gastos que conlleva. Dentro de la significación que el Diccionario de la Academia da a la palabra "ampliar", la permisión que hace el legislador con respecto a los cuestionarios que proponen las partes que no han solicitado una prueba, en tratándose de la peritación, sólo tiene el alcance de buscar una mayor comprensión de la manera como deben atenderlos. Ello, en verdad, ofrece serias dificultades para el sentenciador, máxime tratándose de formularios de cierto tecnicismo. Mas, cuando una de las partes se aprovecha de la prueba solicitada por otra, es justo que contribuya a las expensas que originó. (Negocios Generales, Auto. Agosto 22 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) . . .856, 2ª

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS

- 212 -

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, respaldada ampliamente por la autoridad científica de todos los autores que se han ocupado del tema, el daño moral subjetivo se configura en todo evento en que un hecho delictuoso o culposo es susceptible de producir una pena o aflicción moral, sin que sea necesario que al dolor se sume un agravio a los sentimientos sociales de la víctima, ya en su reputación o su honor. (Negocios Generales, septiembre 12 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....887, 1ª

PERJUICIOS

- 213 -

El Juez, en el momento de decidir sobre la condena de frutos, intereses, daños y perjuicios, debe cumplir un proceso lógico integrado por dos etapas: una dirigida a examinar si es el caso de decretar el pago de cualquiera de las prestaciones indicadas y la naturaleza de éstas, y otra en la cual, aceptadas en abstracto las obligaciones, se aprecia si éstas se probaron convenientemente en el juicio, a fin de fijar, en caso afirmativo, su importe en cantidad líquida o establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales ha de hacerse la liquidación. Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia (artículos 480 y 553 C. J.), pero siempre y cuando que el daño estuviera demostrado. Lo primordial es, pues, establecer el daño causado, deducir de las pruebas del proceso si los perjuicios querellados se encuentran suficientemente probados y sobre esta base fijar el *quantum*, o disponer que se fije en el cumplimiento de la sentencia. (Casación Civil, marzo 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....90, 2ª

PERJUICIOS

- 214 -

No basta la simple condición abstracta de acreedor alimentario en el demandante para

que la muerte por accidente de su padre legítimo le cause un perjuicio actual y cierto, sino que se requiere además la demostración plena de que aquél recibía la asistencia a que por ese concepto le da derecho la ley, o que cuando menos se encontraba en situación tal que lo capacitara para demandarla y obtenerla. (Artículos 419, 420, 422, C. C.) (Casación Civil, abril 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2047, 2048) 136, 2ª

PERTURBACION FUNCIONAL TRANSITORIA

- 215 -

Si las lesiones producen una perturbación funcional transitoria, el hecho se reprime por la disposición del artículo 374 del Código Penal, inciso 1º, no por la circunstancia de que la perturbación funcional transitoria desaparezca en virtud de una intervención médica, o porque ella se extinga por "uso y hábito de la función del órgano", sino por la sola modalidad de haber producido la lesión una perturbación funcional de carácter transitorio, porque es propio de lo transitorio terminar por cualquier causa.

Tampoco es exacta la afirmación de que el artículo 374 sólo es aplicable para el caso de que la lesión produzca la perturbación funcional transitoria del órgano completo, y no la de una parte del mismo. Porque tales expresiones, en el campo del Derecho Penal, hacen referencia a la función que el órgano o miembro desempeña, y no al sentido anatómico que le asigna la medicina en general. (Casación Penal, octubre 23 de 1946. Tomo LXII, Nos. 2046, 2047) 149, 1ª

PETICION ANTES DE TIEMPO

(*Excepción de*)

Es procedente una excepción de petición antes de tiempo cuando se demanda el cumplimiento de una obligación que no es exigible. En tal evento es necesario el requerimiento o sea el acto judicial verificado en la forma prevista en el artículo 325 del Código Judicial, acto que se diferencia de la demanda que, según el artículo 205 del mismo código, es la petición, con que se inicia un juicio. En un ejecutivo, por ejemplo, en que al auto de intimación debe preceder la prueba de la exigibilidad de la obligación, el requerimiento, si es el caso, debe hacer parte del recaudo ejecutivo. En el caso del proceso no era necesario requerimiento alguno, pues la demanda misma hacía las veces de tal. (Negocios Generales, agosto 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .866, 2ª y 867, 1ª

PETROLEOS. — IDENTIFICACION DE LAS TIERRAS MATERIA DEL JUICIO

- 217 -

Tiene consagrado la Sala en reiterada doctrina que, para acreditar el dominio privado sobre petróleos, "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere el 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". (Negocios Generales, junio 19 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) ...572, 2ª

PETROLEOS (*Validez de títulos antiguos*)

- 218 -

Las leyes españolas de la Recopilación de Indias, Ley 6ª, Título V, Libro IV, autorizaban que a las nuevas poblaciones que se fundaran se les podía conceder "cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado, según la calidad de la tierra".

Esas mismas leyes obligaban a hacer una destinación o aplicación dual y coexistente

de esas tierras: una parte para aprovechamientos de uso común y otra para ser entregada en propiedad a los vecinos. (Negocios Generales, Auto. Marzo 21 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 228, 1ª

PETROLEOS (*Validez de adjudicaciones coloniales de tierras*)

- 219 -

Ya había dicho la Corte que la intervención del cabildo en el repartimiento de tierras dadas a las poblaciones se hallaba previsto en varias leyes, entre ellas la V, título XII del Libro IV de la Recopilación, que disponía: "Habiéndose de repartir las tierras... los Virreyes o Gobernadores... hagan el repartimiento, con parecer de los cabildos". (Negocios Generales, marzo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) ..260, 1ª

PETROLEOS (*Propiedad de terreno petrolífero*)

- 220 -

Para acreditar dominio de propiedad particular sobre un terreno, conforme a las leyes españolas, no sólo se requería título otorgado por la Corona Española, sino que éste debía ser *confirmado* por los Virreyes y Presidentes de las Reales Audiencias. (Sala de Negocios Generales, abril 15 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) ...274, 1ª

POLIZA DE CARGA (*según el Código de Comercio Marítimo*)

- 221 -

En presencia de lo estatuído en el artículo 238 se pueden deducir las siguientes conclusiones: 1ª, Que el objetivo principal o fundamental del *conocimiento* o *póliza de carga* es constatar entre el capitán y el cargador el hecho del embarque de las mercaderías; 2ª Que no es esencial para la validez del conocimiento que él contenga la plenitud de los pormenores previstos en el artículo 239 que se refieren a las condiciones del contrato, porque éstas pueden ser establecidas por otros medios probatorios y porque, además, la falta de esas condiciones no está consagrada como motivo de nulidad. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 712, 2ª

POLIZA DE FLETAMIENTO

- 222 -

De la reglamentación legal que trae el Código Marítimo de Comercio en sus artículos 168, 170, 171, 172 a 177 se desprende que el escrito o póliza de fletamiento no es exigido como una solemnidad en el contrato, sin la cual éste sería nulo, sino como una formalidad *ad probationem*, y que puede, por tanto, ser reemplazado por las partes con los muchos medios probatorios que la ley indica, y aún hasta con la prueba de testigos, cuando el flete no exceda de doscientos pesos, como ocurre en el caso de autos. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 711, 2ª

POSESION

- 223 -

Está fuera de toda duda que quien ejerce la acción destinada a que se le declare dueño de un bien por haberlo ganado por prescripción, debe estar poseyéndolo en el momento mismo en que hace valer ante la justicia los hechos en que se funda para suplicar la declaración de pertenencia; lo con-

trario implicaría desnaturalizar la institución posesoria porque resulta en principio absurdo que quien haya perdido la posesión pueda obtener un fallo cuyo cumplimiento ponga fin a la posterior de otro que esté ganando la propiedad acogiéndose al mismo medio. Por ello exige la ley posesión ininterrumpida, tanto para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular (artículo 2528 C. C.), como para la extraordinaria (artículo 2531 ibídem, ordinal 2º del numeral 3º), a la cual no es menester título alguno, y por ello también el artículo 2523 del mismo estatuto, en su numeral 2º, dispone que cuando la interrupción de la posesión tiene lugar "por haber entrado en ella otra persona", salvo que se haya recobrado mediante el ejercicio de los interdictos. Explican los expositores que uno de los fundamentos de la prescripción adquisitiva es que el orden social está interesado en mantener la estabilidad de las situaciones, circunstancia que se destaca más en presencia de la lenidad de un propietario en el ejercicio de sus derechos respecto de una cosa determinada. Pero es precisamente la permanencia de lo que algunos llaman "relación de espacio" por el lapso de tiempo que exige la ley, lo que permite evidenciar la posesión como hecho para que el ordenamiento jurídico pueda hacerlo derivar en derecho de dominio. Este, cuando se adquiere por prescripción, no es sino el afianzamiento de un señorío de hecho ejercido ininterrumpidamente, y que por esta última característica se ha ido revistiendo con apariencias de verdadera propiedad ante la conciencia común. Pero esta conciencia exige estabilidad en la relación de espacio por ser el medio material de darse a conocer el señorío, y lo que le permite a quien lo tiene real o presuntivamente ejercer los actos propios del dueño; sin ellos no puede probarse la posesión, como sin el contacto con la cosa no es posible aparecer como dueño ante el ambiente jurídico. La discontinuidad en la posesión es un vicio absoluto, por cuanto si no es posible restablecerla mediante las acciones posesorias, se pierde "todo el tiempo anterior", y quien la tenía no puede ya alegarla, en consecuencia, para los efectos de lograr una sentencia declarativa de apropiación por lapso de tiempo adquisitivo.

El precepto del artículo 790 del Código Civil está acorde con las normas sobre prescripción adquisitiva ya citadas, por medio de las cuales se manifiesta en nuestro derecho la protección posesoria en orden a consolidar el señorío de hecho con la propiedad misma. Pero como la misma ley señala jerarquías entre los poseedores según tengan o no título, y según el lapso de tiempo que hayan poseído, consecuente con el propósito de hacer dueño a quien ha poseído ininterrumpidamente instituye el interdicto "recuperandae possesionis" en el artículo 982 del C. C., acorde con el 793 ibídem. Es justamente esa vía la que el mismo Código Civil señala al poseedor para que por su medio recupere la posesión y, si tiene éxito, darla por mantenida continuamente no obstante la perturbación debelada por ese procedimiento especial. Así provee el legislador (art. 2523 del C. C.) a que quien pretenda la declaración de pertenencia pueda presentarse a pedirla ostentando, en primer lugar, la relación de espacio ininterrumpida que haya podido configurar ante la conciencia pública la manifestación de un verdadero dominio.

El artículo 951 del Código Civil introduce una excepción a la norma general contenida en el artículo 2523 de la misma obra, según la cual sólo por medio de las acciones posesorias se puede recobrar la posesión perdida; al conferir al poseedor regular la acción reivindicatoria introduce también un estatuto excepcional en frente del principio

que sólo otorga dicho poder jurídico al propietario. Son, pues, dos las excepciones que nuestra acción publiciana presenta dentro del sistema general del dominio y de la posesión, en obsequio a la regular, las cuales indican la necesidad de establecer en la práctica, cuando quien la tiene puede servirse de ese tratamiento excepcional.

Para ser poseedor regular se necesitan justo título y buena fe, requisitos cuya concurrencia ha de ser simultánea con la aprehensión material de la cosa, de manera que no lo es quien no ha adquirido la posesión a virtud de un título que le permitió iniciarla con buena fe.

Los títulos llamados por el artículo 765 del Código Civil "constitutivos de dominio" no son por su naturaleza eficaces para configurar una posesión que permita ejercer la acción reivindicatoria conforme al artículo 951 ibídem, comoquiera que ellos no presuponen causa jurídica del hecho material con que se principia a poseer, y sobre la cual puede reflejar "la conciencia de haberse adquirido el dominio". Quien comienza a ejecutar actos de dueño en orden a llegar a serlo realmente mediante la prescripción adquisitiva, sin tener a su favor título alguno, no puede abrigar certeza sobre la bondad o justicia de una causa de su posesión que no existe. De esta suerte, es menester concluír que sólo posee regularmente un inmueble quien lo ha recibido en tradición, sirviéndose de este modo para principiar a poseer. Si la posesión regular de bienes raíces exigiera un título tradicional previo, al vencimiento de diez años no se podría determinar si el poseedor es regular o no, pues el solo transcurso del tiempo y el hecho material de haber ocupado la cosa serían comunes para ambas categorías de poseedores; y esta confusión frustraría los fines del artículo 2523 del Código Civil, no sólo porque el poseedor despojado podría preferir la acción reivindicatoria a la posesoria para recuperar la posesión, sino porque podría ejercerla cuando ya hubiera perdido, para los efectos de la prescripción, el tiempo anterior.

El tratamiento excepcional que consagra el artículo 951 del Código Civil exige una rigurosa hermenéutica en orden a que su cumplimiento no contribuya a desconcertar aún más nuestra híbrida e indisciplinada institución posesoria formada con fragmentos de principios romanos, canónicos y germanos que no han alcanzado a fundirse, y en relación con los cuales no ha logrado establecerse unidad conceptual. (Casación Civil, mayo 24 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .....78, 2ª y 79, 1ª

POSESION. — SUS ELEMENTOS

- 224 -

Corpus et animus, según la teoría clásica, han de concurrir necesariamente para poderse entender que hay posesión. Nuestro Código Civil la define diciendo que es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño". Y corroborando la exigencia de este ánimo dice en su artículo 787: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya...". Por su lado en su artículo 775 define la mera tenencia diciendo que es la que se ejerce sobre una cosa, "no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño". Cita en seguida como ejemplos de mera tenencia la del acreedor prendario, el secuestre y demás allí relatados, y se cierra con su inciso 2º en estos términos: "Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno". Sabido es, y con toda claridad se destaca en la confrontación de estas disposiciones, que la diferencia entre la mera tenencia y la pose-

sión estriba en el ánimo de dueño, indispensable en ésta y ausente en aquélla. El *animus domini*, pues, decide de si en un caso dado se trata de posesión o no.

De la acción reivindicatoria responde el poseedor actual de la cosa singular o de la cuota determinada proindiviso de cosa singular materia de aquélla. Si quien la ocupa niega tener ese ánimo, sencilló sería que toda acción reivindicatoria se frustrase, si esa sola negativa del demandado bastara como prueba de la falta de ese elemento sin el cual, como queda dicho, no puede reputársele poseedor, aunque ocupe la cosa o esté ejecutando en ella actos que, vistos en sí, se supongan posesorios. De otro lado, si a esta apariencia se atribuyera desde luego esa calidad, si esos actos hubieran de tenerse por sí solos como prueba de posesión, quedaría identificada con ésta la mera tenencia. Uno y otro extremo son peligro para la justicia. A esquivarlo conduce el análisis de esos hechos, no limitado a su simple materialidad, sino extendido a cuanto revele si efectivamente van acompañados del ánimo de dominio indispensable para que constituyan posesión. (Casación Civil, mayo 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 366, 1ª y 2ª

PREPARACION PONDERADA

DEL DELITO

- 225 -

Preparar ponderadamente un delito es prevenir, disponer, aparejar los medios, instrumentos y circunstancias para llevarlo a efecto en las mejores condiciones de seguridad y eficacia. (Casación Penal, marzo 10 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .777, 2ª

PRESCRIPCION (*interrupción de la*)

- 226 -

Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia nacional que la interrupción civil de la prescripción extintiva se opera por juicio formal en que comparece la parte que puede alegarla, según principio general de derecho civil. Es la notificación oportuna de la demanda en que se ejercita la acción lo que interrupe el lapso prescriptivo. Uno de los efectos legales de la notificación del auto admisorio de la demanda, de su traslado, aunque no determinado expresamente en la ley 105 de 1931, sigue siendo en doctrina procesal y a la luz de los artículos 2524 y 2539 del C. C., como lo estatuía el numeral 2º del artículo 421 del antiguo Código Judicial, la interrupción de la prescripción de la acción. El auto en que se admite la demanda y se ordena su traslado legal no puede producir ningún efecto según la disposición del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil. En ninguna forma dice el artículo 2539 del C. C. que la interrupción civil de la prescripción se opera por la sola presentación de la demanda. Por el contrario, se establece allí, con la referencia a las excepciones señaladas en el artículo 2524, que la interrupción no tiene lugar si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal. (Casación Civil, 12 de agosto de 1947. T. LXII, numeros. 2050, 2051) .....660, 1ª y 2ª

PRESTACIONES SOCIALES SOBRE ACCIDENTES PROFESIONALES — SU ALCANCE FRENTE A LAS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONSAGRADAS EN EL DERECHO CIVIL

- 227 -

(Véase sobre este punto la doctrina contenida en el aparte *"Indemnización de per-*

juicios incoada por vía ordinaria"—Su alcance frente a las normas especiales de carácter social").

PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO

- 228 -

(Véase *"Encomiendas postales—Su carácter jurídico"*).

PRESUNCION DE CULPA.-QUIEN ESTE AMPARADO POR ELLA PUEDE PRODUCIR PRUEBAS, Y ESTAS DEBEN APRECIARSE

- 229 -

No sería lógico someter al actor a la abstención probatoria so pretexto de que está amparado por la presunción de culpa de su contraparte. El demandante tiene también derecho de producir pruebas, ya sea en refuerzo de la presunción que lo favorece, ya para desvirtuar las pruebas de descargo de su contraparte. Y el Tribunal comete error si deja de apreciar las pruebas del actor, por más que a éste no incumba la carga de la prueba. (Casación Civil, junio 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....497, 1ª

PREVARICATO

- 230 -

Indudablemente que la actuación del doctor Silva, en su doble condición de apoderado y de Secretario de Gobierno, constituye un hecho que da margen para adelantar una investigación, y si es el caso, deducirle responsabilidad, pero la prohibición impuesta por la ley a los apoderados no implica la comisión de un delito imputable a los magistrados que revisaron la actuación del inferior.

No puede imputársele un delito de prevaricato, porque esas irregularidades de procedimiento, provenientes de una mala interpretación de la ley, no son actos que tengan el poder suficiente, o la intención manifiesta, de violar la ley penal, o sea, que los magistrados hubieren faltado a sabiendas y deliberadamente a los deberes que les impone el normal desempeño de su cargo público, por simpatía hacia unos interesados y con marcada animadversión hacia los otros. Así, pues, el hecho de no declarar la nulidad pedida, tampoco es constitutivo de un delito de prevaricato. (Casación Penal, Auto, febrero 13 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).....754, 1ª y 2ª

PREVARICATO

- 231 -

No se ha demostrado que el Juez hubiera dictado a sabiendas dictamen, resolución o sentencia contrarios a la ley, movido por sentimientos de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Si no se admitieron las oposiciones fue porque ellas ya habían sido resueltas con anterioridad al último acto en que se formularon, pero este hecho no entraña la comisión de un delito de prevaricato, ni abuso de autoridad, porque el Juez no se excedió en el ejercicio de sus funciones, ni cometió ni hizo cometer acto arbitrario contra la persona de los interesados en las oposiciones, ni contra los bienes de éstos. (Casación Penal, Auto, noviembre 20 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047).....172, 1ª

PREVARICATO

- 232 -

El solo hecho de haber dictado una providencia contraria a una de las partes y fa-

vorable a la otra, no implica que se haya inspirado en animadversión a la una y simpatía a la otra; se requiere la prueba de que, en verdad, el funcionario, bajo la acción de uno de esos sentimientos, actuó contrariamente a la ley (Casación Penal, Auto, diciembre 9 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 196, 2ª

PRUEBA TESTIMONIAL — VALOR LEGAL DE ELLA Y FACULTAD DE APRECIACION DEL JUEZ

- 233 -

No basta la declaración de dos o más testigos para que se tenga como plena prueba lo afirmado por ellos; es necesario que los testimonios reúnan las condiciones exigidas por la ley y que se ciñan en sus deposiciones a los preceptos que el legislador ha señalado como requisitos para que sean atendidos los testimonios. Además, la ley ha concedido al juez determinadas facultades de apreciación que dependen de su criterio y que no es posible desechar sino cuando se ha cometido error evidente de hecho o de derecho. (Casación Civil, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 379, 1ª

PRUEBA DE LA INCAPACIDAD POR LESIONES ORGANICAS

- 234 -

La comprobación de hechos sobre que declaran los facultativos no se hace por medio de declaraciones. Es la prueba pericial la única aceptable en orden a establecer en procesos civiles la incapacidad de una persona como consecuencia de lesiones orgánicas. Los testigos no están habilitados para dar conceptos. Cuando se requiere establecer en un proceso civil hechos referentes a cuestiones técnicas o científicas, se recurre a la prueba pericial, que es fundamentalmente distinta de la testimonial. (Negocios Generales, agosto 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 874, 1ª

PRUEBAS (*práctica de*)

- 235 -

Interpretando la Sala los artículos 746 y 597 del Código Judicial, dice: La Corte advierte en la ordenación del Libro II del C. Judicial, este plan: Después de asentar el Legislador en los primeros diez y siete títulos las reglas generales sobre procedimiento civil, del diez y ocho en adelante entra a sentar normas de detalle de acuerdo con la naturaleza de los asuntos civiles que al órgano jurisdiccional le corresponde ventilar y resolver. En el ánimo del Legislador no pudo estar el dictar disposiciones contradictorias entre el reglamento general y el particular de cada juicio. Siendo esto así debe entenderse que lo dispuesto en el artículo 746 no impide que las pruebas practicadas y agregadas antes de la citación para sentencia —que por esa circunstancia forman parte del proceso— hayan de ser apreciadas por el juez en la sentencia. Algo más: pedidas en tiempo las pruebas, la práctica inoportuna de ellas no es óbice para que las tenga en cuenta el superior, como expresamente lo dispone el artículo 598 del C. Judicial. La razón es obvia: así el inferior no las pudo apreciar porque no formaban parte del proceso, en cambio el superior que las encuentra ya agregadas y formando parte del acervo probatorio, las debe apreciar en la sentencia.

Desde que la ley consienta en que las pruebas se pueden practicar hasta antes de la citación para sentencia, hay que convenir en que esa es la oportunidad que defi-

nitivamente cierra el período para practicar pruebas.

La Corte comparte la idea de la Comisión Redactora del Código Judicial cuando propugna porque haya campo más amplio para el debate, y menos restricciones en los medios legales de prueba, intención ésta que domina el derecho probatorio y que se concreta en el antiguo aforismo: "probationes non sunt coartandae". (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....268, 2ª y 269, 1ª

PRUEBA DEL MATRIMONIO

- 236 -

El acta de matrimonio es la prueba principal del vínculo. Además de las actas del registro sobre el hecho del matrimonio la ley permite que se demuestre ese estado civil con cierta clase de pruebas que sólo se admiten cuando se justifica plenamente o que no existen, ni en el registro civil ni en los parroquiales del lugar donde debió constituírse el estado civil respectivo, o que aunque existen los libros, no se encuentra en ellos la partida correspondiente.

Al tenor del artículo 395 del C. C. resulta que los medios destinados a suplir las pruebas principales del estado civil son: ya directos, es decir, demostrando hechos que acrediten su adquisición; ya indirectos, o sea, dando la prueba de la posesión del estado civil respectivo.

La simple referencia hecha en la escritura de compra de que la adquirente era mujer casada, no es prueba suficiente del estado civil. Podría ser un indicio que en forma alguna acreditaría el hecho del matrimonio, cuya prueba está especialmente reglamentada por la ley. Es verdad que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, pero para poder reconocer en juicio la existencia de tal sociedad es necesario demostrar el vínculo matrimonial, ya con la prueba principal, como sería el acta de matrimonio, o con las pruebas supletorias del caso. Pero omitida tal prueba el juez no puede dar por establecido el hecho con la simple referencia que de él se haga en un instrumento público, no destinado a demostrar tales circunstancias. (Casación Civil, mayo 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....393, 1ª y 2ª

PRUEBAS—COPIAS DE DOCUMENTOS AUTENTICOS

- 237 -

Conforme al artículo 632 del C. J. hacen plena prueba las copias de documentos auténticos; mas no exige el artículo que tales copias hayan de ser forzosamente en manuscrito, por lo cual no quedan excluídas las copias en máquina ni la reproducción fotográfica o en imprenta. Basta la intervención del funcionario que garantice la sinceridad y verdad de la copia. Esta tesis no contradice, en el caso actual, la que en otras ocasiones ha sostenido la Corte, consistente en que, por regla general, los folletos o publicaciones no son medios legales de prueba. (Negocios Generales, septiembre 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051)...892, 2ª

— R —

RECONVENCION

- 238 -

La acción de reconvención, según Escriche, es aquella "con la cual se pide contra la misma persona que pedía"; Chiovenda en los *Principios de Derecho Procesal Civil*, dice que es "la desarrollada contra quien

conviene a otro en juicio"; la misma noción traen de la actividad reconventora todos los tratadistas de derecho procesal. La reconvención se presenta, pues, como una acción contra el actor, y esa calidad se destaca en el proceso histórico del instituto; en el derecho germánico antiguo se le admitía con amplitud tal que el sólo hecho de que alguien asumiera el papel de demandante era bastante a que cualquiera lo contrademandara; el derecho canónico le restringió el ámbito de ejercicio, situando la reconvención precisamente en manos del demandado; las legislaciones modernas han exigido, además, limitando aún el uso de esta acción, ciertos vínculos de conexión entre las materias que se proponen en la demanda principal y en la de reconvención. (Casación Civil, abril 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2947).

128, 2ª y 129, 1ª

RECURSOS EN PROCESO PENAL

- 239 -

El artículo 183 del C. de P. P. determina la clase de recursos a los cuales están sujetas las providencias que dicten los funcionarios de la rama penal, y entre otros, enuncia el de reposición, el de apelación, el de hecho y el de queja, pero la ley no menciona ni incluye el de súplica. En materia de recursos, las disposiciones que los reglamentan son perentorias, de estricto cumplimiento, y sería antijurídico conceder o hacer extensivo un recurso, como el de súplica, que no rige ni está consagrado por la ley para los procesos criminales. (Casación Penal, Auto, febrero 26 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051).....761, 2ª

—

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

(Véase *"Nulidad e inoponibilidad de contratos celebrados por uno solo de los cónyuges sobre bienes afectos a la sociedad conyugal"*).

(Véase *"Sociedad conyugal—Deudas"*).

REIVINDICACION—ALCANCE DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN ESTA CLASE DE JUICIOS

- 240 -

Efectivamente el fallo favorable al demandante en un juicio de reivindicación no le crea o confiere título, sino que le reconoce el que haya presentado, después de estudiarlo en sí y de confrontarlo con los que haya aducido el reo; claro que esto último ocurre cuando esta parte litigante presenta títulos. La decisión se limita a los contendores y a su situación recíproca. Así puede suceder y en realidad no es infrecuente que suceda, que el reivindicante que ha vencido a un poseedor es vencido ulteriormente por un tercero a quien asiste mejor derecho, sin que pueda oponérsele aquel primer triunfo, tanto por lo que acaba de decirse, cuanto porque él no fue parte en el juicio en que se dictó tal fallo. Al propio tiempo es de recordarse que la ley da validez a la venta de cosa ajena, no sin dejar a salvo los derechos del verdadero dueño. (Artículo 1871, C. C.), lo que concurre a evidenciar que si en un juicio dado el comprador de una cosa la obtiene en reivindicación al favor de ese título contra un poseedor que no aduce ninguno o los presenta inferiores, ese triunfo no merma ni destruye el derecho del verdadero dueño, en el evento de que ulteriormente resulte aquella adquisición ser de cosa ajena, pues ese verdadero dueño podrá, a su turno, triunfar sobre aquel comprador temporalmente victorioso por enfrentársele con mejor derecho, a más de que la aludida sen-

tencia no tiene alcance contra él por no haber sido parte en el aludido primer pleito. (Casación Civil, mayo 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 365, 2ª

REIVINDICACION — OBJETO DE ESTA CLASE DE JUICIOS—INCONDUCENCIA DEL CERTIFICADO SOBRE SUFICIENCIA DEL TITULO

- 241 -

La acción de reivindicación, cuyo objeto principal es el de hacer conocer el derecho de propiedad del demandante, tiende por vía de consecuencia, a obtener la restitución del inmueble reivindicado y la restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa. Al demandante corresponde en esta acción justificar el derecho de propiedad que constituye el fundamento de su demanda. Cuando produce o presenta un título suficiente de propiedad y el demandado no presenta alguno, el reivindicador debe ser considerado como dueño, con tal que su título sea anterior a la posesión del demandado y éste no haya adquirido por prescripción la finca de que se trata. Si el título no es suficiente por sí solo para que la reivindicación prospere, será necesario demostrar el derecho de propiedad del antecesor en el dominio, es decir, deberá acreditarse también el derecho de dominio de este último y la circunstancia de que tal título es anterior a la posesión del demandado. En esta clase de juicios, como lo ha decidido la Corte en constante jurisprudencia, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer; porque, "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son de efectos esencialmente relativos en los juicios respectivos". (Casación del 26 de febrero de 1936).

