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 LXIV - BOGOTA, COLOMBIA - MARZO - ABRIL - MAYO DE 1948 - NUMEROS 2060 - 2061

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LA PARTE FINAL DEL ARTICULO 39 DE LA LEY 6ª DE 1945 QUE PROHIBE LA COEXISTENCIA, DENTRO DE UNA MISMA EMPRESA, DE DOS O MAS SINDICATOS DE TRABAJADORES.

1.—Puede asegurarse que al amparo del principio sentado por el artículo 14 de la Constitución de 1936, similar al 47 de la de 1887, y de los cánones que establecen como obligación social la del trabajo y que le otorgan a toda persona residente en Colombia la libre escogencia de profesión u oficio, es posible la formación de agrupaciones de trabajadores para que mediante ellas fomenten éstos y defiendan los intereses que les sean comunes.

Los sindicatos no son sociedades en el sentido que el Código Civil colombiano le da a la palabra, porque el objeto de las sociedades en ese Código es el de repartirse entre varias personas las ganancias de una especulación. Los sindicatos persiguen, antes que todo, una utilidad meramente moral, cual es la defensa de los comunes intereses de los asociados. La consagración de los sindicatos como institución jurídica, su reconocimiento expreso por el legislador colombiano, data de la Legislatura de 1931. La Ley 83 de aquel año le abrió paso a la sindicalización. Y la Ley 6ª de 1945 compromete la fe del Estado como garantía de que tales asociaciones serán respetadas. Aquella solamente habla de los trabajadores; ésta habla también de los patronos y agrega que las asociaciones profesionales o sindicatos pueden unirse y federarse entre sí.

En cuanto a la acusación de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 acusada debe tenerse en cuenta que si por privilegio ha de entenderse la gracia o prerrogativa otorgada a una persona para que goce de algo particular que a las demás no les es concedido, se sacará en conclusión que el tal privilegio no existe. En efecto: para obtener o gozar de la personería jurídica, el sindicato de empresa tiene que solicitar su reconocimiento como cualquiera otra de las asociaciones sindicales. Tiene que conformarse, en cuanto a la expedición de estatutos, a las mismas normas de los otros sindicatos. No está exceptuado de la prohibición de re-

partir dividendos o entregarse a especulaciones. Tampoco puede subsistir sin el número suficiente de miembros que la ley ha señalado para su constitución. Y, finalmente, está sometido a las mismas causas de disolución a que lo están los demás sindicatos gremiales o industriales.

La labor de celo, de vigilancia y permanente guarda que ha de desarrollarse no exclusivamente a favor de los intereses del sindicato de empresa, sino a favor de los intereses pertenecientes a los sindicatos afiliados no es, así considerado, un privilegio constituído en menoscabo de éstos, sino una medida protectora y benéfica para todos. No hay razón para que a esa disposición precautelativa de la ley se la clasifique de sistema arbitrario y tiránico.

Desde su fuente legal tienen los sindicatos una reglamentación que el legislador de 1945 se propuso mejorar por un medio de prestarles mayor eficacia a esas organizaciones sociales. Vale decir que la institución de los sindicatos, amparada por la libertad de asociación, ha estado siempre sujeta a un orden legal, y que no es la Ley 6ª de 1945, y con especialidad la parte del artículo acusado, una innovación restrictiva de aquella libertad.

La fórmula adoptada en el artículo 44 de la Constitución actual, es reproducción de la empleada en el inciso primero del artículo 20 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936. Difiere de la fórmula de 1886 en que ésta no habla de fundaciones sino de compañías o asociaciones públicas o privadas, y en que habla de MORALIDAD donde las otras hablan de moral. Pero la precedencia comentada atrás la estableció el Constituyente de 1886. Lo que se advierte en la enmienda de 1936 es que en el mismo cánon sobre asociación se quiso garantizar el derecho de huelga. Es que esa enmienda le da preponderancia al derecho de trabajo, y para tutelarlo asentó una serie de disposiciones no consignadas en el estatuto orgánico. Pero el Constituyente de 1945 sí las adoptó. En ese espíritu de protección al trabajo se inspiró el artículo 17 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936 que le garantiza al trabajo la especial protección del Estado; en ese mismo espíritu se inspiran los cánones sobre intervención del Estado para darle al trabajador la justa protección a que tiene derecho, y para reglamentar las profesiones. En ese mismo espíritu está inspirado el cánon que establece la asistencia pública. No se aparta de esos principios la Ley 6ª cuando propugna en su art. 39 la estabilidad de las organizaciones sindicales, porque ello es una protección especial al trabajo. Preocuparse por establecer una fórmula legal adecuada para conseguir el avenimiento entre los gremios laborales, es intervención que el Estado realiza como medida de justa protección a los intereses de los trabajadores. La adopción de un sistema que haga eficaz el derecho de asociación, y a la vez la realización de las aspiraciones de las clases laboriosas y de las empresas con ellas vinculadas, puede ser un aporte eficaz para reglamentar las profesiones. De modo que si se consultan los inmediatos antecedentes institucionales que tuvo la ley 6ª de 1945, se puede concluir que el artículo 39 de ella no quebranta el cánon fundamental de asociación ni los demás que el Constituyente tuvo en mira para tutelar el derecho de trabajo.

La acusada actitud del Legislador de 1945 fue indicada por la fuerza de las circunstancias y por la experiencia adquirida en las dependencias oficiales encargadas por la ley de velar por el adecuado desarrollo de la acción social y la protección de las clases laboriosas, como que la actividad, establecimiento o negocio que ocupa trabajadores asalariados —que es lo que los reglamentos del trabajo llaman "empresa"— necesita para su normal funcionamiento y la realización de sus fines, de unidad de acción. Estima la Corte que la disposición del artículo 39 acusado no viola el cánon de la libertad de asociación contenido en el artículo 44 de la Carta y que, por ese capítulo, no puede prosperar la demanda de inexequibilidad propuesta.

2.—Reputa la doctrina como derechos adquiridos a aquellos que se han consolidado con la persona y que forman parte integral de su patrimonio. La simple facultad de asociación, la permisión en abstracto de formar compañías o de dedicarse a fundaciones, no tienen ninguna de esas características.

3.—Ninguna incidencia tiene el artículo

39 de la Ley 6ª de 1945 acusado, con el cánon constitucional incluído dentro del Título que trata "De la Religión y de las relaciones entre la Iglesia y el Estado".

Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— Bogotá, marzo nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado).

El doctor José Adonías Torres, mayor y vecino de Bogotá, en memorial dirigido a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, demanda la declaratoria de inexequibilidad de la parte final del artículo 39 de la Ley 6ª de 1945, literalmente transcrita en el libelo, y que dice así:

"... — Por lo mismo, dentro de una misma empresa no podrán coexistir dos o más sindicatos de trabajadores. Si de hecho los hubiere, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual deberá admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión".

Del fragmento reproducido, dice el acusante que es violatorio de los artículos 44, 30 y 53 de la Constitución Nacional, correspondientes a los artículos 20, 10 y 13, respectivamente, del Acto Legislativo número 1º de 1936, por razones que pueden sintetizarse así:

Que la claridad de la disposición constitucional sobre libertad de asociación no da margen para que existan asociaciones o corporaciones que gocen de privilegio o excepción;

Que no debe recortarse la libertad de asociación por buscar la unidad.

Que por consiguiente, el sindicato único no debe ser impuesto sino que debe ser buscado por los interesados. Que en ese orden de ideas, en lugar del artículo acusado deberían expedirse disposiciones que fomenten el sistema de las federaciones industriales que a los trabajadores les daría la ventaja de discutir sus problemas en plena intimidad profesional. Agrega que dentro de los conceptos anteriores no se justifica la violación del Cánon Constitucional para apoyar al gremio obrero, ya que tanto la Constitución como la Ley les brinda otros medios apropiados.

Que partiendo del principio de que la libertad "no es para **dejar hacer**", se la debe buscar como camino para llegar a la verdad y la justicia y no a la tiranía.

Que con el sistema que el artículo 39 acusado preconiza, los trabajadores quedan constreñidos a afiliarse al sindicato de empresa para no quedar en inferioridad de condiciones.

A la demanda —que tiene adjunto un ejemplar autenticado del Nº 25750 del Diario Oficial correspondiente al 14 de marzo de 1945— se le dió traslado al señor Procurador General de la Nación, quien en la oportunidad debida lo descorrió, pronunciándose en la contestación por la inexequibilidad. En apoyo de la argumentación del acusante, aduce las siguientes razones:

"La libertad de asociación, reconocida en la Constitución, implica la facultad que se reconoce a todo individuo de entrar a formar parte de sociedades o asociaciones y de salirse de ellas cuando así lo quiera. Desde luego, no puede entenderse tal libertad en el sentido de que las personas tengan una ilimitada facultad para determinar el funcionamiento de tales sociedades o asociaciones, puesto que esta libertad de asociación, como todas las que reconoce y garantiza la Constitución, está sujeta a limitaciones varias, justificadas, siempre que so pretexto de reglamentarla u organizarla no se impida su ejercicio. En otras palabras: la reglamentación u organización de las sociedades y asociaciones no puede ser de tal naturaleza que signifique la prohibición de asociarse. La ley sólo puede dar las reglas generales para cada clase de sociedad o asociación que pueda existir y funcionar de manera que cumplidas tales reglas se reconozca siempre la situación jurídica que el hecho de la asociación trae consigo.

En diversas ocasiones este Despacho ha sostenido la tesis de que la libertad de asociación debe entenderse precisamente en este sentido, es decir, en la facultad que toda persona tiene de entrar, a su arbitrio, a aquellas sociedades o asociaciones que quiera y de salir de ellas cuando a bien lo tenga, con la sola condición de llenar los requisitos señalados por la ley para cada caso.

Entendida en esta forma la libertad de asociación que consagra el artículo 44 de la Constitución es fácil concluir que el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 en la parte acusada es claramente violatorio de aquél. En efecto: el artículo 38 de la ley establece una clasificación de los sindicatos de trabajadores, siendo la primera la de los sindicatos de empresa que son aquellos formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades que prestan sus servicios en una misma empresa: esta clase de sindicatos constituye la base fundamental de la organización sindical

y a ellos corresponde **de preferencia** la dirección y orientación de la política sindical en la correspondiente empresa, puesto que ellos son los que llevan la representación de sus afiliados en todas sus relaciones de trabajo, son los que pueden presentar los pliegos de peticiones, designan las comisiones disciplinarias y nombran los árbitros o negociadores; en una palabra, estos sindicatos son los que, por ministerio de la ley, representan a los obreros de una misma empresa.

A primera vista, y en presencia de estas prerrogativas otorgadas a los sindicatos de empresa, parece que esté bien la prohibición de existir en una misma empresa varios sindicatos de esta clase. Pero analizada a fondo la cuestión, se concluye que prohibir a los individuos agruparse en sindicatos distintos e imponerles la obligación de adherirse a uno solo o al más antiguo, es decir, imponerles a los obreros el sindicato único, es impedirles el ejercicio del derecho que tienen de escoger para la defensa de sus intereses profesionales los medios, las ideas, la política que estimen más apta para este efecto. Ahora bien, como esta libertad de escogencia es de derecho básico en una democracia y como entre nosotros se halla consagrada en el artículo 44 de la Carta Fundamental, suprimirla o desnaturalizarla, en cualquiera forma que sea, constituye un atentado a la libertad del individuo, cosa que es inadmisible en un régimen democrático. Es desnaturalizar el régimen de libertad individual para entrar en un régimen netamente autoritario. El sindicato único y obligatorio es realmente la negación de la libertad de los obreros para escoger los medios de defensa, que más convengan a su bienestar y progreso, por una parte, y al desarrollo y estabilidad de la industria por otra.

Dentro de un régimen genuinamente democrático a lo único que podría llegarse sería a establecer que, en un momento dado, los problemas internos de una empresa se solucionaran por elección entre los diversos sindicatos, si los hubiere, dando la debida representación a las mayorías y minorías.

En virtud de las anteriores observaciones este Despacho conceptúa que la parte acusada del artículo 39 de la Ley 6ª de 1946 es francamente inconstitucional y que, por tanto, esa Honorable Corte debe declararlo así".

Toma nota la Corte, ante todo, de que la Ley 6ª de 1945, publicada en el Diario Oficial como ya queda apuntado, da reglamentos sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. El artículo acusado está incluído en la sección dedicada a la reglamentación de las asociaciones profesionales.

Comienza la sección con un artículo que asienta la norma de que "el Estado garantiza a los trabajadores y a los patronos el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, y a éstos el derecho de unirse o federarse entre sí". En el artículo siguiente hace la clasificación de los sindicatos de trabajadores en cuatro especies, a saber: sindicatos de empresa, sindicatos de industrias, sindicatos gremiales y sindicatos de oficios varios.

De los primeros (los de empresa) se ocupa en el artículo 39, y textualmente dice:

"Los sindicatos de empresa son la base de la organización sindical; a ellos corresponde, de preferencia, la representación de sus afiliados en todas sus relaciones de trabajo; la presentación de pliegos de petición; la designación de comisiones disciplinarias o de reclamos y la de negociadores, de entre sus propios miembros; el nombramiento de conciliadores sindicales y convenciones colectivas de trabajo para cuyo concierto deberán ser debidamente consultados los intereses de los diversos gremios. Por lo mismo, dentro de una misma empresa no podrán coexistir dos o más sindicatos de trabajadores. Si de hecho los hubiere, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados el cual deberá admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión".

Investigar si el copiado artículo de la Ley 6ª y concretamente su parte final está realmente en desacuerdo con los cánones en que la Constitución Nacional consagra las libertades de asociación y de conciencia (arts. 44 y 30) y con el que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos (art. 53), ha de ser la materia del presente estudio de la Corte, como que en ello estriba la acusación formulada por el doctor Adonías Torres, y la petición, coadyuvada por el señor Procurador, para que sea declarado inexequible el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945.

En esa tarea investigativa conviene hacer primeramente algunas reflexiones sobre el derecho de asociación; estudiar en seguida lo que es la institución sindical y su implantación entre nosotros como institución jurídica, para de ahí de-

ducir si el reglamento que especialmente se acusa, causa quebranto a la garantía que para asociarse consagra la Carta Fundamental.

La libertad de asociación. — Artículo 44 de la Carta.

Ese cánon es del siguiente tenor:

"Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

La Constitución de 1886 decía en su artículo 47:

"Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad ni al orden legal".

Reformada la redacción por el Constituyente de 1936, el principio de la libertad de asociación que el de 1886 quiso consagrar, quedó incólume.

Puede, pues, asegurarse que al amparo de ese principio, y de los cánones que establecen como obligación social la del trabajo y que le otorgan a toda persona residente en Colombia la libre escogencia de profesión u oficio, es posible la formación de agrupaciones de trabajadores para que mediante ellas fomenten éstos y defiendan los intereses que les sean comunes.

En la obra titulada "Elementos de Derecho Público Interno", comenta el doctor Enrique Alvarez el artículo 47 de la Constitución de 1886 —que sin el aditamento sobre reconocimiento de la personería jurídica sustancialmente es el mismo artículo 44 de la actual— y dice:

"La asociación privada trae consecuencias grandemente ventajosas: las fuerzas del hombre sobre la naturaleza se multiplican; auméntanse los medios para la satisfacción de las necesidades de la vida; con la comunicación de las ideas las facultades intelectuales ganan inmensamente. Lo que los individuos aislados no pueden llevar a cabo, lo consiguen asociándose. De ahí que el progreso de los países deba tanto al espíritu de asociación. Este espíritu ha adquirido un desarrollo tal, que para acometer cualquier empresa de alguna importancia se empieza por formar una sociedad o compañía".

Ese modo de mirar a la asociación, como el necesario efecto de la libertad individual aplicada al trabajo, es común entre los que se han dedicado a los estudios sociales, económicos y jurídicos.

En su obra titulada "Génesis y Evolución del Derecho", el profesor José D'Guanno hace estas apuntaciones:

"La persona individual cuando no se une con otros individuos, es en el organismo social tanto más insuficiente cuanto más complejo es dicho organismo social. La asociación aumenta y multiplica las fuerzas con la creciente especialización de las funciones. Las asociaciones realizan una verdadera selección, porque, mediante ellas, puede el individuo desarrollar y reforzar aquellos caracteres que le son peculiares".

Colocándose luego el profesor enfrente de la lucha entre el capital y el trabajo, considera que el capital es el trabajo acumulado y que el obrero representa la fuerza viva que produce el trabajo. Si esta fuerza se acumula y adquiere consistencia puede llegar a ser un contrapeso para la que representa aquel. Así como se agrupan grandes masas de capital en una sola mano, así también es factible y puede ser conveniente que se acumulen las masas de hombres trabajadores para la defensa de sus propios intereses laborales.

Concluye así el autor citado:

"El Estado, que debe atender a la defensa de las personas y de las cosas, debe atender, en cuanto sea posible, al bienestar colectivo favoreciendo estas asociaciones, que cooperan a la solución del llamado problema social. Debe también favorecer todas aquellas otras asociaciones que no se propongan fines fútiles o antisociales, sino que multipliquen cada vez más las fuerzas del individuo".

Ese derecho fundamental de asociación —que como tal es reconocido en los países de organización democrática— es el que protege la institución de los sindicatos.

Hallan los expertos en legislación del trabajo un origen de los sindicatos en la **trade union,** asociación profesional de unión de oficios, y enseñan que la voz "syndicat" significa, en su origen, la inteligencia entre un cierto número de personas que tienen que defender intereses comunes, y que pueden hacerse representar por uno o varios **síndicos,** encargados de obrar o tratar en su nombre.

Uno de esos expertos, Carlos García Oviedo, en su Tratado Elemental de Derecho Social, se detiene a establecer la diferencia entre el sindicato y la simple asociación, y observa:

"La asociación es una unión organizada para la protección mutua de sus miembros; es una unión, digámoslo así, para adentro pues contrae su pa-

pel a proporcionar a sus individuos las defensas, garantías y ventajas naturales del fenómeno asociativo. El régimen de la profesión le es extraño, o al menos, no es el simple cardinal de sus actividades. El sindicato, por el contrario, es una asociación profesional que, sin perjuicio de las funciones de protección recíproca y amparo de sus miembros se propone, esencialmente, la reglamentación del oficio y el establecimiento del derecho normativo a que han de ajustar sus relaciones de trabajadores y empresarios. Es, en cierto sentido, una asociación para afuera. El régimen de la profesión es lo que más le interesa; por tanto, hay que pensar y aceptar que en donde se traduce el hecho económico-jurídico de asociación en la forma dicha, allí hay un sindicato".

Los sindicatos así entendidos no son sociedades en el sentido que el Código Civil colombiano le da a la palabra, porque el objeto de las sociedades en ese Código es el de repartirse entre varias personas las ganancias de una especulación. Los sindicatos persiguen, antes que todo, una utilidad meramente moral, cual es la defensa de los comunes intereses de los asociados.

El hecho de que las clases obreras se agruparan para determinados fines, había sido previsto en Colombia en leyes anteriores a la 6ª de 1945.

En 1919 consideró el Legislador la posibilidad de que empleados, obreros o trabajadores se pusieran de acuerdo, y, eventualmente, se congregaran para producir la suspensión del funcionamiento de fábricas o empresas mediante el abandono del trabajo. Y aceptó que tal actitud puede revestir la categoría de un derecho si la finalidad del paro es la de mejorar las condiciones retributivas del trabajo, y si los huelguistas, por lo demás, se mantienen al margen de agresiones y violencias.

Esa es la materia tratada en la Ley 78 de aquel año.

En 1920 se amplió el estatuto sobre huelgas. La conciliación y el arbitraje tomaron puesto de instituciones legales para dirimir los **conflictos colectivos.**

La consagración de los sindicatos como institución jurídica, su reconocimiento expreso por el legislador colombiano, data de la Legislatura de 1931. La Ley 83 de aquel año le abrió paso a la sindicalización. En otras legislaciones operaba ya como institución de colaboración mutua entre los factores de la producción.

El inciso segundo del artículo 1º de la Ley 83 citada, es del tenor siguiente:

"Se llama sindicato la asociación de trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, profesiones, oficios o especialidades similares, o conexos, constituída especialmente para el estudio, desarrollo y defensa de los intereses comunes sin repartición de beneficios".

Esa definición viene en pos del reconocimiento de que los trabajadores tienen "el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses".

La finalidad eminentemente social de los sindicatos ha dado pie para que las clases trabajadodas los hayan aprovechado como instrumentos de mejoramiento de sus condiciones ordinarias de existencia.

Algunas modificaciones le introdujo el artículo 37 de la Ley 6ª de 1945 a la disposición comentada de la Ley 83. Dice así el artículo 37:

"El Estado garantiza a los trabajadores y a los patronos el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, y a éstos el derecho de unirse o federarse entre sí".

De modo que si la Ley de 1931 reconoce el derecho a formar sindicatos, la de 1945 compromete la fe del Estado como garantía de que tales asociaciones serán respetadas. Aquella solamente habla de los trabajadores; ésta habla también de los patronos, y agrega que las asociaciones profesionales o sindicatos pueden unirse y federarse entre sí.

La Ley 83 de 1931 hace una clasificación de los sindicatos en gremiales e industriales, auncuando reconoce también como sindicatos a las asociaciones de trabajadores que se constituyen por individuos pertenecientes a profesiones diversas, disímiles o inconexas, cuando en la región o industria de que se trata no hubiera el número de trabajadores exigidos por la ley para formar por sí mismos un sindicato gremial o industrial.

La Ley 6ª de 1945 destaca como clase separada a la que denomina sindicatos de empresa, que define así: "Los que están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa".

El acusante no formula cargo de inconstitucionalidad contra la disposición que define los sindicatos de empresa. La que sí le parece inconstitucio-

nal es la que le asigna funciones específicas al sindicato de empresa.

En una parte del libelo de acusación —no ciertamente en la que formula la súplica para que se declare la inexequibilidad— dice:

"El artículo 39 de la Ley 6ª de 1945, es inconstitucional en todo su texto, como violatorio del artículo 44 de la Carta Fundamental, porque, el pensamiento del Constituyente fue organizar la libertad y la igualdad de las asociaciones ante la ley, y este artículo consagra especiales privilegios para el sindicato único o de empresa".

Es preciso examinar el cargo sobre establecimiento de un privilegio.

Si por privilegio ha de entenderse la gracia o prerrogativa otorgada a una persona para que goce de algo particular que a las demás no les es concedido, habría que preguntar: ¿en qué consiste el privilegio otorgado a los sindicatos de empresa que los coloque a nivel superior respecto de las demás asociaciones sindicales?

Póngase el texto acusado en relación con los demás que reglamentan el sindicato de empresa, y se sacará en conclusión que el tal privilegio no existe.

En efecto: para obtener o gozar de la personería jurídica, el sindicato de empresa tiene que solicitar su reconocimiento como cualquiera otra de las asociaciones sindicales. Tiene que conformarse en cuanto a la expedición de estatutos a las mismas normas de los otros sindicatos. No está exceptuado de la prohibición de repartir dividendos o entregarse a especulaciones. Tampoco puede subsistir sin el número suficiente de miembros que la ley ha señalado para su constitución. Y, finalmente, está sometido a las mismas causas de disolución a que lo están los demás sindicatos gremiales o industriales.

El uso de las locuciones "base de la organización sindical", "corresponde de preferencia", empleadas en el texto, llevó al acusante a atribuirle al Legislador la idea de establecer un privilegio con la expedición del artículo 39 acusado. Pero para pensar de esa manera, olvidó que en el artículo 37, como queda dicho, había asentado ya el principio de que las asociaciones sindicales, cualquiera que sea su especie, tienen la facultad de unirse y federarse entre sí.

La alianza, liga o unión, necesita de una base. Las asociaciones, como los Estados, se unen o confederan mediante la celebración de pactos. El sindicato de empresa **es base** de organización cuando a él se afilian o con él se confederan otros sindicatos. El toma la iniciativa en las funciones atañederas a la unión o a la federación por razón de método y como para enlazar y coordinar las aspiraciones comunes, o adoptar reglamentos orgánicos adecuados.

Indicar las bases de la unión; providenciar en tal caso o en el de federación en el sentido de determinar cuál de los federados ha de tomar la iniciativa, ya para propugnar la conciliación de intereses en choque, o el arbitraje para solucionar cuestiones discutidas; ya para propiciar la celebración de convenciones colectivas de trabajo; ya para nombrar las comisiones de reclamos o formular directamente los reclamos urgentes —consultando para todo los intereses de los diversos gremios— equivale a indicar un **modus operandi** conveniente y certero a fin de que la unión de las asociaciones sindicales o su federación, produzcan los efectos a que están llamadas.

Esa labor de celo, de vigilancia y permanente guarda que ha de desarrollarse no exclusivamente a favor de los intereses del sindicato de empresa, sino a favor de los intereses pertenecientes a los sindicatos afiliados no es, así considerado, un privilegio constituído en menoscabo de éstos, sino una medida protectora y benéfica para todos. No hay razón para que a esa disposición precautelativa de la ley se la califique de sistema arbitrario y tiránico.

En demostración de que el artículo 39 de la Ley 45 acusado, no lastima la garantía consagrada en el artículo 44 de la Constitución, conviene parar la atención en la literalidad del artículo 44, para hacer luégo un cotejo de ese cánon, con otros que están reputados como el armazón o la parte sustancial de la enmienda de 1936, copiada por el Constituyente de 1945.

La literalidad. — Cuando el Constituyente de mil novecientos cuarenta y cinco permite la formación de compañías, asociaciones y fundaciones, no consagra una permisión **ad libitum.** La permisión está subordinada a una condición: la de que tales organizaciones se amolden a la moral y al orden legal, es decir, que operen dentro de los círculos de que hablan los tratadistas de derecho público: el de la moral o de mayor circunferencia que va hasta donde llegan la razón y la ética, y el de la norma de derecho que no va sino hasta donde lo indiquen las conveniencias sociales. Dentro de ese doble círculo deben moverse las aso-

ciaciones como dentro de su campo de acción; fuera de la moral y de la ley no pueden funcionar ni es posible que se les reconozca personería jurídica.

Tratándose de esta materia es preciso observar que si alguna de las garantías fundamentales ha necesitado del concurso de la ley, ha sido esa de la asociación.

La ley ha tenido que pronunciarse para prohibir la constitución de asociaciones organizadas con propósitos delictuosos; la ley ha expedido con frecuencia reglamentos sobre asociaciones industriales, sociedades anónimas, etc., que implican verdaderas limitaciones. El orden público en un caso, el interés social en los otros, explican y justifican la intervención de la ley y realzan su conformidad con el espíritu del Constituyente.

Si precedente legal hubiera de reclamarse como requisito para la expedición del artículo 39 de la Ley 45, ese precedente se encuentra en la Ley 83 de 1931, primera en reglamentar en forma expresa la institución social de los sindicatos. Desde entonces impuso el Legislador **"condiciones necesarias para ejercer el derecho de asociación"** como reza el inciso segundo del artículo 2º de la mencionada ley.

Desde su fuente legal tienen, pues, los sindicatos, una reglamentación que el legislador de 1945 se propuso mejorar por un medio de prestarles mayor eficacia a esas organizaciones sociales. Vale decir que la institución de los sindicatos, amparada por la libertad de asociación, ha estado siempre sujeta a un orden legal, y que no es la Ley 6ª de 1945, y con especialidad la parte del artículo acusado, una innovación restrictiva de aquella libertad.

El espíritu general de la Constitución. — La fórmula adoptada en el artículo 44 de la Constitución actual, es fiel reproducción de la empleada en el inciso primero del artículo 20 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936. Difiere de la fórmula de 1886 en que ésta no habla de fundaciones sino de compañías o asociaciones públicas o privadas, y en que habla de **moralidad** donde las otras hablan de moral. Pero la precedencia comentada atrás, la estableció también el Constituyente de 1886.

Lo que se advierte en la enmienda de 1936 es que en el mismo cánon sobre asociación, se quiso garantizar el derecho de huelga. Es que esa enmienda le da preponderancia al derecho de trabajo, y para tutelarlo asentó una serie de disposiciones antes no consignadas en el estatuto orgánico. Pero el Constituyente de 1945 sí las adoptó.

En ese espíritu de protección al trabajo se inspiró el artículo 17 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936 que le garantiza al trabajo la especial protección del Estado; en ese mismo espíritu se inspiran los cánones sobre intervención del Estado para darle al trabajador la justa protección a que tiene derecho, y para reglamentar las profesiones. En ese espíritu está inspirado el cánon que establece la asistencia pública.

No se aparta de esos principios la Ley 6ª cuando propugna en su artículo 39 la estabilidad de las organizaciones sindicales, porque ello es una protección especial al trabajo. Preocuparse por establecer una fórmula legal adecuada para conseguir el avenimiento entre los gremios laborales, es intervención que el Estado realiza como medida de justa protección a los intereses de los trabajadores. La adopción de un sistema que haga eficaz el derecho de asociación, y a la vez la realización de las aspiraciones de las clases laboriosas y de las empresas con ellas vinculadas, puede ser un aporte eficaz para reglamentar las profesiones.

De modo que si se consultan los inmediatos antecedentes institucionales que tuvo la Ley 6ª de 1945, se puede concluír que el artículo 39 de ella no quebranta el cánon fundamental de asociación ni los demás que el Constituyente tuvo en mira para tutelar el derecho de trabajo.

La acusada actitud del Legislador de 1945 fue indicada por la fuerza de las circunstancias, y por la experiencia adquirida en las dependencias oficiales encargadas por la ley de velar por el adecuado desarrollo de la acción social y la protección de las clases laboriosas.

¿Cómo es posible que coexistan dentro de una misma asociación dos o más sindicatos de empresa sin que la representación de sus afiliados no resulte perturbada por otros que, invocándola, sostengan intereses opuestos?

La actividad, establecimiento o negocio que ocupa trabajadores asalariados —que es lo que los reglamentos del trabajo llaman "empresa"— necesita para su normal funcionamiento y la realización de sus fines, de unidad de acción. ¿Cómo podría desarrollar programa alguno la asociación sindical carente de dirección responsable?

Tiene tal concomitancia el texto acusado con el de las exposiciones que hizo el Departamento Oficial encargado de la vigilancia de los sindica-

tos, acerca de la coexistencia de dos o más de éstos en una misma empresa, que puede asegurarse que la medida que el Legislador tomó y que dejó condensada en el artículo 39, se inspiró en tales exposiciones.

"El fraccionamiento de trabajadores de una misma industria, profesión o empresa en varios sindicatos independientes y distintos —dijo la aludida Oficina el 28 de abril de 1938— no es lo que mejor consulta la finalidad primordial de la sindicalización, ya que no solamente su misma definición legal se viola, sino, que con ello se rompe una unidad que dentro de la vida social es lo que más se altera y eficazmente trata de lograr el mejoramiento económico, social y cultural de los trabajadores. Dentro de los dependientes o asalariados de una misma entidad económica no puede haber intereses encontrados u opuestos. Ellos son los mismos, pues unas mismas son las necesidades vitales, las cuales en caso de ser desconocidas o dificultadas por el común patrono o entidad de quien los trabajadores dependen, necesitan el esfuerzo conjunto, unitario y conexo de todos ellos, a efecto de lograr que sean respetadas, reconocidas y facilitadas". Tal concepto corre publicado en las compilaciones de trabajo.

No discrepa ese concepto del que con fecha 23 de febrero de 1943 emitió la misma oficina, y que dice:

"Aunque no existe disposición legal expresa que así lo disponga, este Departamento, teniendo en cuenta que las instituciones sindicales de cualquier clase o grado que sean ellas, son instrumentos para la defensa, desarrollo y mejoramiento de los intereses de los trabajadores, ha asentado repetidamente la jurisprudencia de que es inconveniente o ilegal la coexistencia de dos o más sindicatos en una misma empresa".

Esos dictados de la experiencia hubo de tenerlos presente el Legislador de 1945 cuando expidió la ley cuyo artículo 39 ha motivado la acusación del doctor José Adonías Torres.

"El Gobierno —explica el Ministro del Trabajo que intervino en la expedición de la ley— se consideró facultado para dilatar, y aún para negar, el reconocimiento de numerosas personerías sindicales que le fueron solicitadas en los últimos quince años, cuando quiera que estimó que ya existía dentro de la misma empresa, o localidad, o profesión, o región, e industria, otra organización de la misma índole".

De los resultados de la Ley 6ª de 1945 pudo decir el Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social en su Memoria al Congreso de 1946, (página 6):

"Una de las reformas saludables que trajo consigo la Ley 6ª de 1945, en materia de sindicalización, fue la consignada en el artículo 39 del estatuto citado, referente a la expresa prohibición de la coexistencia de dos o más sindicatos en una misma empresa, dando fin así al paralelismo sindical, de tan perniciosas consecuencias para la organización de los trabajadores, que sí permitía el anterior sistema imperante, dando lugar a la creación de 'fuerzas de choque' por parte de los patronos, produciendo con ello el debilitamiento y desmoralización de los sindicatos y escindiendo el espíritu de unión y solidaridad en que está cimentada la fuerza y defensa de las mencionadas organizaciones. Dicha disposición, agregada a la del 'fuero sindical' que consagra el artículo 40 del estatuto aludido, y a la preocupación del Gobierno por la defensa de los sindicatos, han contribuído a tan benéficos resultados, que marcan un amplio derrotero en el avance del movimiento social del país".

Descartada la idea de privilegio, no puede hablarse de régimen corporativo de excepción amparado por el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945. En pié el principio de que los sindicatos pueden federarse o agruparse para la mejor realización de sus fines, lo que tales asociaciones han podido encontrar en el artículo 39 es un medio de llegar a la resolución de los problemas que la organización en general trae consigo, en una forma más fácil y expedita. Y que no han visto que el Legislador de 1945 se propusiera el aniquilamiento de una minoría, sino por el contrario, el ánimo de propiciar el desarrollo sindical con la adopción de reglamentos que hagan armónica la labor y eficaz para la realización de los fines sociales, lo deja ver la circunstancia de que el movimiento sindical no se ha detenido con la expedición del artículo 39. Que más bien ha tomado incremento, lo dice el Departamento de trabajo, organismo que por ley tiene el control y vigilancia de las asociaciones de esa índole. Todo ello está diciendo que la labor del Gobierno al propiciar la expedición de la Ley 6ª de 1945, y en particular el artículo 39, fue la de evitar situaciones conflictivas que, extremadas y repetidas, habrían dado al traste con la organización sindical.

Si algo más hubiera que agregar, sería esto:

Preocupados todos los países por reglamentar el trabajo, de ese empeño se hace intérprete el Constituyente de 1936 cuando dice: "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

¿Qué mejor protección puede el Estado darles a los gremios laboriosos que esa de vigilar porque sus empresas colectivas se desarrollen de manera eficiente: que no vivan expuestas al fracaso por una pugnacidad constante generadora de la inseguridad y la anarquía?

La obligación que sobre el Estado pesa de proteger el trabajo, justifica, por sí sola, la expedición del reglamento acusado.

Y puesto que el Constituyente subordina la formación de asociaciones y fundaciones a lo que ordene la ley —ya que si las permite es sobre la base de que "no sean contrarias a la moral o al orden legal"— fuerza es concluír que en vez de una actitud lesiva de la Constitución, la que tomó el Legislador de 1945 —al intentar la reglamentación armónica de los sindicatos— es la más congruente con el espíritu que guió al Constituyente de 1886 cuando expidió el artículo 48, y con la que inspiró a los reformadores de 1936, cuando expidieron el artículo 20 de esa enmienda.

Por las razones hasta aquí apuntadas, la Corte cree que la disposición del artículo 39 acusado no viola el cánon de la libertad de asociación contenido en el artículo 44 de la Carta, y que, por ese capítulo, no puede prosperar la demanda de inexequibilidad propuesta por el doctor José Adonías Torres.

Los derechos adquiridos. — Artículo 30 de la Carta.

Dice el acusante que el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 es violatorio del cánon que garantiza el respeto a los derechos adquiridos.

El artículo 10 de la enmienda de 1936 correspondiente al 30 de la de 1945, es del tenor siguiente:

"Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

"Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el Legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el Legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Reputa la doctrina como derechos adquiridos a aquellos que se han consolidado con la persona y que forman parte integral de su patrimonio. La simple facultad de asociación, la permisión en abstracto de formar compañías o de dedicarse a fundaciones, no tienen ninguna de esas características.

"La noción de derecho adquirido —ha dicho la Corte— estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hacen parte de nuestro patrimonio. De manera que en último análisis los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones, incluso el estado civil que determina relaciones permanentes del individuo dentro de la sociedad humana". (Acuerdo, 2 de marzo de 1918 T. XXXII. página 73).

En refuerzo de las opiniones de la Corte, acude aquí la circunstancia especial de que la Enmienda de 1936 pone como arquetipo de los derechos adquiridos, al de propiedad. El inciso cuarto de la disposición constitucional comentada —hoy artículo 30 de la Carta Fundamental— dice cuáles son los motivos para que pueda haber expropiación, es decir, privación de la propiedad, lo que deja entender que el Constituyente quiso referirse a un derecho patrimonial. Si no lo fuera, no hablaría de indemnización. La indemnización no es otra cosa que el pago de la cosa expropiada, valor que ha de compensar la falta de la cosa en el patrimonio del titular.

Como ya se dijo en el capítulo anterior, con la expedición del artículo 39 de la Ley 6ª, se quiso remediar la conflictiva situación creada por la coexistencia de varios sindicatos dentro de una misma empresa. A esos sindicatos los quiso organizar de modo que por la unión y solidaridad en-

tre ellos, se robustezca el derecho a asociarse en defensa de intereses de los trabajadores.

El señor Procurador nada dijo en relación con este capítulo de la acusación. Las razones expuestas, parecen insuficientes para que la Corte crea que no hay violación del art. 30, justificativa de la declaración de inexequibilidad solicitada por el doctor José Adonías Torres.

La libertad de conciencia. — Artículo 53 de la Carta.

El propósito del Constituyente de 1936 fue el de conservar en su esencia el principio tutelar de las creencias, de modo que nadie, dentro del territorio colombiano, pueda sentirse perseguido ni injuriado a causa de aquello que pertenece al fuero íntimo de los individuos. La fórmula consagrada en el artículo 13 de la Enmienda, hoy artículo 53 de la Constitución, es la siguiente:

"El Estado garantiza la libertad de conciencia.

"Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

"Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.

"El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica".

Todos los residentes en el territorio colombiano tienen derecho a opinar como quieran, en materias religiosas. En cuanto a las manifestaciones exteriores de esas creencias —que es lo que se llama el culto— ellas deben ser respetadas y amparadas por la autoridad en cuanto no resulten en pugna con la moral cristiana ni con el órden público.

El último inciso es el reconocimiento tácito de que la religión Católica es la de la mayoría de los colombianos. Por eso autoriza al Gobierno para celebrar convenios con la Suprema Entidad Directiva de esa religión.

Si el artículo acusado contuviera algo que se relacionara con la religión o el culto; si pudiera decirse, por ejemplo, que al sindicato de empresa se le erige allí como una organización confesional o destinada a la propaganda religiosa o a la práctica de determinados ritos, saltaría a la vista la inconstitucionalidad de tal disposición. Pero si el fin de los sindicatos es de índole económica, no importa que los individuos que los constituyan, profesen distintas religiones. De esa suerte no puede decirse que en forma alguna se lastime el principio constitucional que garantiza la libre profesión de creencias y el respeto por los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana y a las leyes.

Dedúcese de lo expuesto, que ninguna incidencia tiene el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 acusado, con el cánon constitucional incluído dentro del Título que trata "De la Religión y de las relaciones entre la Iglesia y el Estado". Seguramente que tampoco halló esa incidencia el señor Procurador cuando omitió referirse a ella en su concepto.

No es, por tanto, procedente esta otra razón que el doctor José Adonías Torres invoca como motivo de declaratoria de inexequibilidad del artículo 39 de la Ley 6ª de 1945.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Pleno, DECLARA que es exequible el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945, en la parte acusada por el doctor José Adonías Torres.

Notifíquese la presente decisión al señor Procurador General de la Nación, comuníquese al Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Gobierno, al cual se le pasará copia para los efectos de su publicación en el Diario Oficial, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Alvaro Leal Morales. — Germán Alvarado. Francisco Bruno. — Miguel Aguilera, Conjuez. **Pedro Castillo Pineda. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock. — Agustín Gómez Prada. — Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — Guillermo Peñaranda Arenas,** Conjuez. — **Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna R. — Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HH. MAGISTRADOS DOCTORES ALVARO LEAL MORALES, MIGUEL AGUILERA, VICTOR COCK, JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, GABRIEL RODRIGUEZ RAMIREZ, DOMINGO SARASTY Y ELEUTERIO SERNA R.

Precisados nos vemos a este Salvamento, porque la decisión de la mayoría de la Corte no se ocupó suficientemente de todos los reparos que en los debates reglamentarios hicimos, con el ánimo desprevenido y sereno de buscar fórmulas conciliatorias para armonizar tesis contrapuestas y desvanecer las zozobras de la duda.

Pero el viento de lo inexorable arrancó de raíz la esperanza de que la polémica ideal agotase las argumentaciones, sin necesidad de una celeridad que pide el hombre de la calle, no pensando en la quietud de la meditación, que celeridad no siempre es justicia. No quiere ello decir que dogmáticamente proclamemos que lo resuelto por la mayoría de la Sala sea un error de esta u otra naturaleza. No. Todos nuestros colegas nos merecen alta consideración y respeto, por su ciencia y profunda versación jurídica. Si disentimos de ellos e iniciamos nuestro Salvamento con las reflexiones anteriores, es porque en vano pedimos con insistencia unas horas más, antes de decidir, pues creíamos necesario practicar algunas investigaciones para establecer ciertas modalidades de las cuestiones que estábamos dicutiendo dentro de la armonía acostumbrada en las deliberaciones de la Corte.

El proyecto aprobado

Empieza la ponencia por enunciar los motivos de la acusación y las razones del señor Procurador; alude luégo a la Ley 6ª de 1945, a la libertad de asociación que ella consagra en el artículo 37, relieva el contenido de los arts. 38 y 39 y hace resaltar cómo es la parte final de este último el tema de la controversia constitucional. En el capítulo que intitula "La libertad de asociación", al tratar de los arts. 47 de la Constitución de 1886, y 44 de la Codificación actual, sienta esta premisa que nosotros aceptamos, porque allí se expresa cómo la libertad de asociación es una lógica consecuencia de la libertad de trabajo: "Puede, pues, asegurarse que al amparo de ese principio, y de los cánones que establecen como obligación social la del trabajo y que le otorgan a toda persona residente en Colombia la libre escogencia de profesión u oficio, es posible la formación de agrupaciones de trabajadores para que mediante ellas fomenten éstos y defiendan los intereses que les son comunes".

Cita en seguida opiniones de expositores, y en especial, la del doctor Enrique Alvarez en el comentario al artículo 47 de la Constitución de 1886, quien se refiere a las consecuencias ventajosas de "la asociación privada".

La ponencia cristaliza así su pensamiento: "Ese derecho fundamental de asociación, que como tal es reconocido en los países de organización democrática, es el que protege la institución de los sindicatos".

Acordes estamos en considerar estas asociaciones profesionales en nuestra legislación como organizaciones privadas, y no como acontecc en los regímenes totalitarios en que el sindicato es un organismo oficial, una pieza de la Administración pública.

De esta manera vamos ahorrando tiempo y esfuerzo. Estimamos, también, como nos pareció ser asimismo el concepto imperante en la Sala, que la unidad sindical establecida en el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945, se contrae al paralelismo en el evento de sindicatos de empresa, dejando así el campo libre al pluralismo en otros aspectos. Tal afirmación fluye en la ponencia, de estos párrafos: "La acusada actitud del Legislador de 1945 fue indicada por la fuerza de las circunstancias, y por la experiencia adquirida en las dependencias oficiales encargadas por la ley de velar por el adecuado desarrollo de la acción social y de la protección de las clases laboriosas.

"¿Cómo es posible que coexistan dentro de una misma asociación dos o más sindicatos de empresa, sin que la representación de sus afiliados no resulte perturbada por otros que, invocándola, sostengan intereses opuestos?".

El art. 39 de la Ley 6ª dice al respecto: "Por lo mismo, dentro de una misma empresa no podrán coexistir dos o más sindicatos de trabajadores". El último vocablo podría inducir a la conclusión de que dentro de una empresa está vedado todo paralelismo sindical.

A la luz de una hermenéutica que se aferrase a la literalidad e hiciese de ella una enseña de combate, la referida inducción sería posible. Empero, en una exegésis más comprensiva habría que analizar todo el contexto para penetrar en el espíritu de que la norma vive.

Alguno de los Magistrados anunció la posibilidad de la primera interpretación, pero la Sala Plena no le dió su asentimiento a esa tesis, y redujo la restricción del paralelismo a los sindicatos de empresa, como lo hizo el ponente, según ya se vió. Se ahorra también en esta materia esfuerzo y tiempo.

El privilegio

El aspecto aludido es el relacionado con el reconocimiento de un privilegio a favor del sindicato único, que la disposición acusada instituye, y que el fallo de la mayoría de la Corte toca en los siguientes términos:

"El acusante no formula cargo de inconstitucionalidad contra la disposición que define los sindicatos de empresa. La que sí le parece inconstitucional es la que le asigna funciones específicas al sindicato de empresa.

"En una parte del libelo de acusación —no ciertamente en la que formula la súplica para que se declare la inexequibilidad— dice:

"El artículo 39 de la Ley 6ª de 1945, es inconstitucional en todo su texto, como violatorio del artículo 44 de la Carta Fundamental, porque el pensamiento del Constituyente fue garantizar la libertad y la igualdad de las asociaciones ante la ley, y este artículo consagra especiales privilegios para el sindicato único o de empresa.

"Es preciso examinar el cargo sobre establecimiento de un privilegio.

"Si por privilegio ha de entenderse la gracia o prerrogativa otorgada a una persona para que goce de algo particular que a los demás no les es concedido, habría que preguntar: ¿en qué consiste el privilegio otorgado a los sindicatos de empresa que los coloque a nivel superior respecto de las demás asociaciones sindicales?.

"Póngase el texto acusado en relación con los demás que reglamentan el sindicato de empresa, y se sacará en conclusión que el tal privilegio no existe.

"En efecto: para obtener o gozar de la personería jurídica, el sindicato de empresa tiene que solicitar su reconocimiento como cualquiera otra de las asociaciones sindicales. Tiene que conformarse en cuanto a la expedición de estatutos a las mismas normas de los otros sindicatos. No está exceptuado de la prohibición de repartir dividendos o entregarse a especulaciones. Tampoco puede subsistir sin el número suficiente de miembros que la ley ha señalado para su constitución. Y, finalmente, está sometido a las mismas causas de disolución a que lo están los demás sindicatos gremiales o industriales".

Y es de extrañar en verdad que un tema como el de la constitución del **privilegio**, en la ley reconocido al sindicato único de empresa, sea estudiado por la mayoría de la Corte en forma tal que deja una acentuada impresión de que se divierte hacia un extremo que no es siquiera materia de discusión, que carece además para el caso de toda trascendencia, al paso que se evade allí el problema de alto interés institucional que el demandante hubo de plantear en el punto antes transcrito de su demanda.

No se ha alegado, en efecto, ni se pretende de manera alguna que el sindicato de empresa esté exento de solicitar su reconocimiento a la manera de otras asociaciones sindicales, ni que sus estatutos al ser expedidos se rijan por normas diversas a las de los sindicatos, ni que puedan repartir dividendos o entregarse a especulaciones a los demás sindicatos prohibidas, etc.

En cambio, y según transcripción de la demanda que figura en el pasaje copiado antes, para poder determinar el alcance de la acusación, preciso es conocer el contenido íntegro del artículo 39, "en todo su texto", como dice el demandante, a efecto de precisar si en realidad es o no inconstitucional, en todo o en parte, a la luz de la noción de privilegio al caso pertinente.

El precepto se halla concebido así:

"Artículo 39. Los sindicatos de empresa son la base de la organización sindical; a ellos corresponde, de preferencia, la representación de sus afiliados en todas sus relaciones de trabajo; la presentación de pliegos de peticiones; la designación de comisiones disciplinarias o de reclamos y la de negociadores, de entre sus propios miembros; el nombramiento de conciliadores y árbitros, en su

caso, y la celebración de contratos sindicales y convenciones colectivas de trabajo, para cuyo concierto deberán ser debidamente consultados los intereses de los diversos gremios. Por lo mismo, dentro de una misma empresa no podrán coexistir dos o más sindicatos de trabajadores. Si de hecho los hubiere, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual deberá admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión".

Establece la primera parte del artículo un derecho de **preferencia** en beneficio de los sindicatos de empresa, derecho de preferencia relacionado con fines laborales. Empero, la simple **preferencia**, cuando es genuinamente tal, no alcanza a tener el contenido propio de un verdadero privilegio que pueda ser tildado de inconstitucionalidad. Tal es, en efecto, la jurisprudencia de esta Sala Plena de la Corte, según aparece expuesta en fallo de reciente data, 2 de abril de 1945, y cuya parte pertinente es de sumo interés transcribir en seguida:

"El privilegio es una gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando a úno de una carga o gravámen, o haciéndole el favor de una exención de que no gozan otros; o, también, la disposición legal por la cual se otorga a una sola persona —física o moral— un derecho especial, distinto del que confiere la ley común y más o menos permanente.

"Y preferencia es primicia o ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento; o asímismo, elección de una persona o cosa entre varias, o inclinación favorable o predilección hacia ella.

"Son, pues, voces de muy distinta acepción y que difieren entre sí notablemente, tanto o más como la palabra **privilegio** difiere del vocablo **monopolio,** por el cual se entiende un aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, o bien el derecho de un solo individuo o de una sola entidad a explotar exclusivamente una industria o a prestar en la misma forma determinados servicios.

"Hay, en consecuencia, que convenir en que está en lo cierto la Procuraduría cuando aboga porque se marque la diferencia que separa las dos palabras mencionadas anteriormente; e igualmente debe admitirse que quien prefiere es porque ha escogido previamente, o sea, que en el concepto de preferir va envuelto el fenómeno de la concurrencia. Esto es claro".

Y de ahí que la sentencia a la cual corresponde el pasaje transcrito, después de reconocer el establecimiento por parte de una ley (35 de 1943) no de una simple preferencia sino de un privilegio propiamente dicho, llegue a la conclusión de la inconstitucionalidad de las normas de tal ley. (Véase **Gaceta Judicial,** números 2019, 2020, 2021, abril, mayo, junio de 1945, páginas 3 y siguientes).

Volviendo ahora al artículo 39 de la Ley 6ª de 1945, se tiene que, si su primera parte establece un derecho de preferencia que no puede tildarse de inconstitucionalidad, ocurre lo contrario con respecto a su parte final que instituye un privilegio perfectamente caracterizado; y ya que, como antes se vio, en esa parte final se lee lo siguiente:

"Por lo mismo, dentro de una misma empresa no podrán coexistir dos o más sindicatos de trabajadores. Si de hecho los hubiere, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual deberá admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión".

Aparece aquí de manifiesto el privilegio a favor del sindicato único de empresa y es bien sabido que en general el privilegio, aun establecido por la ley, es inconstitucional según el texto del artículo 31 de la Carta, que en su inciso final trae la siguiente disposición terminante:

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación". Precepto éste incluído en nuestra Carta Fundamental a partir del año de 1910, y en calidad de conquista democrática contra la institución de privilegios de diversa índole que con anterioridad a aquella época habían sido creados en el país.

¿Y se preguntará acaso ahora cuál sea en realidad la razón que sirva de apoyo y de sustento a la tesis de que el precepto legal contenido en la parte final antes copiada del artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 instituye un privilegio a favor del sindicato único de empresa? Mas la contestación a esta pregunta es a todas luces manifiesta.

Porque si no puede coexistir más de un sindicato de empresa, aun en el caso de que previamente hayan sido constituídos otros en forma legalmente regular, ese sindicato único de empresa será, de manera exclusiva, el titular de los derechos que el mismo artículo 39 en su primera parte en general reconoce a los sindicatos de empresa.

Y ese derecho de exclusividad —no de simple preferencia— constituye precisamente el privilegio

vedado por la Constitución Nacional en cuanto aquel consiste, desde luego en conferir un derecho de que no gozan otros y por ser de su esencia misma constituír una gracia o beneficio exclusivo a favor de una sola persona física o moral.

Tal exclusividad es la que sitúa el caso dentro del derecho privilegiado, es decir, dentro del privilegio mismo.

Y ello en cuanto, si de hecho existe más de un sindicato de empresa, el privilegio a favor del que tiene un mayor número de afiliados es de un rigor y exclusividad tales, que mata, aniquila y para siempre extingue a los sindicatos que tengan afiliado un menor número de trabajadores, o sea a los más débiles.

Y si de antemano no se ha llegado a crear otro u otros sindicatos de empresa, se aleja así la posibilidad de constituír, aún más se prohibe la constitución de nuevos sindicatos de empresa, es decir, se impide toda concurrencia; y para que domine entonces, irrestrictamente, el derecho de exclusión, privilegiado por tanto, del sindicato único.

¿Y podrá sostenerse, ante fenómenos tan patentes, que no existe el privilegio?

Y mirado el asunto desde el ángulo de la unidad de representación de los intereses obreros, unidad de representación loable desde luego, ¿podríase aun por simples motivos de conveniencia, recurrir a la creación de un privilegio cuando en realidad existen otros caminos, jurídica y constitucionalmente aceptables, para llegar a la unidad de representación ambicionada?

Y no es válido, para tratar de prestar apoyo a la creación del privilegio, el recurrir al paliativo de aparente conveniencia que trae la disposición misma, materia de estudio, de que el sindicato único "deberá admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión", ya que entonces se viola además, y por adehala, el precepto constitucional de la libre asociación (artículo 44 de la Carta) como derecho esencial del hombre.

Y cumple aquí observar que los comentadores y autores mismos de la enmienda constitucional de 1936 precisamente advierten que el precepto constitucional, correspondiente hoy al artículo 44 sobre libertad de asociación, hubo de aprobarse en la inteligencia de que por él no podrían estatuírse privilegios.

Sostuvimos en la polémica constitucional que la unidad de representación era ventajosa para el Gobierno, los patronos y los trabajadores. Aun propusimos que el reconocimiento de esa unidad en las relaciones con terceros o en la representación de los sindicatos podría ser una fórmula para conciliar discrepancias, y en consecuencia defendimos una decisión, que tenía antecedentes jurisprudenciales, en el sentido de declarar la norma impugnada, exequible, en cuanto afirmaba la preferencia establecida en la ley, e inexequible, en cuanto prohibía el paralelismo sindical de empresa, sacrificando inútilmente la libertad de asociación.

Mas esta solicitud nuéstra no fue acogida por la mayoría, cuyo parecer era que la unidad de acción y representación debían verificarse sobre el plano del sindicato único de empresa.

Jamás combatimos el derecho de preferencia ni las uniones o fusiones voluntarias de sindicatos. Nuestra oposición se enderezó contra el privilegio.

Cabe ahora recordar las frases del expositor Guillermo Cabanellas en su obra "Derecho Sindical y Corporativo": "Esta pugna entre libertad y exigencia compulsiva, es más aparente que real: la exigencia monopolista es viable, cuando se formula en el sentido de exigir que la masa trabajadora sea representada unida, sin permitir escisiones en la misma, que son por demás ventajosas para la clase patronal; es injusta, arbitraria e inoportuna cuando pretende establecer, por medio de un sindicato, el control absoluto de la profesión o de la clase de trabajadores, sin permitir la existencia de otros sindicatos ni de los obreros libres, esto es, no sindicados (sic.). Tal extremo repugna al sentimiento de libertad, que es inmanente de la clase trabajadora y debe serlo de la patronal igualmente".

Artículo 44 de la Constitución

Dice la ponencia: "Cuando el Constituyente de mil novecientos cuarenta y cinco permite la formación de compañías, asociaciones y fundaciones no consagra una permisión **ad libitum.** La permisión está subordinada a una condición: la de que tales organizaciones se amolden a la moral y al orden legal".

No nos detendremos a pensar si la existencia concurrente de varias agrupaciones sindicales de empresa es un empeño violatorio de la moral o buenas costumbres, porque ni en la ponencia y ni siquiera en las discusiones de la Sala, se dio

cabida a semejante hipótesis. Por otra parte, si alguna inquietud sobre este punto pudiera subsistir, nos bastaría abroquelarnos tras las siguientes palabras de una autoridad de insopechable sensibilidad, en la medida que hoy se reclama por los más tozudos apóstoles de la cuestión social. Escribe el doctor Adán Arriaga Andrade, ex-Ministro de Trabajo: "No obstante la rigidez de estos preceptos, el Gobierno —como atrás se ha expresado— se consideró facultado para dilatar, y aun para negar, el reconocimiento de nuevas personerías sindicales que le fueron solicitadas en los últimos quince años, cuandoquiera que estimó que ya existía, dentro de la misma empresa, o localidad, o región o industria, otra organización de la misma índole.

"La locución 'contraria a las buenas costumbres', por su misma vaguedad, pudo quizás dar base para tales dilaciones o negativas, si el criterio del funcionario le indicaba que 'el paralelismo sindical', como fuente de luchas internas, de debilitación gremial y de conflictos violentos, debía encasillarse entre los atentados a 'las buenas costumbres'. Pero la interpretación parece demasiado elástica, y no es difícil que prosperara una demanda de nulidad de cualquiera resolución negativa, ante el Consejo de Estado, si no se les daba a las normas una redacción más categórica". (Revista **Derecho del Trabajo**'). Y esa redacción apareció en el artículo 39 tantas veces nombrado, **in fine.**

Es allí donde la mayoría de la Sala se sitúa para argüir que, ora por imperativos de orden público, ora por interés social, ha intervenido la ley, estableciendo condiciones de fondo y de forma que regulan el ejercicio del derecho de asociación. Asevera textualmente: "Desde su fuente legal tienen, pues, los sindicatos, una reglamentación que el legislador de 1945 se propuso mejorar por un medio de prestarles mayor eficacia a esas organizaciones sociales. Vale decir que la institución de los sindicatos, amparada por la libertad de asociación, ha estado siempre sujeta a un orden legal, y que no es la Ley 6ª de 1945, y con especialidad la parte del artículo acusado, una innovación restrictiva de aquella libertad".

Tales afirmaciones es fuerza demostrarlas y analizarlas, porque nosotros hemos combatido la teoría que le da al "orden legal" una omnipotencia capaz de llegar a destruír por obra de sus disposiciones la subsistencia de la libertad que éstas reglamentan.

El señor Procurador General de la Nación, en ese entonces doctor Rafael Escallón, de modo muy rotundo presentó una objeción vigorosa que la ponencia transcribe y es la que sigue: "A primera vista, y en presencia de estas prerrogativas otorgadas a los sindicatos de empresa, parece que esté bien la prohibición de existir en una misma empresa varios sindicatos de esta clase. Pero analizada a fondo la cuestión, se concluye que prohibir a los individuos agruparse en sindicatos e imponerles la obligación de adherirse a uno solo o al más antiguo, es decir, imponerles a los obreros el sindicato único, es impedirles el ejercicio del derecho que tienen de escoger para la defensa de sus intereses profesionales los medios, las ideas, la política que estimen más aptas para este efecto. Ahora bien, como esta libertad de escogencia es de derecho básico en una democracia y como entre nosotros se halla consagrada en el artículo 44 de la Carta Fundamental, suprimirla o desnaturalizarla, en cualquier forma que sea, constituye un atentado a la libertad del individuo, cosa inadmisible en un régimen democrático"..

No difiere, en lo fundamental, este concepto, de lo que opinaba el doctor Juan Francisco Mújica, ilustre ex-Magistrado de esta Corte, cuando a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra unos decretos sobre ciertos sindicatos patronales (Asociación de Manufactureros) escribía en 1942: "El artículo 44 de nuestra Constitución consagra la libertad de asociarse como uno de los derechos fundamentales del individuo en su sentido propio; esto es, como derecho susceptible de concebirse en su condición esencial de bien que el Estado reconoce y protege, por ser dado antes que éste y estimársele superior a éste. De manera que por su contenido tal derecho fundamental es parte integrante de la esfera de la libertad individual en un Estado liberal de Derecho...".

"El artículo 44 no sólo comprende, dentro de las relaciones comunes del tráfico, la libertad para los individuos de asociarse sino la libertad para las mismas personas de no asociarse.

"El Decreto 1454 ciertamente deja en libertad a los manufactureros para no ingresar en el sindicato patronal, pero sin duda alguna les impide la organización voluntaria de una asociación de la misma índole dentro de otras pautas. De ahí que el Decreto quebranta el artículo 44'. Ni el señor ex-Magistrado, ni nosotros estamos enarbo-

lando teorías que se alejen de la doctrina constitucional.

Aun a riesgo de mortificar a nuestros colegas con tanta profusión de citas, que consideramos indispensables, para que se vea cómo nuestras concepciones no son fruto de un prejuicio, sino un legado cultural que tiene hondas raigambres, vamos a rememorar otras autoridades.

En la Tercera Conferencia de los Estados de América. miembros de la Organización Internacional del Trabajo, reunida en Méjico en abril de 1946, se adoptaron estas resoluciones relativas a la libertad de asociación:

"1) Los empleadores y los trabajadores, públicos o privados, sin distinción de ocupación, sexo, color, creencias o nacionalidad, deberán tener el derecho de constituír organizaciones a su elección, sin autorización previa"...

"5) Cuando la adquisición de privilegios especiales por organizaciones esté subordinada a condiciones de fondo y de forma, estas condiciones no deberán ser de una naturaleza tal que menoscaben la libertad de asociación, tal como antes se definió".

El hombre es sociable por naturaleza, y uno de sus derechos básicos para el desenvolvimiento progresivo de sus capacidades, es la asociación.

Los derechos del hombre, mirados desde un punto de vista subjetivo se incorporan en las constituciones, para contener la acción arbitraria de los gobernantes y de los legisladores ordinarios, utilizando para ello los controles institucionales; considerados como un hecho constante que resplandece donde quiera que surja un núcleo humano, son una manifestación de uniformidad, de solidaridad universal, y por ello deben ser protegidos por el orden internacional.

La libertad de asociación, de la cual es una especie, la sindical, queda restringida en su substancia, cuando, con el señuelo del sindicato único de empresa se cohibe a los trabajadores en el escogimiento de organizaciones de esta clase, más en armonía con sus afinidades electivas. Cierto es que según las normas de nuestro derecho positivo, a los sindicatos les está vedada toda ingerencia en política, ya que sus finalidades deben ser "de índole económica", al decir de la ponencia.

Pero, ¡cuán quimérico es contener dentro de este recinto murado a los trabajadores!

Ellos, en su justo anhelo de reivindicaciones, de mejorestar, sienten urgencia de batallar por ideales ardientes doctrinarios que les infundan el entusiasmo y la mística indispensables para conquistar la victoria que ambicionan. Es así como van tomando posiciones alrededor de conceptos íntimamente vinculados: el destino del hombre en la vida, la organización económica de la colectividad, las tendencias sociales, la propiedad, el espacio vital.

Con una lógica indiscutible dice el relator de la trigésima conferencia internacional del Trabajo, reunida en Ginebra en 1947: "En la hora actual, numerosos países han suprimido las restricciones concernientes a la actividad política de los sindicatos. La razón de ésto es manifiesta, ya que es imposible hacer la separación entre una actividad puramente económica y social y una actividad de orden político".

En el proyecto aprobado no se demuestra cómo es compatible la facultad de escoger, atributo de la libertad, y un orden legal que la restringe en una forma irrazonable. No es suficiente afirmar que los derechos humanos no son ilimitados para cohonestar cualesquiera restricciones, porque los principios y las garantías que la Constitución consagra no pueden ser alterados de cualquier modo por las leyes. Si tal cosa fuera aceptable, el código fundamental se convertiría en una irrisión, en una mera pamema.

Con una clara probidad mental escribe el doctor Adán Arriaga Andrade: "La Constitución nacional no previó los fenómenos del paralelismo sindical', vinculado a situaciones y conceptos totalmente distintos de los que podían apreciarse en 1886 o en 1910. Por el contrario, al estatuír que 'es permitido formar compañías o asociaciones que no sean contrarias a la moralidad ni al orden social' (a. 47, 1886), más bien limitó las posibilidades de cualquier restricción al derecho de asociación. La adición de 1936 ('Las asociaciones... pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas') por su misma forma potestativa no parece modificar aquella limitación".

Otros aspectos de inconstitucionalidad

Se ha estimado que el art. 44 de la Constitución contiene la libertad de asociarse y al mismo tiempo la correlativa de no asociarse, de suerte que una asociación coactiva no se compadecería con los preceptos de la Ley fundamental, porque un derecho reconocido y garantizado no podría cambiarse dentro de la misma norma en una obligación establecida. De ser ello posible, la Constitución ha-

bría colocado en su contexto los gérmenes de su propia destrucción. Ello es palmario.

El art. 39 en la parte impugnada prescribe que el sindicato único de empresa "deberá admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión".

Comprendemos perfectamente que a esta situación compulsiva se hubo de llegar para favorecer a los miembros de los sindicatos abolidos por la disposición impugnada. Pero tal favoritismo legal no purga de la inconstitucionalidad, como quiera que el sindicato único de empresa, como persona jurídica, tiene también la libertad positiva o negativa de asociación. El texto legal le impone una absorción imperativa, cuando el personal de las organizaciones insubsistentes quiera afiliarse.

Nosotros conceptuamos que la afiliación de una persona a una compañía o asociación es un acuerdo de voluntades, generador de derechos y obligaciones. Y la absorción se presenta en la ley con caracteres coercitivos.

Si esta absorción imperativa debe desaparecer por vicios de inconstitucionalidad, el personal de las asociaciones insubsistentes, cuando el sindicato único no lo admitiera en su organización, se vería en el caso de no asociarse en esa forma, lo cual daría como resultado práctico la obligación de no asociarse.

En alguna ocasión fueron acusados como inconstitucionales algunos artículos de la Ley 264 de 1938, especialmente el 5º concebido así: "Se autoriza al Gobierno para que celebre y firme, sin posterior aprobación del Congreso, una nueva convención con el Banco de la República, con el objeto de que los precios de las aguas sales que se expenden a los elaboradores en las salinas de Zipaquirá, Nemocón, Tausa y Sesquilé, así como la sal vijua, sean rebajados a la mitad del precio actual de venta por decalitro. Se estipulará también un precio un poco mayor para las sales que compren los elaboradores que en el curso de un año, a partir de la fecha inicial de la rebaja, no sean socios de una cooperativa, cuya formación procederá el Gobierno a iniciar...".

En la acusación se dice: "Por otra parte, si lo que se ha pretendido, por medio de las disposiciones que acuso es obligar a todos los elaboradores de sal a hacerse parte en la Sociedad Cooperativa, entonces aquéllas pecan contra la libertad de industria...".

La Corte, considerando que la elaboración era función que correspondía a los particulares, dijo: "Obligar a los particulares a formar cooperativas, impelidos por los privilegios, gracias y ventajas que otorgue el Gobierno a los que se asocien con tal fin, es atentar contra la libertad de industria; es violar el art. 40 que manda que el trabajo goza de especial protección del Estado...".

En otro aparte de la sentencia se expresó lo siguiente: "...gran reparo hay que hacerle al anterior razonamiento, que consiste en que si la industria es libre, a nadie se puede obligar a asociarse, sin violentar la libertad de industria". (GACETA JUDICIAL, Tomo 51, pág. 20).

Si el sindicato único de empresa tiene el derecho exclusivo de subsistir con todas las ventajas otorgadas en el artículo 39 de la Ley 6ª, quienes se hallen fuera de él se verán compelidos a afiliarse. Y esa coacción es semejante a la que se deducía de la ley a que se refirió el fallo de que antes se habló.

Es verdad que, dada la naturaleza del derecho a que pertenece el Sindicalismo y las exigencias del orden público económico social (artículo 16 de la Constitución), es preciso admitir que ante las circunstancias apremiantes de las clases laboriosas y su debilidad en frente de los patronos, en esta lucha despiadada de la vida, hay que estimular y vigorizar las asociaciones sindicales, pero por todos los medios lícitos y apropiados.

Empero, obligar por la necesidad de la unión para la defensa, a una forma de sindicato, como lo hace el artículo 39 de la Ley 6ª, es buscar una protección del trabajo consagrada por la Constitución, quebrantando la libertad de asociación que esa misma Constitución ampara.

Derechos adquiridos

A propósito de la acusación fundada en el quebranto de derechos adquiridos, la sentencia apenas sí en un brevísimo aparte menciona el cargo y lo desecha acogiéndose a la idea de que sólo el derecho patrimonial está amparado por el Constituyente según el texto del art. 30 de la Carta.

No podemos realmente compartir el exámen de este punto de la acusación, y su consecuencial rechazo, porque a nuestro entender es errado el planteamiento que le da la sentencia; en derecho es necesario distinguir las situaciones subjetivas de las objetivas en todo linaje de fenómenos capaces de engendrar derechos y obligaciones; las objetivas que son las derivadas directamente de la ley aunque nazcan de un acto voluntario que es su causa

ocasional y no eficiente, siguen todas las transformaciones legales de tal suerte que los nuevos preceptos modifican las situaciones anteriores a ellas sin que por eso puedan señalarse como transgresores de derechos adquiridos; las situaciones subjetivas, por el contrario, son las generadas en las manifestaciones individuales de voluntad provistas de eficacia por ministerio de la ley positiva; en cada contrato, por ejemplo, se crean multitud de situaciones objetivas unas, y subjetivas otras: pertenecerá al primer grupo la posibilidad de cada parte para perseguir en justicia, sobre los bienes de la otra, el cumplimiento del pacto, y al segundo el crédito vencido a favor de un contratante por razón del convenio; la ley posterior podrá sustraer a la persecución del acreedor ciertos bienes de su deudor, pero no podrá vulnerar la situación de acreedor propiamente dicha.

Todos los expositores están acordes en que la ley no puede modificar o extinguir las situaciones jurídicas subjetivas originadas al amparo de cualesquiera circunstancias aceptadas por el derecho.

La asociación garantizada por nuestro ordenamiento constitucional puede revestir dos formas: la del contrato de sociedad reglamentado por los códigos civil y de comercio, en el cual como es obvio y nadie lo duda, hallan su fuente numerosas situaciones subjetivas, pero del cual no es el caso de ocuparnos; y la de la persona jurídica gobernada en principio y en su aspecto más general por el título 36 del Libro I del C. C., género al cual pertenece como subespecie la corporación llamada sindicato.

Las personas jurídicas mediante las cuales se individualiza una finalidad se rigen por estatutos aprobados por la Rama Ejecutiva del Poder Público (art. 636 del C. C.); en ellos se determinan los derechos y obligaciones de quienes concurren a formar la corporación, algunos de carácter patrimonial como la imposición de cuotas para el sostenimiento de la entidad, como ciertos auxilios pecuniarios que ésta puede prestar a quienes la forman, como la previsión del destino que han de tener los bienes de aquella en el evento contemplado por el art. 649 del C. C.; otros de carácter moral como el derecho a ser admitido en la corporación si se reúnen las condiciones previstas por el estatuto, el de pertenecer a ella durante todo el tiempo en que el mismo lo garantice, el de no ser sancionado por la corporación, ni excluído de ella sino por virtud de la policía correccional que, con arreglo al art. 542 del C. C., confiera a la entidad su propia norma fundamental.

Tan breve enumeración basta y sobra para destacar que cuando alguien llega a formar parte de una corporación que es persona jurídica, alrededor suyo se causan numerosas situaciones objetivas unas, porque emanan de la ley directiva del interés individualizado en la persona jurídica, subjetivas otras enfrente de ésta y de las demás personas naturales que la forman: se ha acogido al estatuto para ingresar a la corporación y para permanecer en ella mediante el cumplimiento de ciertos requisitos o calidades, se ha sometido a la policía correccional prevista en la organización de la persona jurídica, se ha sujetado a un régimen patrimonial determinado para el caso de que la persona jurídica se disuelva; se ha hecho acreedor de auxilios o socorros en circunstancias especiales; se ha obligado a concurrir con determinadas cargas al sostenimiento de la corporación.

Entonces aparece diáfanamente que una norma legal como la acusada que pone fin a la existencia de una persona jurídica (sindicato de empresa) porque se formó otra con mayor número de afiliados, y obliga a éste último a admitir a los del sindicato extinguido quienes a su vez, si no desean hacer uso de ese derecho, pierden el poder constitucional de asociarse en sindicato de la índole dicha, quebranta las situaciones subjetivas creadas alrededor del estatuto que se había dado el sindicato de empresa superviviente, y del que había adoptado el desaparecido; en efecto:

Quienes habían compuesto el primero fijando determinadas normas para la admisión de otras se ven obligados a asociarse fuera de dicha reglamentación, y a compartir con extraños todas aquellas modalidades que pretendieron perseguir sólo con arreglo a ciertos y prefijados cauces: los del sindicato extinguido pierden el derecho a perseverar asociados a la corporación por ellos escogida siguiendo su organización estatutaria y pueden quedar sometidos a un régimen de policía disciplinaria diferente del aceptado por ellos, a uno patrimonial que no les satisfaga para el caso de disolución, o para el mantenimiento de la calidad de afiliado.

Entonces no habrá para qué insistir en que la ley al consagrar semejante subversión de la voluntad individual vinculada a la asociación quebranta derechos adquiridos, y, en tal virtud, pugna con las garantías para ellos reconocidas en la Carta.

Si alguien pretendiera negar la protuberante creación de derechos perfectos en torno a asociaciones de las que según nuestra ley pueden alcanzar personería jurídica, bastaría recordarle un conocido litigio civil propuesto por un profesional contra una entidad como las de que se trata por no haber sido admitido en ella o por haber sido excluído desoyendo los estatutos correspondientes; el profesional reclama una indemnización de perjuicios por quebranto de su derecho a la situación desconocida por la asociación demandada. La justicia ordinaria ante la cual sólo se ventilan causas relativas a derechos civiles conoció de la recordada ahora y la decidió con variable éxito para el actor en los diversos grados del procedimiento; ni juez, ni magistrado alguno, incluyendo la Sala de Casación Civil de la Corte, dudó un momento de la calidad del derecho controvertido ni vaciló sobre la competencia que le asistía para conocer de la litis; la asociación en torno de una corporación con personería jurídica había dado origen a derechos civiles, situaciones subjetivas tan indudables en su génesis, en su naturaleza y en su existencia que la justicia ordinaria hasta en la más elevada jerarquía les reconoció la capacidad procesal correlativa.

El planteamiento que de este extremo se hace en la sentencia peca por su simplismo: los derechos adquiridos no son solamente aquellos que se confunden con el de propiedad, sino todas aquellas situaciones subjetivas amparadas por el derecho, creadas eficazmente por la voluntad individual y libre legalmente expresada, y que en el caso de la Ley 6ª quedan sometidas en su existencia, en su medida y en la forma de su ejercicio a preceptos sobrevinientes.

Libertad de conciencia

La sentencia respecto de la cual expresamos nuestro disentimiento desecha el cargo relativo a la libertad de conciencia con la razón, superficial a nuestro entender, de que esta garantía se configura en nuestra Constitución como relativa a las manifestaciones externas de las creencias religiosas; la libertad de conciencia no es susceptible de confundirse con la de cultos porque la primera reza con todo lo que se refiere a la información filosófica individual, y la segunda con la profesión de religiones.

Toda asociación que persigue objetivos de interés común individualizados en una persona jurídica toma pié para su existencia misma, para su estructura estatutaria, para la elección de los medios que utilizará en el logro de sus finalidades, en una idea que forzosamente, por serlo, y aunque quien lo profese lo ignore, encaja dentro de un sistema filosófico.

Bien sabido es que a propósito especialmente de la materia a que se contrae la ley **sub judice** circulan numerosos sistemas fundados en la diferente orientación filosófica de quienes por ellos propugnan; acaso sobre ningún otro tema puede afirmarse con tanta seguridad que la asociación se configura y orienta por un cauce predeterminado por la formación intelectual de quienes la constituyen.

Cuando la ley dispone la absorción de corporaciones tales por otra de la misma índole externa con el solo fundamento del número de afiliados, está imponiendo a quienes forman el sujeto pasivo de ese ejercicio el abandono de sus sistemas de lucha social y económica para adoptar necesariamente, y no so pena de renunciar a asociarse en orden a esa finalidad, el punto de vista, el método, el procedimiento del sindicato absorbente cualquiera que sea la base filosófica que haya inspirado su fundación y su elección de medios para el logro de sus objetivos.

Parece que esa fusión forzada bajo la pena de enajenar el derecho de asociarse sindicalmente ofende la libertad de conciencia, porque impone en materia de tanta monta el pensamiento mayoritario como si a los menos que piensan de diferente modo les denegara la Constitución el derecho de hacerlo y de proceder en consecuencia.

Una cuestión internacional

No era una impertinencia la insinuación de una tregua en la deliberación, con el solo fin de meditar sobre un problema de orden internacional que se suscitó. En relación con él procederemos a manifestar cuál era nuestra perplejidad:

La Ley 129 de 1931 aprobó varias convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, y una de ellas, la relativa a "los derechos de asociación y coalición de los trabajadores agrícolas" dice en su art. 1º: "Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique la presente convención se compromete a garantizar a todas las personas que se ocupen en la agricultura los mismos derechos de asociación y coalición que a los trabajadores industriales, y a

derogar toda disposición legislativa o de otro género que tenga por efecto la restricción de tales derechos respecto de los trabajadores agrícolas".

De otro lado, se expidió en el mismo año la Ley 83 de 1931, en cuyo primer artículo se dijo: "La ley reconoce a los trabajadores el derecho de asociarse libremente...". ¿Cuál era el contenido de la convención? Se pactó en ella una libertad práctica, en donde quedaba indemne la facultad de elección, o se contemplaba allí una restricción como la del art. 39 de la Ley 6ª?

Queríamos indagar en las actas preparatorias de aquella conferencia para saber cuál era su respuesta, pero no nos fue dado...

Nuestras vacilaciones crecieron en vista del convenio sobre el derecho de asociación adoptado en Ginebra en 1947 y en el cual estuvo representada Colombia por sus plenipotenciarios. Allí puede verse este artículo: "Deberá garantizarse mediante medidas apropiadas, el derecho de asociarse para todos los objetivos no contrarios a la ley".

Y en la relación referente a este asunto, se lee: "En cuanto a los límites establecidos para el ejercicio de este derecho, ellos resultan del fin de los sindicatos, contenido en la fórmula: 'todos los objetivos no contrarios a la ley' ". Vale decir que se hizo la delimitación por el objetivo, ya que una fórmula muy general, como la de observar las formalidades legales dejaba abierta la puerta para una muy amplia intervención de la ley.

En esas circunstancias parecía más conveniente trazar líneas precisas.

Llamamos la atención también a la resolución de la conferencia de Méjico acerca de la libertad con facultad de elección.

El art. 39, **in fine**, establece una prescripción para todos los trabajadores.

¿Habrá oposición entre éste y el convenio de 1931, al menos parcialmente? Si ello hubiese resultado a virtud de una investigación, tal conflicto habría que encararlo con la jurisprudencia del fallo de la Corte Plena, de fecha marzo 18 de 1941, que dijo al contemplar la colisión entre un pacto internacional y una disposición legal cómo se quebranta asimismo "el preceptó del art. 71, numeral 2º de la Carta, que prohibe al Congreso inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa incumbencia de otro órgano".

La concentración

Hay una tendencia a la concentración sindical, que va llevando poco a poco a una inconveniente y férrea centralización, olvidando que si la libertad es fuente de discusión, sus males no se curan tratando de encadenarla.

Se perfila una estructuración sindical que no nos parece muy acorde con nuestras instituciones libertarias. Ella marcha detrás de la fórmula que ideó Tomsky para el sindicalismo comunista: "Una empresa, un sindicato".

Pero, sin duda alguna es mejor orientación la que se delinea en las siguientes frases de un distinguido escritor colombiano, cuando se refería con ironía a la decantada unidad sindical: "Nosotros queremos un criterio americano, para los problemas americanos. Más claro todavía: un criterio colombiano para nuestros problemas colombianos".

Por lo que hasta aquí hemos expuesto, estamos convencidos de la inexequibilidad a que se refiere la demanda, que motivó el fallo mayoritario.

Bogotá, marzo nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

Alvaro Leal Morales. — Miguel Aguilera, Conjuez. — **Víctor Cock. — Jorge Enrique Gutierrez Anzola. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Domingo Sarasty.**

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION PETITORIA DE RENDICION DE CUENTAS

1. Los frutos percibidos durante el estado de comunidad son un bien susceptible de división. Es un bien común el que puede resultar de la administración de los bienes durante el estado de indivisión, de ahí que el copartícipe en una comunidad pueda exigir la rendición de cuentas, por lo que de ello puede convenirle. Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas. (Art. 2328 C. C.) En cuanto a la comunidad herencial, rige el mismo principio: los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesorios de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas. (Art. 1395, ordinal 3º). Si se designó un administrador del indiviso o de los bienes que integran la comunidad herencial, cualquiera de los copartícipes puede demandar la rendición de cuentas, para que se le entregue la porción que por su derecho pudiera corresponderle.

2.—Las reglas para la interpretación de los contratos, así como las referentes al significado de las expresiones empleadas, no pueden ser materia del recurso de casación.

3.—La obligación puede existir, sea en provecho de varios acreedores, sea a cargo de varios deudores, y esta pluralidad de personas de un lado y de otro, o también de los dos lados, a la vez, es en la vida económica un hecho frecuente. Cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores, la regla es que la deuda o la acreencia, siendo divisible, se distribuye en tantas porciones como haya de deudores o acreedores. (Art. 1568 C. C.). La solidaridad es una manera de ser especial de las obligaciones que se opone, tanto a la división del crédito, como de la deuda; en el primer caso, existe la solidaridad activa, porque ella comprende a los acreedores; y en el segundo, solidaridad pasiva, porque existe entre los deudores. El fin propuesto al establecer la solidaridad activa es el de dar a cada acreedor el derecho a exigir el total de la deuda. Con el pago del total hecho por el deudor a uno solo de los acreedores, queda liberado hacia todos sus acreedores, puesto que él no debe pagar sino una sola vez.

4.—Siempre y cuando que varias personas son titulares de un derecho, en concurrencia de pretensiones análogas en su esencia, se predica de este derecho que les es común. De manera que el rasgo característico que cataloga a la comunidad como institución jurídica, consiste en la igualdad de derechos sobre bienes comunes. Igualdad cualitativa, es decir, de contenido análogo en su esencia; no cuantitativa, o sea, en lo que hace a la extensión mayor o menor del derecho. El comunero tiene sobre la masa de objetos comunes y sobre cualquier parte de ella, los mismos derechos que el propietario singular, limitados, empero, por los derechos cualitativamente idénticos del resto de condóminos. La división, así sea ideal y abstracta, de derechos sobre bienes comunes, tiene por consecuencia que cada comunero sea partícipe del derecho de propiedad, por una cuota determinada, cuota que, por tanto, entra al patrimonio del comunero. Esta circunstancia de que el derecho del comunero entre a formar parte de su patrimonio particular, es la razón de ser de todas las diferencias existentes entre la comunidad y la sociedad. La sociedad quiere decir concentración de derechos en una persona jurídica, que es como tal, distinta de los socios individualmente considerados, a diferencia de la comunidad, en la que hay pertenencia de derechos ubicados en cabeza de personas físicas. Es cierto que el artículo 2323 del C. C. parece equiparar la comunidad a la sociedad, lo que ha movido al recurrente a sostener que

cuando los comuneros no han designado administrador, cada uno de ellos lo es de por sí, por delegación de los demás condueños, como sucede en el contrato social, pero tal interpretación es errada, pues el artículo en cuestión sólo se refiere a la participación de los comuneros en los gastos de la cosa común y a la distribución de sus productos. Si esto no fuera así, no se explicaría el artículo 1868 del C. C. que dispone que si una cosa pertenece en comunidad a varias personas, cada una de ellas puede enajenar su cuota, y el artículo 2442 ibidem, que le permite a cada comunero hipotecar su porción en el bien indiviso. Así, pues, no hay tal representación de los comuneros de unos por otros cuando no han designado un administrador común: por consiguiente, el haber declarado un condueño al gestor de la comunidad libre de sus obligaciones no obsta para que otro de los copartícipes pida la rendición de la cuenta del bien indiviso administrado por designación común, a fin de obtener la porción que pueda corresponderle, con referencia a la cosa administrada.

5.—El recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias, ni a provocar un nuevo examen de las pruebas. La casación no se ocupa en el fondo mismo del asunto y su misión no comprende el examen y enmiendas de todas las faltas que cometan los Tribunales, sino que se limita al estudio de la sentencia recurrida en relaciones con la ley. Si de tal examen se llega a la conclusión de que la sentencia acusada no contiene una contravención a un texto legal, la Corte no puede infirmarla, cualesquiera que sean los modos como el juzgador haya apreciado los hechos de la causa. Mas cuando en la apreciación de las pruebas incurre el Tribunal en un error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos y que a la vez envuelva una contravención a la ley, o un error de derecho que implique esa misma contravención, el recurso de casación prospera, si, por otra parte, se sujeta a la técnica requerida. El recurso, cuando el punto de partida es el referido error en la apreciación de la prueba, es una cadena formada por estos eslabones: a) El error y su demostración; b) La consiguiente violación de la ley sustantiva detallada como lo manda el artículo 531 del C. J.; d) Incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

Antecedentes

El quince de julio de mil novecientos catorce, la señora Mariana Valencia v. de Ocampo y Teresa Ocampo de Rodas, dieron poder general para la administración de sus bienes, al señor José Ocampo, según aparece de la escritura pública número 599 del quince de julio de aquel año, de la Notaría de Manizales. La administración se refirió a la finca de "CASCARERO", que las nombradas señoras poseían en común y proindiviso, y a los lotes de tierra denominados "Guerrillero" y "Arjona", de propiedad exclusiva de la demandante.