Ha expresado en repetidos fallos la Corte que tratándose de la acción reivindicatoria basta con presentar el título que acredite la propiedad, con la constancia de su inscripción en la Oficina de Registro; la certificación sobre suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del C. J. se refiere a casos especialmente señalados por la ley, tales como, por ejemplo, para reclamar la suma *debida* por indemnización y pago en caso de expropiación que sobre una propiedd privada haga una entidad de derecho público; o cuando se demandan perjuicios en una propiedad cuya titulación quedó así suficientemente demostrada; o para iniciar una acción de participación en una comunidad o para obtener el desembargo en el caso del artículo 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador, etc. Pero tratándose de un juicio reivindicatorio, no ha exigido la ley tal requisito. (Casación Civil, junio 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 488, 2ª

REIVINDICACION

- 242 -

La acción reivindictaoria requiere como elementos indispensables dominio del actor y posesión del reo sobre una cosa singular debidamente identificada. Como es obvio, a un reivindicador no le basta comprobar que es dueño de una cosa dada, entre otras razones porque la que le exige el demandado puede ser distinta. Sólo complementando esa prueba de dominio con la identidad a que acaba de aludirse se podrá decir que le asiste la acción que ejerce para que se le restituya lo que posee el demandado. Y una vez llenado este requisito de la identificación será cuando procederá a estudiar los títulos del uno y del otro para decidir cuáles prevalecen. (Casación Civil, septiembre 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 742, 1ª

REIVINDICACION

- 243 -

La fuerza de la cosa juzgada de una sentencia se delimita por el artículo 474 del C. J., por lo cual siempre ha visto la doctrina la relatividad del fallo en juicio de reivindicación, en el sentido de que afecta sólo a quienes en él han sido partes, tal como esta disposición legal establece. (Casación Civil, agosto 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....739, 1ª

REIVINDICACION

- 244 -

No basta la inclusión de bienes en los inventarios del causante de un juicio de sucesión para que prospere la reivindicación de ellos, sino que es preciso comprobar el dominio del causante. De lo contrario sería sencillo a cada cual hacerse a cuantos bienes deseara con sólo relacionarlos en la mortuoria de alguien de quien sea heredero y adjudicárselos en la partición y obtener el decreto de posesión efectiva. (Artículo 968, C. C.). (Casación Civil, agosto 1º de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....651, 2ª

REIVINDICACION — ACCESION DE MUEBLES A INMUEBLES

- 245 -

El artículo 739 del C. C. contempla separadamente en sendos incisos que a la edificación hecha por persona distinta del dueño del terreno se haya procedido sin el consentimiento de éste, caso en el cual él tiene derecho a hacer suyo el edificio mediante las indemnizaciones establecidas sobre la reivindicación, o a obligar a aquella persona a pagarle el justo precio del terreno e intereses; o que sea hecha a ciencia y paciencia del dueño del terreno, caso en el cual "será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio..." Por su lado, el artículo 970 de ese código confiere al vencido el derecho de retención de la cosa hasta que se le haga o se le asegure el pago de lo que tuviere derecho a reclamar en razón de expensas y mejoras. (Casación Civil, abril 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).343, 1ª

REPRESENTACION DEL CAUSANTE EN JUICIO POR SUS HEREDEROS

- 246 -

Según jurisprudencia de la Corte lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 del Código Judicial no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte no pueda hacer valer su derecho ni defenderse, según el caso, y el juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por noticias que se le den de ella por los interesados, aunque no sean parte en el juicio, o lo que es posible que suceda, por aviso que le dé la contraparte. Pero si por falta de conocimiento la actuación continúa después de la muerte del litigante que no tiene apoderado constituído en el juicio, lo actuado es nulo.

La vocación a los sucesores jurídicos del *de cujus* no está autorizada sino en el evento de que no exista apoderado en el juicio que represente sus intereses. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047).....239, 1ª

REPRESENTACION JUDICIAL DE LOS MUNICIPIOS

- 247 -

Si de conformidad con el artículo 145 del Código Político y Municipal es el Concejo la entidad que en un asunto determinado resuelve que el juicio se intente y confíe a determinada persona para la representación del Municipio, es necesario también que se celebre el contrato con el abogado y se le confiera el poder especial, como se desprende del artículo 173 del Código Judicial. El contrato, o sea la parte administrativa del mandato, corresponde al Alcalde; pero la convención para la representación judicial sólo puede realizarla quien, en principio, tiene esta representación. Como lo dijo la Sala de Casación (G. J. número 1966, pág. 789), para el mandato judicial es impertinente la intervención del Alcalde "y sólo procede para ese efecto la del Personero, que es a quien compete exclusivamente la representación en juicio (numeral 3º del artículo 179, C. J.), y a quien corresponde otorgar la escritura o el memorial correspondiente para constituír el apoderado judicial del Municipio, cosa distinta, aunque en desarrollo de la misma actividad administrativa del contrato celebrado por el Alcalde con el abogado".

Las órdenes para la iniciación de pleitos son actos de suma trascendencia que deben ser materia de Acuerdos, como fluye de los términos claros y precisos del artículo 171 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 28 de 1947. T. LXII, números 2046, 2047) 263, 1ª

REPRESENTANTES LEGALES DE LOS INCAPACES. — RESTRICCIONES IMPUESTAS A SU FACULTAD DISPOSITIVA

(Véase *"Autorización judicial"*).

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL (*acumulación de*)

- 248 -

En varias ocasiones ha condenado la Sala por inaceptable la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 720, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INSTITUTORES Y DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION POR EL HECHO DE LOS ALUMNOS

- 249 -

La culpa o imprudencia de la víctima, aun cuando se trate de un menor, puede exonerar de responsabilidad a quien fue causa del daño (por obra propia o por el hecho de la cosas inanimadas), según lo explicó la Corte en sentencia de casación del 15 de marzo de 1941. Entonces dijo la Sala que la incapacidad de los menores de diez años y de los dementes para cometer delito o culpa, se refiere solamente a estos hechos ilícitos como fuente de obligaciones civiles; pero no a la imprudencia del menor, objetivamente considerada y como circunstancia concurrente a la producción del daño de que ha sido víctima el mismo menor o demente. Pero ese fallo de casación advierte que hay, sin embargo, casos en que no debe tenerse en cuenta la imprudencia del menor lesio-

nado, dadas las circunstancias en que el accidente haya ocurrido. (G. J. Tomo 50, página 794).

De tiempo atrás se suscitó, ante los Tribunales y entre los expositores, la cuestión de si el institutor que es responsable del daño cusado a terceros por los alumnos que están bajo su cuidado, lo sería también por el daño que el alumno se cause a sí mismo. Aclarado el punto de que no es el profesor, en general, sino el establecimiento de enseñanza quien debe responder de los daños que los educandos ocasionen por una falta de vigilancia, la jurisprudencia se inclinó en el sentido de que la responsabilidad del instituto docente no podía extenderse, como regla general, a los daños que el alumno cause en su propia persona.

Para no caer en extremos al apreciar la responsabilidad civil de los establecimientos de educación por los hechos de sus alumnos, conviene distinguir acerca de las circunstancias de hecho en que haya ocurrido el daño causado, como si lo ha sido, por ejemplo, por motivo enteramente ajeno a los fines del establecimiento, o a pesar de una efectiva vigilancia, no sería equitativo exigir de éste responsabilidad. Pero la responsabilidad de los institutores por el hecho de sus discípulos puede tener una particular comprobación en la existencia de riesgos dentro del establecimiento, puesto que aquélla se origina en la relación de dependencia y en la especial obligación de educarlos y vigilarlos para que no hagan daño a otros ni se lo causen a sí mismos, reforzada, además, por la consideración de la confianza que los padres de familia depositan en los directores de colegio y profesores, confianza que impone a éstos más rigurosas obligaciones de cuidado. Aun cuando en el caso del proceso fue la misma víctima la que se causó el daño, no es menos cierto que a la producción de tal hecho contribuyó en forma apreciable la aglomeración de los alumnos, y por el hecho de éstos es responsable el colegio. (Artículo 2347, C. C.). (Casación Civil, junio 30 de 1947. T. LXII, números 2048, 2049) .....498, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

- 250 -

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que las entidades de derecho público —Nación, Departamentos y Municipios y demás— son responsables por los actos de sus agentes, bien se haga derivar esta noción del contenido y extensión de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, al través de presunciones de culpabilidad, ora provenga del deber emergente de indemnizar a causa del inadecuado funcionamiento de los servicios públicos. Esto por lo que respecta a la responsabilidad aquiliana, pues con relación a una determinada obligación contractual el aforismo latino *"contractus legem ex conventione accipiunt"* cobra su pleno imperio. (Negocios Generales, agosto 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....853, 2ª

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

- 251 -

Ha sido doctrina reiterada de la Corte la de que "la involucración de la doble responsabilidad —contractual y la generada por el delito— es un procedimiento que ni la ley ni la doctrina autorizan, pues de lo contrario se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio. (Negocios Generales, agosto 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051)...853, 1ª

RESPONSABILIDAD (*moral y social*)

- 252 -

En la demanda se confunden *la responsabilidad moral* del antiguo código con la responsabilidad social que consagra el vigente. Para el estatuto derogado, que seguía las doctrinas de la Escuela Clásica, el delito era la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurría en alguna pena; de manera que para que se declarara responsable a un sujeto, se necesitaba que procediera con conocimiento de que el acto era ilícito, con voluntad de cometerlo y en uso de su libertad o libre albedrío. En el nuevo código, todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos de justificación o excusa, porque en él se establece la responsabilidad social o legal, que se basa en la imputabilidad psico-física y que se extiende no sólo a los normales, sino también a los anormales, esto es, a los dementes y a los intoxicados por el alcohol o por cualquiera sustancia, a los menores, etc. Así, pues, para los efectos de la responsabilidad son indiferentes las condiciones psíquicas del procesado y, por lo mismo, que haya actuado estando ebrio o en su cabal juicio, pues la embriaguez, según doctrina de Garófalo, es apenas la causa ocasional reveladora de las inclinaciones antisociales del infractor. Para lo único que tiene en cuenta el código el estado psíquico del delincuente es para la aplicación de las sanciones, pues si se trata de un normal se le *aplican penas*, y si de un anormal *medidas de seguridad*.

La diferencia que hace el código en lo relativo a la *embriaguez* consiste en considerarla ya como circunstancia de menor peligrosidad en cuanto no haya sido preordenada al delito, esto es, empleando sus términos, "cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas"; ya como estado permanente de intoxicación, como "intoxicación crónica producida por el alcohol", que equipara con la demencia, pues ordena aplicarle al alcoholizado medidas de seguridad como a los enajenados mentales. (Casación Penal, mayo 6 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .....781, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

- 253 -

Según la doctrina que consagran el artículo 2341 y demás disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales de derecho procesal, es al demandante en la acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho delictuoso o culposo lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo. (Casación Civil, abril 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .136, 1ª

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO

- 254 -

Según el artículo 1º de la Ley 57 de 1915 los derechos del trabajador nacen únicamente en relación con el patrón, sobre quien recaen las obligaciones indemnizatorias correlativas. Ese artículo define lo que se en-

tiende por patrono, que es el dueño de la industria, obra o empresa, por cuenta del cual el obrero está verificando su trabajo. El artículo 2º, con entera precisión, sitúa en el patrono la responsabilidad de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan. De manera que cuando el reclamante de una indemnización por causa de un accidente no está frente al patrono o dueño de la empresa por cuya cuenta trabajaba, es inoportuno y fuera de lugar circunscribir la responsabilidad dentro de lo que técnicamente se llama accidente de trabajo, el cual es un episodio dentro de la ejecución del contrato de trabajo, celebrado entre el patrono y el obrero. En el presente caso no se trata de un accidente de esa naturaleza. (Negocios Generales, agosto 29 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 872, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA. — PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD.—TEORIA DEL RIESGO. PRESUNCION DE CULPA

- 255 -

La dificultad de determinar exactamente la separación entre la responsabilidad generada en el hecho del hombre, en su conducta, y la que nace del hecho de las cosas, ha existido realmente en la jurisprudencia francesa porque según el artículo 1384 del Código Civil Francés toda persona es responsable no sólo del daño causado por el hecho propio sino también del proveniente del hecho de aquellas personas por quienes debe responder, o de las cosas que tiene a su cuidado. La supresión, en nuestro Código Civil, de la última parte de este artículo sobre la cual se ha edificado en Francia una teoría general sobre presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas, lo mismo que la presencia de textos especiales referentes a daños de este origen, limitan el campo de responsabilidad y no permiten la elaboración de una doctrina semejante. Este concepto confusionista contraría el fundamento tradicional de la responsabilidad civil en la legislación colombiana, en que la culpa, factor esencialmente humano puesto que lo constituye un error de conducta, es la condición vital de la responsabilidad. Suprimir la noción de culpa en el mecanismo de la responsabilidad equivale a adoptar inconsideradamente la teoría del riesgo, que fuera de casos concretos y excepcionales, no tiene cabida en nuestra legislación y ha sido rechazada por la jurisprudencia nacional. Otra cosa son las innovaciones jurisprudenciales sobre presunciones de culpa, para efectos exclusivamente probatorios; pero la ley exige siempre culpa original, probada o presunta. Tratándose de cosas accionadas por la mano del hombre, es la actividad del agente la verdadera causa del daño, es su conducta, culpable o inculpable, la que es preciso examinar y calificar para deducir jurídicamente la responsabilidad, directamente si se trata del hecho propio o contra la persona que legalmente debe responder de la culpa. En este último caso, la jurisprudencia colombiana, apoyada en el artículo 2347 del C. C., cuyos términos sí dan base suficiente, ha estructurado una teoría general de responsabilidad por el hecho ajeno, fundada y regulada por las nociones de vigilancia, elección y autoridad, dentro de la cual se ha tratado y consagrado la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios causados por los errores de conducta de sus funcionarios en la actividad de los servicios públicos. (Casación Civil, abril 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 339, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL—LA CULPA ES ELEMENTO INDISPENSABLE DE ELLA

- 256 -

En el caso del proceso en manera alguna puede hacérsele decir a la sentencia acusada que la responsabilidad que se debate en este caso es personal y directa, por haber expresado tesis incuestionable de que aunque la responsabilidad indirecta recae en persona distinta de la autora del daño, es indispensable siempre buscar la culpa original, porque sea quien quiera la persona sobre la cual ha de recaer la obligación de indemnizar, la culpa es la fuente indispensable de toda responsabilidad, directa o indirecta. (Casación Civil, abril 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....338, 1ª

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. — CRITERIO PARA DIFERENCIARLAS

- 257 -

En ocasiones es necesario plantear con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad que se invôca, si contractual o extracontractual. Cuando las consecuencias del daño cuya reparación se pretende han sido expresamente previstas y reguladas por contrato, la responsabilidad es indiscutiblemente contractual; el reclamante entonces no puede desplazarse del dominio del contrato al dominio de las disposiciones de la culpa aquiliana, sin caer en una inadmisible acumulación de dos formas de responsabilidad que podría llevar a proteger daños que fueron excluídos de lo pactado, o a abandonar las normas del contrato tocantes a la regulación de las indemnizaciones. Empero sucede también con frecuencia que es indiferente en orden a deducir la responsabilidad por daños la consideración de que su fuente sea contractual o extracontractual. Ocurre ello en los casos en que aun sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro, por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia. En tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor relieve. Se ha cometido una culpa; luego si no aparece con claridad que con ella se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, no importa cuál sea el origen de la culpa. (Negocios Generales, agosto 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051). 873, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (*Interpretación del artículo* 2341 *del C. C.*)

- 258 -

La recta interpretación del artículo 2341 del Código Civil, que impone al autor del daño extracontractual el deber jurídico de indemnización, implícitamente lleva envuelto el precepto de que el resarcimiento deberá comprender todo el daño causado y sólo éste; y para el juzgador la obligación de procurar a la víctima del hecho delictual o culposo una compensación equivalente al perjuicio, pero de ninguna manera superior a éste. Estudiando los expositores las circunstancias sobrevinientes al hecho dañoso, examinan la de la muerte de la víctima resultante de la falta del responsable y admiten que el deceso constituye a la vez una agravación y una atenuación del perjuicio.

Lo primero por el nuevo elemento de daño que aporta: el aniquilamiento de la persona, la supresión de una vida humana; y lo último, por la eliminación de todo el perjuicio sucesivo debido al accidente y que se exterioriza o concreta en la disminución de la capacidad de trabajo, sufrimientos físicos y morales, a los cuales la muerte les pone fin como les pondría fin la curación. De donde concluyen que para pronunciarse sobre la acción de la víctima y determinar el alcance de la indemnización transmitida a sus herederos, el Juez debe colocarse en el momento en que estatuye y tener en cuenta los dos órdenes de modificaciones que el caso aporta. Henri et Leon Mazeaud, *Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contratuelle.* Tomo III, página 378. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 243, 2ª

RESTITUCION DE TERMINOS.—CUANDO PUEDE SOLICITARSE

- 259 -

La restitución de un término, en la forma admitida por el C. J., puede ser solicitada en cualquier tiempo antes del fallo, aunque se haya surtido un trámite posterior, pues la fuerza mayor o caso fortuito de que habla la ley puede ser, y ello ocurre ordinariamente, de tal naturaleza, que impida al litigante solicitar la restitución inmediatamente después de vencido. (Negocios Generales, mayo 21 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 554, 2ª

RIÑA IMPREVISTA

- 260 -

La riña imprevista equivale a la casual. Es un lance que surge de improviso para uno de los combatientes, que no lo quería, ni lo buscó, ni actuó en él de una manera voluntaria sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el aceptarlo. Abundante es la doctrina sobre este tema.