La gestión se prolongó desde el nueve de abril de mil novecientos doce, pues antes de otorgar el poder, ya las comuneras habían confiado sus bienes a Ocampo, hasta el mes de septiembre de mil novecientos veinte, en que las mencionadas señoras hicieron partición material de sus bienes, acto que no legalizaron por escritura pública, sino hasta junio de mil novecientos veintidós, correspondiéndole a la señora Valencia de Ocampo el lote mayor que siguió llamándose **"Cascarero"**, y a la señora Ocampo de Rodas, el que vino a denominarse desde entonces **"La Castalia"**.

La señora Valencia de Ocampo, por escritura pública número 551 de primero de julio del mismo año —de 1922— declaró a su mandatario a paz y salvo de las cuentas relativas a la administración.

Diez y ocho años después de haberse fenecido aquélla y haber recibido cada uno de los partícipes su porción de bienes, la llamada Teresa Ocampo de Rodas, demandó ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Manizales al administrador Ocampo, para que le diera cuenta de las gestiones encomendadas, haciendo uso del procedimiento especial consignado en el Libro II, Título XXXVIII del C. J.

La demanda fue presentada el veintidos de octubre de mil novecientos treinta y ocho, y notifi-

cada a José Ocampo el siete de noviembre siguiente. Merece citarse, por lo que se expresará adelante, el hecho séptimo de la demanda y la parte petitoria de la misma, que dice así:

"7º—El señor Ocampo no ha rendido hasta el presente cuentas a mi mandante de la administración de la hacienda de **"Cascarero"**, en la porción que a éste correspondió ni tampoco de la administración de los potreros de "Arjona" y "Guerrillero" que se dejan relacionados, etc., etc.".

La parte petitoria de la acción propuesta dice: "...que se decrete que el demandado señor Ocampo, debe rendir, dentro del término que para el caso le señale, cuentas a mi mandante, por la administración de la hacienda de "Cascarero", en la porción que a ésta le fue adjudicada, según lo visto; por la administración de los potreros de "Arjona y Guerrillero", en más de diez años, y por la de los derechos relacionados bajo los puntos a) y b) del numeral 1º de los hechos de esta demanda.

El demandado contestó rechazando las pretensiones del actor y proponiendo las excepciones de carencia de acción, de inepta demanda, la de petición de un modo indebido y la de prescripción.

La acción especial terminó ordenando la rendición de las cuentas de administración de la hacienda de **"Cascarero"**, en la porción que le fue adjudicada a la demandante, y de los predios de "Arjona" y "Guerrillero". Indicó las fechas desde las cuales debían rendirse y los renglones de producción que habrían de comprender. Apelada la decisión, fue confirmada por el Tribunal, con alguna reforma en cuanto al período de las cuentas.

Las cuentas rendidas

Por escrito de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y uno, Ocampo presentó unas cuentas relativas al lote de terreno denominado "La Castalia", explicando que éste fue el que le correspondió a la demandante en la partición material del predio de "Cascarero", efectuada en septiembre de mil novecientos veinte. Nada dijo con respecto a los demás bienes administrados.

Corrido el traslado de las presentadas, la señora Ocampo de Rodas las objetó en su totalidad, en escrito de diez y ocho de junio del mismo año, y pidió que a sus reparos se les diera la tramitación legal.

Como las objeciones aducidas entrañan los puntos de hecho y de derecho, objeto del juicio ordinario a que dieron lugar, se resumen a continuación, las cuales fueron, a saber: que el demandado ha rendido cuentas de la administración del lote de "La Castalia", cuando le correspondía rendirlas del predio de "Cascarero", que fue lo demandado y decretado, para tomar del conjunto la cuota que le corresponde a la demandante durante la indivisión, en proporción de su derecho de comunera; que el lote de "La Castalia" se constituyó en el año de mil novecientos veinte, cuando se hizo la división del inmueble de "Cascarero", formando aquél parte integrante de éste, en que la actora tenía una cuota parte, cuota que fue la que se le adjudicó a ella en dicha hacienda de "Cascarero", como heredera de Jesús María Ocampo; que el lote de "La Castalia" era la parte inculta de la hacienda y el resto estaba en plena producción; que los gastos realizados en el predio de "La Castalia", durante la indivisión, no son de cargo personal de doña Teresa, ni pertenecen al activo del demandado, sino que gravan el pasivo de la comunidad; que la forma como se han rendido las cuentas, es improcedente e inaceptable, porque cuando el lote de "La Castalia" fue desmembrado, lo siguió administrando la demandante; que existía una comunidad que administró Ocampo con poder de todos los comuneros, y que los resultados de esa administración es lo que se desea constatar, para saber la porción o cuota que le ha de corresponder a la demandante.

Luego se extiende el memorial de objeciones, en una serie de reparos con respecto a los productos y cantidades, de los cuales dió cuenta y, por último, sostiene que los apuntes presentados por Ocampo no tienen ningún valor probatorio contra la demandante, copartícipe en la finca de "Cascarero", cuya explotación fue productiva en todo tiempo de la explotación. También repara por la no presentación de los producidos de los lotes de "Arjona" y "Guerrillero", que pertenecían exclusivamente a la demandante.

Al evacuar el traslado de los reparos hechos a su cuenta, Ocampo, en escrito de fecha tres de julio de mil novecientos cuarenta y uno, expresa su desacuerdo, sosteniendo la legalidad de las presentadas y alegando que, dado que a la señora de Rodas nada le correspondió en lo que hoy se conoce con el nombre de finca de "Cascarero", y sólo se le adjudicó el lote llamado "La Castalia", las cuentas se circunscriben a lo adjudicado, en atención a los preceptos consignados en los artícu-

los 1401 y 2335 del C. C. Que en lo que respecta al predio conocido hoy como "Cascarero", sólo le interesa pedirlas a su adjudicatario, la señora Valencia de Ocampo, quien ya las recibió y otorgó finiquito por escritura pública.

"Verificada la partición extrajudicial del predio de "Cascarero" —dice— hay que entender que la señora Ocampo de Rodas, no ha tenido jamás parte alguna en lo que no le cupo en su cartilla al tenor de las expresadas disposiciones".

En lo que respecta a la administración de los potreros, que pertenecen exclusivamente a la peticionaria, sostiene que fueron improductivos, porque su mandante no suministró los dineros necesarios para el desempeño de su cometido.

El juicio fue abierto a prueba y se continuó bajo el procedimiento ordinario. (Artículo 1132 del C. J).

Sentencia de primera instancia

Con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Juez de primera instancia profirió sentencia, declarando que Ocampo no cumplió dentro del término concedido, con la obligación de rendir cuentas, a que había sido condenado en el juicio especial, y que no podían tenerse como tales, las consignadas en el memorial de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y uno, presentado por el demandado.

La sentencia recurrida

De la sentencia apeló Ocampo para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, donde al final de la actuación correspondiente, se profirió fallo con fecha dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, en que se confirmó en todas sus partes la decisión del inferior.

El demandado ocurrió en casación, a virtud de lo cual, los autos fueron enviados a la Corte, donde se encuentra el proceso, luego de recibir la tramitación debida, en estado de proferirse el fallo correspondiente.

Sostiene el Tribunal, que el juicio de cuentas tiene por objeto saber quién debe a quién y cuánto. En este procedimiento, se decide sobre la obligación de rendir las cuentas y definida tal obligación a cargo del responsable, éste debe presentarlas debidamente comprobadas. La controversia tiene por objeto el estudio de las cuentas rendidas, de su documentación y comprobación, para deducir el saldo, y a cargo de quién. Como primera cuestión, debe establecerse si el obligado rindió las cuentas y lo hizo en forma que pueda llegarse al fin propuesto.

Según se deduce de las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas en el juicio especial, la obligación que se dedujo a cargo del demandado, fue la de rendir las cuentas pedidas, por su administración de la hacienda de "Cascarero", cuyos linderos se dan en la demanda, en la porción que de ella fue adjudicada a la señora de Rodas en la sucesión del señor Jesús Ocampo, y de los potreros de "Arjona" y "Guerrillero". Que tal obligación se estableció como consecuencia del poder para administrar, que le confirió la demandante.

Que el bien de "Cascarero" estaba en comunidad entre las señoras Ocampo de Rodas y Valencia de Ocampo, durante todo el período a que se extendió la administración, la cual terminó al liquidarse la comunidad. De tal manera que, el período de aquéllas corresponde a la época de la posesión común. Que las sentencias a que se alude atrás, claramente expresaron la obligación de rendirlas, en cuanto a la comunidad. Que sólo se habla de porción para indicar lo que en tales cuentas le pueda caber a la peticionaria.

Que el demandado, contra lo dispuesto en la sentencia, se limitó a presentar cuentas relativas a la zona de terreno o lote que en la partición material correspondió a la señora de Rodas, y no de la administración total del bien común.

La circunstancia especial de ser lo administrado un bien proindiviso, hace que las cuentas, en relación con uno de los comuneros, tengan que comprender la totalidad de ellas, para poder tomar la proporción correspondiente a los derechos del comunero que las ha exigido. La cuenta debe abarcar el todo, para tomar proporcionalmente lo que corresponde a los derechos de la actora, en los valores de los ingresos o egresos, lo cual no quiere decir que la acción se haya propuesto para la comunidad.

Si el derecho de pedir cuentas corresponde a cada uno de los comuneros, el hecho de que uno haya dado finiquito, no impide que otro copartícipe pueda demandarlas del administrador común.

En cuanto a la alegación sustentada por el demandado de que, hecha la partición, cada asignatario o comunero se considera no haber tenido parte alguna en los otros bienes que no le fueron adjudicados, se refiere al dominio, a los gravámenes sobre los inmuebles y a la posesión, para el efec-

to de sumar la posesión del adquirente en un determinado bien, a la posesión de su antecesor en el dominio. Que las cuentas se exigieron como consecuencia del contrato por el cual fueron administrados los bienes por el demandado Ocampo.

Que el mandatario está obligado a rendir cuenta documentada de las partidas importantes, y que éstas no son otras que las que de acuerdo con la costumbre y práctica establecidas, se tienen como tales. Que en cuanto a los libros presentados, no sirven para documentar cuentas, porque no son el comprobante de aquéllas.

Dice, además, el Tribunal, que de los potreros de "Arjona" y "Guerrillero", se dispuso la rendición de la cuenta de sus producidos, que en respuesta, el demandado alegó que eran improductivos y que la demandante no le suministró los dineros necesarios para mejorarlos, como era su deber. Sin embargo, nada demostró de sus asertos y, en cambio, la actora adujo la deposición de varios testigos, que afirman haber visto ganados pastando en tales dehesas.

Las consideraciones que se dejan resumidas llevaron, pues, al ánimo del juzgador de segunda instancia, la convicción de que por parte del mandatario, no se cumplió con la orden de rendir las cuentas a que fue conminado.

Cargo primero

La sentencia niega el efecto retroactivo de la partición y, en consecuencia, es violatoria de los artículos 779, 1401, 2335 y 2342 del Código Civil, y del artículo 35 de la ley 57 de 1887.

Sostiene que verificada la partición extrajudicial del indiviso de "Cascarero", hay que entender que la demandante no ha tenido jamás parte alguna en la porción que no le cupo en la adjudicación; que las cuentas, en lo que respecta a la actora, deben circunscribirse a la cuota o lote que le fue señalado en la liquidación de la comunidad y que, sin embargo, el Tribunal ordena la rendición de las cuentas con respecto a todos los bienes que integraban la comunidad herencial.

Para el recurrente, el comunero no puede ejercer acción o derecho con respecto a los bienes que no le correspondieron en su haber, al verificarse la liquidación del indiviso.

Durante la comunidad, el comunero puede demandar la rendición de cuentas para la comunidad, para el todo, porque la parte individualizada no existe, sino que su derecho es general sobre todos los bienes, aunque limitado en su ejecución. Efectuada la partición, el derecho es concreto, directo y preciso; de ahí que el comunero pueda pedir cuentas para la comunidad, mientras ésta subsista, pero no puede pedirlas sino de sus cosas y efectos que le cupieron en la liquidación, cuando ésta ya se ha realizado.

Se considera:

En realidad de verdad, al tenor de los artículos 779 y 1401 del C. C., cada uno de los copartícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere. A su vez, cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en los demás bienes de la sucesión.

Pero olvida el recurrente que los frutos percibidos durante el estado de comunidad, son un bien susceptible de división, y en el caso presente existe éste, que no fue materia de la liquidación del inmueble común entre los copartícipes.

Es un bien común el que puede resultar de la administración de los bienes durante el estado de indivisión, de ahí que el copartícipe en una comunidad puede exigir la rendición de cuentas, por lo que de ello pueda convenirle. Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas. (Art. 2328). En cuanto a la comunidad herencial, rige el mismo principio: los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesorios de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas (art. 1395, ordinal 3º).

Si se designó un administrador del indiviso de los bienes que integran la comunidad herencial, cualquiera de los copartícipes puede demandar la rendición de cuentas, para que se le entregue la porción que por su derecho pudiera corresponderle.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo segundo

Violación de los artículos 28, 29, 30 y 1618 del C. C. y 471 del C. J.

Dice el recurrente que, según los términos de la providencia en que se ordenó rendir las cuentas, éstas se circunscriben exclusivamente a una parte de la hacienda o bien que fue común, y no a toda ella, como lo entendió en su decisión, sobre las objeciones, el Tribunal. Que la sentencia determinó con precisión que las cuentas debían circunscribirse a la parte o porción que en la división material le cupo a la demandada, cuando

dijo: "De la hacienda de "Cascarero", cuyos linderos se dan en la demanda, "en la porción que de ella fue adjudicada a la señora Teresa Ocampo de Rodas, en la sucesión de Jesús María Ocampo". Que si algún significado ha de tener la palabra "porción", ha de ser la de parte y no la de totalidad, como se quiere sostener.

Que en la sentencia en que se decidieron las objeciones propuestas a las cuentas rendidas, el Tribunal dijo todo lo contrario, dándole a la expresión un significado que no tiene. En la página 14, dice la sentencia:

"La circunstancia especial de ser lo administrado un bien proindiviso, hace que las cuentas de la administración del bien en relación con uno de los comuneros, tengan **que comprender la totalidad** de las cuentas del bien, para tomar de éstas la porción correspondiente a los derechos de la demandante sobre el inmueble".

Comentando este pasaje de la sentencia, expresa que su sentido no ofrece dudas cuando determina la obligación de rendir cuentas de la porción que le fue adjudicada a la actora; que el sentido de la palabra en ella empleada, es claro, y que al no tomar las expresiones de la sentencia en su sentido natural y obvio, se violan los artículos de la ley sustantiva que enumera.

Se considera:

Las disposiciones señaladas como infringidas, son reglas que el legislador ha dado para la interpretación de los vocablos usados en la ley, de las cuales se destaca la de que las palabras de ella se entenderán en su sentido natural y obvio.

El artículo 1618 dispone que debe buscarse ante todo la intención de los contratantes, más que lo literal de los vocablos citados.

Como puede observarse, en ninguno de los preceptos se determina un derecho, ni aparece la aplicación de un principio que lesione al recurrente.

Las reglas para la interpretación de los contratos, así como las referentes al significado de las expresiones empleadas, no pueden ser materia del recurso de casación.

Sería el caso de haber tachado la providencia recurrida, por error de hecho en la apreciación de la sentencia comentada, que condujo al juzgador a lesionar los intereses del recurrente, señalando las disposiciones sustantivas que configuren su derecho y que la indebida interpretación del fallo desconoció.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo tercero

Señala como violados los artículos 1518 y 1620 del C. C., por cuanto, a juicio del demandante, es físicamente imposible "dar cuenta de la porción de una finca cuando la porción es el todo", y porque, a su entender, carecería de sentido el párrafo de la sentencia en que se ordenó rendir las cuentas que cree deben limitarse a la parte, porción o cuota que en la finca de "Cascarero" le correspondió a su mandante, y no las relativas a toda la administración de tal predio.

Se considera:

El cargo ha sido mal planteado. Ha debido acusarse, como se expresó en el estudio anterior, por error de hecho en la apreciación de la sentencia.

De nuevo cabe argüir que las disposiciones transcritas contienen reglas de conducta para el juez en la interpretación legal de todo acto o contrato; por consiguiente, si hubo error en la interpretación de la sentencia, ha debido acusarse por tal aspecto.

No aparece cuál pudiera ser el hecho físicamente imposible cuyo cumplimiento se exige al actor, porque es posible la rendición de la cuenta del predio en general, para deducir la porción que en tales cuentas, o especialmente en el saldo, le pudieran corresponder a la heredera que demandó su rendición.

Mas, si lo que sostiene el recurrente es que, habiéndose ordenado la rendición de la cuenta de lo que correspondió a la demandante, el Tribunal interpretó erradamente la sentencia, ha debido acusarse por tal error, cosa que no se hizo.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo cuarto

Sostiene en este aparte de su acusación, que la sentencia viola los artículos 1568, inciso 2º y 1570 del C. C., porque exige el cumplimiento de una obligación solidaria que ya estaba cumplida como tal. A su juicio, la sentencia entiende que puede exigirse por cada uno de los acreedores, la rendición total de las cuentas del bien común.

Que dada la solidaridad entre los comuneros, como la de los socios en la sociedad, basta que el deudor u obligado a rendir cuentas, cumpla su cometido con cualquiera de los comuneros, para que dicha obligación se extinga legalmente.

La condonación, novación, compensación, etc., entre el deudor y uno de los acreedores solida-

rios, extingue la deuda con respecto a los otros, con tal que el acto ocurra antes de notificarse la demanda de otro de los acreedores.

Ocurre, dice, que uno de los comuneros, por medio de la escritura número 551 del año de 1922, que corre en autos, declaró al obligado a rendir cuentas a paz y salvo de la administración del bien común.

Sostiene que, si efectivamente hay derecho para demandar el cumplimiento de toda la obligación, ésta ya está extinguida. Si no está cumplida en la parte de uno de los comuneros, éste no tiene derecho a exigir la rendición total, sino de su cuota.

Que no se trata de una obligación indivisible.

Que ni la ley, ni la realidad material, ni la esencia condenatoria, ni tampoco la demanda, han pretendido darle tal carácter a la aludida obligación de rendir cuentas. Que el hecho de haber rendido cuentas de una parte, como lo hizo el demandado, demuestra la posibilidad física e intelectual de la división.

Se considera:

La obligación puede existir, sea en provecho de varios acreedores, sea a cargo de varios deudores, y esta pluralidad de personas de un lado y de otro, o también de los dos lados, a la vez, es en la vida económica un hecho frecuente.

Cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores, la regla es que la deuda o la acreencia, siendo divisible, se distribuya en tantas porciones como haya de deudores o acreedores. Este principio está consagrado en nuestro C. C. en el artículo 1568, que dice:

"En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

"Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y, entonces la obligación es **solidaria o insolidum.**

"La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

La solidaridad es una manera de ser especial de las obligaciones que se opone, tanto a la división del crédito, como de la deuda; en el primer caso, existe la solidaridad activa, porque ella comprende a los acreedores, y el segundo, solidaridad pasiva, porque ella existe entre los deudores. El fin propuesto al establecer la solidaridad activa, es el de dar a cada acreedor el derecho de exigir el total de la deuda. Con el pago del total hecho por el deudor a uno solo de los acredores, queda liberado hacia todos sus acreedores, puesto que él no debe pagar sino una sola vez.

En el caso en estudio, no aparece que al constituír como administrador de una comunidad al demandado, se hubiera pactado entre los comuneros que lo designaron, solidaridad para el ejercicio de los derechos que pudieran resultar del contrato. No es el caso de solidaridad por testamento, ni existe disposición legal que la establezca entre los comuneros.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo quinto

Sostiene en este cargo la violación de los artículos 2103, 2105, 2106, 2107 y 2323 del C. C. porque, dice: "uno de los socios de la comunidad, con facultades de administrador declaró cumplida la obligación".

Afirma que siendo el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, igual al de los socios en el haber social, debe entenderse que cada uno de los comuneros ha recibido de los otros el poder de administrar. "Este poder de administrar entiende la autorización para contraer, a nombre de la comunidad, las obligaciones y de ejercer los derechos comprendidos en el giro ordinario de ella", que en el giro ordinario de la comunidad está el de dar o recibir cuentas anualmente sobre la administración del bien común y dentro de los límites legales, otorgar el finiquito a las cuentas, obligando, naturalmente, a la comunidad.

Aplicando su teoría al caso del pleito, dice que la señora Valencia de Ocampo, "como madre ejercía de hecho la administración de la comunidad y en derecho le cabía por cuanto no se había pactado nada al respecto. Que directamente, la nombrada señora podía entenderse con el administrador de la cosa común y exigir cuentas y que efectivamente las recibía. Que de igual modo pudo declarar a paz y salvo al mandatario sobre las cuentas que tuvo con él pendientes por razón de la administración que le fue confiada. Que tal aparece de la escritura pública número 551 de

julio de mil novecientos veintidós, de la cual se desprende que las cuentas se liquidaron, y que si hubo saldo a consecuencia de su administración, éste se cubrió íntegramente. Que en el aludido instrumento se habla en general de las cuentas que la otorgante comunera tuvo con el administrador de la hacienda de "Cascarero", donde no se habla de "porción", sino de toda la finca, lo que lleva a concluír que la extinción de la obligación de rendir cuentas, fue total, y que si se llegara a suponer exceso o extralimitación en las facultades administrativas de la aludida comunidad, se estaría haciendo un cargo a ella, luego la demanda está mal dirigida o la sentencia "pretermite por otro aspecto la disposición del artículo 2105 del C. C."

Contestación al cargo quinto

Sin apoyo alguno en el proceso, el recurrente hace afirmaciones, como la de que la señora Valencia de Ocampo, "como madre ejerció de hecho la administración de la comunidad".

Al respecto, sólo consta que esta señora y su hija, mayor de edad, dieron en administración a José Ocampo, un bien que poseían proindiviso. Que dividieron el inmueble común sin haber tenido en cuenta tal administración y que sólo una de las comuneras, la señora Valencia de Ocampo, otorgó finiquito al administrador, sin que expresara, como puede verse de la escritura pública número 551 ya citada, que lo hacía como administradora de la comunidad y sin que, por otra parte, haya constancia de que ejerciera tal administración, como lo sostiene el recurrente:

Siempre y cuando varias personas son titulares de un derecho, en concurrencia de pretensiones análogas en su esencia, se predica de este derecho que les es común. De manera que el rasgo característico que cataloga la comunidad, como institución jurídica, consiste en la igualdad de derechos sobre bienes comunes. Igualdad cualitativa, es decir, de contenido análogo en su esencia; no cuantitativa, o sea en lo que hace a la extensión mayor o menor del derecho.

El comunero tiene sobre la masa de objetos comunes y sobre cualquier parte de ella, los mismos derechos que el propietario singular, limitados, empero, por los derechos cualitativamente idénticos del resto de condóminos.

La división, así sea ideal y abstracta, de derechos sobre bienes comunes, tiene por consecuencia que cada comunero sea partícipe del derecho de propiedad, por una cuota determinada, cuota que, por tanto, entra al patrimonio del comunero.

Esta circunstancia de que el derecho del comunero entre a formar parte de su patrimonio particular, es la razón de ser de todas las diferencias existentes entre la comunidad y la sociedad. La sociedad quiere decir concentración de derechos en una persona jurídica, que es como tal, distinta de los socios individualmente considerados, a diferencia de la comunidad, en que hay pertenencia de derechos ubicados en cabeza de personas físicas.

Es cierto que el artículo 2323 del C. C. parece equiparar la comunidad a la sociedad, lo que ha movido al recurrente a sostener que cuando los comuneros no han designado administrador, cada uno de ellos lo es de por sí, por delegación de los demás condueños, como sucede en el contrato social, pero tal interpretación es errada, pues el artículo en cuestión, sólo se refiere a la partición de los comuneros en los gastos de la cosa común y a la distribución de sus productos.

Si ésto no fuera así, no se explicaría el artículo 1868 del C. C., que dispone que si una cosa pertenece en comunidad a varias personas, cada una de ellas puede enajenar su cuota, y el artículo 2442 ibídem, que le permite a cada comunero hipotecar su porción en el bien indiviso.

Así, pues, no hay tal representación de los comuneros de unos por otros cuando no han designado un administrador común; por consiguiente, el haber declarado un condueño al gestor de la comunidad libre de sus obligaciones, no obsta para que otro de los copartícipes pida la rendición de la cuenta del bien indiviso administrado por designación común, a fin de obtener la porción que pueda corresponderle, con referencia a la cosa administrada.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo sexto

Sostiene el recurrente que la sentencia en estudio es violatoria de los artículos 2335, 2141, 1397, 1394 del C. C. en concordancia con los artículos 540 y 544 del C. de Comercio, porque "atenta contra el orden natural y lógico de la partición de la comunidad". Sostiene que la liquidación de una comunidad debe ceñirse, no existiendo reglas precisas y especiales, a las disposiciones del contrato de sociedad y a la partición de la herencia. A su

entender, la ley exige que para poder verificar la partición de una comunidad, es necesario liquidar previamente lo que a cada uno de los partícipes corresponde. Concluye sosteniendo que solamente después de rendir cuentas, puede hacerse una liquidación real de lo que a cada uno se deba.

Se encamina toda su argumentación a afirmar que verificada la partición del bien común, ya no es posible la rendición de cuentas.

Se considera:

Carecen de toda seriedad los argumentos presentados en este cargo, pues, como ya se vio, el artículo 1395 del C. C., en su inciso 3º, da reglas para la partición de los frutos percibidos después de la muerte del testador y durante la indivisión herencial. Allí se establece que los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa a prorrata de sus cuotas; deducidos, empero, los frutos y accesiones pertenecientes a los asignatarios de especie.

De que en la división de bienes comunes deban seguirse las disposiciones especiales que el código trae sobre la materia y en todo aquello que no se prevea, se aplicarán las relativas a la partición de la herencia, no se deduce que sea indispensable obtener la cuenta de la administración de los bienes comunes antes de proceder a la partición.

Lo que sucede en la práctica, en el presente juicio, es que ha quedado una parte del patrimonio común que no fue distribuída y para saber su monto, uno de los copartícipes ha pedido la rendición de la cuenta de su administración.

Las disposiciones del Código de Comercio que se citan pertinentes en la liquidación de sociedades, no vienen al caso, por las mismas razones ya expuestas.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo séptimo

Dice el recurrente:

"La sentencia infringe los artículos 2181 del C. C. y el inciso final del artículo 93 de la ley 153 de 1887, porque en las cuentas presentadas no hay partidas importantes que deban comprobarse por escrito".

Sostiene que la expresión "partidas importantes" es en extremo difícil de apreciar, que el único índice legal para determinar su alcance lo da la parte final del artículo 93 citado, cuando determina que las obligaciones de más de quinientos pesos deben constar por escrito y que para ellas no se admite la prueba testimonial.

Que el Tribunal ha debido tener en consideración las circunstancias de tiempo y lugar, ya que hace veinte años no existían los medios con que se cuenta hoy para obtener la comprobación de gastos, y que debe pensarse igualmente en las dificultades de todo orden que se le presentan a un campesino para allegar comprobantes de los gastos de una administración agrícola.

Que si se revisan las cuentas, se verá que en la moneda desvalorizada corriente en la época en que se originaron aquellas, no sería posible sostener que las partidas de tales cuentas fueron importantes.

Se considera:

El cargo es inconducente, en realidad. El Tribunal, de paso, en la providencia recurrida, manifiesta que no se comprobaron las partidas importantes de las cuentas, pero sobre el particular no tuvo ocasión de pronunciar su fallo, pues la sentencia se limita a declarar de una manera terminante "que no se cumplió con la obligación de rendir cuentas", no porque el Tribunal no las admitiera por la carencia de documentación o comprobantes que las justificaran, sino por cuanto el obligado no rindió las correspondientes a los predios de "Arjona" y "Guerrillero", que se le demandaron, y en cuanto a la finca de "Cascarero", que Ocampo administró cuando tal predio pertenecía en comunidad a la demandante y a la señora de Ocampo, el obligado se limitó a rendir cuentas del lote de "La Castalia", que fue el adjudicado a la demandante en la división material del predio de "Cascarero".

No habiendo, pues, fallo sobre la materia, no es posible entrar al fondo de la cuestión, porque lo expresado por el Tribunal no incidió en lo resuelto en la sentencia recurrida.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo octavo

Dice el recurrente:

"Los numerales 1º y 3º del artículo 2184 y el artículo 1609, ambos del C. C., han sido violados por la sentencia al rechazarse la excepción del mandatario por mora o culpa del demandante".

En desarrollo del cargo, manifiesta que en la administración de los predios de "Arjona" y "Guerrillero", que eran de la propiedad exclusiva de la demandante, el administrador no pudo hacerlos productivos, porque aquella no le suministró fon-

dos para arreglarlos debidamente. Que, a pesar de que la actora no probó el cumplimiento de sus obligaciones como mandataria, el Tribunal la condenó a la rendición de las cuentas, olvidando que el mandato es un contrato bilateral y la norma del artículo 1609 es perentoria e inevitable.

Que no podía alegarse la amplitud del mandato conferido para la adquisición de los fondos, porque para tomar dinero a interés se requiere autorización expresa del mandatario.

Se extiende en consideraciones sobre la imposibilidad en que estuvo de atender mejor a la administración de las referidas fincas, por estar situadas a gran distancia del predio de "Cascarero", cuya importancia y valor lo obligaron a dedicarle mayor atención. Que la sentencia adolece del error de imponer obligaciones al mandatario y no excusarlo de éstas si, por otra parte, el mandante no cumplió con las de su cargo.

Termina sosteniendo que en cuanto a los dichos potreros, la sentencia debe casarse por violación directa e interpretación errónea de los preceptos ya citados.

Se considera:

El cargo que se desprende de la afirmación que hace el recurrente de que el Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta el contrato de mandato para deducir de ello que es contrato bilateral que obliga tanto al mandante como al mandatario y que por no haberlo considerado así, rechazó la excepción propuesta con violación de las disposiciones que enumera, está mal planteado, como quiera que se trata no de una violación directa de la ley, como lo expresa el recurrente, sino de falta de apreciación de una prueba: el contrato de mandato que consta por escritura pública.

El recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias, ni a provocar un nuevo examen de las pruebas. La casación no se ocupa del fondo mismo del asunto y su misión no comprende el examen y enmiendas de todas las faltas que cometan los Tribunales, sino que se limita al estudio de la sentencia recurrida en relaciones con la ley. Si de tal examen se llega a la conclusión de que la sentencia acusada no contiene una contravención a un texto legal, la Corte no puede infirmarla, cualesquiera que sean los modos como el juzgador haya apreciado los hechos de la causa. Mas cuando en la apreciación de las pruebas incurre el Tribunal en un error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos y que a la vez envuelva una contravención, el recurso de casación prospera si por otra parte, se sujeta a la técnica requerida.

El recurso cuando el punto de partida es el referido error en la apreciación de la prueba, es una cadena formada por estos eslabones: a) El error y su demostración; b) La consiguiente violación de la ley sustantiva detallada como manda el art. 531 del C. J.; c) Incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia.

Nada de esto se observa en el cargo en estudio. Se limitó el memorialista a citar unas cuantas disposiciones del C. C. y tratándose de errónea apreciación de pruebas no se indicó el concepto de su no apreciación.

Por otra parte aparece del expediente el dicho de varios testigos, que con respecto al punto concreto de no producción de las dehesas de "Arjona" y "Guerrillero", a que se contrae la objeción propuesta, sostiene que allí mantuvo en diversas ocasiones el administrador Ocampo, partidas de ganado, y detallan el número de reses que hubieran cabido en sus pastos. Con respecto a estas pruebas, no se estableció el error en que pudo incurrir el sentenciador al apreciarlas, y bien pudieran ser ellas soporte suficiente para mantener el fallo.

Por lo demás, como lo dice el Tribunal, el poder conferido al señor Ocampo era tan amplio, que con mediana preocupación hubiera logrado conseguir los recursos requeridos para surtir de ganado las nombradas dehesas, para desmontarlas y ponerlas en estado de producir, máxime cuando la finca de "Cascarero" era bastante productiva y en ella tenía la señora de Rodas una cuota importante.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo noveno

Ataca el recurrente también por violación de los artículos 2536, 2529, 2545, 2101 y 668 del C. C., porque dice: "alega la excepción perentoria de prescripción, no ha sido debidamente considerada".

Se considera:

La excepción de prescripción fue alegada por el recurrente al contestar el traslado de la demanda en el juicio especial sobre rendición de cuentas propuesto por la señora Teresa Ocampo de Rodas contra José Ocampo.

Era esa la oportunidad legal para proponerla, pues precisamente en el procedimiento especial es

cuando se decide si el demandado está obligado o no a rendir cuentas. En tal ocasión, el juez puede declarar que no existe la obligación, ya porque el actor no haya demostrado su derecho, o porque la acción haya prescrito.

La excepción correspondiente fue fallada en su día, desfavorablemente, por el juez de primera instancia que conoció del juicio especial y apelada su decisión, la confirmó el Tribunal. Tal sentencia no se encuentra al estudio de la Corte, porque la recurrida no podía ser otra que la pronunciada en el juicio ordinario a que dio lugar la oposición en el juicio especial.

En obedecimiento al mandato proferido en el juicio sumario, el obligado señor Ocampo presentó las cuentas que juzgó convenientes. Estas las rechazó el juez, por considerar que no había cumplido con la obligación impuesta. Apelada la providencia, la confirmó el Tribunal.

En el ordinario, no tuvo tal corporación lugar de pronunciarse sobre la excepción de prescripción, que por lo mismo no puede ser materia del recurso; si lo fuera, ocurriría estudiar si el hecho mismo de proceder a rendirlas satisfactoriamente o no, constituye una renuncia de la prescripción ante el artículo 2541 del C. C.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sentencia

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Sin costas porque no se causaron.

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

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION

El motivo 2º de casación es procedente cuando la sentencia decide sobre algo no demandado ni controvertido o más allá de lo pedido o cuando deja de decidir sobre pedimentos contenidos en las acciones ejercidas o las excepciones opuestas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Adela Sierra demandó a Germán Sierra en reivindicación del inmueble ubicado en el Municipio de Bello y alindado en el libelo de demanda en que la actora pide se la declare dueña de esa finca y se condene al reo a restituírsela y pagarle sus frutos.

Repartido el asunto al Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, se admitió allí la demanda que se notificó al demandado el 21 de noviembre de 1945. La contestó oponiéndose y aduciendo entre otras excepciones la de prescripción. Tramitada la instancia, el Juzgado falló el 28 de junio de 1946 absolviendo por estar probada la ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora.

La apelación del abogado de ésta llevó el asunto al Tribunal Superior donde, previa la actuación de ley, se desató la segunda instancia en sentencia de 12 de marzo de 1947 que revoca la apelada, halla probada la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio alegada por el demandado y lo declara dueño del inmueble en disputa.

No hubo condenación en costas en ninguna de las instancias.

El abogado de la actora interpuso casación. Preparado debidamente el recurso, hoy se decide.

Sencillo es el relato de los antecedentes. La señorita Micaela Sierra Lalinde falleció el 14 de febrero de 1925 bajo el testamento que había otorgado el 30 de julio de 1941 y que, abierto con las formalidades legales, quedó protocolado en la Notaría 3ª de Medellín por instrumento número 615 el 24 de marzo de aquel año (1925). En él instituyó heredera a su hermana Filomena y ordenó que al morir ésta, los bienes de que no hubiera dispuesto se repartieran en forma que, en lo atañedero al presente litigio, consiste en que el terreno en que está la casa de la señora Concha Rojas viuda de Alonso Sierra, hermano de la testadora, fuera para la señora Rojas y sus hijas solteras. En la causa mortuoria de la señorita Micaela, protocolizada en dicha Notaría con el número 2284 el 7 de noviembre de 1925, se adjudicó el inmueble aludido a su hermana Filomena, quien murió el 4 de marzo de 1939 sin haber dispuesto de él.

Es de advertirse que los linderos de la demanda son los mismos de la hijuela.

Le sobrevivió la señora Concepción Rojas de Sierra, quien falleció el 7 de dicimbre del mismo año (1939), dejando como única hija soltera a la actual demandante.

Quedan resumidos los hechos fundamentales de la demanda, a la que se acompañaron en copia notarial el testamento e hijuela mencionados y partidas parroquial de defunción de las señoritas Micaela y Filomena y de la señora Rojas de Sierra.

El Juzgado llegó a su conclusión dicha por deficiencia en las pruebas del estado civil de la actora.

El Tribunal, sin encontrar estorbo al respecto, entró en el fondo y al analizar las probanzas halló acreditada la prescripción que declaró en favor del demandado.

El abogado recurrente aduce los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Los cargos relativos al motivo 1º los ordena numerándolos en esta forma:

1) Estando probado que doña Micaela era dueña del terreno en disputa, que a su muerte se adjudicó a su hermana Filomena y que desde entonces hasta su muerte lo ocupó doña Concha, no hay persona distinta de la heredera de esta señora, es decir, de la demandante, que pueda invocar ocupación con ánimo de señor antes del fallecimiento de doña Concha, por lo cual "se viola el artículo 762 del C. C. interpretando los hechos

de manera inconducente." Los hechos a que se refiere este cargo son, según el mismo, en lo relativo al dominio de doña Micaela, la inspección ocular de la primera instancia y las declaraciones de testigos en la segunda. Otro tanto sobre ocupación por las señoras Filomena y Concha hasta su muerte.

2) El testamento de Micaela y la adjudicación en su mortuoria a Filomena constituyen título de dominio en favor de ésta, sujeto a la referida condición en favor de Concha y sus hijas solteras, única de éstas Adela. "Luego se está desatendiendo —dice— el tenor literal y el sentido íntimo de los artículos 765 y 783 del C. C. al desconocer a la recurrente el derecho invocado en la oportunidad y con plenitud de formas".

3) El fallo desconoce, "con violación indirecta del artículo 783 citado", que a la muerte de doña Concha su hija Adela entró en posesión de su herencia y, por tanto, del derecho que arranca del testamento referido.

4) Germán no podía poseer desde niño para él lo que era propiedad reconocida de Micaela, Filomena y Concha sucesivamente; y como Adela demostró sus derechos en la forma dicha y que se hallan inscritos, al aceptar las pretensiones de aquél viola el Tribunal el artículo 980 de aquel Código.

5) En este numeral objeta el recurrente las declaraciones de testigos recibidas en segunda instancia a solicitud del demandado, tanto en sí diciendo que los testigos se contradicen, cuanto a la forma en que quedaron escritas. En esto último habla de las enmendaturas, que califica de adulteraciones, no salvadas en la forma que establece el artículo 691 del C. J., por lo cual se faltó a éste, al 692 y, en consecuencia, a los artículos 593 y 594 del mismo. Y llama la atención a que las enmendaturas son en la frase relativa a la ocupación de la casa pajiza por doña Concha. Cuanto a las contradicciones, las halla en que los testigos aceptan que esta señora vivió allí largo tiempo y afirman, sin embargo, que Germán posee hace más de treinta y cinco años sin reconocer dominio ajeno, a más de lo cual dice que Germán adquirió por herencia de sus padres, siendo así que la señora Concha, madre de Germán y Adela, vivió hasta fines de 1939, adquirió y ocupó a la muerte de Filomena y ésta había poseído desde la muerte de Micaela.

6) Este punto, que es el último de los relativos al motivo 1º de casación, está redactado así: "Estando probado por la actora, como lo está, y con las mismas pruebas del demandado, y aceptado por éste, que Micaela fue dueña del terreno en cuestión hasta el año de 1925 en que murió; que a su heredera Filomena se le adjudicó este terreno en la forma que reza el testamento de aquélla; y que tiene su título inscrito, como vimos; que ésta falleció el 4 de marzo de 1939, fecha en que, por tanto, se defirió la herencia a Concha y a su única hija soltera, mi poderdante Adela; y que el propio año murió Concha, quien vivía en la casa pajiza y allí fue a morir, según los propios testigos del demandado, la prescripción no existe; o apenas principió en 1939, año de la muerte de Filomena y de Concha; o en el peor de los casos, forzando los hechos y la ley, en 1925, año de la muerte de Micaela. Pero en cualquiera de ellos, es claro que la prescripción no se ha consumado; no existe. Los mismos certificados del Catastro y de la Tesorería de Caminos traídos por Germán Sierra (fls. 5 a 6 y v. del cuaderno de pruebas del opositor en la primera instancia), están demostrando que sólo de 1925 para acá es propietario, y que antes de ese año no hay constancia de que lo fuera, lo que demuestra mis afirmaciones. Luego el Tribunal, al declarar la prescripción, violó directamente el artículo 2526 del C. C. y aplicó indebida y erróneamente el artículo 2531 del mismo código".

Las precedentes transcripciones y síntesis dejan expuesta la demanda de casación tal como el recurrente la ha formulado.

El fundamento cardinal de la declaración de prescripción hecha en la sentencia lo suministran las declaraciones de testigos recibidas en primera y segunda instancia en que personas conocedoras de la finca y de la familia Sierra, dando razón de su dicho por obra de sus propias percepciones, afirman que Germán Sierra ha poseído esa finca viviendo en ella y cultivándola sin reclamo de nadie por un lapso de tiempo mayor de treinta años y que a sus expensas reemplazó la pequeña casa pajiza que allí hubo con la casa de construcción moderna que habita él con su esposa y sus hijos. De ese número plural de testigos varios son mayores de sesenta años. Germán nació en octubre de 1890.

El Tribunal no niega que Micaela fuera dueña de La Madera, ni que testara como ya se dijo, ni que en su mortuoria se hiciera la mencionada adjudicación a Filomena, ni que ésta falleciera sin haber dispuesto de lo que, en muriendo, se-

ría para Concha según lo pertinente de aquel testamento, ni que Concha sobrevió a Filomena, ni que Adela sea hija de Concha. El Tribunal pronunció su fallo, repítese, no por desconocer estos hechos, sino porque al frente de ellos se levanta la prescripción extraordinaria acreditada por Germán con las inspecciones oculares que identifican y singularizan lo que ha ocupado y con las aludidas declaraciones de testigos sobre la calidad y duración de estos actos posesorios.

Advierte el Tribunal que la finca La Madera "estaba dividida en tres lotes separados en una parte por la carretera y en otras por cercos; que en uno de ellos tenían su casa las señoritas Micaela y Filomena Sierra, en el otro vivía doña Elena Jaramillo de Sierra con su hijo Juan, y finalmente el tercero es el que ha poseído Germán Sierra, el demandado; que la señorita Filomena Sierra no vivió nunca en la casa del lote que ocupa Germán Sierra, la que era pequeña y pajiza, hasta que el demandado construyó en el mismo punto la que ahora existe, que es cómoda y bien presentada; que la señora Concepción Rojas de Sierra vivió por muchos años con su hija Ana Rita Sierra de P. en la calle llamada del Hoyo de la población de Bello y por eso no vivió en la antigua casa pajiza ni tampoco en la que construyó el demandado y sólo iba allí de vez en cuando a visitar a éste, que era su hijo, y cuando ya estaba para morir, Sierra la llevó a su casa en donde falleció...".

Llama la atención el Tribunal a que la parte actora se limitó a repreguntar a los declarantes que aseveran esos hechos y que se reafirmaron en su dicho. Agrega que no hay un sólo testimonio que contradiga las afirmaciones de los declarantes presentados por el demandado, pues los presentados por la demandante se limitan a decir que en el lote a que se refiere el juicio existió una casa pajiza en donde habitaron la señora Concha y su marido, sin precisar la época en que esto sucediera, y a decir que la señora Concha murió en la casa que reemplazó a la pajiza, detalle sobre el cual la sentencia vuelve a referirse a que esto fue porque Germán llevó allí a su madre cuando estaba enferma de gravedad y poco antes de su muerte.

Es de observarse ante todo que la separación de la finca La Madera en tres lotes distintos, hecho sobre el cual nada objeta el recurrente, explica con sencillez la simultaneidad de sendas posesiones exclusivas por los respectivos ocupantes y, por ende, que no haya contradicción entre la de Germán sobre el lote hoy disputado y la de cualesquiera otras personas sobre los lotes restantes.

Las enmendaturas en las declaraciones de testigos de la segunda instancia no conducen a desecharlas y es de advertirse que no recaen sobre las frases en que los testigos aseveran la posesión de Germán por más de treinta y cinco años continuos sin oposición de nadie. Pero, aunque de esas declaraciones se prescindiera, las de la primera instancia en el mismo sentido de posesión de largo tiempo en favor de Germán bastarían para sustentar el concepto de haberse consumado esa prescripción.

Y de otro lado, aunque hubiera conflicto entre el dicho de los testigos de la demandante y los del demandado, el Tribunal al optar por la prevalencia del de éstos, ejercitaría la potestad que le confiere el C. J. en su art. 702, y por lo mismo, no podría hallarse error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial. Tampoco error de hecho puede hallarse, puesto que el Tribunal estima esa prueba y las restantes tal como rezan las diligencias o actas respectivas, sin que en su apreciación quepa encontrar ese error que, además, ha de ser tal, en su caso, que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Se habla de esto, porque, basándose la sentencia recurrida en las pruebas de que dedujo la prescripción, lo procedente para acusar de quebranto de disposiciones sustantivas habría sido comenzar por tachar de errónea la apreciación de aquéllas, tal como indica el citado art. 520 del C. J. en su numeral 1º.

El recurso no se ha formulado así.

Más todavía: lo antedicho acerca de esas pruebas y de la manera como el Tribunal las apreció para deducir de ellas la prescripción que dedujo, está indicando que, aunque el cargo se hubiera presentado en debida forma, no habría podido acogerse.

No prospera, pues, el cargo de violación del art. 2531 del C. C.

Tampoco el de quebranto de los arts. 789, 980 y 2526 del mismo. El recurrente lo formula contrastando la titulación de la demandante con la ausencia completa de título alguno por parte de Germán y de ahí deduce la imposibilidad de aducir prescripción. Quiere así revivir la antigua controversia relativa al registro. Innecesario exponer aquí cómo ella quedó resuelta por las múltiples razones que en su día se presentaron, entre las cuales culmina como decisiva la simple distinción

entre la posesión material y la inscrita, distinción obligada que, en lo atañedero a este tema, ha bastado para escuchar con su voz de prevalencia lo que proclama el citado art. 2531 cuando dice en su regla primera: "Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno" y cuando añade en su regla segunda: "Se presumen en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio".

No es óbice, por ende, para la prescripción de Germán la falta de título de esta clase; ni lo es, consecuencialmente, la circunstancia de que su contraparte alegue títulos inscritos. De ahí que la Sala no estudie, por inoficioso, los títulos que invoca la demandante, puesto que ante lo ya expresado nada adelantaría ella en la presente causa si ese estudio concluyera en que efectivamente son completos desde el punto de vista del registro y satisfactorios. Esto no impediría que por su lado se adelantara y consumara la mencionada prescripción.

En suma: no prosperan los cargos formulados dentro del motivo 1º del citado art. 520.

Cuanto al motivo 2º, se observa: es procedente cuando la sentencia decide sobre algo no demandado ni controvertido o más allá de lo pedido cuando deja de decidir sobre pedimentos contenidos en las acciones ejercidas o las excepciones opuestas. Nada de esto alega el recurrente, quien dentro de este motivo 2º insiste en reclamar contra la prescripción diciendo que su declaración se debe a desestimación de unas pruebas y sobreestimación de otras con quebranto de los arts. 691, 692, 701, 593 y 594 del C. J. Si esto hubiera sucedido, daría base al motivo 1º, como se ha visto en el capítulo anterior del presente fallo.

Se rechaza, pues, este otro cargo.

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 de doce de marzo de mil novecientos cuarenta y siete dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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. Ofl. Myr. Ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE BIENES VACANTES. — REPRESENTACION DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN LIQUIDACION. — NULIDADES ADJETIVAS. — BIENES VACANTES.

1.—En ningún caso sería aceptable la conclusión de la imposibilidad de representación de una sociedad anónima que ha sido disuelta y ha entrado por tanto en el estado de liquidación por no haberse provisto en la escritura social ni en la de disolución al nombramiento de liquidador.

2.—La nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva o indebida representación, como base de alegación de la causal sexta de casación no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada, que es la única en quien reside el interés jurídico para pedir y obtener la reposición de lo actuado.

3.—Dentro de la organización jurídica de la propiedad, la materia relativa a los bienes vacantes constituye una institución muy peculiar estructurada por normas especiales que subsisten en nuestra legislación positiva a pesar de que "esta categoría de los bienes vacantes, tiende a desaparecer, si no ha desaparecido del todo, dada la institución del registro de la propiedad inmueble", como lo anotó la Comisión redactora del Código de Procedimiento Civil al comentar las disposiciones relativas a su declaración judicial. Los artículos 706, 708 y 709 que contiene el Código Civil en su título de la Ocupación, el artículo 82 de la ley 153 de 1887, que declara de pertenencia de los Municipios de su ubicación los bienes vacantes, y las normas adjetivas del Título XXIII del Libro III del C. J. forman el tratado de derecho positivo que gobierna este modo de adquisición establecido exclusivamente en favor de la entidad municipal mediante un procedimiento legal que termina con sentencia que hace la declaración de vacancia y que registrada en el lugar de su ubicación constituye el título de propiedad del Municipio. Aplicando a estos pocos textos legales los principios fundamentales de derecho y engranándolos doctrinariamente con el sistema general de la propiedad, ha consagrado la jurisprudencia las condiciones jurídicas esenciales dentro de las cuales puede operar la institución de los bienes vacantes, las cuales, en síntesis y por lo que hace al inmueble, consisten en que hayan estado en dominio particular anterior, pues no habiendo en nuestro derecho RES NULLIUS las fincas de nadie serían baldíos de propiedad nacional; y que esté actualmente abandonado, esto es, "sin dueño aparente o conocido", lo que presupone el abandono no solo en relación con el antiguo propietario sino la ausencia de todo otro poseedor, que tendría en su favor la presunción legal del dominio y la posibilidad jurídica de adquirirlo por el modo de la prescripción. El abandono, entendido en su acepción adecuada, es el permanente e inveterado que el dueño hace de su bien en forma que se traduzca en dejación o desamparo jurídico, no simplemente el que induzca negligencia o descuido o que equivalga a la ausencia de los actos de mera facultad o disposición que conlleva el dominio.

La vacancia es imposible desde que aparece un poseedor cualquiera. La propiedad atribuída por la ley a los Municipios a través de la reglamentación procedimental correspondiente es la de los bienes raíces jurídicamente desamparados, sin dueño conocido ni aparente; no la de los inmuebles poseídos aunque sea sin título, o con títulos insuficientes.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En escrito de fecha 30 de agosto de 1940, repartido al Juzgado 2º de este Circuito, Rosa Uribe de Carrizosa, pidió que por los trámites especiales que señala la ley, se declare que es vacante, y

por tanto perteneciente al Municipio de Bogotá y a ella, "un lote de terreno abandonado situado entre las carreras 5ª y 6ª de esta ciudad (Avenida Jiménez de Quesada), comprendido dentro de los siguientes linderos: por el norte, con la antigua ronda del río San Francisco; sur, con casa de Ana Galvis de Rocha, y lotecito de Carlos Michelsen, hoy de sus herederos; oriente, con el dormitorio de Niños desamparados o sea la Curia de Bogotá; y occidente, con una casa de Michelsen y antigua ronda del río San Francisco".

Fundó su acción en que el lote está abandonado, no tiene dueño y se encuentra dentro de los límites municipales.

Manifestó la demandante que el lote no tiene tenedor conocido a quien notificar la demanda y pidió que se le corriera traslado de ella al Personero Municipal para que, si lo tenía a bien, coadyuvara su demanda.

El Personero al descorrer el traslado, dijo: "Me abstengo de coadyuvar la acción intentada porque los datos obtenidos indican que el inmueble relacionado en la demanda tiene dueño aparente y conocido. En el Juzgado 6º Civil del Circuito cursó una demanda del señor Adolfo Carrizosa tendiente a obtener, mediante los mismos trámites, de la acción ahora intentada, igual declaración de vacancia. Allí se opuso la sociedad Michelsen & Cía. presentando títulos de propiedad y la instancia caducó".

Al llevar a efecto el secuestro legal fue necesario, para identificar el lote alinderado, entrar por la casa Nº 5-58 de la calle 14 de esta ciudad, donde se encontró al doctor Luis Eduardo Gacharná, quien impuesto del objeto de la diligencia, manifestó que si fuera posible identificar el lote denunciado quedaría dentro de los linderos del inmueble donde se hallaban, perteneciente a la sociedad Michelsen & Cía S. A., y entonces, en calidad de liquidador de ella, se oponía a la declaratoria de vacancia y pedía que se dejaran en su poder. Como observación personal del funcionario que practicó la diligencia —Inspector 5º Municipal— se consignó que "ciertamente dicho lote pudo ser especificado pero dentro del globo de terreno de mayor extensión en cuya posesión fue encontrado el doctor Luis Eduardo Gacharná".

El Juzgado del Circuito, en sentencia del 1º de marzo de 1945, y con fundamento en que el inmueble referido no estaba abandonado y hacía parte de una finca con dueño conocido y poseedor, decidió que no es el caso de declararlo vacante, y condenó a la denunciante al pago de las costas del juicio.

Sentencia acusada

La segunda instancia a que dió lugar la apelación de la parte demandante contra este fallo finalizó con la sentencia del 26 de septiembre de 1946, confirmatoria de la recurrida con la sola salvedad de que no había condenación en costas.

Las razones de esta decisión son las mismas del Juzgado: el lote señalado en la demanda no estaba abandonado; forma parte, como se demostró con la diligencia de secuestro, de otro de mayor extensión de propiedad de la compañía opositora que ejercía actos de posesión en él, ni su dueño era desconocido como se ve de las inscripciones en el registro público. Consideró, además, el Tribunal, que no fue posible identificar el lote demandado en su costado occidental como se ve en la diligencia de inspección ocular, por lo cual faltaría la calidad de cierto y determinado que debe tener el inmueble que se dice vacante.

El recurso

Fracasada la acción en los dos grados del juicio, la parte demandante ha traído el negocio a la Corte en el recurso de casación que hoy se decide, invocando la primera y la sexta de las causales del artículo 520 del C. J., que separadamente se consideran:

Causal sexta. — Se hace consistir la nulidad en que se apoya esta causal en que el doctor Luis Eduardo Gacharná no tenía facultad ninguna para oponerse como liquidador de la sociedad de Michelsen & Cía S. A., porque en el instrumento público en que fue disuelta esa compañía no se designó liquidador. "El doctor Gacharná era apenas el gerente de esa sociedad, que al cambiar su fisonomía por su disolución, sólo podía estar representada por su liquidador... Por consiguiente, por carencia de personería sustantiva, el Tribunal violó los arts. 523, 541 y 590 del Código de Comercio, directamente por no haberles dado aplicación y también el artículo 448 del C. J., al no haber declarado la nulidad anotada".

Se considera:

Ninguna tara de carácter legal afecta la representación de quien se opuso en interés y nombre de la Sociedad Michelsen & Cía S. A. a la declaración de bien vacante del solar que singulariza

la demanda y que en la diligencia de secuestro fue dejado en poder de su representante por haberse hallado que hacía parte de una finca de propiedad de la compañía sobre la cual estaba ejerciendo actos posesorios, con la prevención, que ordena la ley, de que debía comparecer al juicio. En ningún caso sería aceptable la conclusión de la imposibilidad de representación de una sociedad anónima que ha sido disuelta y ha entrado por tanto en el estado de liquidación por no haberse provisto en la escritura social ni en la de disolución al nombramiento de liquidador. De acuerdo con el artículo 590 del Código de Comercio, una de las disposiciones que el recurrente cita impertinentemente como si se tratara de la causal primera, "en todos los casos de disolución, los administradores harán por sí la liquidación, salvo que los estatutos dispongan o la Asamblea General acuerde otra cosa". Nada dispusieron en este caso los estatutos, ni nada acordó la Asamblea, ni en la escritura de disolución social se proveyó al nombramiento de liquidador, como lo afirma el mismo recurrente, de tal modo que correspondía esta calidad y encargo al gerente, como administrador de la sociedad, y consiguientemente en su capacidad procesal para representar a la sociedad en estas diligencias judiciales que la ley consagra para la averiguación y verificación de la calidad de vacante que tenga un bien para adjudicarlo al Municipio a título de ocupación.

Por lo demás, como invariablemente lo tiene establecido la jurisprudencia, la nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva o indebida representación, como base de la alegación de la causal sexta no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada, que es la única en quien reside el interés jurídico para pedir y obtener la reposición de lo actuado.

Por lo expuesto, se rechaza el primer cargo en que aparecen ilegalmente mezcladas las causales primera y sexta, y confundidos los conceptos de personería adjetiva, vinculada a la representación en juicio e inductiva de nulidad, con la sustantiva que se refiere a cuestiones de fondo o sustanciales de la controversia.

Causal primera: — Dentro de esta causal se acusa la sentencia de ser violadora, directamente y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, de los artículos 706 del C. C. y 82 de la Ley 153 de 1887, el primero contentivo de la definición de bienes vacantes y mostrencos, y el segundo que le atribuye su propiedad al Municipio dentro de cuyos límites se encuentren.

Sostiene el recurrente para fundar su cargo que en el proceso no existe prueba alguna de que el solar denunciado haya sido de propiedad de la sociedad anónima opositora, ni de sus accionistas, y en cambio sí existe la de haber pertenecido al Municipio de Bogotá, "y el dueño, o sea el Municipio, no solo lo tiene abandonado sino que estima que no es del haber municipal, como expresamente lo dijo al contestar el traslado de la demanda, lo que sí es una prueba plena, fehaciente del abandono. Para demostrar su tesis de que el solar denunciado es de propiedad del Municipio de Bogotá, contra lo manifestado por su personero y representante legal, aduce el recurrente la escritura Nº 1152 de 14 de junio de 1912, de la Notaría 2ª de esta ciudad, por medio de la cual José Tamayo vendió al Exmo. Señor Herrera Restrepo, con destino al Dormitorio de Niños Desamparados, la casa donde funciona esta institución en la carrera 5ª, y la escritura Nº 650 de 14 de junio de 1932, de la Notaría 5ª, contentiva de la venta que el Dormitorio de Niños Desamparados hizo al Municipio de Bogotá de un solar que hacía parte de lo comprado a José Tamayo, con destino a la ampliación de la Avenida Jiménez de Quesada entonces en proyecto, y que no fue utilizado por el Municipio con el fin indicado, por lo cual quedó desde entonces en estado de abandono. Al desconocer el Tribunal el mérito probatorio de estos instrumentos y del certificado del Registrador que los respalda, violó los arts. 1757, 1758, 1857 y 2577 del C. C. y 630 y 636 del C. J., porque "eran la prueba de la propiedad municipal anterior y al propio tiempo del abandonado por parte del Municipio, que se negó a coadyuvar la demanda.

Afirma también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al considerar como dueña del solar a la sociedad opositora por el hecho de haber vendido ella al Municipio de Bogotá una zona del inmueble para la ampliación de la Avenida (escritura 3826 de 31 de agosto de 1945, Notaría 4ª), porque no tomó en cuenta que la fecha de ese contrato es posterior en cinco años a la presentación de la demanda.

Por último, se acusa la sentencia por error de hecho en la apreciación de las inspecciones oculares, la de primera y la de segunda instancia, porque allí consta, contra lo aseverado por el Tribunal, que en el solar denunciado no había manifestación alguna de ocupación, sino que presentaba un

aspecto de muladar y no había señales de explotación o aprovechamiento económico del terreno". Estas circunstancias —dice el recurrente— son plena prueba del abandono material del terreno al tenor del art. 730 del C. J., y no obstante ellas, el fallador no estimó abandonado el solar en cuestión, por el hecho de aparecer englobado en otro de mayor extensión".

Se considera:

Dentro de la organización jurídica de la propiedad, la materia relativa a los bienes vacantes constituye una institución muy peculiar estructurada por normas especiales que subsisten en nuestra legislación positiva a pesar de que "esta categoría de los bienes vacantes, tiende a desaparecer, sino ha desaparecido del todo, dada la institución del registro de la propiedad inmueble", como lo anotó la comisión redactora del código de procedimiento civil al comentar las disposiciones relativas a su declaración judicial. Los arts. 706, 708 y 709 que contiene el Código Civil en su Título de la Ocupación, el art. 82 de la ley 153 de 1887 que declara de pertenencia de los Municipios de su ubicación los bienes vacantes, y las normas adjetivas del título XXIII del Libro II del C. J. forman el tratado de derecho positivo que gobierna este modo de adquisición establecida exclusivamente en favor de la entidad municipal mediante un procedimiento legal que termina con sentencia que hace la declaratoria de vacancia y que registrada en el lugar de su ubicación constituye el título de propiedad del Municipio. Aplicando a estos pocos textos legales los principios fundamentales de derecho y engranándoles doctrinariamente con el sistema general de la propiedad, ha consagrado la jurisprudencia las condiciones jurídicas esenciales dentro de las cuales puede operar la institución de los bienes vacantes, las cuales, en síntesis y por lo que hace al inmueble, consisten en que hayan estado en dominio particular anterior, pues no habiendo en nuestro derecho **res nullius** las fincas de nadie serían baldío de propiedad nacional; y que esté actualmente abandonado, esto es, "sin dueño aparente o conocido", lo que presupone el abandono no solo en relación con el antiguo propietario sino la ausencia de todo otro poseedor, que tendría en su favor la presunción legal del dominio y la posibilidad jurídica de adquirirlo por el modo de la prescripción. El abandono, entendido en su acepción adecuada, es el permanente e inveterado que el dueño hace de su bien en forma que se traduzca en dejación o desamparo jurídico, no simplemente el que induzca negligencia o descuido o que equivalga a la ausencia de los actos de mera facultad o disposición que conlleva el dominio.

Así ha dicho esta Sala de Casación Civil en repetidas decisiones que "son bienes vacantes los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre no tienen en la actualidad dueño aparente o conocido. Los terrenos vacantes no son baldíos y hay diferencia entre estas dos clases de bienes: el carácter de los primeros estriba en haber tenido dueño y haberlos éste abandonado; los segundos son aquellas porciones del territorio de la Nación que pertenecen a ésta, por no haber sido transmitidos a persona alguna y que bajo el imperio de la actual legislación no han sido apropiados particularmente con títulos legítimos. De donde se deduce lógicamente que, para que sean bienes vacantes los que aparecen sin dueño aparente, es preciso que hayan estado en dominio anterior del hombre, que hayan tenido dueño; si nunca han estado en dominio particular ni incorporados a un patrimonio privado, no serían vacantes sino baldíos y no podrían ser objeto de una acción sobre declaratoria de vacancia... Tal principio puede llevarse hasta el extremo de que la acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe en el acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por prescripción extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado o sin dueño aparente o conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera...". (G. J. Tomo XLVIII p. 398, L. p. 748).

El recurrente, como se vió al hacer la síntesis fundamental de sus acusaciones contra la sentencia, encamina su argumentación a demostrar que la propiedad anterior del solar cuestionado nunca ha sido de la sociedad opositora sino que corresponde al Municipio de Bogotá, ya porque, como en algún pasaje lo dice, hace parte de la ronda del río San Francisco, ya por haberlo adquirido por virtud de los contratos celebrados entre el Munici-

pio y el Dormitorio de Niños Desamparados, de que se hizo mención, y dentro de esta tesis razona en el sentido de que deben prevalecer los títulos que acreditan el dominio distrital, y hacerse en consecuencia, la declaración de vacancia.

Planteada así la cuestión, se desquicia el recurso, porque se establece de esta suerte una antinomia jurídica irremediable que deja sin contenido la acción de vacancia, cuyo objeto es la de hacer ingresar al patrimonio de los Municipios, por el procedimiento adecuado, con el título de la ley y el modo de la ocupación, bienes inmuebles de propiedad particular, abandonados por sus dueños y sin actual poseedor. La exigencia de haber sido objeto de propiedad anterior, que entra como elemento esencial del concepto jurídico de vacancia, excluye desde luego por lógica trivial el dominio municipal, pues si la finca pertenece al distrito, la acción en que pudiera pensarse, dirigida contra el poseedor, sería la reivindicatoria que es la que compete al dueño sin posesión contra el poseedor sin dominio para que se le condene a restituírla, o una acción sobre bienes ocultos, inconfundibles con los vacantes, y que son aquellos sobre los cuales se ha hecho oscura la propiedad original de la entidad pública por acto de usurpación, negligencia de las autoridades u otra causa cualquiera; pero en ningún caso la acción del título XXIII del libro II del C. J. que reglamenta el modo originario de la ocupación por medio del cual adquieren los Municipios dentro de cuyos términos se hallen, los bienes inmuebles, después de comprobar fehacientemente el abandono de su propietario, la falta de dueño aparente o conocido y la ausencia de mejor derecho por parte de otra persona, esto es, que no se hallan bajo el poder jurídico de nadie.

Fatalmente frustráneo tiene que resultar el recurso de casación contra una sentencia denegatoria de una declaración de vacancia cuando los reparos y ataques que se formulan contra ella se hacen consistir concretamente en no haber reconocido el Tribunal la propiedad municipal preexistente sobre el solar denunciado, y el hecho de estar abandonado por el Municipio. No hay para qué explicar que sobre estas bases contradictorias resulta jurídicamente absurdo pretender que prospere una acción para que se declare vacante y en consecuencia se le adjudique al Municipio, como destinatario legal de ese dominio, un bien raíz que ya le pertenecía desde antes. Fuera de la inconducencia de la vía legal, también existe la imposibilidad jurídica de adquirir la misma cosa por dos modos distintos.

Esta falla sustancial de doctrina, que afecta de total ineficacia el recurso, se proyecta asímismo sobre los cargos por violación indirecta de ley sustantiva que el recurrente le imputa al Tribunal como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió en la apreciación de las escrituras públicas aducidas al debate en demostración de las pretensiones opuestas de dominio sobre el solar denunciado entre el Municipio de Bogotá y la Sociedad Michelsen & Cía S. A., en cuya posesión fue hallado el inmueble como parte integrante de otro suyo de mayor extensión. Esta confrontación analítica de títulos para deducir su prevalencia como si se tratara de una acción reivindicatoria, también resulta exótica dentro del juicio declarativo de vacancia, que implica esencialmente una actualidad de abandono, una carencia de dueño aparente o conocido del inmueble que se pretende hacer ingresar al patrimonio municipal de su ubicación. La vacancia es imposible desde que aparece un poseedor cualquiera. La propiedad atribuída por la ley a los municipios a través de la reglamentación procedimental correspondiente es la de los bienes raíces jurídicamente desamparados, sin dueño conocido ni aparente; no la de los inmuebles poseídos aunque sea sin título, o con títulos insuficientes.

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 26 de septiembre de 1946, 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.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — EN QUE CONSISTE LA INCONGRUENCIA. DECLARACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD NATURAL. — PRUEBA DE LA PATERNIDAD. — BASES DE NUESTRO SISTEMA PROBATORIO

1.—La sentencia es el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela jurídica le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado; dicho acto ha de guardar estrecha armonía con la demanda por cuanto ésta contiene el límite del poder jurisdiccional; éste no debe reducirse ni extenderse respecto de lo pedido en la demanda porque si lo primero, no resuelve la totalidad de la relación procesal que permanecerá trabada en cuanto a la sentencia, por defecto, la deja insoluta, y si lo segundo porque el Estado carece de jurisdicción para decidir oficiosamente controversias civiles cuyos posibles extremos personales no han sometido a su decisión. De esta suerte la incongruencia que nuestra ley instituye en causal de casación destinada a reparar un error IN IUDICANDO, consistirá en resolver lo que no es materia del litigio, o en no decidir cuanto la constituye; aparentemente pudiera decirse que en el caso de autos la sentencia por resolver la filiación del menor respecto de la madre, cuestión no incluída en el PETITUM de la demanda, excede los límites de ésta, pero ocurre que el demandante es precisamente Herminia, quien asume la representación legal del impúber a título de madre natural suya, calidad que el demandado controvirtió sin éxito en excepciones dilatorias, y no le negó luégo, aceptando, por el contrario, en la contestación de la demanda los hechos que, conforme al art. 1º de la ley 45 de 1936, confieren la calidad de hijo natural respecto de la madre.

2.—En fallo del 17 de febrero último la Sala expuso la siguiente doctrina: "La declaración judicial de paternidad natural está prevista en nuestro derecho, pero en una forma circunscrita y limitada, comoquiera que el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 en forma taxativa señaló cuáles son los antecedentes sobre los que hay lugar a proferir tal declaración: ese límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaratoria, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional, y, en todo caso, estrictamente regulado.

Numerosos juristas y doctrinantes, así como la jurisprudencia, han discurrido sobre los términos que emplea la ley cuando instituye como causal de reclamación de estado de hijo natural "que entre el presunto padre y la madre, hayan existido, de manera notoria relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación", y siempre que, por otra parte, se cumplan otras circunstancias de que se tratará en seguida; no obstante, parece que no sobran algunas reflexiones sobre este mismo tema. De una doctrina jurisprudencial a este respecto se destacan los siguientes apartes: "El legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de delicado estudio y técnicamente configurada, se apartó en esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio. Este concepto es más preciso y exacto, que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, al terminar con estas mismas diferencias el legislador colombiano, diferencias que

existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos en toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto". (Casación, 16 de octubre de 1943. G. J. Nº 2001, pág. 203. "Como fácilmente puede observarse las discrepancias entre las relaciones sexuales previstas en la Ley 45 y el concubinato, se han hecho depender de que éste se configura como unión 'irregular entre personas solteras', acepción que corre en el Diccionario de Escriche al tratar de la palabra "concubinato", aunque en el mismo aparte añade: 'Bien que en sentido más lato y general se llama también concubina cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos'; este concepto lo afirma el mismo autor cuando trata de la palabra 'amancebamiento' describiendo dicho estado como el del 'hombre y la mujer que tienen entre sí trato ilícito y habitual'. Nada puede hacer afirmar en forma excluyente y cierta que el legislador colombiano al exigir la preexistencia de relaciones sexuales estables y notorias estaba refiriéndose a un estado irregular más amplio que el concubinato, no sólo porque el tipo de relaciones descrito por la ley coincide con la noción corriente y jurídica del concubinato, sino porque la prueba del estado a que aluden los preceptos importa necesariamente la de hechos que en forma externa desde el punto de vista social, delaten la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme o permanente que son las acepciones que el Diccionario trae de la palabra ESTABLE usada por la ley, esa notoriedad y esa estabilidad son precisamente las características que ostenta la relación concubinaria. Nuestro estatuto no permite que la paternidad natural pueda reclamarse sobre pruebas de lazos sexuales más o menos permanentes, pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social; en consecuencia, es inhábil la prueba consistente en el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias, o han llegado a saber o a inferir por modo diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, la existencia de un determinado vínculo de amor ilícito. No otro sentido puede tener la exigencia legal expresada en la locución 'de manera notoria' que se lee en el precepto comentado, y, por tanto, la apreciación de la prueba ha de ceñirse a los conceptos que se dejan expuestos, y que más adelante se analizarán desde ese punto de vista. La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no puede existir respecto de todos los hombres sin sujeción ni limitación propias del tiempo y del espacio. Como lo observa Calamandrei "se puede hablar de hechos notorios solamente en relación a un determinado círculo social"; pero, como también lo anota el mismo autor, el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de personas respecto de las cuales el hecho es notorio; lo que interesa no es la multitud de quienes conocen el hecho "sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común". Resumiendo los conceptos anteriores puede afirmarse que las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere el numeral 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción, y por notorio, el concubinato cuyo conocimiento pertenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen. Claro está que el conocimiento del concubinato, máxime cuando entre sus extremos personales no ha de mediar comunidad de habitación, sólo puede adquirirlo normalmente el círculo social en donde se desarrolle mediante la ocurrencia de circunstancias que conduzcan a deducir necesariamente su existencia; esa deducción por parte del medio social respectivo, el concepto unánime que en él se forme alrededor de esa inferencia, será lo que puede llamarse notoriedad para los fines de la ley. Es obvio que el tratamiento probatorio difiere según se acepte que el mandamiento legal en referencia versa sobre concubinatos públicos, o so-

bre otro linaje de relaciones sexuales más o menos estables, más o menos visibles y patentes, más o menos conocidas; para el primero los medios probatorios se restringen en su pertinencia y en su materia misma, y limitan, desde luego, la órbita de apreciación judicial por exigir probanzas más directas y precisas. Pero parece que el texto del numeral tantas veces nombrado implica que su primera parte se interprete conforme a los principios que se han expuesto, y que pueden sintetizarse diciendo que la ley no prevé las relaciones más o menos estables, y más o menos conocidas individualmente por cualesquiera personas, sino una situación social; en efecto: que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria relaciones sexuales estables, es premisa sobre la cual la ley edifica una presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, en un todo idéntica a la contenida en el art. 92 del C. C. armonizado con el 214 ibidem. Esta última relativa a los hijos legítimos, halla su fuente en la institución matrimonial que, por su índole, reúne las mejores características de notoriedad y estabilidad que pueda ostentar relación alguna. Pero sin duda la ley al usar el mismo mecanismo presuntivo respecto de la filiación natural con base en relaciones irregulares pero estables y notorias, tuvo que pretender asignar a presunción tan grave en sí, y en su paralelismo con otra, un fundamento que, dentro de la anomalía consiguiente a lo ilícito, presentara socialmente características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que las rodean al matrimonio; la analogía entre las dos presunciones va hasta la manera común de impugnar su fuerza probatoria, aportando la demostración de que el presunto padre legítimo o natural estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción; se extiende la similitud entre las dos presunciones hasta el otro medio de extinguir su fuerza probatoria que, respecto de hijos legítimos, se regula en los arts. 20 de la Ley 57 de 1887 y 215 del C. C., y de hijos naturales en la última parte del inciso final del art. 4º de la Ley 45; estos preceptos atienden a la misma situación de hecho y la regulan en forma similar con las variantes nacidas de la naturaleza de la institución matrimonial. La única unión irregular que puede presentar alguna semejanza con el matrimonio, en cuanto a estabilidad y notoriedad, es el concubinato; las uniones eventuales, o las más o menos frecuentes, o las continuas que permanecen ocultas porque quienes las mantienen no entregan directa ni indirectamente al conocimiento del medio en que viven la noticia del vínculo carnal, carecen de notoriedad, según se deja visto, y como consecuencia de su secreto presentan grandes dificultades y no pocos peligros en cuanto a la prueba de su estabilidad. La ley 45 de 1936, en su numeral 4º, por tanto, al emplear la expresión que viene comentándose describió exactamente el concubinato público, aun el que no se sucede mediante comunidad de habitación, y es tal el hecho que debe ser materia del debate probatorio cuando se invoca la circunstancia de que viene tratándose para obtener la declaración de paternidad natural por parte de la jurisdicción. Por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios, la notoriedad y la estabilidad no pueden limitarse a las relaciones sexuales entre sí mismas sino que han de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede afirmarse el estado concubinario desde o hasta cierta época la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a la terminación del concubinato".

3.—Nuestro sistema probatorio está fundado en un criterio legal-moral; legal en cuanto la tarifa ata al juez a los medios de convicción admisibles, al valor que la ley les señala imperativamente, a los hechos que han de probarse para que la jurisdicción pueda tener por ciertas determinadas situaciones jurídicas; moral en cuanto desatando los lazos de la tarifa permite al juzgador, en ocasiones, valorar el material de convicción conforme a las impresiones que en su ánimo produzca, facultad que no lo autoriza para admitir medios que la ley no instituye en vehículos de certeza judicial,

ni para mudar los hechos que deben probarse para tener por demostrados ciertos sucesos. El carácter moral de nuestro sistema es excepcional, en consecuencia, y como tal limitado a circunstancias que escapan al rigor de la tarifa, modalidad que el fallador ha de tener en cuenta para no usar de tan singular facultad cuando la ley no la otorga, ya que con ello se subvierte la estructura del sistema, y las situaciones subjetivas de los litigantes vinculados a ella.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

La sentencia proferida el diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá puso término a la primera instancia del juicio ordinario promovido por Herminia Rojas contra Abel Losada en orden a obtener la declaración jurisdiccional de que el menor Luis Jorge, hijo natural de la actora, lo es también del demandado.

Los hechos en que Herminia apoyó sus pretensiones fueron, en síntesis: que entró al servicio del demandado por los años de 1933 y 1934 estableciéndose entre ellos, por tal causa, relaciones sexuales ostensibles; tres o cuatro años después de haberse iniciado dicha vida común, Herminia resultó embarazada, ante lo cual Losada requirió los servicios de un facultativo para que la atendiera, lo mismo que contrató a una enfermera para que la asistiese en el parto; Losada ha manifestado que es suyo el hijo habido por la demandante, lo ha tratado como tal, y ha contribuído con escasas sumas a su mantenimiento.

La sentencia mencionada al principio de la presente desató el litigio planteado sobre los fundamentos de hecho ya vistos, en forma desfavorable a las peticiones de la actora; ésta recurrió en apelación dando así origen al segundo grado del procedimiento, el cual terminó en el fallo que, con fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), profirió el Tribunal Superior del Distrito Julicial de Bogotá; por esta providencia se revocó la de primera instancia, y, en su lugar, se declaró que el menor ya aludido es hijo natural de Abel Losada, y se ordenó tomar las medidas de que tratan los artículos 369 y 370 del C. C.

De la sentencia que así decidió ha recurrido en casación la parte demandada, y habiéndose tramitado en forma regular tal recurso se procede a solucionarlo.

La sentencia recurrida

El Tribunal hace un breve análisis previo para evidenciar que existieron relaciones entre Herminia Rojas y Losada, por razón de ser la primera sirviente del último, y en orden a dilucidar si a más de ese vínculo de trabajo unió a tales personas alguna relación sexual, hace un examen probatorio dividido en seis partes: a) el primero relativo al aspecto económico de las relaciones entre las partes, en cuyo desarrollo se alude a cantidades de dinero que Losada entregaba a Herminia; b) en el segundo, atiende al aspecto social de las pretensas vinculaciones sexuales, y se mencionan los testimonios de Benita Millán, de Emma Siza, de un albañil de apellido Suárez y de Rafael Gutiérrez; c) en el tercero se consideran las atenciones médicas prestadas por cuenta de Losada a Herminia con motivo del embarazo y del alumbramiento; d) el cuarto se destina a relacionar los elementos de convicción que versan sobre el tratamiento de Losada al niño; e) en el aparte quinto el Tribunal destaca los particulares relativos al propósito de Losada sobre adquisición de una casa para la demandante; f) por último se pone de manifiesto un indicio de transacción.

El Tribunal, para terminar, se pregunta si los extremos materia de su estudio "concatenados entre sí, prueba o no que las relaciones entre Herminia y Losada fueron estables y notorias", y a este respecto el mismo fallador se responde: "Depende de la fe que el Tribunal les preste a los testimonios relacionados, que complementan los demás elementos de convicción analizados. El Tribunal cree lo relatado por estos declarantes, por la sinceridad y claridad que se advierte en sus sendas exposiciones; porque no se contradicen no obstante haber sido contrainterrogados, circunstancia ésta que los aquilata y los hace más creíbles; porque concuerdan con las confesiones rendidas por Losada en la contestación de la demanda y en las posiciones que absolvió; y guardan armonía con lo que aparece de la prueba escrita traída al proceso. La testigo Emma

acepta ser amiga íntima de Herminia. Su testimonio puede tildarse de sospechoso a la letra del texto 670 del C. J.; mas esta tacha desaparece a virtud de la espontaneidad de su declaración y de la concordancia de ésta con el resto de elementos de convicción; de lo severo del contrainterrogatorio que evacuó sin contradicción, y de la firmeza y naturalidad de sus respuestas. Todo el acervo probatorio deja en el ánimo del Tribunal la leal e íntima convicción de que el niño Luis Jorge fue procreado durante las relaciones sexuales estables y notorias que tuvieron Abel Losada y Herminia Rojas, por lo cual aquel debe ser declarado hijo natural de Losada".

Son dos las causales invocadas por quien pretende la casación del fallo recurrido: la primera, por el aspecto de la aplicación indebida y consecuencial a errores al apreciar la prueba, y la segunda; el orden lógico aconseja que se estudie esta última en primer lugar:

Primer motivo. (Causal segunda). — Dice el recurrente que el fallo no está en consonancia con las peticiones oportunamente deducidas en el libelo porque la demanda tiende a obtener la declaración de que Luis Jorge Rojas o Losada es hijo natural de Abel Losada, al paso que la sentencia declaró que el impúber nombrado "es hijo natural del señor Abel Losada y de Herminia Rojas Chaves"; la incongruencia invocada radica, pues, en haber hecho extensiva a la madre la declaración judicial de filiación, con lo cual el recurrente estima que el Tribunal falló **ultra petita.**

Para resolver se considera:

La sentencia es el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela jurídica le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado; dicho acto ha de guardar estrecha armonía con la demanda por cuanto ésta contiene el límite del poder jurisdiccional; éste no debe reducirse ni extenderse respecto de lo pedido en la demanda porque si lo primero no resuelve la totalidad de la relación procesal que permanecerá trabada en cuanto la sentencia, por defecto, la deja insoluta, y si lo segundo porque el Estado carece de jurisdicción para decidir oficiosamente controversias civiles cuyos posibles extremos personales no han sometido a su decisión.

De esta suerte la incongruencia que nuestra ley instituye como causal de casación destinada a reparar un error **in iudicando,** consistirá en resolver lo que no es materia del litigio, o en no decidir cuanto la constituye; aparentemente pudiera decirse que en el caso de autos la sentencia por resolver la filiación del menor respecto de la madre, cuestión no incluída en el **petitum** de la demanda, excede los límites de ésta, pero ocurre que el demandante es precisamente Herminia quien asume la representación legal del impúber a título de madre natural suya, calidad que el demandado controvirtió sin éxito en excepciones dilatorias, y no le negó luégo, aceptando, por el contrario, en la contestación de la demanda los hechos que, conforme al art. 1º de la Ley 45 de 1936, confieren la calidad de hijo natural respecto de la madre.

La falta de técnica en que incurrió el Tribunal al hacer la inclusión ya dicha en la parte resolutiva de su fallo consistió, pues, en declarar en él inútilmente lo que, en primer lugar ya estaba decidido en un debate incidental cuya solución había precluído el tema, y que, en segundo término, tras el trámite articulado, no sólo no era materia del litigio por haberse acordado las partes en ello, sino que, además, constituía un presupuesto procesal.

Para el recurrente, lo mismo que para el menor, y para todo el mundo, la declaración judicial de que se trata no será la fuente de los derechos que a Luis Jorge asisten como hijo natural de Herminia, sino, fuera del hecho físico del parto, el reconocimiento expreso de su maternidad por parte de ella, anterior a la iniciación del pleito hasta el punto de que para comenzarlo ejerció, como ya se dijo, la representación del menor.

En tales condiciones bien puede afirmarse que aunque en forma externa aparezca la sentencia en el sentido atacado, desde el punto de vista intrínseco no forma parte de ella sino lo relativo a Losada, comoquiera que lo demás no alcanza a estar provisto del ambiente procesal necesario para hacer tránsito a cosa juzgada; de esta suerte el cargo sostenido en una circunstancia puramente formal, carece de fundamento, y, no puede prosperar.

Segundo cargo. (Causal primera). — La extensa demanda en que se exponen los motivos que sustentan el recurso contiene una profusión de ataques contra la apreciación de cada prueba por parte del Tribunal, siendo común a todos los errores de hecho y de derecho que se indican conjuntamente pero relacionándolos con elementos de convicción diferentes, la consecuencia de haber conducido a transgredir el numeral 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 por aplicación indebida.

Una de las muchas quejas que expone el recu-

rrente es el error de hecho y de derecho al apreciar determinadas pruebas en que se apoya el fallo, yerro que llevó al tribunal a deducir que entre Herminia Rojas y Losada existieron relaciones sexuales estables y notorias, inferencia que, a su vez, lo determinó a aplicar indebidamente el precepto legal de que ya se hizo mérito.

Para resolver se considera:

En fallo proferido el diecisiete de febrero último en el juicio ordinario promovido por Alfredo Villegas contra Jesús María Tobón, la Sala expuso la doctrina que a continuación se transcribe, a propósito de los extremos contemplados en este cargo:

"La declaración judicial de paternidad natural está prevista en nuestro derecho, pero en una forma circunscrita y limitada, comoquiera que el art. 4º de la Ley 45 de 1936 en forma taxativa señaló cuáles son los antecedentes sobre los que hay lugar a proferir tal declaración; ese límite opera sobre el elemento de hecho (causa petendi) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaratoria, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional, y, en todo caso, estrictamente regulado.