La reciprocidad del ataque, reconocida por el jurado, tan sólo sirve para configurar la riña, pero nada más. Porque riña es un combate, un cambio de golpes de parte y parte. En eso precisamente consiste la reciprocidad. Pero muy lejos está ello de significar que en este caso la refriega asumió caracteres de imprevista para uno de los contendores, y menos para el que, preparado de antemano, la provocó y la promovió. Y si así hubiera sucedido, nada más fácil para el jurado que pronunciarlo concretamente. (Casación Penal, marzo 3 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 541, 2ª

— S —

SANEAMIENTO POR EVICCION. — NO CUBRE SITUACIONES ALCANZADAS VIOLENTAMENTE

- 261 -

El saneamiento por evicción no cubre situaciones alcanzadas por medios violentos. El despojo no es un medio legítimo de adquirir el goce de una cosa. El vendedor debe poner en posesión de la cosa vendida al comprador. Pero si éste usa de la violencia no puede pretender que el vendedor le sanée la situación de hecho que sus actos de violencia produzcan. Estos actos son personales suyos, que no originan consecuencias como las emanadas de la posesión que el vendedor transmite con el título o con la tradición. Tales consecuencias proceden de sus propios hechos y no de la posesión que se le transmite. Por tanto no hay razón para pretender que a ellas se extienda la obligación de saneamiento que la ley impone al vende-

dor. (Negocios Generales, mayo 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....550, 1ª

SANEAMIENTO (*por la evicción*)

- 262 -

La obligación de sanear, es decir, de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, comprende en su desarrollo dos períodos bien distintos: el primero, consiste en la obligación de acudir en defensa del comprador en el juicio que se le ha iniciado asumiendo directamente la actuación, desde el momento en que el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta le hace la citación legal, denunciándole el pleito, para que comparezca a defenderlo; y el segundo, que comienza desde que la evicción se ha producido, esto es, desde que el comprador ha sido privado total o parcialmente de la cosa vendida por virtud de la sentencia, consiste en la obligación de indemnizarle de los daños y perjuicios causados por la evicción, en la medida y términos que detalladamente establece la ley contra el vendedor que no ha cumplido con su obligación de amparar eficazmente al comprador. La privación total o parcial que sufra el comprador, por causa anterior al contrato y en virtud de sentencia judicial, es lo que jurídicamente caracteriza la evicción, según el artículo 1894 del C. C., que la define obligatoriamente. Sólo cuando el comprador se ve lesionado en su posesión tranquila y pacífica puede entablar la acción de saneamiento. Si no ha ocurrido privación en cumplimiento de sentencia judicial, no hay evicción. Sólo la evicción consumada genera legalmente la obligación indemnizatoria.

En ninguna forma puede deducirse de la ley normativa del saneamiento por evicción que la obligación de amparo que compete al vendedor se extienda hasta impedir que la cosa vendida sea sacada del comercio por motivo de la inscripción de la demanda. (Casación Civil, marzo 24 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 84, 1ª

SECUESTRO

- 263 -

El secuestro no confiere posesión por cuanto quien a ese título recibe algo lo hace para restituírlo a quien llegue a triunfar en la litis dentro de la cual sobrevino el secuestro. Todos los preceptos que en nuestra ley tienden a destacar las diferencias entre simple tenedor *alieno nomine* y verdadero poseedor, comenzando por la norma que describe o define la posesión (artículo 762, C. C.), destruyen la posibilidad de considerar, aunque sea en la más superficial de las apreciaciones, que en cualquier juicio sea demandado como poseedor el secuestre y no las personas a cuyo nombre ejerza aquél la tenencia material de los bienes disputados. (Casación Civil, julio 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....608, 2ª

SECUESTRO DE BIENES

- 264 -

Al verificarse el cambio de un depositario o secuestre y al efectuarse la entrega de bienes, las partes o los interesados en el juicio no pueden formular nuevas oposiciones sobre los mismos bienes y por las mismas causas.

Una es la diligencia de avalúo y secuestro de bienes embargados, en donde sí prosperan las oposiciones, y otra muy distinta la entrega de bienes que se hace por el cam-

bio o remoción del primitivo secuestre, acto en el cual no son pertinentes las oposiciones, bien porque la ley las prohibe por haber sido ya discutido el punto, o ya también porque no hay disposición legal que consagre tal derecho. — (Casación Penal, Auto. Noviembre 20 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 172, 1ª

SENTENCIA DEFICIENTE

- 265 -

(Véase lo que sobre este punto se halla en el aparte "*Inadmisibilidad del recurso de casación por deficiencia en el fallo de segunda instancia*").

SENTENCIA. — SU INTERPRETACION FRENTE A LA INSTITUCION DE LA COSA JUZGADA

- 266 -

Puede considerarse que la sentencia no decide sobre lo principal del pleito cuando en ella se reconoce una excepción dilatoria de fondo o de forma, es decir, cuando se reserva la expresión jurisdiccional de la voluntad de la ley en el caso *sub judice* para un litigio ulterior; pero cuando se deniega todo el *petitum* de la demanda realmente no resta materia posible para una controversia futura sobre los mismos extremos, pues todos los debatidos quedan cubiertos por la cosa juzgada.

La sentencia, cualquiera que sea la especie de acción que la determine, indica siempre la medida en la cual otorga el Estado la tutela jurídica a un interés individual concreto; para satisfacer esta característica propia de su naturaleza debe contener, bajo cualesquiera expresiones, la indudable determinación de cómo queda situada en forma definitiva la aspiración del actor ante el derecho objetivo; este fin se logra siempre que el Juez pronuncia un fallo cuya sola existencia o cuya ejecución interfieren por la fuerza de la cosa juzgada cualquier posibilidad de controversia futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

A satisfacer esas necesidades doctrinarias concurren en nuestro derecho los preceptos contenidos en los artículos 471, 472 y 481 del Código Judicial, cuyo quebranto no es posible cuando se ha proferido un fallo que deniega definitivamente las declaraciones pedidas en la demanda. (Casación Civil, junio 23 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049): 470, 2ª

SENTENCIAS EXTRANJERAS
(*Cumplimiento de*)

- 267 -

Para el cumplimiento de sentencias extranjeras en Colombia continúa rigiendo en derecho internacional el principio de reciprocidad que consigna nuestro Código Judicial en el artículo 555, análogo al 581 del Código Judicial de Panamá. Proclamado ese principio en ambos Códigos no es de exigirse para reconocer esta situación institucional que ya los hechos la corroboren y que, por tanto, precisamente se aduzca la prueba de que tal ha sucedido en uno de los dos países para proceder en consecuencia el otro. Esa exigencia restaría toda fuerza a aquel principio y a su acogida por ambas naciones e impediría su aplicación, si para ésta hubiera de esperar cada Estado a que el otro comenzase. (Casación Civil, julio 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 637, 1ª

SIMULACION. — INTERES JURIDICO PARA INCOAR LA ACCION

- 268 -

Para incoar cualquiera acción ante la justicia o para contradecirla tiene que haber

interés. Todo sujeto poseedor de un derecho regularmente constituído, cualquiera que sea —contratante, heredero o tercero— puede hacer declarar judicialmente la simulación de un acto cuyo carácter ficticio le ocasione o pueda ocasionarle perjuicios. Esto no constituye más que la aplicación del antiguo apotegma "sin interés no hay acción", pues el interés constituye la condición específica de toda acción y donde no se da tampoco es posible accionar en juicio, siendo su razón que los individuos no acudan a los Tribunales por simple malicia o por placer, o sin necesidad alguna. Son, pues, requisitos indispensables para intentar una acción de simulación: a) Un derecho existente regularmente constituído por parte del actor, y b) Que el mismo pueda ser afectado por el acto aparente. (Casación Civil, mayo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049). 390, 2ª

SIMULACION. — MANERA DE PROBARLA

- 269 -

En el caso del proceso el contrato es solemne por naturaleza, desde luego que él versa sobre una compraventa de bienes raíces (artículo 1857, C. C.), y quien tal declaratoria solicita es uno de los contratantes. Por tanto y en atención a la doctrina que consagran los artículos 1759, 1761, 1766 e inciso 2º del 91 de la ley 153 de 1887, hay que admitir que el sentenciador propugnó una tesis jurídicamente cierta cuando estimó que para que en el presente caso fuera admisible la prueba testimonial en orden a la comprobación de la simulación alegada, debió traerse, cuando menos, por el actor un principio de prueba por escrito que la hiciera verosímil. En este sentido se ha pronunciado constantemente la jurisprudencia de la Corte y los fundamentos que le han servido de apoyo tienen arraigo indestructible en aquellos textos legales. (Casación Civil, junio 18 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 459, 1ª

SIMULACION—INTERES JURIDICO DE LOS TERCEROS PARA INCOAR SU ACCION ESPECIFICA. — SITUACION DE LOS HEREDEROS FORZOSOS, DE LOS NO FORZOSOS Y DEL CONYUGE SUPERSTITE

- 270 -

Tratándose de la simulación propiamente dicha, del ejercicio de su acción específica, tendiente, como se sabe, a que prevalezca el acto secreto sobre lo declarado por las partes en el público u ostensible, se ha dicho, con aplicación del principio general de que sin interés no hay acción, que puede ejercerla todo el que tenga interés jurídico en la declaración de simulación, entendiendo por tal el que resulta de la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el demandante alegue un derecho propio y actual de que es titular, y no una mera expectativa; y además un perjuicio causado directamente por la conservación del acto simulado. Esto es, según frase muy comprensiva, "un interés protegido por la ley". La diferenciación que la jurisprudencia ha establecido entre parte y tercero en los procesos por simulación tiene un fin exclusivamente destinado a fijar el límite de la libertad probatoria determinando la idoneidad de la prueba para cada una de sus situaciones. Pero en materia del interés jurídico legitimante de la acción, siempre el demandante, tercero o parte, ha de acreditarlo en relación directa y objetiva demostrando su derecho actual y propio, amenazado o impedido en su ejercicio por el acto simulado.

La Corte ha venido concretando acerca de esta condición radical, la noción del interés jurídico en los diversos casos, como en la sentencia en que trató lo referente a los acreedores—terceros respecto de los actos simulados ejecutados por su deudor, la cual lleva fecha de 15 de febrero de 1940.

El concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan y consagran el fenómeno de la simulación se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y se condiciona con la exigencia de su licitud, esto es, con la necesidad de que con la simulación no se viole la ley ni se vulneren los derechos de terceros. Desde el momento en que la simulación perjudica a éstos o defrauda la ley deja de ser lícita y pierde, consecuencialmente, la condición jurídica el acto concertado en esa forma ficticia. Desde este ángulo de apreciación se ha considerado el ejercicio de la acción de simulación por los herederos forzosos de los simuladores y se ha aceptado, a pesar de ser sucesores a título universal, para efectos de la admisibilidad de la prueba, que tienen la calidad de terceros cuando impugnan un acto de su causante ejecutado con detrimento de sus derechos herenciales, es decir, con quebranto de la ley, para burlar derechos consagrados por ésta y amparados por reglas de orden público. Igual posición se ha aceptado para el cónyuge supérstite que impugna contratos celebrados por el muerto en fraude de los intereses de la sociedad conyugal ilíquida. Cuando el interés se vincula a un derecho herencial, el perjuicio debe estar representado por una mutilación ilegal del derecho, esto es, que el acto simulado del causante sea el impedimento para que se realice el derecho en la medida legal, como acontece cuando con contratos simulados se lesionan las legítimas de los herederos forzosos y, en general, las asignaciones que el testador es obligado a hacer y que se pueden suplir con perjuicio de sus disposiciones. En estos casos es visible el derecho actual y propio del heredero demandante, lo mismo que su perjuicio causado por la conservación del acto simulado; pero su interés jurídico para demandar la simulación realizada por su causante no se le reconoce o deduce en condición de tercero, que jurídicamente no lo es, sino como titular de un derecho consagrado en su favor por la ley y constitutivo asimismo de una limitación imperativa a la libertad de disposición del *de cujus*, esto es, en doctrina jurídica, como heredero y por ser heredero. La ilicitud que le quita a esa simulación el amparo jurídico es la violación de la ley que establece los herederos forzosos dentro de nuestro sistema sucesoral.

Otra es la situación jurídica, para pedir la simulación, de los herederos no forzosos, los cuales no tienen interés jurídico para demandarla. Si el mero deseo de *heredar más* se tuviera por legítimo interés, se iría no sólo contra la facultad de disposición que conlleva esencialmente el derecho de propiedad, sino que desnaturalizaría también la libertad de testar, en los límites en que la establece la ley, pues en realidad equivaldría a desconocer y violentar la voluntad del testador obligándole a hacer asignaciones más cuantiosas en favor de quienes no estaba obligado legalmente y a quienes sólo quiso hacer un acto de liberalidad o de beneficencia. (Casación Civil, junio 9 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....435, 2ª

SINDICO (*de impuestos*)

- 271 -

El Síndico Recaudador de impuestos fiscales es parte en el juicio de sucesión y puede instar la competencia porque la Nación, a quien él representa, tiene interés pecunia-

rio en el acervo herencial, no importando que la causa de aquéllos sea una disposición de derecho público impositivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, T. LXII, números 2046, 2047) 232, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL.—DEUDAS

- 272 -

De las obligaciones contraídas bajo el imperio de la legislación anterior sigue siendo deudor, como lo dijo la Corte en reciente sentencia de casación, el marido, y para el pago de ellas siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectos por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para 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 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. Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros; pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen.

La anterior solución jurisprudencial que la Corte ha proferido en casos análogos al presente, encuentra hoy su pleno respaldo y confirmación en lo estatuído en el artículo 1º de la ley 68 de 1946, por medio del cual el legislador, interpretando la ley 28 de 1932, dispuso que las sociedades conyugales que ésta encontró formadas y que no hubieren sido liquidadas siguen sometidas al régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933. Por consiguiente, sea que el presente caso se decida conforme al criterio trazado por la jurisprudencia o los dictados de la nueva ley citada, el resultado es siempre al que ahora se llega. (Casación Civil, febrero 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) .333, 1ª y 2ª, 334,

SOCIEDAD CONYUGAL

- 273 -

La calidad de socio en la sociedad de bienes que se forma por el matrimonio es por esencia insustituíble. (Casación Civil, julio 31 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047).

41, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL

- 274 -

Conforme a la ley 68 de 1946 no se puede considerar ya, como en múltiples fallos lo entendió la Corte, que por haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal y, por tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la antigua 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

imperio simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina, con facultades suficientes para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero. (Art. 25, C. C.). (Casación Civil, julio 14 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....614, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL

- 275 -

La ley 68 de 1946 interpretó la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio en sentido diametralmente contrario al que había venido sosteniendo y explicando la Sala de Casación Civil de la Corte, la cual deja constancia de su inconformidad doctrinaria con esta interpretación que produce el descarrilamiento de una jurisprudencia largamente explicada en numerosas sentencias como la más leal interpretación del pensamiento social y jurídico que inspiró la vasta reforma consignada en la ley 28, y como su más cabal aplicación. A partir de la sentencia del 20 de octubre de 1937, cuidadoso análisis jurídico del estatuto matrimonial y del alcance práctico del nuevo régimen, sostuvo invariablemente que como consecuencia de la aplicación inmediata que correspondía a la nueva ley, el marido, privado ya de su omnímodo poder dispositivo y de su calidad de dueño ante terceros de los bienes sociales y al lado de su mujer, copartícipe en el dominio de esos bienes e investido de iguales facultades administrativas y dispositivas, ya no podía disponer por sí solo, a espaldas de su cónyuge, de bienes pertenecientes a su sociedad conyugal preexistente e ilíquida al comenzar el imperio de la ley 28 de 1932. Para la Corte, como aparece en los pasajes que ella largamente transcribe de la sentencia de la Sala proferida el 13 de junio de 1946, la cuestión que se pretende aclarada en la ley 68 de 1946, no fue nunca la solución interpretativa de un punto legal oscuro, sino la consecuencia inevitable de la aplicación inmediata de la ley que no planteaba ninguna situación de duda respecto de la abolición, en sus fundamentos esenciales, del sistema patrimonial en el matrimonio que consagraba el C. C., inconciliable y de yuxtaposición imposible con el adoptado por la ley 28. Sistemáticamente se rechazó toda solución que implicara la supervivencia, o mejor la resurrección, de los textos del código que contenía los principios primordiales del antiguo régimen, y sin ningún equívoco se expresó la idea de que la recta aplicación de la ley 28 excluía, por contraria a su texto y a su espíritu, la doble clasificación de las mujeres casadas, en razón de la fecha de su matrimonio, para darles o negarles la protección que el nuevo estatuto consagró sin distinciones arbitrarias, en favor de la mujer colombiana al reconocerle la capacidad civil en condiciones de igualdad jurídica con su marido. El rechazo de esta tesis de la coexistencia de dos regímenes legales patrimoniales para la mujer casada, incompatibles entre sí y el uno de injustificable inferioridad jurídica, se fundó precisamente en la ausencia de un texto legal expreso que la consagrara. Este texto ha llegado a la legislación nacional al cabo de tres lustros en el artículo único de la ley 68 de 1946, cuya interpretación restrictiva recorta y desnaturaliza y hasta destruye los propósitos inspiradores y el alcance lógico de la ley 28 de 1932, que consagró una de las reformas de más vasto alcance dentro de la organización civil de la República. Quizá sea menos desacertado ver en la ley 68 de 1946 el repudio de una tesis jurídica, que una interpretación auténtica de la ley 28 de 1932. (Casación Civil, julio 29 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....641, 1ª y 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL

- 276 -

Habiendo interpretado el Congreso de 1946 la ley 28 de 1932 con su "autoridad" de legislador, no hay lugar a aplicar ya las anteriores doctrinas de la Corte sobre la citada ley 28. (Casación Civil, agosto 25 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).....662

SOCIEDADES DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

- 277 -

(Véase *"Concubinato.—Consecuencias jurídicas de su terminación"*).

— T —

TECNICA DE CASACION

- 278 -

La violación de la ley, por el concepto en que se le acusa en el caso del proceso, puede realizarse en una de estas tres formas: *Primera*: Cuando —entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho —se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas, contrarias a las queridas por la ley. *Segunda*: Cuando sobre la base de un error manifiesto de hecho, se aplica la respectiva disposición legal, y *tercera*: Cuando la indebida aplicación proviene de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. El recurrente ha omitido decir por cuál de esas tres formas de aplicación indebida se ha llegado al quebranto de las disposiciones del Código Judicial que vienen citadas, pero es manifiesto que ese quebranto no ha podido ocurrir por la primera, desde luego que en este pleito se contempla un caso de acumulación de acciones en una misma demanda, materia ésta que es la regulada por el artículo 209 del C. J. Entonces, la acumulación sólo podría encajarse dentro de alguna de las dos formas restantes de aplicación indebida, o sea por haberse incurrido en un manifieso error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, o en uno de hecho en la apreciación de la demanda; pero en cualquiera de estos casos para que el recurso pudiera prosperar, habría sido necesario —como lo manda el ordinal 1º del artículo 520 ibídem— que el recurrente hubiera alegado y demostrado el error, y que éste, alegándose el de hecho, resultara de modo manifiesto en los autos, y como esa formalidad indispensable no se ha cumplido, la acusación no puede ser viable. (Casación Civil, mayo 30 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049).....406, 1ª y 2ª

TECNICA DE CASACION

- 279 -

Siendo el objeto especial de la casación la unificación de la jurisprudencia en cuanto a la interpretación o aplicación de la ley, es indispensable, como en innumerables ocasiones lo ha repetido la Corte, que el recurrente cite la disposición o disposiciones violadas y el concepto de dicha violación. (Casación Civil, mayo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2048 ,2049).....389, 1ª

TECNICA DE CASACION

- 280 -

El recurso de casación no tiene, por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las

cuestiones debatidas en los dos grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para deducir su poder de convicción judicial. La Corte, como tribunal de casación, no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios y su misión no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los Tribunales Superiores, sino la de examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley y dentro de los límites y temas que proponga la demanda fundamental. Cuando, como en el caso del proceso, las resoluciones que trae la sentencia definitiva de segunda instancia son las conclusiones jurídicas deducidas de un examen de pruebas, los ataques que se enderecen contra ellas, contra los hechos en que se asientan, no pueden desconectarse del estudio probatorio del Tribunal para plantearlos en el terreno de la violación directa de la ley sustantiva. Al quebranto legal que dé base a la casación no puede llegarse en tales casos sino por la vía de la apreciación probatoria y no suscitando un simple examen y un nuevo balance de su mérito, sino alegando y demostrando dentro de las exigencias de la técnica, que el Tribunal incurrió al apreciar las pruebas en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y que envuelve una contravención a la ley, o en un error de derecho inductivo de esa misma contravención. La Corte no puede modificar la decisión recurrida cualquiera que sea, y así sea de equivocada la manera como el Tribunal haya apreciado los hechos del proceso. (Casación Civil, junio 20 de 1947. Tomo LXII, Nos. 2048, 2049) 467, 1ª

TECNICA DE CASACION

- 281 -

En el recurso de casación no basta, como lo ha resuelto la Corte, alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen; con este procedimiento se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, que es el fin principal del recurso de casación. Para que la demanda de casación merezca atención se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos que son materia de impugnación y el concepto en que ella se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse o modificarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del Código Judicial, la técnica de casación exige que, además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido. Esta Sala está recordando constantemente el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre y en todo caso por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella, o en una aplicación indebida al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso, por perentorio mandato de la respectiva norma, "es nece-

sario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De allí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, cuando esta violación es indirecta, como resulta de un error de derecho en la apreciación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados ni demostrados por el recurrente, según así ha sido decidido en constante jurisprndencia. (Casación Civil, febrero 4 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 327, 2ª

TERCERIAS EXCLUYENTES

- 282 -

El Código Judicial anterior al actual admitía las tercerías excluyentes y las coadyuvantes. El nuevo Código Judicial —ley 105 de 1931— suprimió las tercerías excluyentes del juicio ejecutivo. Es, pues, lo cierto que hasta antes de la vigencia de esta ley era legalmente permitido y de uso procesal el que terceros pudieran intervenir en los juicios ejecutivos con derecho a pedir, dentro de ellos, la declaración de mejor derecho sobre los bienes embargados. Propuesta la acción de tercería excluyente a que aluden los autos cuando era dable hacerlo porque la ley lo permitía, se admitió con derecho la demanda y debió fallársela, en consecuencia, de acuerdo con la ley de la época de su admisión, de conformidad con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, conforme al cual las tercerías introducidas se rigen por la ley aplicable al tiempo en que se promovió la tercería. (Artículo 1228, C. J.). (Negocios Generales, junio 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) .....575, 1ª y 2ª

TERMINOS

- 283 -

Son distintos los términos del proceso judicial de los que se señalan para que por la Secretaría del despacho se llenen determinadas formalidades. En los primeros, como son, por ejemplo, el de pruebas y el de alegar de bien probado, tienen su punto de partida al día siguiente de la notificación del auto que los concede y en ellos no se cuentan los días feriados o de vacancia; en los segundos, como el de dar aviso al público para la celebración de un remate con cierto término de anticipación, no se descuenta el día de fijación o desfijación del cartel de aviso, ya que se entiende formado por días judiciales que se cuentan en la misma forma que para los edictos y con respecto a las horas de despacho. (Casación Civil, julio 28 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) 634, 2ª

TESTAMENTO

- 284 -

La ley autoriza el testamento nuncupativo solemne ante testigos, sin la presencia del Notario, como lo estatuye el artículo 1071 del Código Civil, pero sólo como forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos. "La inteligencia más juiciosa del precepto la sugiere el mismo código en el artículo 2578, porque de su contexto se induce que el testamento nuncupativo sin Notario puede extenderse, aun en cabecera de Notaría, cuando el No-

tario no estuviese *'expedito'*, es decir, desembarazado, libre de estorbo, dispuesto a obrar. Interpretando así, la enfermedad del Notario, su ausencia prudencialmente apreciada, su transitoria incapacidad, o cualquiera otro impedimento parecido, justifica el otorgamiento del nuncupativo ante testigos. Claro que esta tesis no puede alambicarse al extremo de que el abierto sin Notario pierda el carácter subsidiario; no debe correrse el riesgo de facilitar este modo de testar hasta convertirlo en modo general, que sería pervertir el querer del legislador, que lo autoriza para obviar la dificultad que se presenta cuando se hace imposible conseguir la presencia del Notario. (Casación Civil, agosto 25 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) 666, 1ª

TESTIMONIO UNICO

- 285 -

No puede señalarse como error en la valoración del dicho de un testigo, cualesquiera que sean las condiciones externas ostentadas por la declaración, la circunstancia de que el Tribunal no le atribuya el valor máximo que pueda llegar a tener dentro del amplio margen que a la apreciación judicial deja el artículo 696 del Código Judicial; cuando este precepto dice que el testimonio único "constituye una presunción más o menos atendible", está permitiendo que el juez le dé un valor, no está ordenando que se le atribuya uno determinado y, por tanto, lo que el funcionario jurisdiccional considere en acuerdo con el dicho precepto no podrá señalarse como error, sino como expresión de su personal criterio en frente de la mayor o menor atención que libremente pudiera prestar el testimonio. (Casación Civil, mayo 31 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 420, 2ª

TESTIMONIO (*crítica del*)

- 286 -

En el nuevo estatuto procesal penal la apreciación del testimonio es función más autónoma del Juez; y así, uno solo de los testigos puede darle la convicción que dos o tres, o más, uniformes sobre un determinado hecho, no lograrían darle. Y entre dos testigos —que según la frase de Bentham "son los ojos y los oídos de la justicia"— uno categórico y enfático, y otro que vacile, puede resultar más digno de fe y de confianza el último, porque se ha dicho con bastante razón y atendiendo a las enseñanzas de la experiencia, que el mejor testigo es el que duda. (Casación Penal, octubre 22 de 1946. Tomo LXII, Nos. 2046, 2047) 146, 1ª

TRANSPORTE AEREO (*Cláusula de no responsabilidad*)

- 287 -

En el contrato de transporte (artículos 2070 del C. C. y 258 del C. de Co. T.), al lado de las obligaciones principales que él genera de pagar el precio o flete estipulado y de conducir el pasajero y las mercaderías de un lugar a otro, han encontrado la doctrina y la jurisprudencia que existe otra que no por implícita deja de ser menos real y esencial: la obligación de seguridad, cuyo contenido o alcance varía según se trate de contrato ajustado con empresarios públicos o particulares, de transporte de personas o de mercaderías.

En la legislación colombiana el contrato de transporte de personas celebrado con empresarios públicos, calificación dentro de la cual está comprendida la sociedad demandada, crea una obligación de seguridad, como es la de conducir sano y salvo al pa-

sajero al lugar de su destino, que le impone al transportador el deber de cumplir todas las previsiones y precauciones posibles a fin de evitar que un daño cualquiera se consume; pero de la responsabilidad que de la inejecución de esa obligación se deriva para el transportador puede éste exonerarse mediante la sola prueba de la ausencia de culpa, sin que tenga necesidad de demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, o la intervención de agente extraño. Esto se desprende de lo estatuído en los artículos 2072 del C. C., 322, numeral 4º dél C. de Co. T. y de otras muchas disposiciones del Código de Co. Marítimo. Si esa obligación es como se deja apuntado esencial en el contrato de transporte, cabe deducir como consecuencia que a las partes o, mejor, al transportador no le es dable exonerarse de ella mediante estipulación expresa; pero en cuanto a la responsabilidad inherente al incumplimiento de esa obligación y al consiguiente deber de reparar, el régimen legal sobre exoneración expresa varía según se confronte la cuestión a la luz de los principios del C. C. o del C. de Co. Terrestre y según se trate de empresario público o particular de transporte.

Siguiendo el principio general de derecho de que quien tiene en su poder una cosa ajena es obligado a conservarla y de prestar el cuidado debido y que si a éste falta se hace por ello responsable del perjuicio que sobrevenga al dueño, el segundo miembro del artículo 2072 del Código Civil impone al acarreador o transportador la responsabilidad por el deterioro o destrucción de la carga salvo que pruebe el vicio de ésta o la fuerza mayor o caso fortuito; pero también le concede derecho para que mediante una estipulación expresa se pueda exonerar de esa responsabilidad, desde luego que el citado texto la hace de su cargo "a menos que se haya estipulado lo contrario". De allí, pues, que dentro del régimen general del Código Civil sea lícita la cláusula de no responsabilidad en materia de transporte de carga, porque en cuanto al de personas se verá más adelante por qué no lo es. Esa regla es de aplicación al contrato de transporte, sin perjuicio de las particulares que para cada especie de tráfico consagra el Código de Comercio, según mandato del artículo 2078 del Código Civil.

En las secciones primera y cuarta del Capítulo 2º del Título 5º del C. de Co. T. reglamentarias del contrato de transporte celebrado con empresarios particulares no existe disposición legal alguna que haga referencia expresa, ya para autorizarla o prohibirla, a la cláusula de no responsabilidad; empero como las reglas del C. C., por virtud de lo dispuesto en el artículo 2078, son aplicables a tal caso, es claro que para el empresario particular también es lícita la expresada cláusula; pero a falta de ella su responsabilidad se gobierna por lo establecido, entre otros, en los artículos 283, 284, 285, 290, 298, 299, 306 y 308 del C. de Co. T. Las reglas del citado Título son aplicables a los empresarios públicos de conducciones, por mandato del artículo 318 ibídem; mas, como en el Capítulo 3º de ese título, especial y parcialmente se reglamentan los derechos y obligaciones de aquéllos, es evidente que tales reglas no tienen aplicación sino en tanto no pugnen con las contenidas en el Capítulo 3º. De ese capítulo son los artículos 329 y 8º de la ley 52 de 1919.