Numerosos juristas y doctrinantes, así como la jurisprudencia, han discurrido sobre los términos que emplea la ley cuando instituye como causal de reclamación del estado de hijo natural "que entre el presunto padre y la madre, hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación", y siempre que, por otra parte, se cumplan otras circunstancias de que se tratará en seguida; no obstante parece que no sobran algunas reflexiones sobre este mismo tema. De una doctrina jurisprudencial a este respecto se destacan los siguientes apartes: "El Legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de dilatado estudio y técnicamente configurada, se apartó en esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio. Este concepto es más preciso y exacto, que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, al terminar con estas mismas diferencias el legislador colombiano, diferencias que existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural, que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos en toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto". (Casación, 16 de octubre de 1943. G. J. Nº 2001. Pág. 203)". Como fácilmente puede observarse las discrepancias entre las relaciones sexuales previstas en la Ley 45 y el concubinato, se han hecho depender de que éste se configura como unión "irregular entre personas solteras" acepción que corre en el Diccionario de Escriche al tratar de la palabra "concubina", aunque en el mismo aparte añade: "bien que en sentido más lato y general se llama también concubina cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos"; este concepto lo afirma el mismo autor cuando trata de la palabra "amancebados" describiendo dicho estado como el del "hombre y la mujer que tienen entre sí trato ilícito y habitual". Nada puede hacer afirmar en forma excluyente y cierta que el legislador colombiano al exigir la preexistencia de relaciones sexuales estables y notorias estaba refiriéndose a un estado irregular más amplio que el concubinato, no sólo porque el tipo de relaciones descrito por la ley coincide con la noción corriente y jurídica del concubinato, sino porque la prueba del estado a que aluden los preceptos importa necesariamente la de hechos que en forma externa desde el punto de vista social, delaten la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme o permanente que son las acepciones que el Diccionario trae de la palabra **estable** usada por la ley; esa notoriedad y esa estabilidad son precisamente las características que ostenta la relación concubinaria. Nuestro estatuto no permite que la paternidad natural pueda reclamarse sobre pruebas de lazos sexuales más o menos per-

manentes pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social; en consecuencia, es inhábil la prueba consistente en el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias, o han llegado a saber o a inferir por modo diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, la existencia de un determinado vínculo de amor ilícito. No otro sentido puede tener la exigencia legal expresada en la locución "de manera notoria" que se lee en el precepto comentado, y, por tanto, la apreciación de la prueba ha de ceñirse a los conceptos que se dejan expuestos, y que más adelante se analizarán desde ese punto de vista. La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no puede existir respecto de todos los hombres sin sujeción ni limitación propias del tiempo y del espacio. Como lo observa Calamandrei "se puede hablar de hechos notorios solamente en relación a un determinado círculo social"; pero, como también lo anota el mismo autor, el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de personas respecto de las cuales el hecho es notorio; lo que interesa no es la multitud de quienes conocen el hecho "sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común". Resumiendo los conceptos anteriores puede afirmarse que las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere el numeral 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más simple acepción, y por notorio el concubinato cuyo conocimiento pertenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen. Claro está que el conocimiento del concubinato, máxime cuando entre sus extremos personales no ha de mediar comunidad de habitación, sólo puede adquirirlo normalmente el círculo social en donde se desarrolle mediante la ocurrencia de circunstancias que conduzcan a deducir necesariamente su existencia; esa deducción por parte del medio social respectivo, el consenso unánime que en él se forma alrededor de esa inferencia, será lo que puede llamarse notoriedad para los fines de la ley. Es obvio que el tratamiento probatorio difiere según se acepte que el mandamiento legal en referencia versa sobre concubinatos públicos, o sobre otro linaje de relaciones sexuales más o menos estables, más o menos visibles y patentes, más o menos conocidas; para el primero los medios probatorios se restringen en su pertinencia y en su materia misma, y limitan, desde luego, la órbita de apreciación judicial por exigir probanzas más directas y precisas. Pero parece que el texto del numeral tantas veces nombrado implica que su primera parte se interprete conforme a los principios que se han expuesto, y que pueden sintetizarse diciendo que la ley no prevé las relaciones más o menos estables, y más o menos conocidas individualmente por cualesquiera personas, sino una situación social; en efecto: que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, es premisa sobre la cual la ley edifica una presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, en un todo idéntica a la contenida en el art. 92 del C. C. armonizado con el 314 ibídem. Esta última relativa a los hijos legítimos, halla su fuente en la institución matrimonial que, por su índole, reúne las mejores características de notoriedad y estabilidad que pueda ostentar relación alguna. Pero sin duda la ley al usar el mismo mecanismo presuntivo respecto de la filiación natural con base en relaciones irregulares pero estables y notorias, tuvo que pretender asignar a presunción tan grave en sí, y en su paralelismo con otra, un fundamento que, dentro de la anomalía consiguiente a lo ilícito, presentara socialmente características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que rodean al matrimonio; la analogía entre las dos presunciones va hasta la manera común de impugnar su fuerza probatoria, aportando la demostración de que el presunto padre legítimo o natural estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción; se extiende la similitud entre las dos presunciones hasta el otro medio de extinguir su fuerza probatoria que, respecto de hijos legítimos, se regula en los arts. 20 de la Ley 57 de 1887 y 215 del C. C., y de hijos naturales en la última parte del inciso final del art. 4º de la Ley 45; estos preceptos atienden a la misma situación de hecho y la regulan en forma similar con las variantes nacidas de la naturaleza de la institución matrimonial. La única unión irregular que puede presentar alguna semejanza con el matrimonio, en cuanto a estabilidad y notoriedad, es el concubinato; las uniones eventuales, o las más o menos frecuentes, o las continuas que permanecen ocultas porque quienes las mantienen no entregan directa ni indirectamente al conoci-

miento del medio en que viven la noticia del vínculo carnal, carecen de notoriedad, según se deja visto, y como consecuencia de su secreto presentan grandes dificultades y no pocos peligros en cuanto a la prueba de su estabilidad. La Ley 45 de 1936, en su numeral 4º, por tanto, al emplear la expresión que viene comentándose describió exactamente el concubinato público, aún el que no se sucede mediante comunidad de habitación, y es tal el hecho que debe ser materia del debate probatorio cuando se invoca la circunstancia de que viene tratándose para obtener la declaración de paternidad natural por parte de la jurisdicción. Por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios la notoriedad y la estabilidad no pueden limitarse a las relaciones sexuales en sí mismas sino que han de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede afirmarse el estado concubinario desde o hasta cierta época la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a la terminación del concubinato".

En el caso de autos ya se vió que el Tribunal dividió su estudio a la aplicabilidad de la cuarta causal del art. 4º de la Ley 45, en seis apartes; el llamado aspecto económico de las relaciones sobre cuya naturaleza discurre, así como el marcado con el número tres, relativo a expensas por parte del demandado con ocasión del embarazo de Herminia, y del alumbramiento, ciertamente no podían aportar certeza alguna sobre la notoriedad de las relaciones que con el carácter de sexuales halló probadas el sentenciador de segundo grado; ni el hecho de entregarle o girarle dinero a una mujer, ni el de pagarle gastos causados en el estado de preñez y en el parto pueden tenerse normalmente como pruebas de concubinato, no sólo porque las dichas circunstancias no constituyen indicio necesario, sino también porque la notoriedad, por su propia naturaleza rechaza ser demostrada por medio de indicios, aparte de que en el caso de autos los suministros y atenciones médicas fueron prestados por Losada a una sirviente suya, circunstancia que abre numerosos interrogantes sobre la causa de aquéllos, inclusive el del cumplimiento, por parte del demandado, de obligaciones impuestas a los patronos por la ley positiva llamada derecho del trabajo.

El aparte cuarto de la referida división del fallo recurrido denominado "Trato de Losada al niño" es del todo impertinente en su contenido para referirlo a los hechos sobre los cuales la ley constituye la presunción de que trata el numeral 4º del art. 4º ya citado; esos pormenores son propios para sustentar un raciocinio encaminado a dilucidar si es o no aplicable al caso de la causal prevista en el numeral 5º del aludido precepto, pero el mismo Tribunal desestimó ese extremo en forma terminante diciendo para finalizar la motivación de su fallo: "es inoficioso examinar la de posesión notoria que también fue invocada".

No son más procedentes las probanzas a que se hace mención en el aparte quinto porque ellas versan sobre circunstancias que permiten inducir el propósito que abrigara Losada de dotar de una casa a Herminia, circunstancia esta que no importa prueba alguna de concubinato anterior, que por otra parte, hubiera revestido las calidades de estable y público.

Se ha reservado para último término del examen el aparte llamado por el juez de segundo grado "Aspecto social" de las relaciones entre Losada y Herminia Rojas, porque la notoriedad de un hecho es ante todo su semblante social, y en casos como el de que se trata dicha apariencia conlleva no sólo la existencia misma del hecho que así se muestra, sino la prueba de una calidad esencial para los fines de la ley. Los demás aspectos tratados por el Tribunal en los apartes que se dejan comentados son radicalmente inadecuados para formar certeza sobre los hechos que la ley erigió en base de la presunción contenida por la Ley 45 de 1936 en el numeral 4º de su art. 4º; el Tribunal erró visiblemente al pretender fundar su decisión sobre esas bases rechazadas por la índole del fenómeno en que dijo basarse.

En cuanto al llamado aspecto social, pertinente y ajustado en principio a las regulaciones legales, se observa:

Benita Millán de Gómez declara que presenció los besos de Losada a Herminia, y Emma Siza afirma haberlos visto yacer en un mismo lecho cuando personalmente les subía el desayuno; el albañil Suárez dice que por el tratamiento de "mija" dado por Losada a Herminia Rojas creyó que ésta era la mujer de aquél y el testigo Gutiérrez afirma que era del dominio público que Herminia era la concubina del demandado.

Los dos primeros testimonios, a la luz de las doctrinas expuestas ya por la Sala y transcritas en este fallo, son inhábiles para formar convicción so-

bre unas relaciones sexuales estables y notorias: la testigo Millán depone porque el balcón de la cocina de su casa, que es más alta que la de Losada, la domina, y permite la vista sobre lo que en ésta pasa, mientras la testigo Emma Siza depone por haber sido sirviente en casa de Losada y como tal haber presenciado los hechos que relata.

Ya se ha advertido que el común conocimiento formado sobre hechos positivos es el único vehículo apropiado para adquirir la ciencia sobre un hecho notorio: que las observaciones particulares realizadas por una persona a merced de circunstancias singulares, sobre sucesos demostrativos o inductivos de concubinato, no encuadran dentro de las exigencias de la ley en orden a formar el fundamento de la presunción que ella instituye; los dichos de los criados domésticos, si bien dotados de la mejor calidad sobre el concubinato, pierden toda su fuerza en cuanto a la notoriedad del mismo porque han utilizado la intimidad, la convivencia con sus patronos para adquirir conocimiento sobre los actos y omisiones de éstos; la indiscreta curiosidad del vecino que por las condiciones materiales de su vivienda acecha con éxito las actividades de su colindante, y de este modo observa las acciones de rigurosa intimidad que éste realiza, no es manera idónea para formar certeza sobre la notoriedad de lo visto precisamente rasgando el secreto y sigilo de lo que alguien se atreve a ejecutar al amparo de su propia morada.

El dicho del albañil Suárez tampoco es aceptable legalmente para confluír a la prueba de relaciones ilícitas permanentes o ostensibles que el Tribunal halló probadas; el dicho Suárez afirma en su relato que por haber oído a Losada decirle "mija" a Hermínia había creído que era su mujer. Esta circunstancia realmente no da asidero para configurar la deducción de un concubinato de las calidades ya sabidas.

En cuanto a la afirmación del testigo Gutiérrez sobre el conocimiento público reinante acerca de las relaciones amorosas de las personas tantas veces nombradas, es el caso de repetir lo que ya en fallos anteriores se ha expuesto: no basta para demostrar el extremo de que se trata que los testigos digan tener certeza de que un hecho es o era del dominio público; en la sentencia ya citada esta Sala dijo: "lo que ha de contener el relato para ser apto como prueba de estos particulares es el detalle de elementos tales que el juez al apreciar las probanzas pueda concluír que el hecho es realmente notorio y público en un medio social determinado. Esta inferencia corresponde al juzgador en desarrollo del juicio lógico que acompaña a toda valoración de pruebas, no al testigo en cuya boca afirmación como la comentada carece de sentido y de todo poder de convicción comoquiera que no es el producto de una percepción sensorial, sino de un proceso mental cuyas deducciones no son por su naturaleza materia de prueba como la que se estudia".

Nuestro sistema probatorio está fundado en un criterio legal-moral; legal en cuanto la tarifa ata al Juez a los medios de convicción admisibles, al valor que la ley les señala imperativamente, a los hechos que han de probarse para que la jurisdicción pueda tener por ciertas determinadas situaciones jurídicas; moral en cuanto desatando los lazos de la tarifa permite al juzgador, en ocasiones, valorar el material de convicción conforme a las impresiones que en su ánimo produzca, facultad que no autoriza para admitir medios que la ley no instituye en vehículos de certeza judicial, ni para mudar los hechos que deben probarse para tener por demostrados ciertos sucesos.

El carácter moral de nuestro sistema es excepcional, en consecuencia, y como tal limitado a circunstancias que escapan al rigor de la tarifa, modalidad que el fallador ha de tener en cuenta para no usar de tan singular facultad cuando la ley no la otorga, ya que con ello se subvierte la estructura del sistema, y las situaciones subjetivas de los litigantes vinculados a ella.

En la materia que en este pleito está **sub judice** el Tribunal, como se observa en la parte de su fallo que en el presente se transcribe, apreció las pruebas con criterio de persuasión individual olvidando que deben probarse con plenitud los antecedentes de las presunciones legales, y que los hechos materia de la prueba no son ocurrencias indiferentes que puedan hacer más o menos verosímil, probable o seguro que una persona es hijo natural de determinado sujeto, sino las que la ley a ese respecto ha exigido imperativa, expresa y exclusivamente.

Por esa vía, al valorar la prueba directa aportada por la parte actora, de la cual apenas sí podía concluírse la de un concubinato, halló en ella no sólo la demostración de éste sino de su notoriedad; en tales condiciones es fácil inferir que el Tribunal erró de hecho y de derecho al apreciar los elementos probatorios que se han comentado y sobre los cuales reposa la sentencia recurrida; de hecho porque dió por probado un concu-

binato notorio, calidad ésta que no se destaca en el material probatorio; de derecho porque, desoyendo la norma que simultáneamente aplicaba, la puso en movimiento sobre circunstancias de hecho que el mismo mandamiento rechaza como antecedentes de su posible actuación; la ley exige como antecedente para que pueda obrar la presunción que consagra, la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre el pretenso padre y la madre, suceso que el juzgador no puede cambiar por otro u otros para hacerlo producir el resultado instituído únicamente para él. La aplicación indebida del artículo cuarto, numeral cuarto, de la Ley 45 de 1936, surge obviamente de lo hasta aquí expuesto, implicando la transgresión del mismo.

El cargo, en consecuencia, debe prosperar aparejando la casación del fallo recurrido para reemplazar el cual la Corte debe proferir la decisión correspondiente.

La sentencia de instancia

Para fundarla ha de observarse que la motivación precedente es común a ella y a la sentencia de casación lo cual hace inoficioso repetir la crítica probatoria adelantada ya: respecto de las demás pruebas allegadas al proceso por la parte actora, ellas apenas demuestran que Herminia entró al servicio de Losada viviendo en la casa de éste, y el nacimiento del impúber Luis Jorge; no existe en el proceso demostración alguna de que entre ellos se sostuviera un concubinato público y estable; inferencias y consejas es lo más que suministran los testigos, y base para aventuradas presunciones **ad-hominem** los telegramas en que Losada se dirige a Herminia usando la segunda persona del singular, y tratamientos similares.

En cuanto a las alusiones de los testigos, y de la misma sentencia del Tribunal sobre la conducta de Losada con el niño, vinculándolas a la pretensión fundada en posesión notoria del estado civil menester es desestimarlas porque conforme al art. 7º de la Ley 45 de 1936 le es aplicable a la filiación natural el art. 398 del C. C., y según este precepto para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del mismo deberá haber durado diez años continuos por lo menos; el menor Luis Jorge nació el 24 de mayo de 1938, según la partida de origen civil visible al folio seis (6) vuelto del cuaderno número tres (3), y la demanda se introdujo el treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y tres siendo notificada al demandado el diecinueve de noviembre del mismo año. No es necesario dilatado estudio para observar que entre la fecha del nacimiento y la del día en que se trabó el litigio iban corridos cinco años apenas sin que, por otra parte, hubieran sobrevenido ocurrencias que imposibilitaran la integración del lapso que la ley determina como, por ejemplo, la defunción del pretendido padre; de esta suerte la posesión notoria invocada lo ha sido extemporáneamente, y las pruebas que sobre ella se surtieron carecen de vigor para configurar un fenómeno cuyas características cronológicas no satisfacen el querer de la ley.

Las súplicas de la demanda, en consecuencia, no pueden prosperar, imponiéndose la confirmación del fallo de primera instancia.

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 proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá con fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y en su lugar CONFIRMA la que el día diecinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro dictó el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese 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, Srio.

ACCION PETITORIA DE INEFICACIA DE LOS TITULOS REFERENTES A UNAS MINAS, DE ABANDONO DE MINAS, ETC.

1.—En reiterada jurisprudencia ha dicho la Corte que "la acción de nulidad de un contrato, como que tiene por objeto destruír el vínculo de derecho formado entre los contratantes, debe ser ventilada entre las partes que concurrieron a la formación de aquel vínculo, pues en derecho las cosas se deshacen, por punto general, del modo como se hacen. Si el lazo contractual no puede formarse sin la intervención de las personas que constituyen los extremos de la relación jurídica, o sea el sujeto activo y el pasivo de dicha relación, tampoco es posible desatar ese vínculo ya extrajudicial, ya judicialmente, sin el concurso voluntario u obligado de aquellas personas. Siendo por otra parte efecto de la declaración judicial de nulidad de un acto o contrato el de que las partes sean restituídas al estado anterior al acto o contrato nulo y de que tengan lugar entre éstas las demás prestaciones establecidas por el artículo 1746 del Código Civil, es obvio que tal declaración no puede ser hecha sin audiencia de las respectivas partes contratantes, porque ello equivaldría a condenar éstas sin haberlas oído y vencido en juicio".

2.—Según el primitivo sistema establecido en el Código de Minas, los Gobernadores, a quienes siempre ha estado legalmente encomendado el conocimiento del procedimiento administrativo de las minas adjudicables, carecían por lo general de facultad para rechazar los denuncios que ante ellos se presentaran, salvo en algunos casos de excepción, como en el de los defectos formales a que alude el artículo 35 de la citada obra. Esa regla general la consagraba el artículo 27 del Decreto Nº 761 de 1887. A las personas a quienes se les hubieran adjudicado minas con la plenitud de las formalidades de rigor y que estuvieran pagando los impuestos correspondientes la ley no les brindaba, según ese artículo, otra vía que la de formular oposición y acudir al consiguiente juicio ordinario para hacer valer sus derechos. Contra ese sistema, generalmente calificado como contrario a los sanos intereses de la industria minera, como que fomentaba la proliferación de pleitos y dejaba al poseedor regular sin un amparo eficaz y rápido, reaccionó paulatinamente el legislador hasta consagrar el llamado recurso de las oposiciones administrativas, al prohibir el denuncio de ciertas minas y facultar a los Gobernadores para desecharlos. Así, por medio del artículo 3º de la Ley 59 de 1909, que sustituyó al 45 de la Ley 292 de 1875, que decía entre otras cosas, que nadie podía registrar las minas redimidas a perpetuidad, se estableció, clarificando y ampliando ese principio, que las minas que se encontraran en tal situación no eran registrables ni denunciables. También deben tenerse en cuenta los artículos 5º del Decreto Nº 1112 de 1905, 9º del Decreto Nº 223 de 1932, 5º de la Ley 13 de 1937. De modo pues, que hoy el dueño de una mina que se encuentre en alguno de los casos previstos en esos artículos, tiene a su disposición dos procedimientos legales para oponerse a las pretensiones de quien le denuncie su propiedad: acudir al juicio ordinario de que trate el Código de Minas para que la rama judicial dirima la oposición, o presentarse ante la autoridad administrativa con las correspondientes pruebas para que se deseche o rechace un denuncio que la ley expresamente ha prohibido que se formule.

En tratándose de minas redimidas a perpetuidad no cabe duda de que es procedente el último de los recursos indicados, no sólo porque las leyes que han prohibido su denuncio son posteriores al Decreto 761 de 1887 y como tales de preferente imperio y aplicación, sino también porque cuando menos así lo imponen claras razones de analogía, pues si conforme al artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 223 de 1932 los Gobernadores tienen el deber de rechazar los denuncios de minas que se les hagan "cuando se acredite, con el correspondiente recibo, que por la mi-

na de que trata el denuncio se ha pagado, en la debida oportunidad, el respectivo impuesto, "es lógico concluír que esos funcionarios tienen el mismo deber, y quizás más imperioso, cuando se les compruebe que la mina denunciada está redimida a perpetuidad, ya que por motivo de esta circunstancia y a partir de la época en que se verificó la redención, la mina queda libre del impuesto en lo sucesivo (art. 45 L. 292 de 1875 y 3º Ley 59 de 1909). Aquella tesis la ha consagrado también una constante Jurisprudencia administrativa. Por tanto, cuando un Gobernador dentro del trámite administrativo de adjudicación minera desecha, rechaza o suspende el denuncio de una mina por comprobársele que está redimida a perpetuidad, o que se han pagado en su oportunidad los impuestos correspondientes, o que está matriculada, lo hace en ejercicio de una facultad que le está expresamente atribuída por la ley, la cual, por otro lado, no desnaturaliza la índole de sus atribuciones, desde luego que el investigar y resolver si un impuesto ha sido oportuna y debidamente cubierto o si una mina está inscrita en el libro de matrícula de la propiedad minera adjudicada, que es llevado en las Gobernaciones con respecto a las ubicadas en los Departamentos correspondientes, es una función estrictamente administrativa que puede ser cumplida, sin detrimento alguno para el orden institucional del país, por aquel funcionario, como que se limita a la mera constancia de hechos de esa precisa naturaleza.

Si los denuncios a que se refiere esta controversia fueron suspendidos por la autoridad administrativa correspondiente, con fundamento en que las minas a que ellos se contraen unas habían sido redimidas a perpetuidad y sobre las otras se habían cubierto los impuestos que las gravan y con aplicación de lo dispuesto en los artículos 45 de la Ley 292 de 1875, 3º de la Ley 59 de 1909 y 9º del Decreto Legislativo Nº 232 de 1936, y las resoluciones en que tal cosa se resolvió se encuentran ejecutoriadas, a las autoridades judiciales no les es posible desconocer la situación que por medio de ellas se ha creado ni revisarlas directa ni indirectamente, porque de hacerlo invadirían el campo judisdiccional propio de la justicia contencioso-administrativa. Así lo dijo la Corte en casación del 14 de junio de 1938, G. J. Nº 937, pág. 640.

Cuando se decreta en resoluciones ejecutoriadas y vigentes el amparo administrativo consagrado en las leyes mineras, el denunciante carece de acción para plantear ante la justicia común el juicio ordinario sobre mejor derecho a la posesión y propiedad de las minas denunciadas.

Además, si en casos como el presente se admitiese como viable que el denunciante pudiera plantear útilmente ante la justicia ordinaria cuestiones de la índole de la que se ha propuesto en la demanda inicial de este pleito, (súplicas 3ª a 6ª), y en el presente recurso, no obstante estar en firme, por no haber sido revisadas ni invalidadas por quien tiene autoridad para ello, las nombradas resoluciones, semejante tesis despojaría de efectos o vaciaría de contenido a las disposiciones en cita, desde luego que el poseedor reguar tendría que acudir o hacerle frente al juicio ordinario para hacer valer sus derechos. Ello dejaría sin objetivo práctico alguno el amparo administrativo que esos textos consagran. Y ni siquiera podría pensarse en que por virtud de ese amparo el poseedor adquiriría la ventaja de quedar colocado en la posición de parte demandada en el juicio ordinario, y exonerado, por tanto, de la carga de la prueba, pues ese derecho ya se lo otorgaba, con anterioridad a la expedición y vigencia de aquellos textos, el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, que sustituyó al 390 del Código, que también se lo confería.

Tal tesis interpretativa que deja, pues, sin sentido alguno las mencionadas disposiciones, debe ser desechada en atención a la regla de hermenéutica que enseña que el sentido en que una ley puede producir algún efecto debe ser preferido a aquel en que no sea capaz de producirlo.

De consiguiente, debe forzosamente llegarse a la conclusión de que cuando se decreta en resoluciones ejecutoriadas y vigentes el amparo administrativo consagrado en las leyes mineras, el denunciante carece de acción para plantear ante la justicia común el juicio ordinario sobre mejor derecho a la

posesión y propiedad de las minas denunciadas. (1)

3.—El artículo 365 del C. de M. contiene una sanción y por este motivo es de aplicación restrictiva, o sea, que su imperio debe necesariamente concretarse al caso preciso en él previsto, sin que sea dable, por tanto, aplicarlo por analogía. Además, según el sistema del C. J., la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibídem, 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.

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

En libelo de 30 de junio de 1939, que sustituyó al de 20 de abril de ese mismo año, Germán Molina Callejas demandó por la vía ordinaria ante el Juez del Circuito de Segovia a la sociedad "Pato Consolidated Gold Dredging Limited" para que en sentencia definitiva se declarase que la mencionada sociedad "no tiene vinculaciones jurídicas eficaces, con los adjudicatarios de las minas de oro de aluvión, situadas en el distrito de Zaragoza", denominadas "Manchuca de San Germán", "Pato", "Camboro", "Santa Bárbara", "La Luciana" y "El Cerro", (súplica 1ª); que las cinco primeras se hallaban legalmente abandonadas y eran restaurables y denunciables cuando el actor las denunció el 18 de noviembre de 1936 con el respectivo nombre de "Pato", "Pato Sur Nº 1", "Pato Sur Nº 2", y "Pato Norte", (súplica 2ª); que en subsidio de la petición anterior se declare que las minas "Pato" y "Manchuca de San Germán" fueron perdidas por sus adjudicatarios y, consecuencialmente por sus antecesores, en virtud de lo dispuesto por los artículos 315 de la Ley 153 de 1887 y único de la Ley 58 de 1896 y que por ese motivo eran denunciables y restaurables cuando el actor las denunció en la fecha indicada con los respectivos nombres de "Pato", "Pato Sur Nº 1", y "Pato Sur Nº 2"; que el demandante es legítimo restaurador y denunciante respecto de las nombradas minas, avisadas todas según diligencia de 6 de agosto de 1936 y denunciadas el 18 de noviembre siguiente, (súplica 3ª); que tiene derecho a que se le dé impulso progresivo a los cuatro denuncios aludidos y que así debe comunicársele al Gobernador del Departamento, quedando de hecho levantada la suspensión administrativa que de esos denuncios se decretó, (súplica 4ª); que tiene mejor derecho que la sociedad demandada a la posesión, propiedad y explotación de las cuatro minas referidas, (súplica 5ª); que aquella queda sin derecho para hacer oposición, (súplica 6ª); que debe indemnizarle los perjuicios que le ha causado, y que es absolutamente nulo, por vicio del objeto y debe cancelarse el título Nº 923, de 17 de octubre de 1913, expedido a favor de la "Compañía de Minas de Pato", con relación a la mina de oro de aluvión denominada "El Cerro", hoy en poder de la sociedad demandada (súplica 8ª).

Como fundamentación de la demanda se afirma que las minas de que trata la súplica primera fueron adjudicadas a personas distintas de la entidad demandada; que ésta no ha adquirido jamás de las personas adjudicatarias de tales minas el derecho de dominio en forma eficaz y jurídica y en los hechos 3º a 23 se puntualizan los vicios o defectos de que adolecen los títulos de los aludidos adjudicatarios y tradentes del demandado; que la mina "Manchuca de San Germán" cayó en abandono, por deficiencia en el pago del respectivo impuesto anual en el año de 1868, o en 1873, 1876,

(1) La presente doctrina rectifica la que había sido presentada anteriormente por la Corte en sentencia de casación de fecha 2 de noviembre de 1942, publicada en el Tomo LIV-bis, página 227.

(El Relator de la Corte).

1877 o 1878, o por el no pago del correspondiente a 1886, sin que esas irregularidades se subsanaran en forma legal; que por tal motivo dicha mina no fue eficazmente amparada a perpetuidad con la consignación que con tal fin se hizo el 27 de octubre de 1886; que no fue trabajada en la forma ni en el tiempo de que tratan los artículos 315 de la Ley 153 de 1887 y único de la Ley 58 de 1896; que en igual abandono cayeron, por razones semejantes y en fechas distintas, las minas "Pato" y "Camboro"; que las minas "Santa Bárbara" y Luciana" cayeron en abandono en el año de 1909, por deficiencias en el pago del respectivo impuesto anual, sin que esa deficiencia se hubiera subsanado; que tanto la adjudicación como las transferencias de la mina "El Cerro", se hicieron en favor de sociedades extranjeras, cosa contraria a la Constitución de 1886, porque a los colombianos no les era posible adquirir minas en los países a que pertenecían aquellas sociedades, por lo cual adolecían de objeto ilícito aquellos actos o contratos; que en 6 de agosto de 1936 el demandante avisó ante la Alcaldía de Zaragoza las cuatro minas "Pato", "Pato Sur Nº 1", "Pato Sur Nº 2" y Pato Norte", las cuales denunció en memoriales de 18 de noviembre de 1936; que esos denuncios fueron admitidos por la Gobernación de Antioquia pero que, a solicitud de The Pato Mines (Colombia) Limited", la Gobernación los suspendió, según resoluciones del mes de junio de 1938, las cuales quedaron ejecutoriadas y las que, como era de rigor, dejaron a salvo la facultad de demandar ante la justicia ordinaria el reconocimiento y efectividad de los derechos respectivos.

Admitida y sustanciada esa demanda, el Juez del conocimiento la decidió en sentencia absolutoria de 8 de mayo de 1941, la cual, apelada por ambas partes, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la de 30 de julio de 1945, sin costas.

En esa decisión principia por anotar el Tribunal que los denuncios del demandante, relacionados con las minas en cuestión, fueron suspendidos mediante resoluciones dictadas por la Gobernación de Antioquia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 9º del Decreto Ejecutivo número 223 de 1932, 45 de la Ley 292 de 1875 y 3º de la Ley 59 de 1909, sin que el denunciante hubiera apelado de ellas, excepción hecha de la relacionada con la mina "Pato Sur Nº 1" que fue confirmada por el Ministerio de la Economía Nacional, ni las hubiera acusado ante el Consejo de Estado.

Luego observa que a las peticiones 1ª y 6ª se refieren especialmente los hechos fundamentales. 1º a 23 inclusive, en cuyo estudio de fondo no puede entrar, por dos razones: "porque para hacer desaparecer, mediante la declaración solicitada, los vínculos jurídicos creados mediante declaraciones de voluntad (y no se trata de nulidad que aparezca de manifiesto) era indispensable citar al juicio a quienes de esa manera crearon entre sí la relación de derecho que se trata de hacer desaparecer, pues lo contrario iría contra elemental mandato constitucional que prohibe juzgar a quien no ha sido citado y oído en juicio; y porque, en segundo lugar, el actor carece de interés jurídico en hacer desaparecer esos contratos, como que con esa declaración o sin ella su patrimonio ni se aumenta ni se disminuye, pues aun en el caso en que hubiera que hacerla, las propiedades vendrían quedando en el patrimonio del inmediato tradente hasta llegar a los adjudicatarios, y aun llegando hasta declararse la pérdida del derecho de éstos últimos, la reversión se operaría en favor de la Nación, con lo cual tampoco ganaría nada el demandante porque las autoridades llamadas a conocer de los procesos de titulación tienen ya resuelto que los denuncios deben permanecer en suspenso".

Más adelante, y con referencia a los hechos y súplicas de la demanda relacionados con la mina "El Cerro", dice, en resumen, que sólo los gobiernos extranjeros no pueden adquirir minas en Colombia; que tratados públicos obligan al país a respetar la adquisición y disposición de bienes de norteamericanos e ingleses, y que a partir de la reforma constitucional de 1936 está consagrada la igualdad en el goce de los derechos civiles de nacionales y extranjeros.

Después, a propósito de las súplicas 3ª, 4ª, 5ª y 7ª, sostiene lo siguiente:

"Las minas citadas en el artículo 195 de la actual Constitución (202 de la de 1886), son bienes de la Nación, que conforme al Código Fiscal administra el Gobierno como bienes fiscales, y en las adjudicaciones de las que son adjudicables intervienen los Gobernadores, Intendentes y Alcaldes como simples delegados o comisionados. De ahí que el Código de Minas contenga disposiciones de derecho público, especialmente las referentes a las cuatro etapas de titulación, y disposiciones de derecho privado, aplicables cuando se trata de cuestiones puramente patrimoniales. En aquellas primeras disposiciones está la persona interesada

en la adquisición de la mina frente al Estado, en una relación administrativa, en cuestiones cuyo conocimiento corresponde a la rama ejecutiva del poder público, y a quien compete, además, decidir en cada caso de manera privativa, motivo por el cual sus resoluciones obligan, pues, se repite, son dadas por autoridad que tiene facultad legal para darlas. En el proceso de titulación no puede con esperanza de éxito desplazar sus intereses el denunciante hacia la rama judicial para obtener que se dé al Gobernador orden de que adelante las diligencias, pues a los jueces ordinarios no les está atribuído el conocimiento en esas diligencias sino cuando surge oposición de intereses entre particulares sobre mejor derecho a la propiedad que se trata de adquirir, y no si el Gobernador debe dar o no curso a las diligencias, porque esa cuestión, de carácter administrativo sólo compete al Gobernador, en primera instancia y en segunda al respectivo Ministerio, y por lo que toca al caso de autos ya fue discutida entre los interesados y resuelta, resoluciones que están en firme".

Y finaliza con este concepto:

"En síntesis: mientras estén vigentes las citadas resoluciones sobre suspensión de los denuncios de minas del actor Molina Callejas, este Tribunal no puede desconocerlas o sea prescindir del imperio que en sí llevan: constituyen un broquel de la compañía demandada donde necesariamente se estrellan las pretensiones del actor manifestadas en la demanda".

Al cabo de la tramitación correspondiente, se procede a decidir el recurso de casación interpuesto en contra de la anterior decisión por los dos litigantes.

Recurso de casación del demandante

Invoca el recurrente "las causales primera y segunda que señala el artículo 520 del C. J. y también, error evidente en la apreciación de la demanda inicial del juicio. Subsidiariamente, la causal 7ª".

Dice que la sentencia se fundamenta en tres conceptos básicos, a saber: "1º Falta de interés jurídico en el demandante". 2º "Cosa juzgada en lo administrativo y consiguiente improcedencia de la acción ordinaria incoada" y 3º "Incompetencia de jurisdicción para decidir el Organo Judicial las cuestiones debatidas en el juicio". En la extensa demanda de casación que se ha presentado, que en su mayor parte constituye más bien un alegato de instancia que una pieza de aquella naturaleza, el recurrente discurre largamente sobre aquellos temas, proponiendo los diferentes cargos que se procede a extractar en la medida en que las aludidas circunstancias lo permiten.

En la primera parte de la demanda, dedicada a impugnar los dos primeros conceptos que atribuye al fallo y después de insertar y comentar apartes de éste, de otras sentencias de esta Sala y del Consejo de Estado y de Resoluciones del Ministerio de Minas, dice el recurrente que desde que a él se le opusieron en el campo administrativo los títulos exhibidos por la compañía para solicitar la suspensión y rechazo de los denuncios referidos, de hecho adquirió la facultad de impugnarlos en la forma que lo hace la demanda; que cuando se opera el abandono de una mina el efecto no es otro que el que señalan los artículos 343, 123, 30, 347 y 348 del Código de Minas, por el Tribunal violados al sostener que la reversión se verifica en favor de la Nación y no del restaurador; que las calidades de restaurador y denunciante se adquieren en virtud y desde la fecha del respectivo aviso y no se pierden sino en los únicos casos previstos en los artículos 118, 313, 341 y 349 ibídem, entre los cuales no está incluído el hecho de que administrativamente sea suspendido el denuncio en circunstancias como las que se registran en este negocio; que esos derechos e inclusive el que toca con el desarrollo progresivo del respectivo denuncio se hacen efectivos mediante el juicio ordinario de que habla el artículo 456 ibídem. En seguida dice lo siguiente:

"Incurre, pues, el Tribunal, en los conceptos analizados de su sentencia y por las razones que para impugnarlos se han expuesto en evidentes errores de hecho y de derecho y en directas violaciones del principio fundamental que proclama la separación de los Poderes Públicos y del que prohibe el juzgamiento de nadie por autoridad incompetente y sin la observancia de la plenitud de las formas propias del respectivo juicio. Entre dichas disposiciones están los artículos 22, 52 y 115 de la Constitución de 1936, 45 de la Ley 292 de 1875, 8 de la Ley 153 de 1887, 1ª de la Ley 95 de 1890, 3 de las Leyes 55 y 59 de 1909, 35 de la Ley 4ª de 1913, 4º de la Ley 77 de 1931, 142, 143, 473, 474, 734 y 736 del C. J., 2, 12, 68, 117, 123, 304, 313 341, 343, 346, 347, 348, 349, 382, 384, 385 y 456 del C. de M. y 9 del Decreto 223 de 1932. Aquellos errores determinan la violación de dichos preceptos, que, como se repite, resultan que-

brantados también en forma directa por las mismas teorías y procedimientos del Tribunal".

Y al admitir y sostener, aunque en forma implícita, pero necesaria, que como resultado de aquellas providencias administrativas, el señor Molina quedó sin interés jurídico frente a las cuestiones de derecho privado que son objeto del debate, igualmente incurre el Tribunal en grave error de derecho; porque de esa suerte atribuye y reconoce a tales actos alcances y trascendencias que la ley escrita sólo dispensa a las sentencias judiciales de que habla el artículo 473 del C. J., cuando, como al presente, se trata de materia contenciosa, y porque a la vez reconoce a las autoridades administrativas, facultades que, en dicha materia, radican privativamente en el Organo Judicial y que éste tampoco podría ejercerlas en la forma sumaria empleada por las referidas entidades administrativas en los negocios cuestionados del señor Molina, sino con necesaria observancia de las ritualidades propias del juicio ordinario. Pero ese error lo es también de hecho, con toda evidencia, porque el fallador de Medellín lo atribuye a aquellos mismos proveídos administrativos, declaraciones en contra de los derechos de mi mandante en relación con las cuatro minas por éste denunciadas, que tales providencias no contienen. Esos errores determinan de consuno y cada uno de ellos por separado, la violación de las mismas disposiciones citadas".

"Además, y en cuanto el Tribunal niega al señor Molina el interés jurídico necesario para accionar como lo ha hecho en el presente juicio, y ello con la equivalencia a negarle también el derecho que tiene a obtener el avance normal y progresivo de sus denuncios, quebranta igualmente la sentencia los artículos 44, 123, 343, 382, 384, 385 y 456 del C. de M. y 734 y 736 del C. J., en forma directa y aun como resultado de aquellos mismos errores de hecho y de derecho".

"Y como en el párrafo sintético arriba copiado, sostiene el Tribunal que las aludidas providencias administrativas constituyen "un broquel de la compañía demandada donde necesariamente se estrellan las pretensiones del actor manifestadas en la demanda", para evidenciar igualmente tan enorme error de derecho y la violación consiguiente de los preceptos constitucionales y de orden legal antes acotados y además, el de los artículos 2, 4, 164, 341 y 363 del C. de M., cumple, por el contrario, observar que aquel **"broquel"** sólo podría estar constituído por el pago exacto del respectivo impuesto fiscal sobre las antiguas minas "Manchuca de San Germán", "Pato", "Santa Bárbara", "Camboro", etc., y por el título de adjudicación especial de la zona del mineral cubierta por el aviso y denuncio que el señor Molina denomina "Pato Sur Nº 1", mas no, en ningún caso, por aquellas simples providencias administrativas, que, como es de reiterarlo, apenas suspenden provisionalmente el curso de los denuncios hasta que por la vía jurisdiccional se decida sobre las cuestiones contradictorias subsiguientes a la petición de tal suspensión hecha por la compañía demandada o su antecesora. Y se sabe que dicho pago exacto de impuestos no se registra al presente, y que dicho título tampoco existe".

En el capítulo de la demanda titulado "Tercer concepto", dice el recurrente que al sostener el Tribunal que "la justicia ordinaria no tiene jurisdicción para revisar las Resoluciones sobre suspensión dadas por la Gobernación y el Ministerio" y al estimar que en el juicio se persigue no la declaración judicial de cuestiones netamente civiles sino la revisión de aquellas providencias, incurrió en error de hecho en la apreciación de las súplicas de la demanda, las cuales en resumen transcribe y en violación de las disposiciones antes citadas, y especialmente de los artículos 382, 383, 384 y 456 del C. de M., y que en igual error y violación de las mismas disposiciones, incurrió al sostener que no podía fallar la litis mientras estuvieran vigentes las aludidas resoluciones.

Después transcribe los considerandos finales de la sentencia, antes insertos, se detiene a comentarlos por diversos aspectos, para sostener, en resumen, "que los actos administrativos que el Tribunal señala como determinantes de la falta de jurisdicción" para conocer y fallar de las cuestiones civiles propuestas en la demanda no son actos jurisdiccionales y que además se limitan a suspender provisionalmente el curso de los denuncios, pero sin decidir nada que afecte el derecho mismo de los litigantes; que esas decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada; que dejaron a salvo sus derechos, y que al asignarles la virtualidad impeditiva de que habla la sentencia, el Tribunal incurrió en errores de derecho con la consiguiente violación de las citadas disposiciones y señaladamente de los artículos 22, 52, 115 de la Constitución de 1936, 382, 384, 385, 456 del C. de M. y 1, 142, 143, 734 y 736 del C. J.

Sobre este mismo tema dice en otros apartes de la demanda que sólo al Organo Judicial corresponde privativamente decidir sobre las cuestiones que en el libelo se plantearon y que la acción no es sino la que prescriben para eventos como el actual, los artículos 3º de la Ley 59 de 1909 y 456 del C. de M., y que como de esos juicios ordinarios no pueden conocer sino los jueces comunes, conforme a los artículos 384 y 385 ibídem y como la facultad de administrar justicia corresponde a la Rama Judicial, de acuerdo con el artículo 142 del C. J., con las tesis que sostiene la sentencia han sido quebrantadas todas las disposiciones citadas.

Causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial

A este propósito el recurrente dice, en resumen, que al no fallar el Tribunal las cuestiones planteadas en la presente controversia partiendo de la base falsa de que en la demanda se persigue la revisión de los actos administrativos tantas veces aludidos, determinó con ello la procedencia del segundo motivo de casación que invoca.

Alega, subsidiariamente, y con fundamento en las mismas razones la causal 7ª del artículo 520 del C. J., la cual dice que no propone en forma principal, porque "el Tribunal propiamente no se abstiene de conocer del negocio, declarándolo así en su sentencia", aun cuando de haber sido consecuente con sus propias ideas eso es lo que ha debido decidir.