Ahora bien, los deberes y la responsabilidad que tienen "según las leyes" los empresarios públicos de conducciones hacen referencia no sólo a la carga sino también a la persona de los pasajeros (numeral 4º, artículo 322 del C. de Co.), y de allí que conforme a los textos en cita les esté claramente vedado hacer figurar en sus contratos cláusulas limitativas o exonerativas de

la responsabilidad que por ley les incumbe o corresponde con respecto a carga y pasajeros. Algunos juristas han pensado que dados los términos empleados en los artículos 329 del C. de Co. y 8º de la ley 52, éstos versan sobre el transporte de mercaderías y no sobre el de personas; pero para la Corte, por lo que en el párrafo precedente se apuntó, tal observación no es fundada; y si eso no obstante, hubiere alguna duda sobre el particular, entonces tomando en consideración que la seguridad e integridad de la persona humana están en juego y que los derechos que a ella se refieren son irrenunciables, habría que reputar como ilícita, por contraria al orden público, la cláusula que atenúe o suprima la responsabilidad de todo transportador, y no solamente del público, en relación con daños causados a los pasajeros por culpa de aquél o por la de las personas por quienes él debe responder.

Investigando la reglamentación que el legislador ha hecho en cuanto al contrato de fletamento o de transporte marítimo, se encuentra que en el Código de la materia, en el Título 6º, está regulada, sobre la base de la culpa, la responsabilidad de los contratantes por avería total o parcial de la carga, y que esa reglamentación gobierna las relaciones jurídicas que surgen del contrato "a falta de convenciones especiales", acordadas entre aquéllos, de conformidad con lo que textualmente dispone el artículo 279. Es decir, que de acuerdo con el C. de Co. Marítimo las partes pueden regular libremente la responsabilidad, derivada del contrato de transporte, y que en defecto de "convenciones especiales" sobre el particular la ley suple la voluntad de aquéllas determinando esa responsabilidad, y como a esto se añade que en ese mismo Código no existe disposición alguna que prohiba la cláusula de no responsabilidad, de todo ello se puede concluír que ésta es lícita en el contrato de fletamento o de transporte marítimo de mercaderías.

En Colombia no existen disposiciones que gobiernen el contrato de transporte aéreo. Luego entonces corresponde a la jurisprudencia llenar el vacío, para lo cual deben tenerse en cuenta las normas del artículo 8º de la ley 153 de 1887. Según los mandatos claros de este texto legal debe el juzgador atenerse en primer lugar, cuando falte "ley exactamente aplicable" al caso en litigio, a lo que haya dispuesto el legislador para casos o materias semejantes, y sólo en defecto de disposiciones de esta naturaleza, debe acudir a la doctrina constitucional y a las reglas generales de derecho. La Corte anotó en su sentencia de 15 de mayo de 1946 que muchos de los tratadistas que se han ocupado en el estudio del derecho de la aeronavegación han sostenido que éste tiene más afinidades con el derecho comercial marítimo que con el derecho comercial terrestre, y que el legislador colombiano se mostró inclinado al mismo criterio, en el único caso en que ha tenido ocasión de expresarse, como es en el artículo 31 de la ley 89 de 1938, cuando asimila el comandante de una aeronave al capitán de un buque; pero ha estado muy lejos de identificar el derecho aéreo con el marítimo para gobernar con las normas de éste la integridad de las relaciones que surjan de contrato de transporte aéreo, pues sólo ha creído y continúa creyendo que a las reglas del derecho marítimo debe acudirse cuando en el derecho común o comercial existan deficiencias de legislación que sea preciso llenar con las normas del marítimo o cuando las disposiciones de aquéllos sean incompatibles con la índole particular del transporte aéreo. Así lo expresó la Corte en la mencionada sentencia. Expositores que, como Luis Tapia Salinas, encuentran grandes analogías en muchos puntos entre el derecho aéreo y

el marítimo, rechazan sin embargo la tesis de la identificación completa entre esas dos ramas del derecho, por considerar también que no obstante tales analogías, tienen profundas diferencias jurídicas que hacen que no sea posible esa identificación.

En la sentencia antes citada, por las razones que allí detenidamente se expusieron la Corte llegó a concluír que "así como el artículo 306 del Código de Comercio que obliga al empresario privado de transporte a probar el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad por daño de lo transportado, es incompatible con el carácter de la navegación aérea, sucede lo propio con el artículo 329 del mismo Código y con el artículo 8º de la ley 52 de 1919 sobre limitación de la responsabilidad, limitaciones que son aceptables en el régimen común del derecho civil, claro que no hasta dejar impune el dolo del deudor, sino con sentido de aminorar su responsabilidad pecuniaria, o de excusarlo de ciertas culpas leves no intencionadas". Entonces, acudiendo para llenar el anotado vacío a los principios del C. Civil en donde está visto que es válida la cláusula de no responsabilidad, a igual solución cabe llegar con respecto al transporte aéreo, y si hubieren de seguirse los principios del derecho marítimo, la conclusión sería en todo caso la misma; pero debe advertirse que tal solución sólo reza con el contrato de transporte de mercaderías, porque en cuanto al de personas ya se ha dicho que esa cláusula es inválida por contraria al orden público, siempre que con fundamento en ella se pretenda descartar la responsabilidad del transportador por cualquier clase de culpas suyas o de las personas por quienes él debe responder. Y aún dentro del contrato de transporte de cosas, de cualquier naturaleza que él sea, la cláusula de exoneración en los casos en que ella es lícita no tiene un poder liberatorio absoluto, pues no exime al transportador de responsabilidad cuandoquiera que en la inejecución de la obligación medie el dolo o una culpa grave que le sea imputable. Porque esa cláusula no puede entenderse en el sentido de que el deudor de la obligación de transportar pueda tener la facultad de cumplirla o no, a su arbitrio, porque entonces se confrontaría el caso de una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, la que es nula al tenor del artículo 1535 del C. C. Además, porque con tal entendimiento dicha cláusula equivaldría a una condonación del dolo futuro, lo que determina su invalidez, al tenor del artículo 1522 del C. C.

Y como en materias civiles la culpa grave equivale al dolo (artículo 63 del C. C., inciso 1º), la solución debe ser la misma en uno y en otro caso. De allí que la potestad exonerativa de una cláusula de no responsabilidad deba ser restringida en materia de transporte de mercaderías a aquellas clases de culpas que según el citado artículo 63 caben dentro de las catalogadas como leves o levísimas. De todo lo dicho se pueden desprender las siguientes conclusiones:

1ª La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de transporte terrestre, sea de personas o mercaderías, celebrado con empresarios públicos de conducciones;

2ª Esa cláusula es válida cuando se hace constar en el contrato de transporte de mercaderías, ajustado con empresarios particulares, ya sean terrestres, marítimos o aéreos, pero no para eximirlos de responsabilidad en caso de que se les pruebe dolo o culpa grave en la inejecución de la obligación;

3ª La cláusula de no responsabilidad no es válida en el contrato de transporte de personas, ya sea terrestre, fluvial, marítimo o aéreo, en cuanto con fundamento en ella se pretenda exonerar al transportador de la responsabilidad que le corresponde por

cualquier clase de culpa, ora por las que le sean imputables directamente o a las personas por quienes él debe responder.

Empero, volviendo al contrato de transporte aéreo de personas, como por mandato del artículo 1620 del C. C. el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel que no sea capaz de producir efecto alguno, y en atención a que los llamados riesgos del aire no provienen de culpa del transportador, la Corte le ha asignado a la cláusula de no responsabilidad en el contrato de transporte de personas un limitado y circunscrito sentido en que ella es válida. Sobre el particular puede consultarse la sentencia de 29 de noviembre de 1946. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2951) . . .693, 1ª a 696, 2ª

TRANSPORTE BENEVOLO

- 288 -

Reciente jurisprudencia de la Sala acogió la doctrina de que "si el empleado transportado no viajaba urgido por la necesidad de cumplir determinadas funciones propias de su cargo, sino merced a la condescendencia del transportador para fines de interés personal de la persona transportada y sin lugar al desembolso de un precio específico por tal transporte, aparecerá configurado así el evento del transporte benévolo. De aquí se sigue que quien viaja por mera complacencia del transportador, que no está cobrando el precio del pasaje, tendrá derecho a la indemnización, al ocurrir un accidente, cuando demuestre que ha habido culpa por parte del transportador. Sería el *summum jus* aplicar, en estas condiciones, una presunción de culpabilidad con el rigorismo tradicional". (Sala de Negocios Generales, mayo 19 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) 284, 2ª

TRANSPORTE DE MERCADERIAS (*Responsabilidad del transportador, por su pérdida*)

- 289 -

Cuando se trata de pérdida de las mercaderías la obligación indemnizatoria del transportador la concreta expresamente la ley al pago del precio que aquéllas tuvieren, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, prescindiendo con esa regla fija y clara, del principio general del derecho civil que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante y de toda la serie de complejos problemas que de ordinario suscita el definir ante los hechos hasta dónde llegan el uno y el otro. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, números 2050, 2051) .....719, 1ª y 2ª

TRANSPORTE DE PERSONAS

- 290 -

En concepto de la Corte el contrato de transporte de personas no puede gobernarse por el precepto del artículo 306 del C. de Co. Terrestre, pues ante la ausencia en la legislación de un derecho especial que determine la responsabilidad del transportador aéreo, el juzgador debe acudir en primer lugar —como así lo manda el artículo 8º de la ley 153 de 1887— a aplicar las leyes que regulan casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional o las reglas generales del derecho, y el artículo 306 no reglamenta un caso análogo al de este pleito. Basta observar, al efecto, fuera de lo ya dicho por la Corte en su sentencia de 15 de mayo, que esta disposición determina ante todo la responsabilidad del empresario particular de transportes, como

que forma parte de la sección 3ª del capítulo 2º que trata del "transporte ajustado con empresarios particulares", y que aquí se trata de esclarecer la responsabilidad derivada de un contrato de transporte celebrado con un empresario público de conducciones.

Es verdad que las disposiciones del Título 5º, del cual hace parte el artículo 306, son aplicables a los empresarios públicos de conducciones, por ordenarlo así el artículo 310; pero, como antes se anotó, esas reglas sólo pueden tener aplicación cuando no pugnen con las del Capítulo 3º del mismo Título, que son especiales para el contrato de transporte ajustado con empresarios públicos. En este capítulo está incorporado el artículo 322 que en su numeral 4º dispone que los empresarios públicos están obligados "a indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones", de donde se ve que a esta clase de empresarios la ley no les impone la prueba del caso fortuito, pues sólo les exige para exonerarlos de la presunción de culpa por la inejecución del contrato la prueba de ausencia de culpa, y en cambio la ley es más severa con respecto al empresario particular, pues el artículo 306 sólo lo exime de aquella presunción mediante la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de agente extraño. Esta última disposición es, por tanto, inaplicable en el contrato de transporte de personas, e igualmente lo es para regir la del transportador aéreo, cuando se trate, como en el caso de autos, de un empresario público.

También el régimen imperante en el C. Civil en cuanto al transporte de personas es el de ausencia de culpa. Además no puede entenderse que el inciso 2º de dicho artículo se refiere también a la responsabilidad del acarreador en el transporte de personas, porque allí se habla expresamente de la carga, y porque de la responsabilidad que allí se impone puede eximirse aquél mediante estipulación expresa, lo cual confirma lo dicho, ya que en tratándose de personas la cláusula sería nula, por contraria al orden público. Y en el C. de Co. Marítimo, aplicable también al comercio fluvial por virtud de lo estatuído en el artículo 2º de la ley 35 de 1875, impera de igual manera el régimen de la ausencia de culpa, como puede verse de los artículos 56, numeral 4º, 101, 105, 112, 180 y 353.

Analizando detenidamente el mismo problema a la luz de los principios generales de derecho encontró la Corte, en su sentencia de 15 de mayo del año próximo pasado, que "la obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no puede ser sino de simple prudencia y diligencia", por lo cual le basta para liberarse de responsabilidad demostrar el cumplimiento de todas aquellas previsiones posibles tendientes a evitar el daño y que su compromiso probatorio no va al extremo de tener que acreditar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de elemento extraño.

De consiguiente, sea que la responsabilidad del empresario público en el transporte aéreo de personas se examine teniendo en cuenta lo que dispone el C. de Comercio Terrestre en relación con el empresario público de conducciones, o el Código Civil o el Código de Comercio Marítimo y Fluvial, o los principios generales de derecho, cabe concluír que la prueba de la ausencia de culpa en el acaecimiento del accidente aéreo, exonera al transportador aéreo de responsabilidad por la inejecución del contrato de transporte. (Casación Civil, agosto 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .697, 2ª y 698, 1ª

TRANSPORTE (*Contrato de*)

- 291 -

Anexas al contrato de transporte, o más exactamente como derivaciones de él, ha creado lá jurisprudencia las llamadas obligaciones de seguridad, en virtud de las cuales, ajustado el contrato surgen a cargo del porteador imposiciones que se traducen en llevar a su destino la persona u objeto transportados conduciéndolos sanos y salvos o carentes de averías, etc., en su caso, mediante el empleo de la diligencia, cuidado y pericia indispensables para el logro de este fin. De ahí que el Código de Comercio (artículo 306), extienda la responsabilidad del porteador hasta la culpa leve, esto es, hasta la esmerada diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. (Negocios Generales, agosto 20 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051).

853, 2ª

— V —

VENTAS ENTRE PADRES E HIJOS DE FAMILIA

- 292 -

(Véase *"Nulidad de un remate — Ventas entre padres e hijos de familia"*).

VENTA DE COSA AJENA

- 293 -

(Véase el aparte *"Reivindicación—Alcance de las sentencias dictadas en esta clase de juicios"*).

VENTA (*de derechos hereditarios*)

- 294 -

Acerca de la naturaleza y efectos de la venta de derechos hereditarios ha dicho la Sala, con cita de Baudry Lacantinerie, que la venta de herencia "es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan para él de la apertura de la sucesión. No es la calidad de heredero la que el vendedor transmite por este contrato; esta calidad es personal e intransmisible porque no puede depender del que es heredero dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. Lo que constituye el objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, *universum jus defuncti*. El heredero que ha vendido la herencia, sigue, pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza; pero el emolumento que de este título dependía, pasa al comprador... La definición que hemos dado antes de la herencia, indica su naturaleza. El heredero cede todo el emolumento anexo a su calidad de heredero, es decir, todos los bienes que corresponden a la sucesión, con cargo para el cesionario de tomar para sí todo el pasivo del difunto. Esta transmisión hecha en bloque imprime al contrato un carácter aleatorio. El cesionario debe, por lo demás, pagar todas las deudas de la sucesión, cumplir todas las obligaciones contraídas por el difunto con cargo a su patrimonio. Debe tomar el lugar pecuniario del cedente, y soportar, como éste lo hubiera hecho, si no hubiera cedido sus derechos, todas las cargas que pesan sobre la herencia. Por consiguiente, no puede alegar el cesionario de una herencia que él sólo compró los derechos y que no es responsable del pasivo, ya que la herencia es el conjunto de todos los derechos y obligaciones que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento...".

La cesión del derecho de herencia a que

se refiere el capítulo 2º del libro 4º del C. C., lo mismo que la de los derechos personales o créditos, no es propiamente un contrato sino la transferencia o tradición de esa especie de derecho que le sirve de título oneroso. Siempre la transferencia se hace por efecto de un título de los que por su naturaleza sirven para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, con resultados diferentes según sea gratuito u oneroso el título a que se ceda la herencia. El caso de cesión que se trata es el especialmente reglamentado en el Código Civil como hecha a título oneroso, por efecto de la compraventa solemne de una sucesión hereditaria. (Artículos 1857, 1866, 1967 C. C.). Esta venta no tiene por objeto el cambio de la persona del heredero; la calidad jurídica de asignatario la conserva el cedente; sólo los derechos y obligaciones transmisibles, correspondientes a esa calidad, pasan al cesionario. (Casación Civil, marzo 27 de 1947. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .....112, 1ª y 2ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- 295 -

La contradicción en el veredicto resulta de afirmar y negar a un mismo tiempo. Y el caso típico de un veredicto afectado de contradicción es el de aquel que en su primera parte, por ejemplo, acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio. Porque la contradicción de un veredicto, se repite, está en la imposibilidad de conciliar el contenido de proposiciones negativas y afirmativas, no pudiendo ser verdaderas y falsas a un mismo tiempo. (Casación Penal, febrero 13 de 1947. T. LXII, Nos. 2048, 2049) 519, 2ª

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

- 296 -

Los juzgadores de instancia, en virtud de lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, tienen plena facultad para declarar un veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, cuando a esa conclusión se llega mediante la confrontación del veredicto con las pruebas recogidas en el proceso.

Si de las pruebas allegadas al proceso se demuestra, por una parte, la realización material del hecho, y por otra, si los elementos de incriminación en que se funda la imputabilidad cobran mayor valor durante el juicio, hasta el punto de ser ellos suficientes para deducir responsabilidad al procesado, el jurado no puede desconocer esa situación por la sola razón de que la ley no le hubiera señalado una tarifa probatoria para fundar su veredicto. Cuando los jueces de conciencia niegan esas circunstancias y su veredicto se pone en pugna con la evidencia de los hechos procesales, los falladores de instancia pueden hacer uso de la facultad conferida por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, septiembre 25 de 1946. T. LXII, Nos. 2046, 2047) .141, 2ª y 142, 1ª

VEREDICTO DEL JURADO

- 297 -

El veredicto del jurado no puede equipararse a la providencia referida en la última parte del numeral 7º del artículo 73, para que, en dicha hipótesis, se justificara el impedimento. (Casación Penal, Auto, octubre 18 de 1946. T. LXII, 2046, 2047) 146

VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

- 298 -

No es lo mismo veredicto contradictorio que veredicto contraevidente. El veredicto contradictorio es el que consta de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, sin que puedan conciliarse sus voces, por ejemplo, cuando se niega la ejecución del hecho y se afirma que se hizo con determinado propósito, o si se dice que un procesado es responsable de un asesinato, pero que procedió en legítima defensa, etc. La contradicción debe encontrarse en el veredicto mismo y no entre el veredicto y las pruebas del proceso. El veredicto contraevidente, en cambio, es el que no tiene respaldo en las pruebas procesales, el que no está basado en demostraciones que hayan podido llevar a la convicción racional de los jueces de hecho. El veredicto contradictorio está erigido en causal de casación porque la sentencia, en los juicios en que interviene el jurado, tiene que basarse en el fallo del Tribunal popular (artículo 480 C. de P. P.); y es claro que si las proposiciones de que puede constar son contradictorias, se destruyen mutuamente y entonces la sentencia carecería de toda base racional y legal. Por eso se ha dicho que el veredicto contradictorio equivale a veredicto inexistente. En cambio, el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no está erigido en causal de casación, entre otras razones porque este recurso extraordinario es fundamentalmente un estudio de derecho sobre la sentencia de 2º grado, para ver si la ley penal se ha aplicado rectamente, y el fallo del jurado se hace tan sólo en conciencia o por íntima convicción. (Casación Penal, mayo 6 de 1947. T. LXII, Nos. 2050, 2051) .....780, 2ª y 781, 1ª

VICIO DE VALORACION PROBATORIA

- 298 -

El yerro a que alude la demanda de casación, llamado "vicio de valoración probatoria", tiene lugar, conforme a la constante y conocida jurisprudencia, cuando el Tribunal, frente a un determinado elemento del acerbo probatorio, no se acomodó a las normas legales que condicionan la actividad de las partes en cuanto a la prueba y en cuanto a los medios de que precisamente deben valerse, y la del Juez señalándole la estimación que debe dar a los medios predeterminados cuando son regulares su acceso al juicio y la forma de su producción. (Casación Civil, mayo 25 de 1947. T. LXII, números 2046, 2047) 96, 2ª

VIOLACION DE DOMICILIO

-300 -

El allanamiento no constituye violación de domicilio cuando se practica en obedecimiento a un mandato o resolución de autoridad competente, y consiste en el ejercicio de la facultad o atribución que la ley concede al respectivo funcionario para penetrar a un edificio, casa o propiedades ajenos, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades legales. — (Casación Penal, Auto. Noviembre 20 de 1946. T. LXII, números 2046, 2047) 172, 1ª

T A B L A

DE DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras que se hallan bajo la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886	
..	89
ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910	
..	89
ACTO LEGISLATIVO Nº 1º DE 1945	
..	69
7º	93
83	93
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
8º	188
11	173
15	172
26	106
61	15
76	69, 93
108	172
113	173
121	69
129	172
136	114
139	114
150	114
174	22
186	93
187	93
214	69
CONCORDATO	
17	191

Artículos	Números
CODIGO CIVIL	
14	199
15	175
16	175
25	158, 274
26	158
62	25
63	287
77	68
80	68
109	199
154	159
213	134
214	134
214 a 224	134
236	134
237	134
247	134
248	133
395	236
419	214
420	214
422	214
463	101
467	101
534	199
635	241
673	6
739	8, 245
762	224, 263
765	223
775	224
787	224
790	223
793	223
892	14
893	14
894	14
946	241, 242

Artículos	Números
950	241
951	223
961 ss.	8
968	244
970	245
971	8
972	6
982	223
1008	241
1071	284
1240	133
1274	133
1394	41, 205
1414	202
1494	153
1501	175
1506	185
1521	115
1522	175, 287
1535	287
1546	11, 115, 187
1604	42, 125
1609	187
1616	175
1620	159, 287
1733	42
1740	199
1741	197, 199
1759	269
1761	269
1762	199
1766	199, 269
1767	180
1849	74
1852	193
1857	269, 294
1866	294
1871	199, 240
1893	105
1894	262
1960	199
1967	294
1988	142
1991	142
2070	287
2072	86, 175, 287
2073	86
2078	287
2142	179, 181
2149	178, 180
2177	179, 180
2183	181
2221	187
2222	187
2341	253, 258
2347	249, 255
2452	129
2523	323
2524	226
2528	223
2531	223
2539	226
2578	284

CODIGO JUDICIAL ANTERIOR

241	226
269	12

CODIGO JUDICIAL VIGENTE
(Ley 105 de 1931)

109	7
127	22
152	68
171	247
173	247
179	247
205	216
209	11, 12, 13, 278
325	216
327	226
361 ss.	110
370	246
372	259
394	163
397	13
429	17
465	108
466	84, 136
471	103, 136, 266
472	266
474	243
480	213
481	266
483	88
508	82, 83, 84
510	83
520	30, 33, 34, 35, 36, 37, 43, 44, 45, 46, 47, 48,

Artículos	Números
520	49, 50, 51, 53, 54, 59, 104, 139, 200, 278, 281
524	94
531	32, 46, 104
532	48
553	110, 138, 213
555	267
562	130, 211
569	130
570	130
575	91, 92
578	92
597	235
598	235
604	80
632	47, 110, 237
635	47
636	110
648	110
696	285
708	189
711	189
721	207
724	155
726	156
728	211
746	235
837	110
941	40
964	40
965	40
982	40
1005	7
1228	282

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

58	158
144	15
145	247

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

258	287
266	86
283	287
284	287
285	287
290	287
298	287
299	287
306	287, 290, 291
308	287, 289
309	289
310	290
318	287
320	86
322	287, 290
325	86
329	287
730	181
735	181

CODIGO DE COMERCIO MARITIMO

..	287
Tít. V, Cap. III	86
56	290
101	86, 290
104	86
105	86
112	290
168	222
170	222
171	222
172 a 177	222
180	290
238	221
239	221
279	287
353	290

CODIGO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
(Ley 167 de 1941)

..	85
Cap. XXIII	85
66	85
67	85
68	85
164 a 168	70, 71
261	72

CODIGO PENAL
(Ley 95 de 1936)

25	166, 167
28	20, 99, 128

Artículos	Números
33	79
36	19
37	20
38	20, 124
60	174
92	143, 153
93	153
101	153
172	2
202	20
243	20
249	20
293	20
295	15
317	20
349	20
363	20, 23
364	20
367	20
309	20
374	215
377	137
382	20
384	20, 99
389	20
395	20
398	20
404	20
430	20

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
(Ley 94 de 1938)

8º	153
11	148, 150, 151
24	153
25	153
28	148, 149, 151, 152
29	148
37	65, 66
59	29
73	131, 132, 298
79	132
112	153
183	239
192	18
198	194
199	194
208	195
250	195

Artículos	Números
277	26
278	26
292	26
294	153
341	79
349	101
411	174
437	152
480	298
497	97
498	97
500	97
503	97
537	296
554	296
567	31, 52, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62
570	60

LEYES ESPECIALES

RECOPILACION DE INDIAS

Ley 5ª, Libro IV, Título XIII

..	219

RECOPILACION DE INDIAS

Ley 6ª, Libro IV, Título V

..	218

Ley 35 de 1875

2º	290

Ley 57 de 1887

43	115

Ley 153 de 1887

3º	171
4º	159
8º	287, 290
20	109, 272

Artículos	Números
23	109, 272
40	282
91 a 94	180
101	63
Ley 89 de 1890	
1º	147
2º	147
12	147
40	147
Ley 95 de 1890	
1º	42, 127
Ley 169 de 1896	
2º	139
39	149
Ley 130 de 1913	
..	135
Ley 57 de 1915	
1º	254
2º	254
Ley 21 de 1917	
21	14
Ley 52 de 1919	
8º	287
Ley 54 de 1924	
..	191
Ley 26 de 1926	
..	14
Ley 113 de 1928	
9º	14
Ley 58 de 1931	
35	199
Ley 84 de 1931	
17	170
Ley 28 de 1932	
..	199, 272, 275, 276
2º	109
7º	109, 272
Ley 87 de 1935	
2º	14
Ley 45 de 1936	
..	134
12	126
Ley 50 de 1936	
2º	4
Ley 63 de 1936	
60	130
68	197
Ley 96 de 1936	
..	89
Ley 89 de 1938	
31	287
Ley 128 de 1941	
16	106
Ley 22 de 1942	
12	64
Ley 4ª de 1943	
..	96, 98
26	97

Artículos	Números
28	97
29	24, 97
37	97
Ley 7ª de 1943	
13	106
Ley 67 de 1943	
3º	112
Ley 1ª de 1945	
62	69
Ley 3ª de 1945	
..	170
Ley 6ª de 1945	
12	73
30	171
31	171
65	172
68	113, 165
Ley 12 de 1945	
1º	22
Ley 35 de 1945	
..	173
Ley 75 de 1945	
3º	73
4º	73
Ley 26 de 1946	
..	73
Ley 64 de 1946	
3º	73
12	171
17	171
Ley 68 de 1946	
..	199, 272, 274, 275, 276
DECRETOS	
Decreto Legislativo Nº 2 de 1906	
6º	102
Decreto Legislativo Nº 48 de 1906	
2º	89
Decreto Nº 796 de 1938	
..	14
Decreto 1570 de 1942	
..	102-bis
Decreto 260 de 1943	
..	69
Decreto 1720 de 1943	
..	15
Decreto Nº 744 de 1944	
..	15
Decreto 1640 de 1944	
..	170
Decreto 1962 de 1944	
..	170

INDICE ALFABETICO

— A —

Págs.

Acebedo Puerta Enrique—Casación por homicidio 139

Acosta Vidal contra Amelia Mendieta v. de Castañeda y otro.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 88

Aguirre Petrona contra Carlos Charry—Recurso de hecho 603

Alvarado Mesa Carmen Rosa contra Municipio de Bogotá—Juicio ordinario sobre filiación natural 381

Andrade Carlos Leonidas y otro contra Pedro María Rodríguez Andrade y otros.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 432

Van Arcken Mallarino Alicia contra Pedro A. López & Cía.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 658

Ardila Riaño María Anselma contra Ana Joaquina Cuervo o Ardila y otra. — Juicio ordinario sobre impugnación de una legitimación y sobre nulidad de un testamento..... 29

Arenas Pedro A. contra Municipio de Medellín. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 384

Armas Ana Lucía Caicedo de, contra Luis J. Suárez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 341

— B —

Balcázar Helena T. Colina de, contra Eduardo Visbal.—Juicio ordinario sobre reivindicación. 391

Barón Monroy José.—Casación por lesiones personales 216

Barrault Jorge.—Oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleos hecha por Regalías Petrolíferas, S. A..... 566

Barrera Niño Agustín.—Casación por homicidio 774

Barrientos Gómez José—Casación por homicidio 793

Becerra Félix.—Casación por homicidio..... 527

Págs.

Bermúdez Eugenio Alfonso y otros contra María Helena Alfonso Ortiz. — Juicio ordinario sobre nulidad de una legitimación..... 349

Bernal Azula Ramón contra Colegio de Boyacá. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 492

Betancourt Belisa Montoya de, contra Clara Prieto v. de Betancourt. — Juicio ordinario sobre reivindicación 60

Bolaños Ester González de, contra Víctor A. Cadena y otra.—Juicio ordinario sobre reivindicación 324

Borrero Vicente (herederos de) contra Departamento del Valle del Cauca. — Juicio sobre la restitución de la posesión de un terreno..... 549

— C —

Caicedo o Salcedo Francisco Antonio.—Casación por homicidio 213

Cajale Farid contra Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 684

Campos Bárbara contra Israel Torres. — Juicio ordinario sobre simulación de un contrato... 473

Campuzano Rivadeneira Jorge y Magdalena contra Manuel A. Iriarte.—Juicio ordinario sobre nulidad de unas hipotecas..... 630

Cardona Alberto Luis contra Alfonso Cuéllar Gallego.—Juicio ordinario sobre reivindicación... 57

Cardona Carmen R. contra Municipio de Manizales. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 93

Carrillo Joel contra Rubén Bryon.—Juicio ordinario sobre reivindicación 109

Castelblanco José del Carmen.—Casación por homicidio 509

Págs.

Castro Francisco H. contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios..... 856

Castro Jorge Isaac.—Sobreseimiento definitivo en su favor por varios cargos..... 765

Castro Telésforo. — Casación por lesiones personales 145

Ceballos Francisco y otra contra el Departamento de Antioquia—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 878

Ceballos Lucía contra Guillermo Rojas Cañizales y otros.—Juicio ordinario sobre liquidación de una presunta sociedad de hecho..... 345

Colisión de competencias entre el Juez de Circuito de Ambalema y el de Neiva para conocer de un juicio de sucesión..... 231

Collazos Quintana Gabriel contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 883

Collins Esther Ezpeleta de, contra Leonor Isabel Trucco de Martínez. — Juicio ordinario sobre reivindicación 115

Compañía Colombiana de Electricidad.—Se niega la reposición de un auto proferido en un juicio en que es parte dicha Compañía..... 280

Compañía Minera de Toldafría contra Benjamín Castaño.—Juicio ordinario sobre reivindicación de minas 74

Comunidad de "Candelaria o Condueños" contra la Nación.—Juicio ordinario sobre dominio de unos terrenos 812

Comunidad de "Candelaria o Condueños" contra la Nación.—Recurso de súplica..... 814

Comunidad de Turipana contra la Nación.—Juicio ordinario 267

Constaín Noemí Cruz de, contra Jesús María Ocampo y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 662

— CH —

Chang Juan J.—Extradición 760

Chedrane José N. contra José Chalela y Moisés Hechem.—Juicio ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho..... 465

Págs.