Finalmente observa que las disposiciones del Tribunal con respecto a la nulidad, por objeto ilícito, que la demanda imputa al título de la mina "El Cerro", violan directamente los artículos 11 de la Constitución de 1886 y 1519 del C. C. y como el Tribunal sostiene que a ese contrato de fecha anterior a la reforma de 1936 le son aplicables los preceptos de ésta, incurre en error de derecho, con la violación de las disposiciones constitucionales y legales que el sentenciador cita.

Consideraciones referentes a los cargos formulados con apoyo en la causal 1ª de casación.

Teniendo en cuenta las súplicas y los hechos fundamentales de la demanda, concretados a lo que constituye la sujeta materia del debate en casación, puede afirmarse que el recurrente ha propuesto en un mismo libelo dos acciones diferentes, aunque ambas están encaminadas al logro de la misma finalidad.

Por la primera se busca la declaración de que los títulos que aseguran el dominio de la sociedad demandada sobre todas las minas en cuestión no son eficaces al efecto, por adolecer de los vicios, deficiencias o defectos que se apuntan en los hechos 2º a 23 de la demanda que les destruyen toda eficacia jurídica; que en consecuencia, careciendo de legítimo dueño, por ser nulos esos títulos, las minas están abandonadas, y que, por tanto, el recurrente, que como tal las avisó y denunció, tiene sobre ellas los derechos inherentes a la calidad de restaurador.

Por la segunda se persigue la declaración final de que acaba de hablarse, pero no ya por razón de la nulidad de los títulos referentes al dominio, sino porque no se cubrieron los impuestos correspondientes, o porque los pagos que se hicieron con el objeto de redimir a perpetuidad las minas fueron deficientes, o porque éstas no fueron trabajadas en la forma y oportunidad legal. Tanto a éste como a aquél caso es común la solicitud hecha sobre que el recurrente tiene derecho a que no se le dé impulso progresivo a los cuatro denuncios aludidos y a que se le comunique al Gobernador de Antioquia que de hecho queda levantada la suspensión administrativa que de tales denuncios se decretó.

La primera de esas dos acciones fue desestimada por el sentenciador con fundamento en que los vínculos jurídicos creados mediante las relaciones contractuales de que habla la demanda no se pueden hacer desaparecer sin haber citado al juicio a todas las partes que concurrieron a formarlas, pues lo contrario iría contra el principio constitucional que prohibe juzgar a quien no ha sido oído y vencido en la litis. Y esta consideración estrictamente legal, es de suyo y por sí sola suficiente para sostener la sentencia en esta parte.

Pues como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia "La acción de nulidad de un contrato, como que tiene por objeto destruír el vínculo de derecho formado entre los contratantes, debe ser ventilada entre las partes que concurrieron a la formación de aquél vínculo, pues en derecho las cosas se deshacen, por punto general, del modo como se hacen. Si el lazo contractual no puede formarse sin la intervención de las personas que constituyen los extremos de la relación jurídica, o sea el sujeto activo y el pasivo de dicha relación, tampoco es posible desatar ese vínculo ya extrajudicial, ya judicialmente, sin el concurso voluntario u obligado de aquellas personas. Siendo por otra parte efecto de la declaración judicial de nulidad de un acto o contrato el de que las partes sean res-

tituídas al estado anterior al acto o contrato nulo y de que tengan lugar entre éstas las demás prestaciones establecidas por el artículo 1746 del Código Civil, es obvio que tal declaración no puede ser hecha sin audiencia de las respectivas partes contratantes, porque ello equivaldría a condenar éstas sin haberlas oído y vencido en juicio". (Casación, 26 de julio de 1927, Tomo 34, pág. 270).

Las mismas razones son también estrictamente aplicables para sostener la legalidad de la decisión absolutoria del sentenciador sobre la acción de nulidad que separadamente se propuso de la adjudicación y contratos de la mina "El Cerro".

De lo dicho se desprende que los cargos del recurrente, en cuanto se refieren a la parte de la sentencia en que se desestima la primera de las mencionadas acciones, deben ser forzosamente desechados, sin necesidad de aducir otras consideraciones.

Para negar la segunda, el Tribunal se basó en que los denuncios sobre las minas en cuestión, presentados por el recurrente ante la Gobernación de Antioquia, fueron suspendidos por Resoluciones de ésta entidad y del Ministerio de Economía que están ejecutoriadas, sin que en el proceso conste que ellas hubieran sido acusadas ante el Consejo de Estado, y que mientras se mantengan en vigencia el Tribunal no puede desconocerlas ni prescindir de su imperio, pues en el proceso administrativo de titulación al denunciante no le es posible desplazar sus intereses hacia la rama judicial, a fin de que se ordene al Gobernador que adelante las diligencias, ya que esa es una cuestión de carácter administrativo de la exclusiva competencia de éste y porque a los jueces ordinarios no les está atribuído el conocimiento de aquellas sino cuando surge oposición de intereses entre particulares sobre mejor derecho a la propiedad que se trate de adquirir.

Con relación a esta fundamentación de la sentencia y tomando en cuenta la acusación que al respecto propone el recurrente, la Sala considera:

Según el primitivo sistema establecido en el Código de Minas, los Gobernadores, a quienes siempre ha estado legalmente encomendado el conocimiento del procedimiento administrativo de las minas adjudicables, carecían por lo general de facultad para rechazar los denuncios que ante ellos se presentaran, salvo en algunos casos de excepción, como en el de los defectos formales a que alude el artículo 35 de la citada obra. Esa regla general la consagraba el artículo 27 del Decreto Nº 761 de 1887, que a la letra dice: "Los Gobernadores de Departamento no desecharán los denuncios de minas que se hagan, aunque crean que los denunciantes no tienen derecho de hacerlos. Los que quieran impugnar los derechos de los denunciantes, deben oponerse a la posesión, a fin de que sea el Poder Judicial quien resuelva sobre los derechos de los particulares".

A las personas a quienes se les hubiera adjudicado minas con la plenitud de las formalidades de rigor y que estuvieran pagando los impuestos correspondientes, la ley no les brindaba, según el texto copiado, otra vía que la de formular y acudir al consiguiente juicio ordinario para hacer valer sus derechos.

Contra ese sistema, generalmente calificado como contrario a los sanos intereses de la industria minera, como que fomentaba la proliferación de pleitos y dejaba al poseedor regular sin un amparo eficaz y rápido, reaccionó paulatinamente el legislador hasta consagrar el llamado recurso de las oposiciones y facultar a los Gobernadores para desecharlos. Así, por medio del artículo 3º de la Ley 59 de 1909, que sustituyó al 45 de la Ley 292 de 1875, que decía entre otras cosas, que nadie podía registrar las minas redimidas a perpetuidad, se estableció, clarificando y ampliando ese principio, que las minas que se encontraran en tal situación no eran registrables ni denunciables; el artículo 5º del Decreto Nº 1112 de 1905 dispuso que "no se podían denunciar minas pertenecientes a establecimientos de educación o beneficencia, sino con autorización del respectivo dueño"; el artículo 9º del Decreto 223 de 1932, prescribe que no se pueden denunciar las minas por las cuales se están pagando los impuestos establecidos y ordena que los Gobernadores desechen los denuncios, "cuando se acredite, con el correspondiente recibo, que por la mina de que trata el denuncio se ha pagado, en la debida oportunidad, el respectivo impuesto"; y finalmente, el artículo 5º de la Ley 13 de 1937 dispone que "no se podrán denunciar, en todo ni en parte, aquellas minas que además de haber pagado los impuestos vigentes estén matriculadas" y que "en consecuencia los Gobernadores, Intendentes y Comisarios especiales desecharán los denuncios de minas que se les hagan cuando aparezca de manifiesto o se acredite con las pruebas correspondientes, que con el denuncio de que se trata se vulneran los derechos de los propietarios sobre las minas matriculadas".

De modo, pues, que hoy el dueño de una mina que se encuentre en alguno de los casos previstos en los citados artículos tiene a su disposición dos procedimientos legales para oponerse a las pretensiones de quien le denuncie su propiedad: acudir al juicio ordinario de que trata el Código de Minas para que la rama judicial dirima la oposición o presentarse ante la autoridad administrativa con las correspondientes pruebas para que se deseche o rechace un denuncio que la ley expresamente ha prohibido que se formule.

En tratándose de minas redimidas a perpetuidad no cabe duda de que es procedente el último de los recursos indicados, no sólo porque las leyes que han prohibido su denuncio son posteriores al Decreto 761 de 1887 y como tales de preferente imperio y aplicación, sino también porque cuando menos claras razones de analogía así lo imponen, pues si conforme al artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 223 de 1932 los Gobernadores tienen el deber de rechazar los denuncios de minas que se les hagan, "cuando se acredite, con el correspondiente recibo, que por la mina de que trata el denuncio se ha pagado, en la debida oportunidad el respectivo impuesto", es lógico concluír que esos funcionarios tienen el mismo deber, y quizás más imperioso, cuando se les comprueba que la mina denunciada está redimida a perpetuidad, ya que por motivo de esta circunstancia y a partir de la época en que se verificó la redención, la mina queda libre del impuesto en lo sucesivo (art. 45, Ley 292 de 1875 y 3º, Ley 59 de 1909). Aquella tesis la ha consagrado también una constante jurisprudencia administrativa.

Por tanto, cuando un Gobernador dentro del trámite administrativo de adjudicación minera desecha, rechaza o suspende el denuncio de una mina por comprobársele que está redimida a perpetuidad, o que se han pagado en su oportunidad los impuestos correspondientes, o que está matriculada, lo hace en ejercicio de una facultad que le está expresamente atribuída por la ley, la cual, por otro lado, no desnaturaliza la índole de sus atribuciones, desde luego que el investigar y resolver si un impuesto ha sido oportuna y debidamente cubierto o si una mina está inscrita en el libro de matrícula de la propiedad minera adjudicada, que es llevado en las Gobernaciones con respecto a las ubicadas en los Departamentos correspondientes, es una función estrictamente administrativa que puede ser cumplida, sin detrimento alguno para el orden institucional del país, por aquel funcionario, como que se limita a la mera constatación de hechos de esa precisa naturaleza.

Ahora, si los denuncios a que se refiere esta controversia fueron suspendidos por la autoridad administrativa correspondiente, con fundamento en que las minas a que ellos se contraen unas habían sido redimidas a perpetuidad y sobre las otras se habían cubierto los impuestos que las gravan y con aplicación de lo dispuesto en los artículos 45 de la Ley 292 de 1875, 3º de la Ley 59 de 1909 y 9º del Decreto Legislativo Nº 232 de 1932, y si las resoluciones en que tal cosa se resolvió se encuentran ejecutoriadas, a las autoridades judiciales no les es posible desconocer la situación que por medio de ellas se ha creado ni revisarlas directa ni indirectamente, porque de hacerlo invadirían el campo jurisdiccional propio de la justicia contencioso-administrativa.

En ocasión análoga a la presente ha dicho la Corte: "De la misma manera que a las autoridades políticas administrativas les está vedado el pronunciamiento de declaraciones de dominio definitivo, resulta fuera de lugar la decisión de los jueces ordinarios sobre la eficacia y validez de actos ejecutados por órganos administrativos en materia de adjudicación minera con ocasión y motivo de pretensiones que arrancan de diligencias administrativas sobrevinientes a las que dieron origen al derecho preferencial y posesión ordinaria del primer avisante de una mina, como acontece en el caso de estudio. Tal controversia encaja dentro de las normas y preceptos jurisdiccionales de la justicia contencioso-administrativa, y su decisión, sobre la forma como ha sido planteada, equivale al ilegal ejercicio de una jurisdicción extraña al decidir sobre validez de actuaciones de estricto carácter administrativo. No toda oposición implica decisión judicial. Algunas hay de carácter administrativo como la que se desprende del artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 223 de 1932, o que versan exclusivamente sobre validez de actos administrativos y no sobre pretensiones opuestas por derechos vinculados al dominio o posesión de la mina entre particulares, de que puede ser ejemplo la en estudio, que son de competencia, conocimiento y fallo de las autoridades administrativas correspondientes, que son las que deben decidir sobre la calidad de la oposición para remitirla o no a la jurisdicción judicial..." (Casación 14 de junio de 1938. G. J. Nro. 1937, pág. 640).

Además, si en casos como el presente se admitiese como viable que el denunciante pudiera plantear útilmente ante la justicia ordinaria cuestiones de la índole de la que se ha propuesto en la demanda inicial de este pleito, (súplicas 3ª a 6ª), y en el presente recurso, no obstante estar en firme, por no haber sido revisadas ni invalidadas por quien tiene autoridad para ello, las nombradas resoluciones, semejante tesis despojaría de efectos o vaciaría de contenido a las disposiciones en cita, desde luego que el poseedor regular tendría que acudir a hacerle frente al juicio ordinario para hacer valer sus derechos. Ello dejaría sin objetivo práctico alguno el amparo administrativo que esos textos consagran. Y ni siquiera podría pensarse en que por virtud de ese amparo el poseedor adquiriría la ventaja de quedar colocado en la posición de parte demandada en el juicio ordinario, y exonerado, por tanto, de la carga de la prueba, pues ese derecho ya se lo otorgaba, con anterioridad a la expedición y vigencia de aquellos textos, el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, que sustituyó al 390 del Código, que también se lo confería.

Tal tesis interpretativa que deja, pues, sin sentido alguno las mencionadas disposiciones, debe ser desechada en atención a la regla de hermenéutica que enseña que el sentido en que una ley puede producir algún efecto debe ser preferido a aquel en que no sea capaz de producirlo.

De consiguiente, debe forzosamente llegarse a la conclusión de que cuando se decreta en resoluciones ejecutoriadas y vigentes el amparo administrativo consagrado en las leyes mineras, el denunciante carece de acción para plantear ante la justicia común el juicio ordinario sobre mejor derecho a la posesión y propiedad de las minas denunciadas.

Y esta conclusión se considera de rigor admitirla no porque se le asigne fuerza de verdad legal o de cosa juzgada, que sólo es propia de la sentencia definitiva, a esas providencias de índole administrativa, sino porque ellas —se repite—han sido proferidas por el funcionario a quien la ley ha encomendado el conocimiento del trámite de la adjudicación minera, en ejercicio de una atribución que expresamente se le ha otorgado; porque están ejecutoriadas, sin que en su contra se haya interpuesto ante la autoridad competente el recurso contencioso-administrativo de rigor para buscar su invalidación, si es que contrarían la ley por algún motivo; porque la justicia ordinaria carece de competencia para avocar su revisión; porque ellas, al suspender definitivamente el denuncio, despojaron consecuencialmente al denunciante, allá en el proceso administrativo, de su calidad de tal; y porque sin esa calidad no es posible ejercitar los derechos que sólo ella confiere, uno de los cuales habría sido el de iniciar y adelantar este juicio en caso de que el poseedor regular se hubiera opuesto oportunamente a la posesión y adjudicación pedidas de las respectivas zonas minerales. Esa suspensión, que esterilizó los derechos del denunciante, necesariamente tiene que surtir la plenitud de sus consecuencias jurídicas en este juicio, que está ligado estrechamente al proceso administrativo.

Finalmente, la causal 2ª del artículo 520 del C. J., invocada por el recurrente sobre la base de que el sentenciador incurrió en error al interpretar la demanda, al entender que el juicio solo persigue "la revisión de los actos administrativos en referencia", es del todo infundada, y para comprenderlo así basta anotar que el Tribunal no ha incurrido en el error que se le imputa, pues lo que en resumen ha sostenido, como queda visto antes, es que las pretensiones del recurrente no podían prosperar mientras las aludidas resoluciones estuvieran vigentes, cosa ésta muy diferente de aquella, y además, porque la sentencia es absolutoria y las decisiones de esa naturaleza guardan en general consonancia con lo pedido.

Y es también infundada la alegación que subsidiariamente se hace sobre la causal 7ª de casación, pues el Tribunal lejos ha estado de abstenerse de conocer de este negocio y de declararlo así en su fallo, ya que por el contrario ha decidido el pleito absolviendo al demandado de los cargos que le fueron imputados.

No prospera, por tanto, ninguno de los cargos que han sido propuestos.

Recurso de casación de la parte demandada

Invocando el motivo 1º del artículo 520 del C. J., sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó directamente los artículos 575 (ordinales 1º y 2º) del Código Judicial y 365 del Código de Minas, al no haber condenado en costas al demandante.

En la fundamentación de la acusación cita las pruebas, no tenidas en cuenta por el Tribunal, de donde en su concepto se deduce la temeridad y carencia de fundamento con que el actor propuso esta controversia, y al referirse al artículo 365 del C. de M. dice que el Tribunal debió aplicarlo para

condenarlo en costas, porque, aun cuando advierte que ese texto "hace referencia a los juicios de oposición", Molina Callejas inició un proceso que es legalmente inadmisible, lo cual pone en su sentir más de manifiesto la temeridad.

Se considera:

El artículo 365 del C. de M. contiene una sanción, y por este motivo es de aplicación restrictiva, o sea que su imperio debe necesariamente concretarse al caso preciso en él previsto, sin que sea dable, por tanto, aplicarlo por analogía. Y esa disposición, como lo anota el mismo recurrente, hace referencia al caso en que "el denunciante pierda el pleito que se origina por la oposición del dueño" de la mina denunciada como desierta o abandonada, caso que es distinto, como se ha visto, al que se confronta en este juicio.

Además, según el sistema del C. J., la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibídem, 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.

No se admiten, de consiguiente, los cargos propuestos.

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 de fecha treinta de julio de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el presente juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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. — Pedro León Rincón, Secretario. en Ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA Y DE REIVINDICACION-EMBARGO.

1.—De conformidad con 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 I. P. y P. le está prohibido por el artículo 43 de la ley 57 de 1887, registrar escritura alguna contentiva de actos dispositivos de esas cosas, a menos que el Juez lo autorice o que el acreedor consienta en ello. Cualquiera de estas ocurrencias, la autorización judicial o el consentimiento del acreedor, limpia de ilicitud el objeto y deja sin base la consiguiente nulidad del acto de disposición del deudor.

2.—Teniendo en cuenta la naturaleza y fin de la institución del embargo como medio de garantizar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos de su deudor que por medio de enajenaciones o gravámenes de sus bienes minore y hasta destruya el respaldo de sus obligaciones, para lo cual las ha sancionado con la nulidad absoluta; dejando, como es natural, al interesado la facultad de prescindir de esa garantía autorizando actos de disposición del deudor, ha considerado la Corte que "para saber si una enajenación dada es lícita o ilícita en relación con un embargo, no basta mirar hacia éste y hacer una simple comparación de fechas, la de su inscripción, la del otorgamiento de la escritura pública y la del registro de la misma. Quedaría sensiblemente limitado el estudio si se contrajese a esa mera comparación. Hay otros elementos de juicio cuya concurrencia, en su caso, determinan conclusión distinta y aun opuesta; y por lo mismo, el juzgador no puede ni debe pasarlos por alto. Tales, por ejemplo, los que miran al consentimiento del acreedor, y, por ende, al posible sacrificio de su derecho o al posible logro del mismo".

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Los antecedentes de este pleito, expresados como hechos fundamentales de la demanda, son:

Por medio de la escritura pública Nº 154, otorgada el 13 de febrero de 1942 ante el Notario 2º de Pasto, Guillermo Almeida vendió a Víctor Betancourt y María Chaves "las acciones y derechos o cuotas equivalentes a la cuarta parte de una casa de dos pisos, construída de tapias y cubierta de tejas", ubicada en la ciudad de Pasto, que dijo haber adquirido "como porción conyugal en la sociedad formada por el matrimonio del compareciente vendedor y la que fue su esposa señora Benicia Gómez Jurado de Almeida, y por herencia o legado de ésta, la que le dejó en propiedad la mitad de la casa antes deslindada como consta del testamento público... sucesión que se halla ilíquida..." La inscripción en el Registro de esta escritura, de fecha 10 de abril de 1942, tiene esta nota: "Se deja constancia de que se verifica esta inscripción, a pesar de haber embargo, en virtud de que el embargante Gabriel Brand B. así lo autoriza (numeral 3º del art. 1521 del C. C.) según su memorial de 25 de marzo de este año".

En el Juzgado 1º Municipal de Pasto, en ejecución seguida por Gabriel Brand contra Guillermo Almeida para el cobro de $ 300.00, se embargó preventivamente el 8 de noviembre de 1939 "la mitad" de la referida casa. Este embargo fue cancelado el 10 de diciembre de 1943.

En la aludida ejecución, con base en el correspondiente documento y a pedimento de José Primitivo Castro, el Juzgado reconoció a éste como subrogatario del ejecutante Brand en el auto del 29 de enero de 1940. Después, a solicitud conjunta de Brand y de José Primitivo Castro para que se reconociera nuevamente que el dueño del crédito contra Almeida era el primero, el Juzgado, en auto de 28 de abril de 1943, accedió al pedimento y declaró, en consecuencia, que el acreedor ejecutante era Gabriel Brand D.

Muerto Guillermo Almeida en mayo de 1943, en su sucesión testamentaria abierta en el Juzgado 1º del Circuito de Pasto, fueron declarados herederos María Almeida, Clara Elisa Gómez y Carlos Alfonso España según el testamento en que son

reconocidos como hijos naturales por el causante e instituídos como sus herederos. Estos, por escritura Nº 706 de 23 de noviembre de 1943, de la Notaría 1ª de Pasto, vendieron al doctor Aníbal A. Córdoba todos sus derechos herenciales en la sucesión de su padre natural.

Con base en estos hechos, y alegando especialmente que la autorización dada por Brand para que se registrara la escritura 154 carecía de valor porque él no era acreedor cuando la dió, pues había cedido su crédito a Castro, el abogado cesionario, en libelo del 4 de septiembre de 1944, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto, en interés y nombre de la sucesión ilíquida de Guillermo Almeida, demandó en juicio ordinario a Víctor Betancourt y María Chaves para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Que es absolutamente nulo el contrato contenido en la escritura pública Nº 154 del 13 de febrero de 1942, de la Notaría 2ª del Circuito de Pasto;

Que se condene a los demandados a la restitución de las acciones y derechos en la cuota de la cuarta parte de la casa y al pago de sus frutos correspondientes, desde la fecha del citado instrumento hasta la devolución, como poseedores de mala fe;

Subsidiariamente se demanda "la indemnización de perjuicios por el dolo y la lesión sufrida por el causante Guillermo Almeida y sus herederos, y cometidos por los compradores al estipular y conseguir en su favor una forma de pago ridícula, valiéndose de la intemperancia alcohólica, rayana en demencia, en que habitualmente se hallaba el señor Almeida; perjuicios que serán liquidados al ejecutarse el fallo respectivo".

Admitida la demanda, los demandados por medio de apoderado la contestaron aceptando la mayor parte de los hechos, entre éstos el traspaso de Brand a Castro, pero aclarando, en relación con el registro verificado durante el embargo, que si tal hecho es cierto también es verdad que posteriormente Brand volvió a ser dueño del crédito por habérselo cedido nuevamente Castro, quedando por esta circunstancia ratificada y legalizada la autorización que Brand como acreedor había dado para el registro de la escritura, lo cual daba campo a la aplicación del artículo 1875 del C. C. Respecto de la petición subsidiaria, negaron perentoriamente la imputación de dolo y violencia en que se apoya.

Trabada así la litis, la desató el Juzgado en primera instancia con sentencia de 29 de noviembre de 1945 declarando improcedente la demanda instaurada y absolviendo en consecuencia a los demandados. Sin costas.

Sentencia acusada

Se produjo el 4 de febrero de 1947, al final del segundo grado del juicio a que dio lugar la apelación del demandante contra la sentencia del Juzgado y en ella se confirmó la recurrida. Nada se dijo de costas.

En el consentimiento del acreedor, que según el numeral 3º del artículo 1521 del C. C. purga de ilicitud la enajenación de las cosas embargadas, se apoya esta decisión confirmatoria. Deduce el Tribunal este consentimiento de Brand del estudio que hace de la situación que éste tenía a la fecha en que dio la autorización para el registro de la escritura, y apoya su conclusión en estas consideraciones:

La cesión de un crédito ha de hacerse con la entrega del título en que deberá anotarse el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente, y para que produzca efectos respecto del deudor y terceros debe notificársele a éste para que sepa que tiene un nuevo acreedor. En este caso la notificación al deudor no aparece, porque la copia que en segunda instancia se adujo no es tal, pues allí se le puso en conocimiento a Almeida un documento privado otorgado entre Brand y Castro pero no el título del crédito con la nota de cesión, y en estas condiciones la relación entre el deudor y Brand subsistía para efectos de autorizar el registro. La omisión de la formalidad exigida por el artículo 18 de la ley 21 de 1931, alegada por el propio cesionario para pedir que se tuviera a Brand como dueño del crédito, es también otra razón que incide a considerar ineficaz la cesión. A más de esta razón consistente en que Brand no dejó de ser el acreedor de Almeida por no haber sido legalmente perfeccionado el traspaso, considera el Tribunal que sobre el hecho de que con posterioridad a la aludida cesión volvió Brand a ser el dueño judicialmente declarado del crédito, se puede aplicar analógicamente el artículo 1875 del C. C. y considerar que se operó la validación retroactiva del permiso dado para el registro de la escritura 154.

Acerca de la petición subsidiaria, fundada en que hubo dolo por parte de los compradores de

Almeida, y lesión por la forma de pago estipulada, la absolución se funda en que nada aparece demostrado en autos al respecto.

El recurso

La parte demandante, que ha traído el negocio a la Corte en el recurso de casación que hoy se decide, formula contra la sentencia del Tribunal los siguientes cargos con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J.

Violación directa de los artículos 1502, numeral 3º, 1521, numerales 1º y 3º, 1740 y 1741 del C. C. en que incurre el Tribunal al denegar la declaración de nulidad impetrada, con base en la excepción del consentimiento del acreedor, pues la ilicitud no desapareció en este caso porque el acreedor embargante que dio el consentimiento no era ya acreedor y no podía por consiguiente consentir

Violación por aplicación indebida de los artículos 1875, 1969 del C. C., 33 de la ley 57 de 1887 y 18 de la ley 21 de 1931 en que se incurre en la sentencia al concluír que Gabriel Brand no perdió, por mal hecha la cesión del crédito a Castro, su calidad de acreedor, pues cuando el crédito se cobra ejecutivamente no se necesita ni cabe la entrega del título, y porque nada tiene que ver la notificación al deudor para deducir quién tiene personería para dar autorización, pues esto sólo depende de la calidad de acreedor que debe apreciarse desde el punto de vista de la cesión entre cedente y cesionario. Para que este consentimiento pudiera surtir sus efectos era necesario, además, que se hubiera dado por intermedio y con la venia del Juez de la ejecución. El juramento que la ley reglamentaria de la profesión de abogado exige al cesionario de créditos se refiere a la iniciación del juicio y no a créditos para cuyo pago hay ejecución pendiente, fuera de que está fuera del litigio porque no se controvierte aquí la validez de la cesión. No cabe aplicación del art. 1875 del C. C., porque tal disposición es peculiar del contrato de venta de cuerpo cierto y por tanto incompatible para aplicarla a la cesión de créditos personales, que se gobierna por sus dos reglas especiales.

Añade el recurrente que habiendo los demandados aceptado el hecho de la cesión del crédito de Brand a Castro, con sólo la aclaración de que fue simulada o ficticia, la cesión hay que aceptarla y reconocerle sus efectos mientras no se demuestre la simulación invocada. El Tribunal, al omitir la consideración de esta prueba de confesión incurrió en error de hecho que lo indujo a violar los artículos 1769 del C. C. y 33 de la ley 57 de 1887.

Considera la Sala:

De conformidad con 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 I. P. y P. le está prohibido por el artículo 43 de la ley 57 de 1887 registrar escritura alguna contentiva de actos dispositivos de esas cosas, a menos que el Juez lo autorice o que el acreedor consienta en ello. Cualquiera de estas ocurrencias, la autorización judicial o el consentimiento del acreedor, limpia de ilicitud el objeto y deja sin base la consiguiente nulidad del acto de disposición del deudor. Aquí consideró el Tribunal que la ilicitud había desaparecido porque el acreedor embargante autorizó expresamente la inscripción en el Registro del contrato de venta de parte de su cuota de dominio indiviso en la casa ubicada en la ciudad de Pasto, como se hizo constar en el texto mismo de la inscripción bajo la firma del Registrador, y asienta, su conclusión, como ya se vio, en dos series de razones distintas con que rechaza la tesis del actor de que tal autorización no vale por no provenir de quien era entonces acreedor del ejecutado Almeida: las unas, atinentes a la ineficacia de la cesión hecha por el acreedor original a Castro, y las otras, conducentes a la revalidación retroactiva de la autorización dada por Brand, como efecto del hecho de haber recobrado éste la propiedad del crédito dentro del juicio y consiguientemente la calidad de acreedor de Almeida.

Es de advertir el antagonismo que existe entre estas dos fundamentaciones usadas por el Tribunal resumibles así: Brand no dejó de ser acreedor y por tanto su autorización es válida. La cesión a Castro fue legalmente eficaz, pero como Brand readquirió el crédito de su cesionario, la licencia dada mientras no fue acreedor se revalidó retroactivamente. Respecto de la primera, los ataques y reparos de la demanda de casación aparecen fundados porque en realidad lo acontecido y demostrado con las copias correspondientes del juicio ejecutivo no da base para afirmar que la cesión que el ejecutante Gabriel Brand hizo a José Primitivo Castro del crédito que cobraba ejecutivamente a Guillermo Almeida, no le diera al cesionario la calidad de acreedor, como

subrogatario del ejecutante, según se le reconoció en auto ejecutoriado y según se le hizo saber al deudor mediante la notificación personal correspondiente hecha a pedimento del cesionario. La eficacia de esta cesión de derecho personal, como acto jurídico generador de obligaciones entre cedente y cesionario, no es sujeta materia de esta litis, y como hecho procesal ocurrido en el juicio ejecutivo ante el Juzgado 1º Municipal de Pasto, está plenamente establecido, y es, por otra parte, una de las bases fundamentales de este pleito porque ambos litigantes han aceptado la realidad de las cesiones del crédito hechas dentro del juicio ejecutivo mencionado y sólo controvierten sobre sus consecuencias para el efecto de la capacidad de autorizar el registro de la enajenación durante el embargo. La calidad de acreedor, por otro aspecto, tratándose de la cesión de créditos, no depende de la voluntad del deudor, quien no puede impedir en ninguna forma que su acreedor enajene a quien quiera y a cualquier título su derecho a cobrarle imponiéndole así un nuevo acreedor, calidad ésta que se determina como efecto del perfeccionamiento de la cesión entre acreedor y cesionario.

No acontece lo propio desde el punto de vista de la segunda fundamentación de la sentencia, consistente, como ya se vio, en la estimación jurídica del hecho de haber Brand vuelto a ser dueño del crédito dentro del mismo juicio por habérselo traspasado su cesionario y haberlo así reconocido el Juez en providencia ejecutoriada, aspecto éste que mira al verdadero fondo doctrinal de la controversia, en cuya solución no encuentra ilegalidad la Sala de Casación.

Teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de la institución del embargo como medio de garantizar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos de su deudor que por medio de enajenaciones o gravámenes de sus bienes minore y hasta destruya el respaldo de sus obligaciones, para lo cual las ha sancionado con la nulidad absoluta, dejando, como es natural al interesado la facultad de prescindir de esa garantía autorizando actos de disposición del deudor, ha considerado la Corte (G. J. Tomo XLVI, pág. 435) que "para saber si una enajenación dada es lícita o ilícita en relación con un embargo, no basta mirar hacia éste y hacer una simple comparación de fechas: la de su inscripción, la del otorgamiento de la escritura pública y la del registro de la misma. Quedaría sensiblemente limitado el estudio si se contrajese a esa mera comparación. Hay otros elementos de juicio cuya concurrencia, en su caso, determinan conclusión distinta y aun opuesta; y por lo mismo, el juzgador no puede ni debe pasarlos por alto. Tales, por ejemplo, en asunto como el de este juicio, los que miran al consentimiento del acreedor y, por ende, al posible sacrificio de su derecho o al posible logro del mismo".

Emplazado así el problema, la solución de nulidad sobre la situación conocida, habría sido injurídica, porque dados los elementos y circunstancias de este juicio, no puede afirmarse que faltó el consentimiento del acreedor, que destruye el concepto de ilicitud, ni tampoco decirse que su derecho fue sacrificado, ni disminuído siquiera. No es descabellada la analogía que el Tribunal halló entre este caso y la situación jurídica de validación retroactiva que establece el artículo 1875 del C. C. cuando alguien adquiere lo de que antes había dispuesto sin pertenecerle, porque la autorización a que alude el numeral 3º del artículo 1521 del C. C. implica la renuncia de una garantía que mira a un interés personal, que es acto de disposición, de tal manera que si después el renunciante llega a adquirir concretamente el derecho que dé realidad a la renuncia vinculada a ese exclusivo interés, no se ve qué razón pueda impedir la consolidación de esa situación jurídica con sus naturales consecuencias. Y tal fue, ni más ni menos, lo ocurrido con Brand, que autorizó la enajenación de lo embargado por él como ejecutante cuando había cedido su crédito, del cual volvió a ser dueño dentro del juicio en que había dado la autorización como acreedor.

La ilicitud de que se trata, está erigida exclusivamente en beneficio y garantía del acreedor para que no se haga ilusoria su acción de cobro, de tal manera que cuando se ha sacrificado su derecho a la incomerciabilidad de las cosas embargadas para el pago de la obligación demandada, puede impetrar la sanción judicial de la nulidad absoluta; porque en él reside el interés legítimo para demandarla. Sobre este campo del interés jurídico como legitimante de la acción de nulidad por embargo de la cosa vendida, no puede configurarse el que asistiera al deudor enajenante contra acreedor, porque esa acción no tutela un derecho suyo, jurídicamente protegido, sino un interés particular y exclusivo de su acreedor. Se alude a este aspecto en este caso en que no aparece quebrantado derecho de ningún acree-

dor, para decir que si hubiera de considerarse desde este punto de vista la cuestión habría que llegar a la conclusión de que solamente en juicio de nulidad propuesto por un acreedor con base en el numeral 3º del artículo 1521 del C. C. podría el deudor discutir o negar la calidad de acreedor de su demandante como elemento determinante de la ilicitud que pudiera afectar un acto suyo de disposición, porque no es posible que el deudor suplante el interés particular y propio de su acreedor para demandar una nulidad por haber enajenado un bien que se le tenía embargado judicialmente en acción de cobro de una obligación cuando no hay el interés de ningún acreedor perjudicado por la ilicitud de que se afectara el objeto enajenado por el deudor por haber quebrantado la garantía de eficacia que constituye el embargo judicial.

Al final de la demanda de casación, en muy breves líneas en que la Sala no encuentra el necesario material para su estudio, se refiere el recurrente a la petición subsidiaria de la demanda, desestimada en la sentencia, como se vio, por falta total de pruebas sobre el dolo y la violencia moral que se les imputa a los demandados como compradores en el contrato recogido en la escritura número 154 de febrero de 1942, y formula el cargo por violación del artículo 1515 del C. C. en su inciso 2º, como consecuencia del error de hecho consistente en haber hecho caso omiso de la forma de pago estipulado en el citado instrumento y en el hecho demostrado por tres testimonios de que el vendedor era beodo consuetudinario.

Este cargo, así escuetamente formulado, bien se ve que carece de virtualidad y fuerza para hacer ver ilegalidad en la sentencia en la parte en que se negó, por ausencia de prueba, a ver el dolo en que se asienta el pedimento subsidiario de indemnización. "Es evidente —dice al respecto la sentencia acusada— que dolo es un vicio del consentimiento y por consiguiente el acto realizado bajo semejante auspicio, se considera nulo. Pero no basta la afirmación de su existencia, sino que requiérese su prueba. Deben probarse los embustes, las astucias, las trampas, las reticencias, es decir, requiérese probar la concurrencia de algunos de los componentes que integran el séquito doloso. Y como en el presente caso nada de eso aparece demostrado, es clara la imposibilidad de decretar el pedimento basado en la simple afirmación del dolo. El mismo raciocinio merece lo atinente a la fuerza y al error".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 4 de febrero de 1947, materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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, Srio. en Ppdad.

ACCION PETITORIA DE RESTITUCION DE FRUTOS, DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, ETC.

1.—La muerte de un individuo, a la vez que abre su sucesión, disuelve, en su caso, una sociedad conyugal, y tanto ésta como aquella son comunidades que, mientras no se liquiden, no permiten reputar a ninguno de los comuneros como dueño de tal o cual cosa determinada de las que forman la universalidad, al punto de que si alguno de ellos ha enajenado algo que en la partición no se le adjudica, se puede proceder como en el caso de la venta de cosa ajena, según palabras del artículo 1401, concordante con el 779 del Código Civil.

2.—Los frutos percibidos después de la muerte del causante y durante la indivisión se regulan por el artículo 1395, conforme al cual los de la masa hereditaria indivisa son para los herederos a prorrata de sus cuotas. Por tanto, cada cual debe recibir lo que corresponda a ésta y el que ha recibido más pagará o devolverá el exceso. Innecesario parece recordar que contra la posibilidad de esas percepciones excesivas la ley da recursos eficaces, entre los cuales se halla el secuestro de los bienes autorizado por el C. J. en sus artículos 895 y siguientes, entre éstos, en especial, el 904.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La demanda inicial de este juicio, incoada por Tomasa Vera de González contra Isaías Castellanos y dirigida al Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, pide se declare que el derecho de la demandante Tomasa Vera de González es preferente sobre los bienes y derechos determinados en la escritura Nº 380 de 11 de septiembre de 1934, pasada ante el Notario 2º de este Circuito, sobre los que posteriormente haya adquirido el demandado Isaías Castellanos; y que se declare que la demandante es poseedora legal de los gananciales de la cónyuge Purificación Velasco de González y de las cuotas hereditarias de Eduvigis y María Juana González en la sucesión de Lucio González. Tales son las dos primeras súplicas del libelo inicial que solicita también condena a cargo de Castellanos de restituír frutos a la actora e indemnizarle perjuicios.

La contienda arranca de que dichas señora Velasco y señoritas González cedieron esos derechos a la demandante en la citada escritura Nº 380 de 1934, registrada el 13 de diciembre de ese año, y se los transfirieron a Castellanos y otro en escritura Nº 852 el 30 de agosto de 1936 en la Notaría 1ª de Pamplona. La acción incoada la sitúa la actora ante el Art. 1873 del C. C., que es el fundamento de derecho que invoca en primer lugar.

El Juzgado en sentencia de 5 de junio de 1945 decretó las dos primeras súplicas y negó todos los pedimentos restantes. Esta negativa quedó en firme, porque del fallo no apeló sino el demandado. El Tribunal Superior lo reformó en el de 9 de noviembre del mismo año confirmando la primera de dichas declaraciones y revocando la segunda. Lo atañedero a esta última se controvierte hoy en el recurso de casación interpuesto sólo por la demandante, el que ha recibido su tramitación legal y aquí se decide.

Se advierte que, aunque el auto que concedió el recurso se notificó el 4 de febrero de 1946, el expediente permaneció en Pamplona hasta el 19 de julio de 1947, según el sello de la oficina de correos de allí, y que en la Corte no se repartió hasta el 22 de agosto, por lo cual, aunque la sustanciación del recurso no ha tenido demora alguna, el asunto no entró al estudio para sentencia sino ya al expirar el año próximo pasado.

El Tribunal se deniega a declarar la posesión legal de la demandante respecto de lo adquirido por ella en la escritura 380, porque brillan por su ausencia en el proceso las pruebas necesarias hasta para saber, legalmente hablando, la existencia misma de los derechos que dicen tener y ceder por medio de esa escritura la señora Velasco y las se-

ñoritas González; y anota que esa falta de pruebas no impidió la declaración de preferencia pronunciada sobre la primera solicitud de la demanda, porque para ésto bastaba estudiar los títulos y comparar las fechas de su registro, sin necesidad de considerar en sí los objetos mismos de esas transferencias.

El recurrente formula dentro del motivo 1º del art. 520 del C. J., el cargo de violación de los arts. 757, 783, 1013, 1873 y 1967 del C. C., por una parte y por otra, el 1769 del mismo y los arts. 603 a 607 del C. J., en lo que respecta a error en la apreciación de pruebas, cargo que se complementa con el de violación de los arts. 630 y 632 de esta obra y también del 205 de la misma por errónea interpretación de la demanda. También acusa de quebranto de los arts. 952, 954, 961, 964, y 965 del C. C. por no haberse aplicado.

Razona en suma así: al morir el **de cujus** se abre su sucesión y se defiere la herencia a sus herederos (art. 1013), y en el momento de deferirse la herencia se confiere su posesión legal al heredero (art. 757), y lo que de éste se dice tiene que entenderse de su cesionario (art. 1967). Así pues, al morir Lucio González las prenombradas cedentes de la actora obtuvieron esa posesión legal cuya declaración pide ella. Desde este punto de vista no hay razón para negársela. De otro lado, la acción de preferencia establecida en el art. 1873 no puede limitarse a las palabras, sino que como resultado efectivo precisamente ha de extenderse a los hechos, y aquí el Tribunal le niega estas proyecciones al abstenerse de condenar a Castellanos a restituír los bienes que él confiesa estar ocupando y pagar sus frutos, prestaciones impuestas por aquellas de las disposiciones citadas que se refieren a la reivindicación.

Se considera:

El Tribunal no niega ninguno de estos postulados ni deja de reconocer estos principios y mandatos legales. Simplemente ha estimado que, por no estar demostrado aquí nada de lo atañedero al matrimonio y muerte de Lucio González y nacimiento de hijos de ese matrimonio que le sobrevinieran, y por no figurar ni con mucho partición de sus bienes, falta la base indispensable para declarar posesión de éstos en favor de alguien y para decretar entrega de los mismos y pago de sus frutos.

La mera aserción de los aludidos hechos formulada por la Velasco y las González de ser viuda y herederas de aquél y de asistirles los concomitantes derechos en sociedad conyugal y sucesión, aserción hecha por ellas en la escritura mencionada para cedérselos a la actual demandante, no es de por sí en manera alguna el comprobante de que en verdad tales derechos existen y les asisten.

De otro lado, la muerte de un individuo, a la vez que abre su sucesión, disuelve, en su caso, una sociedad conyugal, y tanto ésta como aquella son comunidades que, mientras no se liquiden, no permiten reputar a ninguno de los comuneros como dueño de tal o cual cosa determinada de las que forman la universalidad, al punto de que si alguno de ellos ha enajenado algo que en la partición no se le adjudica, se puede proceder como en el caso de la venta de cosa ajena, según palabras del art. 1401, concordante con el 779.

Obrando la demandante en nombre propio y pidiendo personalmente para sí la entrega de tales o cuales bienes y sus frutos, y no en nombre de las aludidas comunidades ni para éstas, no podía prosperarle una acción de que en esa forma personal carece. Esto, a más de lo dicho sobre ausencia de pruebas.