— D —

Decretos 2 de 1906 (artículo 6º) y 48 (artículo 2º) del mismo año, acusados como inexequibles.— Se declara que no hay lugar a decidir sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, "en razón de los motivos en que fueron atacadas en la demanda que dio lugar a la sentencia de esta Corte, de fecha 29 de mayo de 1933, a que se alude en la parte motiva" y se declaran exequibles las disposiciones acusadas "en relación con las tachas no comprendidas en la referida sentencia"..... 310

Decretos 1570 de 1942 y 260 de 1943, acusados como inexequibles.—Se declara que no hay lugar a resolver en la demanda contra el primero, y se declara incompetente la Corte para conocer de la demanda contra el segundo.... 1

Decreto 1668 de 1943, acusado como inconstitucional en sus artículos 1 y 2.—Se declaran exequibles las disposiciones acuasdas..... 9

Decretos 1640 y 1962 de 1944. — Acusados de inexequibilidad 601

— E —

Eastman Jesús (herederos de) contra Compañía Prospectora del Supía y otro.—Juicio ordinario sobre restitución de bienes..... 734

Echeverri R. Guillermo y otro contra Miguel Holguín.—Juicio ordinario sobre reivindicación... 605

Echeverri Néstor contra Carlos Arturo Jaramillo. Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 103

Escalante Domingo Antonio.—Casación por homicidio 768

Escobar Jesús María y otros.—Casación por homicidio, robo y lesiones personales..... 515

Escobar Ossa Ramón contra Enrique Arbeláez. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 442

Escobar Rubén contra Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato 865

Espinosa Z. Emiliano Antonio. — Casación por homicidio 204

Estrada Carlos contra Caja de Previsión Social

Págs.

Judicial. — Juicio sobre pago de prestaciones sociales 220

Estrada Monsalve Jesús.—Demanda de nulidad de su elección para Consejero de Estado..... 301

Ezpeleta de Collins Ester contra Leonor Isabel Trucco de Martínez—Juicio ordinario sobre reivindicación 115

— F —

Fernández Nehemías contra la Nación. — Juicio sobre pago de pensión de jubilación..... 587

Ferrer Adriano y otros. — Tercería en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Zenón y Enrique Ferrer 573

Fonnegra Manuel S. contra la Nación. — Juicio sobre pago de una pensión..... 560

Franco Rubio Julio.—Cambio de radicación..... 166

Fuentes Jiménez Nicolás contra Departamento del Atlántico—Incidente de liquidación de perjuicios 246

— G —

Gaitán León Laureano. — Casación por lesiones personales 514

Galindo Jiménez Antonio.—Casación por homicidio 782

Galvis Carlos.—Casación por lesiones personales 189

Gamboa Gilberto contra Departamento del Tolima. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 581

García Solano Alipio.—Extradición..... 198

García Acebedo Angel María.—Casación por homicidio 178

García Georgina Gutiérrez de, contra Maximino García.—Juicio sobre separación de bienes.... 654

García José Abelardo contra Baldomero Correa e Ismael Rojas.—Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos 386

García Bueno Luis Alfredo contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 841

Garnica de Campos Eusebia contra Pedro Arias Ortiz. — Juicio ordinario sobre inexistencia de un contrato de compraventa..... 352

Págs.

Garzón Justa Páez de, contra María Adela de Díaz.—Juicio ordinario sobre reivindicación... 668

Giraldo Aurora contra Gumercindo Villa y otro. Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre reivindicación 122

Gómez Joaquín contra Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 287

Gómez W. Juan N. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre nulidad de una obligación..... 830

Gómez Luis Felipe contra Casimira Mora.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 450

Gómez Pedro Luis.—Auto de proceder por prevaricato 173

González Sierra Alvaro contra Municipio de Armero.—Juicio en ejercicio de la acción pública del artículo 1005 del C. C. 264

González Camargo Manuel.—Casación por homicidio 207

Granados Evelina Sánchez de, contra Municipio de Santa Rosa de Viterbo.—Juicio ordinario sobre reivindicación 611

Grisales Roberto Arturo.—Se le niega la libertad provisional 138

Guavita José Cayetano.—Casación por homicidio 746

Guerrero José del Carmen.—Casación por homicidio 506

Guerrero Julio Vicente y otro. — Casación por homicidio 536

Gutiérrez G. Camilo.—Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos..... 860

Gutiérrez Cupertino.—Casación por homicidio....779

— H —

Herrera Escandón Jorge contra Departamento del Tolima.—Juicio ejecutivo 836

Herrera Escandón Jorge.—Recurso de súplica.... 838

Hoyos Eloísa Robledo de, contra Caja Colombiana de Ahorros.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos y sobre indemnización de perjuicios 504

Págs.

— J —

Jáuregui Félix María contra Silvano Carvajal. Juicio ordinario sobre resolución de un contrato y sobre reivindicación..... 469

Jiménez Béjar Alfonso contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios.. 889

Jiménez López Miguel y otros contra Cecilia Salazar de Owen y otra.—Juicio ordinario sobre pago de honorarios profesionales..... 403

Junta Petroleum Company y otro.—Aviso sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad particular 253

Junta Petroleum Company.—Aviso sobre exploración de petróleos 270

— L —

Lamprea Gregorio contra José María Patiño y otra. — Juicio ordinario sobre nulidad de una partición 39

Ley 71 de 1916, acusada como inconstitucional en su artículo 7º—Se declara exequible la disposición acusada 5

Ley 49 de 1931, acusada como inconstitucional en sus artículos 1º y 2º.—Se declaran exequibles los artículos acusados..... 5

Ley 84 de 1931, acusada como inconstitucional en su art. 17, y Decretos 1640 y 1962 de 1944, acusados como inexequibles.—Se abstiene la Corte de decidir de la acusación contra la Ley 84 y contra el Decreto 1962, y, en cuanto al Decreto 1640, ordena estar a lo resuelto en sentencia de 12 de junio de 1945..... 601

Ley 6ª de 1945, acusada como inexequible en su artículo 31.—Se abstiene la Corte de decidir, por sustracción de materia..... 597

Ley 69 de 1945, acusada como inconstitucional en su artículo 65. — Se declara inexequible el artículo acusado 306

Ley 6ª de 1945, acusada como inconstitucional en su artículo 65.—Se ordena estar a lo resuelto en la sentencia anterior..... 309

Landínez Durán Luis María contra Ferrocarriles Nacionales.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 868

Londoño S. Alfonso contra Bernardo Latorre y otros. — Juicio ordinario sobre nulidad de un remate 423

López Jesús A. contra Gustavo Mejía A.—Juicio ordinario sobre entrega de unos bienes raíces. 725

López Vásquez Obdulia y Concepción contra la sucesión de Cruz López Vásquez.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 479

López Pedro Pablo contra Mariana Villate de R. Juicio ordinario sobre simulación de un contrato 457

— M —

Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona. Se declara cesado el procedimiento contra ellos, por varios cargos 752

Marín Misael.—Colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar para conocer de un proceso contra él por el delito de detención arbitraria consumado como Alcalde militar 787

Martínez Isabel Noriega de — **Exequatur** de sentencia extranjera 636

Mazo Francisco Antonio.—Se dirime la colisión de competencias entre el Juez de Circuito de Armenia y el de Buga, para conocer del juicio de sucesión de aquél..... 222

Medina Bohórquez Luis Eliécer y otros contra Oscar Obdulio Bohórquez.—Juicio ordinario sobre impugnación de la paternidad legítima de un hijo 461

Méndez Alejandro contra Carlos J. Ramírez y otros—Juicio ordinario sobre reivindicación.... 650

Mendoza Amarís Marco T. y otro contra la Nación.—Juicio ordinario 233

Merchán Balza Gregorio.—Casación por homicidio 185

Mora Tránsito León de, contra Ricardo Mora y el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario sobre reivindicación 652

Múnera María del Carmen contra Teodora Lotero v. de Múnera.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento..... 664

Págs.

Municipio del Cerro de San Antonio.—Aviso sobre exploración de petróleo de propiedad particular 225

Muñoz José Abelardo contra Betsabé Arenas.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 376

Muñoz Marco Aurelio.—Casación por homicidio.. 156

— N —

Nates Cortés Régulo.—Se declara cesado el procedimiento contra él, por el delito de falsedad en documentos públicos 162

Nauffal Carlos contra Rosa Salomón de Nauffal. Juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato y sobre indemnización de perjuicios.... 22

Negrete Felipe contra Andrés Genes.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios.... 65

Nieto Rafael M. contra Mario Cogollo. — Juicio ordinario sobre resolución de unos contratos.. 427

Núñez Carmen Payán de, contra José María Núñez y otro.—Juicio ordinario sobre reivindicación 329

— O —

O'Byrne Francisca Barbena de, contra Antonio O'Byrne Garcés. — Juicio sobre separación de bienes 627

Ocampo Ismael—Se dirime una colisión de competencias surgida entre dos Jueces acerca del conocimiento del proceso contra él, por el delito de abuso de confianza..... 750

Oliveros Simplicio contra Joaquín Arbeláez—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 419

Ordóñez Heliodoro contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 546

Ortiz M. Luis contra Banco de Colombia.—Juicio sobre liquidación de una cesantía..... 501

— P —

Parcialidad de Indígenas de Puracé contra Ernestina Escobar de Prado y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 98

Parga Leonor contra Caja de Previsión Social del Tolima. — Juicio sobre pago de sueldo de retiro 563

Parra R. Silvano contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 876

Patiño Saulo Mario.—Se ordena cesar el procedimiento contra él, por varios cargos..... 169

Pepinosa Segundo.—Casación por homicidio.... 755

Perdomo Carlos o Carlos Pérez o Demetrio Betancourt Cardona.—Casación por robo..... 803

Pérez Betsabé Moncada de, contra el Departamento de Antioquia. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 852

Pérez Aguirre Carlos contra la Nación.—Juicio sobre reconocimiento de auxilio de cesantía... 828

Perilla Pompeyo y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 282

Pescador Largo José Epifanio.—Casación por violencia carnal e incesto..... 799

Piedrahita Eugenia Amador de, contra Banco de Sucre y otros.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 81

Pizano Izquierdo Beatriz contra Adán Salazar y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos 43

Polanía Ignacio y otros.—Recurso de hecho.... 453

Puentes Antonio y otra.—Juicio de sucesión..... 370

— Q —

Quimbaya Milcíades contra Cecilia Molina. — Juicio ordinario sobre nulidad de un matrimonio civil 408

Quintero Belén López de, contra Francisco Luis Quintero. — Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre reivindicación..... 674

— R —

Recaudación Nacional de Apía contra sucesión de Bárbara Gálvez de García.—Ejecución..... 221

Restrepo Botero Alfonso. — Se ordena cesar el procedimiento contra él, por varios cargos..... 195

Págs.

Restrepo Pedro Luis contra Justiniano Vélez Zapata y otros.—Juicio ordinario sobre declaración de dominio de una mina..... 484

Reyes Gustavo y otro contra la Nación.—Juicio ordinario 250

Rincón Nemesio contra la Nación.—Juicio sobre pago de una pensión..... 881

Rivera Cabal Jorge.—Juicio por abuso de autoridad 521

Roa Bernardino contra Juan Antonio Rojas.—Juicio sobre indemnización de perjuicios..... 847

Rojas Castro Rosa.—Se declara cesado el procedimiento contra ella, por varios cargos..... 762

Ruiz Raimundo contra Onofre Virgüez o Salazar o Ruiz.—Juicio ordinario sobre declaración de ilegitimidad de unos hijos..... 623

— S —

Salazar Billoque Baltasar contra Colegio de San Bartolomé. — Juicio ordinario sobre reconocimiento de unas becas en él..... 33

Salazar Romai Enrique contra la Nación.—Juicio ordinario sobre derechos en unas tierras..... 262

Salgado Inés Rodríguez de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 816

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda y Ramón Miranda a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequibles los artículos 1 y 2 del Decreto 1668 de 1943 15

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala de Casación Penal proferida en la casación de Abel Zambrano Páez, por lesiones personales. 154

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia de la Sala de Casación Civil que declaró suspendido el juicio iniciado por la muerte de Manuel José o Manuel de Jesús Zapata..... 400

Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca a la sentencia de la Sala de Casación Civil proferida en el juicio de Milciades Quimbaya contra Cecilia Molina..... 416

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza y Alvaro Leal Morales al auto de la Sala de Casación Civil proferido en el recurso de hecho de Ignacio Polanía y otros 455

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R. y Germán Alvarado al auto de la Sala de Negocios Generales proferido en el juicio ordinario seguido por Jesús N. Gómez W. contra la Nación..... 833

Sánchez Ester Julia Cano de, contra Feliciano Ríos y otros.—Juicio sobre reivindicación..... 638

Sánchez Pedro A. contra Departamento del Cauca 293

Sánchez Campo Sixto. — Casación por violencia carnal 531

Saravia Romero Alejandro contra el Departamento de Bolívar.—Juicio ordinario sobre nulidad de unas resoluciones ejecutivas..... 824

Sarmiento Q. Januario contra South American Gulf Oil Company.—Juicio ordinario sobre reivindicación 363

Sierra Nicolás contra Municipio de Bello.—Juicio sobre derecho al uso de las aguas de un río.. 644

Sociedad ordinaria de minas La Concepción contra Peregrino Molina y otros.—Juicio ordinario sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina 438

Solarte José Lino y Manuel Antonio.—Casación por homicidio 805

Soler Segura Carlos contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios..... 236

Solorza Carlos y otra contra Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 335

Solórzano Cuéllar Carlos.—Casación por fuga.. 533

— T —

Tayak Alcides.—Casación por homicidio..... 543

Terril Federico contra la Nación.—Juicio sobre perturbación de posesión 555

Págs.

— U —

Ulloa López Jorge contra Arquidiócesis de Popayán.—Juicio sobre disolución de una sociedad y sobre partición de bienes..... 316

Uribe Restrepo Angel María.—Juicio de sucesión de 353

— V —

Valencia Escobar Fernando.—Casación por homicidio. — Se declara infundado el impedimento del Procurador Delegado en lo Penal..... 143

Vanegas Gregorio contra Juan Mejía.—Juicio sobre reivindicación 740

Vargas Castillo Luis y otros contra el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 131

Vásquez Federico y otra contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre devolución de una suma de pesos..... 251

Velásquez María del Carmen y otros contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 578

Vélez Toro Rafael contra Concepción Vélez Mendoza.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 18

Villa Julia Zapata de, contra Eleázar Gaviria y otro.—Juicio ordinario sobre reivindicación y sobre nulidad de un juicio ejecutivo..... 68

Viveros Cano Jorge Enrique contra la sucesión de Alejandro Viveros Cano.—Juicio ordinario sobre existencia de un contrato de mandato.. 617

— W —

Wiesner Manuel Alfredo contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 552

— Z —

Zambrano Páez Abel.—Casación por lesiones personales 147

Zapata Manuel José o Manuel de Jesús.—Se declara suspendido el juicio iniciado por causa de su muerte hasta que se decida definitivamente el proceso penal seguido por ese hecho contra Francisco Benjumea 396

Zuluaga Alfonso y otro contra Antonio J. Zuluaga. — Juicio ordinario sobre dominio de una finca 729

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA»
CALLE 14, No. 13-56 — TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono No. 14-325, y será atendido inmediatamente