Los frutos percibidos después de la muerte del causante y durante la indivisión se regulan por el art. 1395, conforme al cual los de la masa hereditaria indivisa son para los herederos a prorrata de sus cuotas. Por tanto, cada cual debe recibir lo que corresponda a ésta y el que ha recibido más pagará o devolverá el exceso. Innecesario parece recordar aquí que contra la posibilidad de esas percepciones excesivas la ley da recursos eficaces, entre los cuales se halla el secuestro de los bienes autorizado por el C. J. en sus arts. 895 y siguientes, entre éstos, en especial, el 904.

Sostiene el recurrente que la actora adquirió por la escritura 380, no sólo los derechos y acciones de sus tradentes en la sociedad conyugal y sucesión referidas, sino determinados inmuebles como cuerpos ciertos; de manera que, aunque él aceptara las razones del Tribunal ya recordadas aquí, quedaría en pie el error de decidir por ellas lo tocante a esas cosas singulares, respecto de las cuales debieron aplicarse las reglas de la acción reivindicatoria y, por ende, acogerse ésta, siendo así que esas fincas están singularizadas e identificadas también por la demanda y la confesión del demandado al responderla, y que él es poseedor según la misma respuesta y la demandante ha justificado ser dueño con su mencionada escritura de compra debidamente inscrita en el registro.

Este cargo a primera vista es incuestionable y obligaría a casar parcialmente la sentencia recurrida; pero la atenta lectura de la escritura aducida como título de dominio demuestra que, si efectivamente aparecen transferidas allí ciertas fincas singularizádolas con expresión de ubicación y linderos cual si se tratase de algo distinto de los derechos mencionados en la sucesión de González, al indicar aquel instrumento los títulos de esos inmuebles, los señalan las tradentes como pertenecientes a la sucesión de Lucio González; de manera que no pueden considerarse como algo distinto e independiente de esos mismos derechos allí cedidos.

En efecto: esas fincas son: el Encerrado que dice vender la señora Velasco de González y al expresar que lo hubo por compra de ella el 15 de febrero de 1926, agrega en la cláusula 5ª que ese terreno "pertenece también a la misma sucesión del finado Lucio González" y en seguida en esa cláusula indica por cuál escritura lo adquirió él el 4 de febrero de 1908. Cuanto a los lotes transferidos por las señoritas González a la demandante en la escritura 380 tantas veces citada, ambas manifiestan que los hubieron en la regulación (sic) practicada el 25 de septiembre de 1925 "en los bienes de la sucesión de su finado padre Lucio González" y agregan que éste los adquirió por el aludido título de 1908.

Así las cosas, no es posible interpretar la escritura 380 como contentiva de las dos clases de transferencias de que habla el recurrente, una de las cuales sería la cesión de derechos en la sucesión y sociedad conyugal referidas, y la otra sería la venta separada de sendas fincas singulares hecha allí por cada una de esas tres personas —la viuda y las dos hijas— de Lucio González— a la demandante señora Vera.

En suma: de las varias súplicas de la demanda inicial no acogió el Juzgado sino las dos primeras; habiendo apelado sólo el demandado, el litigio quedó contraído a esas dos peticiones, por virtud de lo que dispone el art. 494 del C. J.; por la misma razón, quedó circunscrita la controversia a la segunda de esas solicitudes, en virtud de haber confirmado el Tribunal la decisión de primera instancia sobre la primera de aquéllas y ser recurrente en casación sólo la señora demandante; y lo que el Tribunal decidió sobre ese punto o súplica segunda no puede ser alterado en el recurso por las reflexiones aquí expuestas que acogen las del Tribunal y las complementan.

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 asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

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. Ppdad.

ACCION DE DOMINIO. — AUTOS PARA MEJOR PROVEER. — DERECHOS DEL COLONO O ADJUDICATARIO DE TIERRAS BALDIAS. — INCONGRUENCIA.

1.—Aunque es cierto que la facultad de dictar autos para mejor proveer no autoriza al juzgador para crear pruebas no producidas por descuido o impericia de las partes, ya que ella apenas le ha sido conferida con el sólo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, como ese estado de oscuridad o de duda es esencialmente subjetivo, la apreciación de su existencia corresponde exclusivamente a la conciencia del Juez, por lo cual se comprende que en casación no es viable alegar sobre este punto, pues la Corte no puede variar una apreciación que la ley remite al criterio soberano del sentenciador de instancia.

2.—Siendo, como lo ha declarado la Corte, real el derecho que tiene el colono de adquirir, mediante la adjudicación administrativa, la propiedad de las tierras baldías que ha ocupado con cultivos de carácter permanente, puede ese derecho ser materia de acción reivindicatoria entre particulares; pero, como en el caso de autos por la voluntad expresa del actor y recurrente, manifestada claramente en el hecho 6º de la demanda, toda cuestión sobre dominio del suelo se reservó para otro pleito, en el presente no es posible, y mucho menos ante la Corte en casación, controvertir legal y útilmente sobre esa cuestión, por lo cual se comprende que el Tribunal procedió desacertadamente al no estudiar los testimonios a que se refiere el recurrente, en la parte de ellos que pudiera relacionarse con las cuestiones a que aquí se ha aludido.

3.—La incongruencia a que se alude en el numeral 2º del artículo 520 del C. J. es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es en la que se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de esas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas; excesiva, si ha otorgado más de lo pedido, o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar. Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones, que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derechos diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva.

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda)

Ignacio Arcila demandó ante el Juez Civil del Circuito de Tuluá a Fidel Salazar y Julia Botero para que en sentencia definitiva se declare que el demandante es dueño de las mejoras a que se refiere el hecho primero de la demanda; que los demandados, como poseedores clandestinos de ellas, están obligados a restituírselas junto con sus frutos naturales y civiles, y que deben indemnizarle los perjuicios que ha sufrido por haberse apoderado dolosamente de la posesión de esas mejoras. Subsidiariamente pidió que se les condene a pagarle el valor de las mismas, apreciado por peritos más los intereses legales de la suma que se determine, contados desde cuando empezó la posesión de los demandados hasta cuando el pago se verifique, más las costas del juicio.

En la fundamentación de esa demanda se afirma que el actor es dueño y poseedor legítimo de las mejoras de que habla el hecho primero de la demanda plantadas dentro del lote de terreno que allí mismo se describe; que adquirió el dominio de ellas por haberlas hecho a sus expensas y con su esfuerzo personal y por haberlas venido poseyendo quieta y pacíficamente desde hace unos diez y ocho años, poco más o menos, en que empezó a tumbar los rastrojos y a domar el terreno para establecerlas; que los demandados, después de haber entrado en conversaciones con un hermano del actor sobre la compra de las mejoras y sin que se hubiese convenido sobre precio y demás condiciones del contrato, fueron al lugar en donde ellas están plantadas, y le dijeron al demandante que su hermano se las había vendido, cosa ésta que por creerla verídica, sin que en realidad lo fuera, lo determinó a entregárselas; que los demandados obtuvieron que la Compañía "Cuancua", domiciliada en el Municipio de Trujillo, sin tener el dominio, les vendiera por Escritura Pública; "el terreno donde están esas mejoras"; que no obstante esto el actor "por ahora sólo se limita a reclamar sus mejoras o subsidiariamente su valor, que en juicio separado se pleiteará con la compañía el dominio de un terreno que ha sido y es reputado como baldío"; y que los demandados son poseedores de mala fé, dada la manera clandestina como se apoderaron de la finca.

Admitida la demanda, los demandados la contestaron negando los hechos en que se funda, agregando que es verdad lo de la compra de los terrenos de la Compañía **"Cuancua"**, cuya propiedad está perfectamente definida; que si el demandante llegaba a probar algún derecho en parte de las mejoras, no se oponían al pago del precio correspondiente; y que ellos entraron "a poseer el lote de terreno de que se habla en la demanda con el consentimiento y la aprobación del demandante".

Trabada así la litis, el Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 25 de abril de 1945, cuya parte resolutiva dice así:

1º Ignacio Arcila mayor y vecino de Trujillo es dueño de las mejoras determinadas y alinderadas en el hecho primero de la demanda por haberlas plantado con su trabajo personal y recursos propios;

"2º Como consecuencia los demandados Fidel Salazar y Julia Botero, mayores y vecinos de Trujillo, están obligados a restituír al demandante las mejoras referidas, con sus frutos naturales y civiles percibidos después de la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder;

"3º El demandante deberá abonar a los demandados las mejoras útiles que éstos prueben haber hecho antes de la contestación de la demanda y se les concede al efecto a los demandados el derecho de retensión hasta que se les paguen tales mejoras o asegure su importe, y

"4º Niéganse las demás peticiones. Cancélese la inscripción de la demanda. Sin costas".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que conoció del negocio por virtud de recurso de apelación concedido a los demandados, lo decidió en sentencia de 19 de julio de 1946, por la que revocó la apelada; declaró "probada la excepción perentoria de carencia de acción"; con respecto a reivindicación de las mejoras, condenó a la demandada Julia Botero a pagarle al actor el valor de las mejoras útiles plantadas en los lotes de terreno a que se refiere la Escritura Pública Nº 137 de 1943, otorgada en Trujillo, hasta cuando aquella entró en posesión material de dichas mejoras, más los intereses legales de la suma que resulte, contados desde la contestación de la demanda, y para fijar el valor de las mejoras remitió a las partes a la vía que consagra el artículo 553 del C. J. No hizo condenación en costas.

En la motivación de esa sentencia dice el Tribunal que el actor propuso acumulativamente dos acciones, una principal y otra subsidiaria; que aquella es la de "dominio, reivindicatoria de las mejoras agrícolas determinadas en el hecho 1º de la demanda, y que la "subsidiaria tiende a obtener el pago de las mejoras que poseen los demandados".

Al estudiar la primera, sostiene que con la prueba de testigos practicada en la primera instancia se establece plenamente que el demandante Arcila fue quien hizo o plantó las mejoras objeto de la reivindicación. Luego observa que de la Escritura Pública Nº 137 de 25 de marzo de 1943, de la Notaría del Circuito de Trujillo, aparece que el Banco Agrícola Hipotecario, obrando como mandatario de la sociedad parceladora de "Cuancua", da en venta a Julia Botero de Salazar dos lotes de terreno, llamados ambos "Las Camelias", ubicados en la región de "El Oso", jurisdicción del Municipio de Trujillo; que según los testigos a que alude, los lotes de terreno a que se refiere esa escri-

tura, son los mismos indicados en el hecho primero de la demanda, cosa ésta que también acredita plenamente la inspección ocular que en segunda instancia se practicó, en virtud de haberse dispuesto así en auto para mejor proveer. De allí concluye:

"De lo anterior se sigue que estando plenamente comprobado que la demandada Julia Botero es dueña del terreno en donde están plantadas las mejoras agrícolas hechas por el actor Arcila, aquella ha adquirido por accesión dichas mejoras, de conformidad con lo previsto en el capítulo 4º, título 5º, libro 2º del Código Civil, especialmente por el artículo 739 de dicho Código".

Y después agregó:

"Estando demostrado de autos que el actor Arcila plantó o sembró unas mejoras agrícolas en terreno ajeno, actualmente de propiedad de la demandada Julia Botero, lo que le corresponde a aquel es el derecho a hacerse pagar el justo precio o valor de dichas mejoras, por medio de la acción personal intentada subsidiariamente en la demanda, pero no a obtener la posesión de las mejoras plantadas en terreno ajeno por medio de la acción de dominio, de la cual carece, por tratarse de terreno de propiedad particular del que la demandada es actualmente dueña y poseedora material".

"De lo anterior se sigue que el Tribunal debe declarar probada la excepción perentoria de carencia de acción, con relación a la intentada como principal en la demanda, o sea la reivindicatoria de mejoras, y aceptar la solicitud hecha en la petición subsidiaria, es decir, condenar a los demandados al pago de las mejoras hechas por el demandante Arcila hasta el día en que aquellos entraron en posesión del terreno en donde están plantadas".

Al demandante se le concedió recurso de casación, el que admitido y tramitado debidamente se procede a decidir.

Se invocan por el recurrente las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J. y con apoyo en ellas formula los siguientes cargos que se resumen:

1) El Tribunal, al admitir como prueba plena la inspección ocular practicada por el Juez Municipal de Trujillo, para deducir la identidad entre lo comprado por la demandada por medio de la Escritura Pública Nº 137, de 25 de marzo de 1943, de la Notaría de Trujillo, y el lote de mejoras alinderado en el hecho primero de la demanda, cometió error de derecho al asignarle a esa prueba un valor que no le correspondía, porque ella fue traída ilegalmente a los autos, ya que quien debió producirla, como completo necesario del título que adujo, es el demandado y no el Tribunal por medio del auto para mejor preveer que al efecto dictó, desde luego que así el sentenciador resultaba creándole a aquél una prueba nueva, cosa para la cual no están destinados los autos para mejor proveer.

Y al dar por demostrada la aludida identidad, cuando por las razones apuntadas no lo está, incurrió también el Tribunal en evidente error de hecho, quebrantando, a consecuencia de ambos errores, los arts. 1757 del C. C., 593, 597, 600, 601, 724 del C. J.

2) Aquí dice el recurrente que propuso la acción reivindicatoria alegando no sólo haber él plantado las mejoras de su propio peculio y mediante su esfuerzo personal, sino también poseído el suelo por espacio de diez y ocho años; que para esclarecer en una acción de esa clase el mejor derecho de los litigantes era preciso confrontar sus pruebas y títulos, pero que el Tribunal se limitó a sostener que mediante la Escritura Pública Nº 137 citada se probaba plenamente el dominio del suelo por la demandada, haciendo a un lado los testimonios que cita, con los cuales se comprueba que su posesión material es anterior a la posesión del demandado; que por tal motivo el Tribunal incurrió en error de derecho al otorgarle el valor de plena prueba a ese instrumento para dar por demostrado el dominio de la demandada, pues en tal caso se necesitaba que los títulos de la sociedad Parceladora de Cuancua hubieran sido inscritos con anterioridad a aquella posesión material y aún más todavía, que la prueba se ajustara a lo previsto en el artículo 4º de la Ley 200 de 1936, dada la posesión material y explotación económica de terreno inculto acreditada por el recurrente con los elementos de convicción cuya estimación se omitió. Y así, al dar por demostrado el dominio del suelo y consiguientemente de las mejoras por parte del demandado, incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y violó los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 200 de 1936, 739, 951, 946, 950, 762, 713, 778, 1757 del C. C. y 593, 597 y 601 del C. J.

3) Dice el recurrente que el Tribunal decidió el pleito considerando exclusivamente la Escritura Pública e inspección ocular antes mencionadas, pasando por alto la prueba testimonial por él producida que aquí cita, con la cual se demuestra ple-

namente la ocupación material y explotación económica del lote de mejoras; el hecho de haber él entrado a ocupar terreno inculto, descuajando sus rastrojos, y la circunstancia de haberlo poseído por 18 años continuos, pacífica y tranquilamente; que si el sentenciador hubiese apreciado esa prueba y dádole su valor legal, seguramente no habría llegado a la conclusión a que llegó con respecto a la acción reivindicatoria y a la demostración de la excepción de carencia de acción, y que al no haberla apreciado, violó los artículos 597, 598, 601, 693, 697 del C. J. y 1757 del C. C.

4) Para fundamentar la causal 2ª de casación que viene invocada el recurrente dice, en resumen, que existe incongruencia entre lo pedido y lo fallado porque el Tribunal no dijo claramente en cuál de los casos previstos en el artículo 739 del C. C. ubicaba la cuestión debatida en autos y porque no se limitó a desechar la acción principal o reivindicatoria, absolviendo a los demandados, como era lo lógico y procedente, sino que reconoció una excepción de carencia de acción, que no tiene el carácter de tal, fundado en que la demandada era dueña del suelo y de las mejoras, sin que ésta hubiera contrademandado en oportunidad para obtener en su favor semejante reconocimiento de dueña.

Resumidos como quedan los cargos de la demanda de casación, procede la Sala a considerarlos siguiendo el orden con que han sido presentados.

1º) En ejercicio de la facultad que otorga el artículo 600 del C. J. y considerando como un punto dudoso en el proceso el de "si el terreno en el cual están plantadas las mejoras de cuya reivindicación se trata y que se determina en el hecho primero de la demanda, es el mismo lote de terreno a que se refiere la Escritura Pública Nº 137 de 25 de marzo de 1943, otorgada en la Notaría del Circuito de Trujillo", el Tribunal dictó el auto para mejor proveer de fecha 3 de abril de 1946, por medio del cual dispuso practicar una inspección ocular, en asocio de peritos, para esclarecer el referido punto. En tal virtud se practicó esa diligencia (fls. 49 a 52, cuaderno principal) de la cual resultó, como lo observó el sentenciador, plenamente establecida la aludida identidad.

Y como de acuerdo con lo estatuído en el artículo 597 del C. ., "para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso: .....4º Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esa facultad", es claro que al apreciar la de que se viene hablando y asignarle el pleno valor probatorio que le otorgan los artículos 730 y 722 ibídem, el sentenciador no incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente.

Es cierto que la facultad de dictar autos para mejor proveer no autoriza al juzgador para crear pruebas no producidas por descuido o impericia de las partes, ya que ella apenas le ha sido conferida con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos; pero como ese estado de oscuridad o de duda es esencialmente subjetivo, la apreciación de su existencia corresponde exclusivamente a la conciencia del Juez, por lo cual se comprende que en casación, no es viable alegar sobre este punto, pues la Corte no puede variar una apreciación que la ley remite al criterio soberano del sentenciador de instancia.

De otro lado, en el hecho 6º de la demanda inicial de este pleito el recurrente afirmó que la Sociedad parceladora "Cuancua", domiciliada en el Municipio de Trujillo, le vendió o le aseguró —para usar el vocablo empleado en el libelo— a la demandada "el lote de terreno donde están esas mejoras", por lo cual bien podría decirse que la identidad de que se viene tratando es una cuestión que para el recurrente quedó fuera del debate, por haberla admitido expresamente en uno de los hechos fundamentales de la acción.

2º y 3º) El presente pleito no se ha enderezado por el recurrente para buscar una declaración judicial de dominio o de mejor derecho sobre el suelo en que están plantadas las mejoras, pues la acción la encaminó principalmente a la reivindicación de éstas y, subsidiariamente, al pago del valor de las mismas, con exclusión completa de toda cuestión sobre aquél. Así se ve de las súplicas marcadas con las letras a), c), ch) y de la subsidiaria de la demanda, y se expresa con toda claridad en el hecho 6º, en donde se dice que "mi mandante por ahora sólo se limita a reclamar sus mejoras o subsidiariamente su valor, que en juicio separado se pleiteará con la compañía el dominio de un terreno que ha sido y es reputado como baldío". Y en escrito de 28 de noviembre de 1945, presentado al Tribunal cuando aún no se había dictado la Ley 69 de 1945, que desarrolló el artículo 40 de la Constitución Nacional, el propio actor advirtió al sentenciador "...que el dominio de las mejoras se está discutiendo con exclusividad del suelo, sobre el cual se instaurará posteriormente otro juicio para averiguar

en quién radica el dominio; si en la Parceladora de Cuancua que se ha incautado de terrenos que no le pertenecen, o del suscrito que tiene mejor derecho como cultivador". "En todo caso, en el presente juicio nada se habla del terreno sino de mejoras, y es sobre ellas que debe recaer la orden de restitución demandada".

Luego planteada y trabada así la litis, con prescindencia completa de toda pretensión o discusión sobre el dominio del suelo, el sentenciador tenía que ceñir su estudio, por mandato del artículo 471 del C. J., a las cuestiones oportunamente planteadas por las partes, y por lo mismo, hoy en casación resultan también impertinentes, por salirse de los límites del problema debatido, los extremos sobre dominio del suelo que plantea el recurrente, con apoyo en lo dispuesto en los artículos que cita de la Ley 200 de 1936.

En esas circunstancias, y habiéndose probado por la demandada que por medio de la Escritura Pública número 137 de 25 de marzo de 1943, adquirió el dominio del lote de terreno en que están plantadas las mejoras; que la posesión inscrita de su tradente y de sus inmediatos antecesores se remonta al 3 de mayo de 1899, según se desprende del certificado sobre suficiencia del título que obra a los folios 5 a 9 del Cuaderno número 4, es claro que el recurrente, como así lo halló el Tribunal, no tenía la acción real reivindicatoria de las mejoras agrícolas que propuso sino la acción personal consagrada en el artículo 739 del C. C. para que la demandada fuese condenada a pagarle las indemnizaciones a que ese texto se refiere, en su primer miembro, pues el dueño del terreno adquirió, por virtud del fenómeno jurídico de la accesión, la propiedad de las mejoras.

Si el recurrente no hubiera reservado expresamente para otro pleito la cuestión referente al dominio del suelo y la hubiera, por el contrario, planteado en el presente, expresando claramente en la fundamentación y súplicas de la demanda —como lo hace ahora en casación— que reivindicaba no sólo las mejoras sino también el suelo en que están plantadas, alegando un mejor derecho sobre el mismo, por haberse establecido en él a título de colono, con plantaciones de carácter permanente y por considerarlo baldío, afirmando los hechos de donde se desprendiera la justificación de su creencia a este respecto, entonces sí habría sido posible discutir sobre la procedencia y prosperidad de la acción real de dominio, porque siendo, como lo ha declarado la Corte, real el derecho que tiene el colono de adquirir, mediante la adjudicación administrativa, la propiedad de las tierras baldías que ha ocupado con cultivos de carácter permanentes, puede ese derecho ser materia de acción reivindicatoria entre particulares; pero —se repite— como por la voluntad expresa del actor y recurrente, manifestada claramente en el hecho 6º de la demanda, toda cuestión sobre dominio del suelo se reservó para otro pleito, en el presente no es posible, y mucho menos ante la Corte en casación, controvertir legal y útilmente sobre esa cuestión, por lo cual se comprende que el Tribunal no procedió desacertadamente al no estudiar los testimonios a que se refiere el recurrente, en la parte de ellos que pudiera relacionarse con las cuestiones a que aquí se ha aludido.

No prosperan, pues, los cargos precedentes.

4) A la prosperidad del motivo de casación aquí invocado, se opone la jurisprudencia que reiteradamente ha sostenido la Corte y que está contenida en los siguientes pasajes de su sentencia de 30 de julio de 1941:

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

"Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derechos diferente al que ha ser-

vido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva". (Casación, 30 de julio de 1941. G. J. Nº 1977. Pág. 21).

Finalmente es de observar que tanto la acción principal como la subsidiaria invocadas en este pleito han sido decididas por el Tribunal, el que se limitó exclusivamente en la parte resolutiva de la sentencia a pronunciarse solo sobre ellas. Con respecto a la subsidiaria la decisión fue favorable al recurrente, y adversa, en cuanto a la principal, pues el reconocimiento de la "excepción perentoria de carencia de acción" que allí se hizo implica, dada la motivación que la sustenta, una absolución del demandado. La fórmula que se empleó con esta finalidad o propósito pudo ser y es equivocada o defectuosa, ya que es sabido que donde no existe derecho la excepción perentoria, que por su naturaleza se encamina a enervarlo o destruírlo cuando existe, no puede tener operancia; pero de esa circunstancia, que a lo sumo podría dar base para una acusación con apoyo en la causal 1ª, no cabe concluír que exista la inconsonancia alegada, dado que es claro el sentido absolutorio que envuelve dicho pronunciamiento.

No prospera, por tanto, el cargo.

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 de fecha diez y nueve de julio de mil novevientos cuarenta y seis dictada en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente 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, Srio. en Ppdad.

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS. — FIN DE LA PRUEBA ANTE LA JURISDICCION. — QUE DEBE ENTENDERSE POR ACTO JURIDICO.

1.—El fin de la prueba ante la jurisdicción es demostrar que un hecho ha sucedido o no, que existió o no, o que existe en la actualidad; pero tratándose de hechos generadores de derechos y obligaciones como son los que sostienen la acción o la excepción, es menester distinguir entre el hecho material y el acto jurídico porque aquél es demostrable por cualesquiera medios recibidos en derecho, al paso que el segundo está sujeto a un régimen probatorio determinado.

Acto jurídico es el humano que se ejecuta en orden a producir una incidencia jurídica; tal el contrato, acto bilateral, o el unilateral como el concluído por el agente oficioso, o la policitación, o la aceptación de la herencia; cuando se le invoca en juicio para sobre su ocurrencia edificar pretensiones, han de probarse cuantas circunstancias lo constituyen, no como meros hechos materiales sino como sucesos concurrentes a dar estructura a la unidad del acto jurídico; porque entre éstos los hay complejos, es decir, que no operan creando, extinguiendo o transformando de inmediato una situación jurídica, sino que desde la actividad original en donde se iniciaron se van proyectando sobre eventos futuros cuyo acaecimiento los va configurando hasta llegar a una ocurrencia final en donde se perfeccionan por último produciendo, entonces, todos los efectos queridos al consignar la expresión voluntaria generadora de la actividad inicial. Tal el acto condicionado, como la constitución de fideicomiso, que mantiene pendiente la existencia y realidad del derecho del beneficiario mientras sobreviene el suceso prefijado como ocasión para consolidar en su patrimonio el dominio eventual e incierto de que era titular PENDENTE CONDITIONE.

En estos casos en que los derechos hallan su fuente en actos jurídicos complejos, todos los diversos hechos que encadenados concurren a la formación de la fuente han de probarse no como hechos materiales, sino como actos jurídicos, arreglando la demostración judicial de ellos a las normas reguladoras de cada fenómeno. Por ejemplo, la muerte de una persona, hecho material que en tal carácter es susceptible de cualquier linaje de prueba, como el testimonio de quienes hayan visto el cadáver, cuando es condición para que otro sujeto asuma una calidad jurídica determinada se amolda a la índole general de la fuente cuando se la invoca para pretender el derecho que en élla se origina; entonces su tratamiento probatorio no será el propio de los hechos materiales sino el que compete al acto jurídico de cuyos complejos factores forma parte generando con ellos, derechos y obligaciones.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— Bogotá, marzo 13 de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona demandó Carmen González de García a Evangelina Flórez viuda de González para que previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía se decretara que no deben incluírse en el inventario de bienes relictos correspondientes a las mortuorias de Jacinta y Roque Julio González, por ser de propiedad de la actora, los siguientes bienes cuya alinderación corre descrita en la demanda: el fundo llamado " El Arrayanal" ubicado en la fracción de Bádega del Municipio de Silos; una casa con pieza enladrillada y una mediagua situada en la misma fracción municipal; el inmueble llamado "Cocina y Guchubal" de la misma situación.

Ante la dificultad que presenta hacer la síntesis de los antecedentes del pleito, se transcribe el relato que de ellos corre en la demanda, a saber:

"1º Por medio de la escritura Nº 399 de fecha 26 de septiembre de 1932, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad, Guillermo Portilla Solano cons-

tituyó un fideicomiso sobre el fundo "El Arrayanal" ya descrito en primer término, designando como fideicomisarios principales a Jacinta González y Roque Julio González hijos legítimos de Manuel Cayetano González, y como tenedor fiduciario al mismo Manuel Cayetano González quien intervino para aceptar como padre legítimo de los beneficiarios. Se designó como sustituto del tenedor fiduciario Sr. González, en caso de fallecimiento de éste, al señor José Anaxímenes García, esposo de María del Carmen González. Fueron condiciones de este fideicomiso: que la cosa materia del fideicomiso, sería entregada a los fideicomisarios Jacinta y Roque Julio González, menores a la sazón, el día del fallecimiento del fiduciario principal si ya habían llegado a su mayoridad dichos menores: que si el tenedor fiduciario fallecía antes de que los citados fideicomisarios adquirieran su mayor edad, quedaría como tenedor fiduciario sustituto de aquél, el señor José Anaxímenes García, quien entregaría la cosa constituída en fideicomiso, con los frutos líquidos percibidos durante su administración. 'Que en caso de que falte uno de los citados fideicomisarios sin dejar descendientes', quedaría dueño absoluto de la cosa constituída en fideicomiso el fideicomisario sobreviviente, y si ambos llegaran a faltar sin dejar descendientes, se consideraría como fideicomisario absoluto (sic) a la señora María del Carmen González de García, hija legítima también del tenedor fiduciario señor Manuel Cayetano González, quien le ha entregado al exponente como precio del fideicomiso que se constituye la cantidad de mil pesos ($ 1.000). 2º Por escritura Nº 402 de fecha 28 de septiembre de 1932, de la Notaría Primera, Manuel Cayetano González constituyó en fideicomiso, la casa, mediagua y piezas descritas en segundo término en la petición anterior, designando como tenedor fiduciario al señor José Anaxímenes García y como fideicomisarios a los mismos menores Jacinta y Roque Julio González, hijos del constituyente o fideicomitente, a quienes debía entregárseles la cosa en día en que llegaran a su mayor edad, estipulando estas condiciones que se han cumplido: En caso de que falleciera alguno de los citados fideicomisarios instituídos en primer término sin dejar descendientes, quedará dueño absoluto de la cosa constituída en fideicomiso el fideicomisario sobreviviente, y si ambos fallecieran sin dejar descendientes se considerará fideicomisaria sustituta de ambos, la señora María del Carmen González de García, esposa de José Anaxímenes García e hija legítima del fideicomitente. 3º Por escritura Nº 214 de fecha 5 de mayo de 1933, Notaría Primera, José Anaxímenes García transfirió a Manuel Cayetano González el dominio sobre varios bienes inmuebles, entre éstos, el fundo denominado "Las Cocinas y Guchubal" descrito en tercer término en la petición anterior, y el citado Manuel Cayetano González expresamente estipuló esa compra así: Para su hija Fidelina, el fundo El Altillo; para su nieto por venir entónces, hijo de su descendiente Hilario, el terreno Piedra de Ojos, y para sus hijos María del Carmen, Jacinta, Isaías Cayetano y Roque Julio González, el terreno denominado Las Cocinas y Guchubal ya descrito, condicionando la estipulación en esta forma: Los beneficiarios no entrarían en posesión de las fincas hasta después de la muerte del promitente o estipulante González; María del Carmen, Jacinta, Isaías Cayetano y Roque Julio quedaban con derecho de acrecer en la adquisición que para ellos hacía el estipulante en todos los casos en que este acrecimiento puede favorecer a uno o más asignatarios en un mismo objeto. Si apareciere en alguna época el ausente Isaías Cayetano González, cada uno de los otros condueños inclusive María del Carmen González, quedaría con la obligación de darle la cantidad de cien pesos ($ 100). Si no hubiere presunto heredero de José Hilario González o si falleciere antes de llegar a la pubertad, el terreno "Piedra de Ojos" pasará a ser propiedad de María del Carmen González, Jacinta y Roque Julio González e Isaías Cayetano González. 4º El tenedor fiduciario Manuel Cayetano González falleció en esta ciudad el 3 de enero de 1934 y lo substituyó en la tenencia José Anaxímenes García como sustituto designado, conforme a la escritura 399 de 26 de septiembre de 1932 y como fiduciario directo según escritura Nº 402 de los mismos mes y año. 5º Después del proceso de estos actos jurídicos y de la muerte de Manuel Cayetano González, fallecieron los fideicomisarios y beneficiarios señalados en todas aquellas escrituras: Jacinta González el 22 de febrero de 1938, a la edad de 24 años pero sin que se le hubiera hecho restitución de cosa alguna del fideicomiso por razón de su parte, y Roque Julio González el 13 de marzo de 1939 a la edad de veinte años y cuatro meses, pues su mayor edad la cumplía el 24 de noviembre del año en que murió. 6º Los bienes destinados a dichos fideicomisarios continuaron en poder del tenedor fiduciario legítimo José Anaxímenes García, quien continuó ad-

ministrándolos hasta ahora en el mismo carácter, pero a nombre de su esposa María del Carmen González de García instituída sustituto del primer grado de aquellos dos fideicomisarios fallecidos y beneficiarios, con derecho a acrecer en la estipulación para otros según la escritura 214 de 5 de mayo de 1933. 7º El tenedor fiduciario sustituto en el fideicomiso y tenedor fiduciario directo en otro fideicomiso, dió en arriendo a Guillermo Portilla Solano la finca El Arrayanal objeto del primer fideicomiso, por largo tiempo e hizo concurrir a ese acto a los fideicomisarios Jacinta y Roque Julio González, con la estipulación a favor de estos dos, de que la renta se les haría llegar por conducto del Banco de Bogotá en Pamplona, de lo cual podían disponer los dos fideicomisarios por tratarse de especies manuales y consumibles y porque los frutos debían ir a su poder mientras subsistiera la tenencia o estuviera pendiente la condición consistente en tener descendencia. 8º María del Carmen González García entró a substituír a sus hermanos fallecidos Jacinta y Roque Julio González en virtud de la sustitución que le hizo el constituyente en cada uno de los fideicomisos mencionados y asimismo, en la finca las Cocinas y Guchubal que fue adquirida por el padre en 1933 estipulando derecho de acrecimiento entre los beneficiarios designados".

En primera instancia la controversia fue decidida en sentencia que con fecha 22 de mayo de 1945, pronunció el Juzgado del conocimiento; en ella se acogieron, despachándolas favorablemente, las pretensiones de la actora, y se desestimaron las defensas propuestas por la demandada.

Esta apeló de tal solución, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, tras el trámite correspondiente y en fallo del 22 de noviembre de 1945 revocó el apelado y en su lugar absolvió a Evangelina Flórez de los cargos de la demanda.

Esta solución se fundó en las siguientes razones:

Se ejerce la acción encaminada a excluír de los inventarios correspondientes a las sucesiones de Jacinta y Roque Julio González los bienes que ya se relacionaron, los cuales la actora estima de su exclusiva propiedad; de ellos el Tribunal halló que de las pruebas apenas se concluía la inclusión de "El Arrayanal" en los respectivos inventarios, y que, por tanto, la situación jurídica a que aspira la demandante sólo puede estudiarse respecto de dicho bien, quedando descartada la prosperidad de la acción en cuanto a los otros. Sobre "El Arrayanal" observa la sentencia que Jacinta González falleció después de haber llegado a su mayor edad, habiendo adquirido ya la propiedad plena y transmitídola a sus herederos; y que el deceso de Roque Julio González no se demostró legalmente pues la partida de origen eclesiástico aportada al efecto no constituye sino prueba supletoria del estado civil para apreciar la cual es menester demostrar la falta de la prueba principal.

Respecto de los demás bienes, no obstante la advertencia preliminar que sobre ellos hizo, añade que en relación con la casa militan las mismas razones que sobre el dominio de "El Arrayanal" se expusieron, y que en cuanto al solar llamado "Las Cocinas y Guchubal", por no haberse demostrado la defunción de los demás beneficiarios no puede considerarse que el acrecimiento del dominio sobre dicho terreno se haya operado en favor exclusivo de la actora como ésta lo pretende.

Sobre estas consideraciones concluye que como el fideicomisario sustituto sólo adquiere la propiedad cuando el principal fallece antes de cumplirse la condición, la demandante carece de todo derecho en "El Arrayanal", lo mismo que sobre los demás bienes a que el libelo se refiere si en relación con éstos no militara ya el otro argumento expuesto.

Contra la sentencia así fundada interpuso María González de García recurso de casación, a solucionar el cual se procede.

El recurso

Se funda en la primera de las causales reconocidas por el art. 520 del C. J., y a propósito suyo se formulan numerosos cargos por violación de varios preceptos del C. C., y de leyes complementarias de éste, por efecto de errores de hecho y de derecho confundiendo este último con la errónea interpretación, y asignándole exclusivamente al primero relación con el material probatorio.

Desde luego el cargo que se fundamenta sobre error en la apreciación de la prueba enderezada a establecer en juicio la defunción de Roque Julio González es la llave para la posible prosperidad no sólo de ese cargo, sino de cualquiera de los varios otros que se proponen porque si el yerro invocado no puede como tal admitirse, necesario es concluír que la demandante carece de toda vocación como fideicomisaria sustituta, y consiguientemente el fallo que así lo considera no puede transgredir por ello precepto alguno; si, por el

contrario, el Tribunal anduvo equivocado al desestimar el acto de orígen del dicho Roque Julio, menester será penetrar en el exámen de todos los fenómenos en que debía incurrirse a la falta de todos los beneficiarios, en orden a deducir el posible derecho de la actora como sustituto respecto de unos bienes, y como sujeto activo del acrecimiento respecto de otros.

Solamente en relación con ese posible derecho, en principio originado por el deceso de los demás beneficiarios, pudo aplicar la ley en forma irregular el fallador de segundo grado.

En tal virtud procede el estudio, en primer lugar, del dicho cargo que es nudo y clave de la totalidad del recurso en sus diferentes aspectos.

Son tres los puntos desde los cuales se formula el cargo que, aunque expuestos desordenadamente, se pueden singularizar como sigue:

Considera el recurrente que el Tribunal violó el art. 632 del C. J., y consecuencialmente, dejándolo de aplicar, el 22 de la Ley 57 de 1887, y aplicándolo indebidamente el 18 de la Ley 92 de 1938.

a) La transgresión probatoria que incide directamente en el precepto contenido en el art. 632 del C. J., e indirectamente en los demás citados, se hace consistir en que por haberse aducido la partida de defunción de Roque Julio González en copia judicial de la expedida por el párroco sobre los originales del archivo eclesiástico, se desconoció la autenticidad comunicada a esta última por el hecho de haberse admitido ya judicialmente como plena prueba del hecho a que se refiere.

Carece de todo sentido el ataque al fallo recurrido sobre estas consideraciones porque el Tribunal no desestimó la partida eclesiástica por haber sido trasladada de otro proceso, sino porque a la fecha del traslado la ley había erigido las pruebas de esa índole en supletorias a falta de las civiles; el problema no radica, pues, en los particulares que configuran el cargo, sino en averiguar el respectivo mérito probatorio de las partidas eclesiásticas y civiles cuando la prueba en mientes se produjo.

Así enfocado el cargo se confunde con el punto que en seguida se estudia porque si la prueba originalmente aducida carecía por sí misma de mérito demostrativo, mal puede pensarse siquiera en que el solo hecho de haber sido copiado su texto por un secretario judicial le comunique un valor que la ley inicialmente le denegó.

b) En el segundo punto contemplado por el acápite de la acusación que se examina sostiene el recurrente que la vigencia de la Ley 92 de 1938, aunque conforme a ésta se iniciaba desde su promulgación, estaba condicionada a que se expidiera por parte del Gobierno Nacional el Decreto reglamentario y que, por tanto, el Tribunal la aplicó indebidamente ya que a la fecha de la defunción de Roque Julio no se había proferido la reglamentación ejecutiva del estatuto legal mencionado; para mejor entendimiento del cargo se advierte que la Ley 92 fue promulgada el 15 de junio de 1938, que Roque Julio murió el 12 de marzo de 1939 y que el Decreto Reglamentario se expidió el 10 de mayo de 1939.

El recurrente ensaya la demostración de su aserto sobre la vigencia de la Ley 92 con diversas consideraciones de orden teórico y doctrinario. y con citas de autores nacionales y extranjeros sobre la naturaleza de los actos reglamentarios y su poder normativo; con todo su argumentación es inoperante porque la partida tantas veces aludida se expidió, según consta de autos, el 1º de junio de 1939 o sea con posterioridad a la expedición del reglamento de donde resulta que, si conforme a las alegaciones del recurrente la ausencia del Decreto impedía el cumplimiento de la ley en la fecha de la defunción, tal obstáculo no podía prolongarse hasta después de la expedición de aquél, máxime cuando la reglamentación prevé y atiende en su art. 24 al cumplimiento tardío de los preceptos legales.

Desde otro punto de vista es necesario observar que si la tardanza del Gobierno en reglamentar la Ley 92 imposibilitaba la aplicación de ésta, ello aparejaba la falta de pruebas principales a que dicho estatuto se refiere en su art. 19, de tal suerte que para el uso de las supletorias bastaba acreditar dicha falta abriendo así aquella la totalidad del mérito demostrativo.

c) Por último ha de examinarse el tercer punto que aunque mezclado con el primero es posible individualizar como aspecto separado y autónomo. Consiste en afirmar que la muerte de Roque Julio González, admitida por las partes contendientes, se sustrae por eso de la limitación probatoria que respecto de ciertos hechos trae la Ley 92 tantas veces nombrada.

El fin de la prueba ante la jurisdicción es demostrar que un hecho ha sucedido o no, que existió o no, o que existe en la actualidad; pero tratándose de hechos generadores de derechos y obligaciones como son los que sostienen la acción o la excepción, es menester distinguir entre el hecho

material y el acto jurídico porque aquel es demostrable por cualesquiera medios recibidos en el derecho, al paso que el segundo está sujeto a un régimen probatorio determinado.

Acto jurídico es el humano que se ejecuta en orden a producir una incidencia jurídica; tal el contrato, acto bilateral, o el unilateral como el concluído por el agente oficioso, o la policitación, o la aceptación de la herencia; cuando se le invoca en juicio para sobre su ocurrencia edificar pretensiones, han de probarse cuantas circunstancias lo constituyen no como meros hechos materiales sino como sucesos concurrentes a dar estructura a la unidad del acto jurídico; porque entre éstos los hay complejos, es decir, que no operan creando, extinguiendo o transformando de inmediato una situación jurídica, sino que desde la actividad original en donde se iniciaron se van proyectando sobre eventos futuros cuyo acaecimiento los va configurando hasta llegar a una ocurrencia final en donde se perfeccionan por último produciendo, entonces, todos los efectos queridos al consignar la expresión voluntaria generadora de la actividad inicial. Tal el acto condicionado, como la constitución de fideicomiso, que mantiene pendiente la existencia y realidad del derecho del beneficiario mientras sobreviene el suceso prefijado como ocasión para consolidar en su patrimonio el dominio eventual e incierto de que era titular **pendente conditione.**

En estos casos en que los derechos hallan su fuente en actos jurídicos complejos, todos los diversos hechos que encadenados concurren a la formación de la fuente han de probarse no como meros hechos materiales sino como actos jurídicos, arreglando la demostración judicial de ellos a las normas reguladoras de cada fenómeno. Por ejemplo la muerte de una persona, hecho material que en tal carácter es susceptible de cualquier linaje de prueba, como el testimonio de quienes hayan visto el cadáver, cuando es condición para que otro sujeto asuma una calidad jurídica determinada se amolda a la índole general de la fuente cuando se la invoca para pretender el derecho que en ella se origina; entonces su tratamiento probatorio no será el propio de los hechos materiales sino el que compete al acto jurídico de cuyos complejos factores forma parte generando, con ellos, derechos y obligaciones.

En el caso de autos el deceso de Roque Julio González antes de que llegara a su mayor edad era uno de esos eventos necesarios para que las declaraciones de voluntad recogidas en los instrumentos públicos a que la demanda se refiere, se concretaran en investir a la actora del derecho de dominio sobre ciertos bienes en calidad de fideicomisaria sustituta, respecto de algunos, y como titular de un acrecimiento, en relación con otro. Así la defunción del dicho González no se caracteriza en este juicio como un hecho material de prueba libre, sino como uno de los elementos generadores del derecho que el demandante pretende deducir en justicia. Era procedente, por tanto, aplicar a la prueba de todas esas circunstancias el rigorismo legal prefijado para los hechos cuya verdad no solo implica la de su ocurrencia material sino además, y principalmente, la de un derecho a cuya certidumbre no se llega sino por las regulaciones estrictas que impone la ley al juzgador.

En tales condiciones el Tribunal, cuando desestimó la prueba que sobre tal hecho se adujo, no anduvo errado sino por el contrario atento a las previsiones de la ley y a las enseñanzas de la doctrina.

El cargo que se ha examinado, por consiguiente, no puede prosperar.

Ya se tiene advertido en este fallo que, como es visible, la muerte de Jacinta y Roque Julio González, y la de éstos y la de Isaías González, mantenían pendiente el dominio exclusivo por parte de María, la actora, sobre los diferentes bienes a que el libelo se contrae, ora como fideicomisaria sustituta de Jacinta y de Roque Julio, ora como titular de un acrecimiento.

No habiéndose demostrado legalmente la defunción de alguno de los fideicomisarios principales, o de todos los que con la demandante podían acrecer, es baldío cualquier esfuerzo por averiguar si los demás cargos hállanse o no fundados pues aún en el caso de que lo estuvieran ello carecería de incidencia en el fallo. Ni siquiera desde un punto de vista doctrinario podría adelantarse el correspondiente estudio porque la sentencia recurrida en sus fundamentos no toca sino los extremos ya vistos, y los demás cargos formulados por el recurrente se vinculan a cuestiones de fondo, así: a la propiedad fiduciaria la transgresión de los arts. 794, 799, 822 y 1470 del C. C.; al derecho de acrecer los arts. 1206 y 1211 ibídem; a la estipulación a nombre o para un tercero los arts. 1505 y 1506 de la misma obra; y a la interpretación de los contratos los arts. 1618, 1620 y 1622 del Código en referencia.

El quebranto, también traído por el acusador, de diversos preceptos del C. J. si tuviera alguna base incidiría en el de alguna de las normas sustanciales relacionadas ya, presuponiendo que la actora en principio está provista del poder jurídico de que se cree investida para obrar en justicia.

En cuanto a la transgresión del art. 210 del C. J. se observa que el recurrente apenas la enuncia sin asignarle fundamento, y que si se formula sobre el de no haberle reconocido una cuota en el dominio de "Las Cocinas y Guchubal", está desprovisto de toda posibilidad de éxito porque el precepto citado apenas autoriza al juzgador para medir cuantitativamente lo pedido por el actor, y no para reconocer como menos de lo suplicado, un bien diferente del que ha sido materia del litigio.

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 Pamplona el día veintidós (22) de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese 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, Srio. en Ppdad.

ACCION DE SEPARACION DE BIENES. — COSA JUZGADA.

La cosa juzgada radica en hacer definitiva e indiscutible la voluntad de la ley expresada en la sentencia; su fundamento, como ya se ha advertido en fallos anteriores, estriba en el agotamiento de la jurisdicción en el Estado cuando ya la ha ejercido respecto de una situación singular y concreta; ese fundamento desde luego ha de vincularse con los efectos objetivos y subjetivos del fenómeno SUB JUDICE porque son éstos los que indican, según la índole de acción ejercida, si la voluntad de la ley en un caso determinado, por la naturaleza de éste, es capaz de agotar el poder jurisdiccional configurando así la cosa juzgada. Esta, desde un punto de vista objetivo, hace imposible que el Juez desconozca en litigios futuros el bien reconocido en una sentencia firme; considerándola subjetivamente la cosa juzgada sólo es tal respecto de quienes fueron partes en el litigio, o de las personas que con ellos se confunden o identifican jurídicamente. Para que una sentencia pueda garantizar un bien por ella reconocido amparándolo del desconocimiento futuro, es necesario que imponga una prestación, o que declare una situación jurídica; estos dos posibles eventos reflejan sobre la naturaleza del fallo según sea de condena o declarativo.

2.—La mujer casada que pide se la separe de bienes no busca mediante la controversia judicial la condena de su marido a una prestación, ni que a favor suyo se declare que, por estar comprendida dentro de una previsión abstracta de la ley, debe ocupar cierta situación jurídica; apenas impetra la tutela jurisdiccional en orden a evitar que su patrimonio corra riesgos por causa del desarreglo en la conducta de su cónyuge; antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 podía considerarse la acción en referencia como constitutiva por cuanto incidía en la capacidad civil de la esposa, y aun abolido el régimen que estableció la incapacidad relativa de aquélla, puede reputarse como tal aunque su eficacia se circunscribe a efectos patrimoniales traducidos en salvaguardiar la integridad de los derechos que la mujer mantenga sobre bienes propios o sobre gananciales. Se destaca así la acción de simple separación como una medida de cautela en tanto sólo procede sobre la posibilidad de un daño, y en cuanto para que prospere no se atiende a la realidad de un derecho patrimonial; éste apenas se pondrá en evidencia al practicar el inventario que precede a la liquidación social como su obligado antecedente. La misma estructura que a esta acción imprime nuestro derecho la revela como eminentemente cautelar; es posible obtener la separación mediante un auto proferido de plano (art. 800 del C. J.) cuando la amenaza sobre el interés de la esposa se agrava por la declaración de quiebra del marido, o por una cesión de bienes por parte de éste; también se puede lograr mediante un trámite sumario, o como culminación de un juicio ordinario en cuyos ámbitos se controvierten los mismos hechos y cuyas decisiones respectivas comportan las mismas consecuencias; la ley precipita así la decisión ante el "periculum in mora" que las pruebas revelan; en ello se funda la facultad de la esposa, única en nuestra disciplina procesal, de acomodar a su interés el tipo de procedimiento en juicio, característico que en otras legislaciones es común a todas las medidas cautelares.

La decisión jurisdiccional en que culminan las diligencias conservativas a que se viene haciendo mención no es susceptible, por su naturaleza; de ser desconocida en fallos ulteriores; siendo la mujer titular exclusiva de la acción sólo ella puede removerla y no lo hará con éxito sino cuando las circunstancias por ella invocadas encajen dentro de las causales previstas por la ley; el marido ante una sentencia o auto que deniegue la separación no adquiere una situación subjetiva que deba permanecer inalterable; el

insuceso de la gestión invocada por la esposa no la priva de recabar el amparo patrimonial que el derecho le dispensa; si, por ejemplo, no prosperare la separación impetrada de plano, nada le impediría perseguirla mediante otro procedimiento, y como en los varios tipos de éste que la ley propone a su selección la materia SUB JUDICE es exactamente la misma, si es posible remover el obstáculo presentado en uno, lo será también cuando el escollo se haya presentado en otro.

Observa Calamandrei cómo todas las providencias cautelares, inclusive las sentencias, siguen la cláusula REBUS SIC STANTIBUS, comoquiera que no obstante haber alcanzado la categoría aparente de cosa juzgada sus efectos pueden ser modificados en presencia de circunstancias que cambien la situación que las produjo; añade el mismo autor que esta característica es consecuencia de que las decisiones aludidas no contienen la declaración de certeza de una relación pretérita destinada a permanecer estática, sino una relación nueva, de efectos futuros, cuya duración está limitada por la necesidad. En nuestra ley se realizan tales afirmaciones a través del artículo 209 del C. C., y por el artículo 159 ibídem que, a partir de la vigencia de la ley 8ª de 1922, ha de hacerse extensivo a la separación de bienes. Las reflexiones anteriores permiten concluír que no es posible asignar a la providencia que la decrete, la naturaleza ni, por tanto, los efectos de la cosa juzgada; la índole cautelar de la acción y de la decisión que la resuelve no permiten configurar alrededor suyo los elementos que generan la suma preclusión.

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

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

Maximina Duque Sánchez, unida en matrimonio eclesiástico a Lisandro Sánchez, demandó a éste para que previo el trámite de un juicio ordinario se decretara la separación de bienes entre ellos; los hechos en que fundó su petición se reducen al abandono, por parte del reo, de los deberes que le incumben como marido de la actora y como padre de la prole común.

Apenas comunicado el libelo al demandado éste propuso la excepción dilatoria de cosa juzgada y ante el insuceso de esa defensa la reiteró como perentoria en la contestación de la demanda. La base de la excepción radica en que con anterioridad a este pleito se había surtido ya por la vía especial el mismo litigio con igual causa para pedir.

El Juez que conoció de la controversia, Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, la desató en sentencia fechada el diez de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, fallo desfavorable por completo para Maximina Duque quien, mediante el recurso de apelación, alzó el proceso ante el Tribunal Superior de Bogotá; éste, en sentencia proferida el veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, revocó en todas sus partes lo decidido por el Juzgado, y en su lugar, declaró no probada la excepción antes aludida, y decretó la separación de bienes, denegando por prematura la entrega inmediata pretendida por la demandante sobre sus bienes propios y gananciales.

Lisandro Sánchez ha recurrido en casación de lo sentenciado por el Tribunal, y surtido ya todo el trámite del caso se procede a resolver el recurso.

El fallo recurrido

Para el sentenciador de segundo grado se demostraron todos los extremos necesarios para la prosperidad de la acción, a saber: el hecho del matrimonio y el incumplimiento por parte del marido de sus deberes de esposo y padre, circunstancia esta última que no se comprobó en la primera instancia; en cuanto al medio exceptivo propuesto por el demandado lo rechazó fundándose para hacerlo en lo que a continuación se transcribe:

"Es discutible si el juicio sobre separación, cuando se opone el demandado, es o no de jurisdicción voluntaria, ya que el juicio de sucesión, es en principio de esa naturaleza pero se convierte en contencioso por la oposición de algún interesado; pero en tal caso, la cosa juzgada, en caso de que legalmente llegara a configurarse, sería sólo en relación con la situación de hecho y de derecho contemplada por la sentencia respectiva, es decir, sólo en relación con hechos posteriores, que legalmente dan derecho a incoar la acción de separación; esto es bastante claro y

además equitativo, que no necesita más consideraciones".

El recurso

Para la parte demandada el fallo del Tribunal cuando rechazó la excepción de cosa juzgada quebrantó el art. 473 del C. J., por aplicación indebida, causada en apreciación errónea de la demanda, en equivocada inteligencia de dicho precepto, y en error de hecho en la estimación de pruebas.

Se considera:

La cosa juzgada radica en hacer definitiva e indiscutible la voluntad de la ley expresada en la sentencia; su fundamento, como ya se ha advertido en fallos anteriores, estriba en el agotamiento de la jurisdicción en el Estado cuando ya la ha ejercido respecto de una situación singular y concreta; ese fundamento desde luego ha de vincularse con los efectos objetivos y subjetivos del fenómeno **sub judice** porque son estos los que indican, según la índole de acción ejercida, si la voluntad de la ley en un caso determinado, por la naturaleza de éste, es capaz de agotar el poder jurisdicional configurando así la cosa juzgada.

Esta, desde un punto de vista objetivo, hace imposible que el Juez en litigios futuros desconozca el bien reconocido en una sentencia firme; considerándola subjetivamente la cosa juzgada sólo es tal respecto de quienes fueron partes en el litigio, o de las personas que con ellos se confunden o identifican jurídicamente; en el caso de autos apenas tendría importancia el efecto objetivo que se dejó enunciado.

Para que una sentencia pueda garantizar un bien por ella reconocido amparándolo del desconocimiento futuro, es necesario que imponga una prestación, o que declare una situación jurídica; estos dos posibles eventos reflejan sobre la naturaleza del fallo según sea de condena o declarativo.

La mujer casada que pide se la separe de bienes no busca mediante la controversia judicial la condena de su marido a una prestación, ni que a favor suyo se declare que, por estar comprendida dentro de una previsión abstracta de la ley, debe ocupar cierta situación jurídica; apenas impetra la tutela jurisdiccional en orden a evitar que su patrimonio corra riesgos por causa del desarreglo en la conducta de su cónyuge; antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 podía considerarse la acción en referencia como constitutiva por cuanto incidía en la capacidad civil de la esposa, y aun abolido el régimen que estableció la incapacidad relativa de aquella, puede reputarse como tal aunque su eficacia se circunscribe a efectos patrimoniales traducidos en salvaguardiar la integridad de los derechos que la mujer mantenga sobre bienes propios o sobre gananciales.

Se destaca así la acción de simple separación como una medida de cautela en tanto solo procede sobre la posibilidad de un daño, y en cuanto para que prospere no se atiende a la realidad de un derecho patrimonial; éste apenas se pondrá en evidencia al practicar el inventario que precede a la liquidación social como su obligado antecedente.

La misma estructura que a esta acción imprime nuestro derecho la revela como eminentemente cautelar: es posible obtener la separación mediante un auto proferido de plano (art. 800 del C. J.) cuando la amenaza sobre el interés de la esposa se agrava por la declaración de quiebra del marido, o por una cesión de bienes por parte de éste; también se puede lograr mediante un trámite sumario, o como culminación de un juicio ordinario en cuyos ámbitos se controvierten los mismos hechos y cuyas decisiones respectivas comportan las mismas consecuencias; la ley precipita así la decisión ante el "periculum in mora" que las pruebas revelen; en ello se funda la facultad de la esposa, única en nuestra disciplina procesal, de acomodar a su interés el tipo del procedimiento en juicio, característica que en otras legislaciones es común a todas las medidas cautelares.

La decisión jurisdiccional en que culminan las diligencias conservativas a que se viene haciendo mención no es susceptible, por su naturaleza, de ser desconocida en fallos ulteriores; siendo la mujer titular exclusivo de la acción sólo ella puede promoverla y no lo hará con éxito sino cuando las circunstancias por ella invocadas encajen dentro de las causales previstas por la ley; el marido ante una sentencia o auto que deniegue la separación no adquiere una situación subjetiva que debe permanecer inalterable; el insuceso de la gestión invocada por la esposa no la priva de recabar el amparo patrimonial que el derecho le dispensa; si, por ejemplo, no prosperare la separación impetrada de plano, nada le impediría perseguirla mediante otro procedimiento, y como en los varios tipos de éste que la ley propone a su selección la materia **sub judice** es exactamente la misma, si es posible remover el obstáculo presentado en uno,

lo será también cuando el escollo se haya presentado en otro.

Observa Calamandrei cómo todas las providencias cautelares, inclusive las sentencias, siguen la cláusula **rebus sic stantibus** comoquiera que no obstante haber alcanzado la categoría aparente de cosa juzgada sus efectos pueden ser modificados en presencia de circunstancias que cambien la situación que las produjo; añade el mismo autor que esta característica es consecuencia de que las decisiones aludidas no contienen la declaración de certeza de una relación pretérita destinada a permanecer estática, sino una relación nueva, de efectos futuros, cuya duración está limitada por la necesidad.

En nuestra ley tales observaciones se realizan a través del art. 209 del C. C., que permite poner fin a la separación por decreto del Juez a petición de ambos cónyuges, y por el art. 159 ibídem que, a partir de la vigencia de la Ley 6ª de 1922, ha de hacerse extensivo a la separación de bienes.

Las reflexiones anteriores permiten concluír que no es posible asignar a la providencia que la decrete, la naturaleza ni, por tanto, los efectos de la cosa juzgada; la índole cautelar de la acción y de la decisión que la resuelve no permiten configurar alrededor suyo los elementos que generan la suma preclusión.

En el caso de autos, por consiguiente, el Tribunal no anduvo errado al desconocérsele mérito de cosa juzgada a lo decidido en el juicio sumario que precedió al presente, aunque es menester rectificar que ninguno de los dos es de jurisdicción voluntaria, que ambos son claramente contenciosos, y que estas calidades no dependen de la mayor o menor pasividad de las partes en el proceso sino de la naturaleza de la acción ejercida.

Por tanto el cargo no puede prosperar.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veintinueve (29) de mayo de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese 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. — Emilio Prieto, Ofl. Myr. en Ppdad.

REIVINDICACION

La necesidad de la presencia de los contratantes en litigio en que como acción o excepción se pretende la nulidad de un contrato, está repetidamente sostenida con exposición de las razones legales precedentes, en varios fallos de esta Sala.

Cuando por prosperar un cargo se ha de casar la sentencia recurrida y dictarse su reemplazo según el artículo 538 del C. J. acontece que si el reemplazo ha de llegar a igual solución, no siendo lógico ni conducente invalidar un fallo para repetirlo, la Sala opta por no casar y estima que la enmienda doctrinaria expuesta en la parte motiva de su sentencia llena el fin principal que al recurso de casación asigna el artículo 519 de ese Código.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El juicio reivindicatorio de Elena Ramos contra Rosa Amelia Ibáñez de Viveros, seguido en primera instancia en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali y en segunda en el Tribunal Superior de allí, ha subido a la Corte en casación, recurso que hoy se decide.

Se resumen así los hechos fundamentales de la demanda: Rosa Elena Figueroa tomó al Municipio de Cali en arrendamiento un solar de sus ejidos alindado como indica el documento privado de 10 de enero de 1937, por cinco años contados desde el 1º de ese mes, con facultad de construír casa y sembrar hortalizas y árboles frutales. Efectivamente levantó ella ahí una construcción que por escritura Nº 284, otorgada ante el Notario 3º de ese Circuito el 8 de abril de 1940, vendió a Elena Ramos, a quien cedió su contrato con el Municipio diciendo proceder con permiso del Personero Municipal. La compradora exigió judicialmente a la vendedora la entrega de lo comprado, la que se decretó pero no se realizó porque se opuso la actual demandada diciendo poseer porque había comprado lo mismo a Rosalbina Leyton y haber completado las edificaciones a sus expensas. Acreditó esta compra con la escritura Nº 1915, otorgada el 23 de diciembre de 1940 ante el Notario 2º de Cali.

Con estos antecedentes la Ramos inició el presente pleito, cuya demanda pide se la declare dueña del inmueble en referencia, en su totalidad, y se condene a la demandada a entregárselo y pagarle sus frutos.

Solicita también se ordene la cancelación de la escritura presentada por la Viveros y la de su registro y condenación en costas.

Esta respondió oponiéndose por ser dueña en virtud de su compra a la Leyton y de haber costeado las obras complementarias aludidas y anunciando la denuncia del pleito a ésta, denuncia que no se le admitió por haberla hecho tardíamente.

El Juzgado dictó el 6 de diciembre de 1945 sentencia absolutoria diciendo no estar acreditada la identidad de la cosa materia del juicio. La apelación de la actora llevó el asunto al Tribunal, donde previa la tramitación de rigor se dictó sentencia el 28 de marzo de 1947 revocando la apelada, reconociendo a la actora como dueña y condenando a la Viveros a restituírle lo demandado y pagarle sus frutos. Negó la solicitud de cancelación de la escritura de la Viveros y su registro, por innecesaria. No condenó en costas. Ordenó al demandante pagar a la demandada $ 633.20 como valor de las mejoras puestas por ésta, con derecho a retención hasta el pago.

El recurso de casación interpuesto por la demandada trajo a la Corte este proceso.

El Tribunal, partiendo de la base de tratarse de cosa singular identificada en cuanto es una misma la reclamada por la actora y poseída por el reo, comparó los títulos citados y decidió en favor de aquélla por ser anterior el suyo.

Cuando éste se otorgó, es decir, cuando la Figueroa vendió sus mejoras a la Ramos, estaban embargadas las mismas mejoras por decreto judicial pronunciado en ejecución contra aquélla, por lo cual el abogado de la demandada en su alegato

de conclusión de segunda instancia se opuso a que ese título se tenga en cuenta por adolecer de nulidad absoluta. Establecido mediante inspección ocular decretada en auto para mejor proveer que cuando la escritura se registró estaba ya cancelado el embargo, el Tribunal la acogió y se basó en ella, no sin disertar detenidamente al respecto en forma que se sintetiza así: la tradición no está en la escritura sino en su registro y, por tanto, no habiendo embargo cuando a éste se proveyó, no hay lugar a la nulidad que ocurriría ante el art. 1521 del C. C.

El abogado recurrente aduce el motivo 1º del art. 520 del C. J. y acusa de violación por infracción directa de los arts. 1521, numeral 3º, 1502 y 1866 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, razonando en suma, así: según dicho numeral 3º hay objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados por decreto judicial sin que el Juez la autorice o el acreedor consienta en ella, y estos excepcionales requisitos no obraron en el presente caso; la ilicitud no está en la entrega o tradición, sino en la enajenación misma; el Tribunal, confundiendo dos fenómenos tan diferentes, reputa válida aquélla ante el hecho, extraño a ella en sí, de que a la hora de la tradición mediante el registro ya el embargo no regía, y vigente lo estaba cuando la escritura se otorgó, es decir, cuando se procedió a la enajenación, ésta adolece de nulidad absoluta por obra de la consecuencial ilicitud, la que no es saneable y no se purga sino por prescripción extraordinaria, cuyo lapso no ha transcurrido. De otro lado, si todas las cosas corporales e incorporales, raíces o muebles, pueden venderse, de esta posibilidad se exceptúan aquellas cuya enajenación esté prohibida por las leyes.

Consignados estos principios en las citadas disposiciones legales sustantivas, el Tribunal las quebrantó al pasar por alto la ilicitud de objeto, y la consecuencial nulidad absoluta de que adolece tal compraventa.

Se considera:

La doctrina que acaba de resumirse como exposición del abogado recurrente que de manera nítida la basa en la distinción entre enajenar y entregar, es la que fundamenta el fallo de esta Sala pronunciado el 12 de diciembre de 1941, publicada en la GACETA JUDICIAL, páginas 816 a 820 del Tomo LII. La sentencia del Tribunal en el pleito a que se alude se había basado en la distinción entre entregar y enajenar y en que la ilicitud de la venta de lo que a la sazón se halle embargado no desaparece porque la entrega o tradición, consistente en el registro cuando de inmuebles se trata, venga a hacerse más tarde cuando ya se ha cancelado el embargo.

En ese entonces la Corte casó la sentencia del Tribunal. Parecería que, insistiendo en esa doctrina, por no hallar motivos que la alteren, deberá casar la de que hoy se trata. Pero acontece que la compraventa de ocho de abril celebrada entre la Figueroa y la Ramos conserva toda su fuerza y validez, no habiendo sido anulada y no siendo materia de controversia en que hayan intervenido quienes la celebraron; de donde resulta que el sentenciador no puede dejar de tomarla en consideración con la fuerza que le asigna la ley.

Y por aquí se llega a idéntica conclusión a que el Tribunal llegó por la senda equivocada ya descrita, resultado a que conducía la reflexión que acaba de hacerse, sin lugar a disertar sobre el problema que el Tribunal se planteó, repítese que innecesariamente. En otras palabras: la solución que dió el Tribunal al litigio tiene por fundamento cardinal la apreciación y aceptación de esa escritura de compraventa, aceptación que se impone, no por los razonamientos de aquél, que aquí quedan corregidos, sino por la sencilla razón de no estar infirmado ese contrato ni poder infirmarse o darse por infirmado en pleito en que brillan por su ausencia quienes lo celebraron.

La necesidad de la presencia de estas personas en litigio en que como acción o excepción se pretende la nulidad de un contrato, está repetidamente sostenida con exposición de las razones legales procedentes, en varios fallos de esta Sala, de los cuales bastará citar el de once de agosto de mil novecientos veinte y de modo especial el de diciembre de mil novecientos treinta y cinco publicado en la GACETA JUDICIAL, respectivamente, en la página 142 del tomo XXVIII y a la página 523 del Nº 1909.

De otro lado, cuando por prosperar un cargo se ha de casar la sentencia recurrida y de dictarse su reemplazo según el artículo 538 del C. J. acontece que si el reemplazo ha de llegar a igual solución, no siendo lógico ni conducente invalidar un fallo para repetirlo, la Sala opta por no casar y estima que la enmienda doctrinaria expuesta en la parte motiva de su sentencia llena el fin principal que al recurso de casación asigna el art. 519 de ese Código; y, de otro lado, se abstiene de condenar en costas, aun no casando, por hallar

aplicable al caso el numeral segundo **in fine** del art. 575 del mismo.

Se ha dicho que en el fallo de instancia ha de llegar la Corte a la misma solución que el Tribunal, porque se ejerce la acción reivindicatoria y concurren los varios elementos que la configuran. En efecto: lo dicho sobre la escritura de ocho de abril hace ver que dentro de esta causa tiene que considerarse demostrado el dominio de la actora sobre lo que allí compró que fue lo que edificó su vendedora tal como esa escritura lo determina y como lo acreditan las pruebas pertinentes, entre ellas las declaraciones de testigos protocolizadas desde 1939 y ratificadas en el término probatorio y la inspección ocular; la demandada es poseedora y hay identidad entre lo poseído por ella y demandado por su contraparte, lo que es una cosa singular. A este respecto es de advertir que la Figueroa edificó a sus expensas la aludida casa, que su puesto lo ocupa la demandante como compradora y que la Ibañez de Viveros mejoró esa edificación con los accesorios discriminados en la inspección ocular y dictamen pericial rendido con motivo de la misma, en el que ellas quedaron avaluadas.

Siendo, por tanto, el caso de aplicar los artículos 946 y 952 del C. C., también lo es obligadamente el de aplicar los artículos 961 y siguientes del mismo. Esto fue lo que en la parte resolutiva de su fallo hizo el Tribunal.

No sobrará poner presente que esta contienda se ha trabado entre las dos personas prenombradas que disputan sobre la edificación tan solo, reconociendo ambas que el dueño del suelo es un tercero, el municipio de Cali, extraño al litigio y, por ende, a su 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 dictada en este pleito el veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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 LA LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD COLECTIVA Y DE RESTITUCION DE BIENES

El artículo 23 de la Ley 100 de 1892 apenas requería, cuando se trataba de un juicio universal, que el padre del menor fuera "por sí interesado en la causa" y no exigía que entre los intereses de ambos hubiese contrariedad u oposición para que no hubiera lugar la representación que dicho texto consagraba. Era suficiente que el padre tuviera interés en la causa. Hoy, bajo la vigencia del actual Código Judicial, que en ese punto modificó sustancialmente la legislación anterior, sí se requiere el interés del padre sea opuesto al del hijo, para que aquél no pueda llevar la representación de éste, por mandato expreso del artículo 246.

Para que la representación en juicio universal del hijo por el padre fuera ilegal era suficiente, de acuerdo con el artículo 23 citado, que el segundo de los nombrados tuviera interés propio en la causa; pero como cuando la presente controversia se propuso ya estaba en vigencia el artículo 246 del C. J., conforme al cual es procedente deducir que la representación en aquellas condiciones o circunstancias ya no es ilícita sino, por el contrario, lícita, pues para que no lo sea ese artículo requiere además la concurrencia de intereses opuestos entre el padre y el hijo, piensa la Corte que el punto en referencia debió estudiarse a la luz de la nueva disposición legal, no solo porque ésta modificó parcialmente aquélla, extinguiendo el vicio inicial de ilicitud, al autorizar la representación del padre cuando apenas tiene interés común, pero no opuesto, con el hijo en la causa, sino también porque el nuevo texto le amplió al padre o madre de familia la capacidad para representar en juicio al hijo, y como tal debe tener aplicación preferencial inmediata al tenor de lo estatuído en el artículo 20 de la Ley 53 de 1887.

2.—La primera de las tesis del recurrente, o sea, la de que la no notificación de la demanda a los demandados sólo constituye causal de nulidad en los juicios ordinarios y no en el especial de liquidación de una sociedad, resulta jurídica, pues siendo taxativas las causales de nulidad, las disposiciones que consagra no pueden ser aplicadas por analogía a hechos o casos distintos de los en ellas previstos; pero el motivo de nulidad que el Tribunal encontró, consiste en que la demanda especial de liquidación no se notificó legalmente a los menores demandados y en que éstos estuvieron indebidamente representados en ella, y ese hecho sí constituye causal de nulidad para todos los juicios, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del art. 123 de la Ley 105 de 1890.

Con respecto a la segunda de las tesis del recurrente, o sea a la de que la nulidad por ilegitimidad de la personería no puede alegarse en juicio separado, cabe observar lo siguiente:

La Constitución Nacional otorga a todas las personas el derecho, que constituye una garantía individual, de no ser juzgado sino por Juez competente ni condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio. Ese derecho lo amparaba la Ley 105 de 1890, vigente cuando se inició y concluyó el juicio de liquidación, estableciendo en su artículo 123 las dos causas de nulidad para todos los juicios de que allí se habla, o sean la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería de alguna de las partes, y el actual Código Judicial también lo ampara al erigir en los dos primeros numerales del artículo 448 los mismos hechos mencionados en causa de nulidad para todos los juicios.

La citada ley 105 no disponía expresamente que el motivo de nulidad por ilegitimidad de la personería pudiera alegarse en juicio separado; pero el artículo 457 del C. J. sí consagra esa facultad de modo expreso. Y como esta disposición se encontraba vigente cuando la presente controversia se propuso, bien podía la parte demandante acogerse a ella

para controvertir —como lo ha hecho— en juicio ordinario distinto la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería en que, sostiene, se incurrió en el especial de liquidación de la sociedad colectiva de T. U. C. Y a esta conclusión le sirven de apoyo no sólo lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sino también la jurisprudencia que la Corte ha sentado en casos análogos y la doctrina que propugnan calificados autores.

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

Antecedentes.

1º Por medio de la Escritura Pública Nº 399 de 9 de diciembre de 1895, de la Notaría 2ª del Circuito de Cali, los señores Teodomiro Calderón, Pedro Calderón D. y Leonardo Calderón D. constituyeron la sociedad colectiva de Comercio "T. Calderón e Hijos", con domicilio en aquella ciudad. El primero fue socio capitalista y aportó a ella especificándolos la totalidad de sus bienes y los dos restantes fueron socios industriales, con derecho todos tres a la administración de la sociedad. Se convino en que su duración se prolongaría hasta el 30 de diciembre de 1916; que en caso de fallecimiento de alguno de los socios, podría continuar sus operaciones si así lo acordaban sus herederos; que en los beneficios y pérdidas llevaría un 50% Teodomiro y un 25% cada uno de los dos socios restantes; que en la liquidación del haber social recibiría aquél sus bienes inmuebles aportados, o los de igual especie con que fueren reemplazados, y que los demás bienes, ya fueren muebles o inmuebles, se dividirían por terceras partes entre los socios;

2º Por escritura Pública Nº 63 de 2 de abril de 1903, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Pradera, y con motivo del fallecimiento de Teodomiro Calderón, su viuda, Celsa Domínguez de Calderón, sus hijos legítimos Pedro, Leonardo, Mercedes, María Eulogia, Celsa, Teresa y Teodomiro Calderón, acordaron prorrogar la sociedad hasta el 31 de diciembre de 1923; ingresar a ella todos los nombrados en calidad de socios; aportar los bienes que en vida se había reservado Teodomiro; los gananciales que en la sucesión de ésta correspondían a la viuda, y advertir que el patrimonio social lo integraban esos bienes y los determinados en la Escritura de constitución, la cual continuaría en vigencia en cuanto no fuera reformada. Se convino además en que los beneficios y pérdidas se repartirían por novenas partes para cada uno de los socios y que Pedro y Leonardo serían los administradores;

3ª Con motivo del fallecimiento de Celsa Domínguez de Calderón, los socios sobrevivientes declararon por medio de la escritura Pública Nº 701 de 2 de septiembre de 1905 que la sociedad nombrada continuaría sus operaciones sobre las mismas bases establecidas y con el capital señalado en los precitados instrumentos;

4º — Por Escritura Pública Nº 36 de 27 de febrero de 1906, de la Notaría 2ª de Cali, María Calderón de Valencia dió en venta a la sociedad "T. Calderón e Hijos" los derechos hereditarios que le corresponden en las sucesiones de sus finados padres Teodomiro Calderón y Celsa Domínguez y también sus derechos en dicha sociedad, con exclusión de los radicados en algunos bienes que singularizó en el mismo instrumento;

5º — El 27 de mayo de 1917 murió en Cali Pedro Calderón Domínguez, uno de los dos administradores de la sociedad;

6º Pedro Calderón había contraído matrimonio católico con Elena Núñez el 19 de febrero de 1903, y de esa unión legítima nacieron José Teodomiro, el 28 de febrero de 1905; María Elena el 5 de junio de 1912; Ligia, el 24 de enero de 1914; Ana Mercedes, el 11 de junio de 1915, y Celsa Lucila, el 7 de agosto de 1916, de los cuales Ana Mercedes falleció el 24 de agosto de 1917;

7º — En libelo de 10 de octubre de 1921, Teodomiro, Teresa Calderón de Lazo, Mercedes, Eulogia y Celsa Calderón D. pidieron, por medio de apoderado y con audiencia de María Calderón de Valencia y de los herederos de Pedro Calderón D., o sean Elena Núñez viuda de Calderón y José Teodomiro, María Elena, Ligia y Celsa Calderón Núñez, representados estos cuatro últimos por su expresada madre por ser menores de edad, que se decrete la liquidación de la sociedad colectiva de comercio "T. Calderón e Hijos", "o sea la partición de los bienes que forman el activo y pasivo de dicha sociedad". Los actores advirtieron que "la notificación y traslado de esta demanda debe surtirse, respecto de los herederos de Pedro Calderón

D., con la señora Elena Núñez v. de Calderón, por sí y como representante de sus hijos menores", y

8º — El Juez 2º Civil del Circuito de Cali, en auto de 21 del citado octubre admitió la demanda y dispuso correr traslado de ella a todos los demandados, en la forma pedida, y en el de 23 de enero de 1923 decretó la liquidación o partición demandadas.

En proveído de 11 de julio de 1924 se designó al doctor Alejandro Copete curador **ad-litem** de los menores María Elena, Ligia y Celsa Calderón por haber contraído su madre segundas nupcias. El curador aceptó, se posesionó y el Juzgado le discernió el cargo el 7 de febrero de 1925; pero el 10 de agosto siguiente lo renunció, por lo cual el Juzgado nombró como tal al doctor Manuel Augusto Vernaza, con la advertencia de que mientras se discernía el cargo, aquél quedaría actuando. En el expediente respectivo no hay constancia de que el doctor Vernaza se hubiera posesionado.

Como partidor, y en virtud de solicitud de algunos interesados, fue nombrado Alfonso Martínez Velasco, quien tomó posesión el 25 de agosto de 1928 y presentó su trabajo el 30 de noviembre de 1929, el cual fue aprobado en providencia de 4 de agosto de 1931.

La controversia.

Apoyados principalmente en esos antecedentes, José Teodomiro, María Elena y Lucila Calderón Núñez, hablando en sus propios nombres y en representación de la sucesión de Pedro Calderón D., propusieron demanda ordinaria contra Elena Núñez v. de Calderón, Leonardo, Teodomiro, Mercedes, Eulogia, Teresa y María Calderón Domínguez para que se hicieran las declaraciones que en seguida se resumen:

Primera. — Que es nulo el ya referido juicio de liquidación de la sociedad colectiva de comercio "T. Calderón e Hijos", y que en consecuencia, también lo son la providencia que decretó la liquidación; la sentencia que la aprobó, y el auto que la declaró ejecutoriada;

Segunda. — Que es absolutamente nula la liquidación en dicho juicio practicada, en atención a la incapacidad de los demandantes al tiempo del juicio y la liquidación; a la falta para ellos de toda representación legítima en el juicio y en el acto de liquidación y a la pretermisión de formalidades esenciales para la validez de la última, como la prescindencia del inventario judicial de bienes; y que debe cancelarse el registro de la sentencia y de la liquidación;

Tercera. — Que en consecuencia, la sociedad "T. Calderón e Hijos" se encuentra ilíquida y debe procederse a su liquidación, por cuanto son nulos todos los actos judiciales y jurídicos cumplidos dentro del juicio en referencia;

Cuarta. — Que los demandados deben restituír a la masa de "T. Calderón e Hijos" todos los bienes y valores que les fueron adjudicados, junto con sus frutos naturales y civiles.

Como declaraciones subsidiarias se pidieron las siguientes:

a) Que el juicio no se trabó con los demandantes, quienes estuvieron jurídicamente ausentes de él, por cuanto al momento de su iniciación ellos eran absolutamente incapaces y su madre Elena Núñez de Calderón no los representó legal y debidamente;

b) Que por lo mismo es nulo el acto de liquidación de dicha sociedad y de la sentencia aprobatoria del mismo, en cuanto comprende y afecta los bienes y derechos de los demandantes;

c) Que la citada liquidación es nula, por haber prescindido el liquidador de formalidades esenciales para la validez del acto y por estar afectado de errores de hecho y de derecho y de dolo;

d) Que en consecuencia, la sociedad colectiva "T. Calderón e Hijos" no se ha liquidado; que debe liquidarse y que los demandados están obligados a restituír a la masa social los bienes que se les adjudicaron, junto con sus frutos.

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 123, 137, 250 de la Ley 105 de 1890; 23, inciso 3º, de la Ley 100 de 1892; 1286 y 1293 del C. J. de 1888; 1502, 1741, 2141 del C. C.; 540 del C. de Co., 448 y siguientes, 457, inciso 1º del Código Judicial.

Admitida la demanda, los demandados Leonardo Calderón y Elena Núñez de Calderón, la aceptaron. Los demás se opusieron a las declaraciones solicitadas, y una vez tramitada la instancia en debida forma, el Juez 2º Civil del Circuito de Cali falló el pleito en sentencia de 12 de mayo de 1941, por la que declaró probada la excepción de cosa juzgada y absolvió a los demandados de los cargos formulados.

La sentencia acusada.

La apelación concedida a ambas partes, llevó el negocio al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que decidió la alzada

en sentencia de 30 de marzo de 1946, por medio de la cual revocó la apelada y accedió a las súplicas de la demanda, sin costas.

En la fundamentación del fallo consideró en primer término el Tribunal, que están demostrados los antecedentes del pleito particularizados al principio y que las excepciones alegadas por los demandados son infundadas. Después, en el capítulo de la sentencia que llamó "nulidad del juicio" conceptuó que el mandato contenido en el inciso 3º del artículo 23 de la Ley 100 de 1892 exigía como únicos requisitos para que no hubiera lugar a la representación del hijo por el padre, los de que éste fuera por sí interesado en la causa y que el juicio fuera universal, y encontró que ambos concurrían en el presente caso, por estimar que el proceso sobre liquidación de la sociedad colectiva de comercio "T. Calderón e Hijos" fue un juicio universal, en el cual tenía interés personal la señora Elena Núñez de Calderón, como cónyuge que era del socio muerto Pedro Calderón D. y como heredera única de su hija Ana Mercedes, fallecida después de éste y antes de iniciarse el juicio de liquidación. Esto lo llevó a concluír que dicha señora no podía representar a sus hijos menores en ese juicio, por prohibírselo el texto legal citado, y que su intervención en él fue y es ilegal y de ningún valor, y que como la demanda le fue notificada a ella en su propio nombre y como representante de sus hijos menores, esa notificación no tiene valor legal alguno con respecto a éstos, con los cuales, de consiguiente no se trabó el juicio, determinándose, por lo mismo, que los nombramientos de curador **ad-litem** hechos posteriormente en el curso de la actuación fueran improcedentes, toda vez que los menores no eran parte ni estaban representados legítimamente por la madre en el pleito. De allí dedujo que éste es nulo y que esa nulidad "tiene el fundamento legal del artículo 137 de la Ley 105 de 1890 y que es el mismo que consagra el artículo 457, inciso 1º, de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial vigente), que les da derecho de pedir tal declaratoria de nulidad porque no se les notificó legalmente la demanda de liquidación y porque no fueron debidamente representados en el juicio a que ella dió origen".

Después, en el capítulo de la sentencia titulado "Nulidad de la partición", al referirse a la petición de la demanda para que declare esa nulidad, dijo que formando la partición parte integrante del juicio especial de liquidación que había reputado nulo, tal acto quedaba afectado por esa nulidad; lo cual no obstaba para que procediera a examinar la cuestión planteada.

Y al efecto, entrando en la materia anotó que el nombramiento de liquidador hecho por sólo alguno de los interesados es nulo por virtud de lo dispuesto en los artículos 1382, 1519 y 1741 del C. C.; que a la división del haber social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, se aplican las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los herederos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2129, inciso 1º, 2141 del C. C. y 535 del C. de Co.; que no habiéndose señalado en los títulos constitutivos de la sociedad reglas especiales para efectuar la liquidación, le era forzoso al liquidador cumplir con la obligación que le imponía el artículo 540, numeral 1º del C. de Co.; que no aparece que esa obligación se hubiera cumplido; que el inventario y avalúo a que ese texto alude debió practicarse judicialmente, con intervención de peritos, por haber menores entre los demandados, de acuerdo con lo estatuído en los artículos 249 y 250 de la Ley 105 de 1890, 1262 y siguientes del Código Judicial y 1307, 1392 y 2141 del C. C.; que sin el previo cumplimiento de esas formalidades el liquidador no tenía base legal para llevar a cabo su cometido, al tenor del artículo 1392 del C. C., y después de esas consideraciones dijo lo siguiente:

"Son preceptos legales de general aplicación que el liquidador de una sociedad mercantil tiene que formar inventario, al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias, deudas, libros, correspondencia y papeles de la sociedad, porque esa obligación le impone el artículo 540 del Código de Comercio; que si la liquidación es judicial y entre los partícipes hay menores, tal inventario debe ser judicial también de conformidad con el artículo 1367, inciso segundo, en relación con el 2141 del Código Civil ambos; y que el inventario y avalúo de los bienes y deudas sociales, son la base legal que tiene el liquidador para liquidarlos y distribuirlos entre los partícipes, según el mandato del artículo 1392 del Código Civil".

"Las formalidades premencionadas que, a juicio del Tribunal, son indispensables para la validez de las liquidaciones y particiones de bienes de las sociedades mercantiles, dada la naturaleza de ellas, no las cumplió el liquidador Martínez Velasco en la liquidación y partición que practicó de los bienes y deudas de la sociedad colectiva de comercio "T. Calderón e Hijos", presentada por él al

Juzgado Segundo del Circuito de Cali el día 30 de noviembre de 1929 (fs. 19 a 57 del cuaderno Nº 4). Omitió en ella dichas formalidades, contraviniendo así los preceptos legales, de derecho público, que las sustentan. La referida partición adolece, pues, por las causas anotadas, de nulidad absoluta al tenor de lo que preceptúa el artículo 1741 del Código Civil. Tiene pues, fundamento legal, la demanda de nulidad de esa partición".

El recurso.

La parte demandada interpuso el de casación que hoy se decide, e invocando la causal 1ª del artículo 520 del C. J., propone contra la sentencia los siguientes cargos que se resumen:

1) Dice el recurrente que el Tribunal quebrantó el artículo 23 de la Ley 100 de 1892, por interpretación errónea y por aplicación indebida, y el artículo 137 de la Ley 105 de 1890, también por haberlo aplicado sin ser el caso de hacerlo.

En la fundamentación del cargo sostiene que en el juicio de liquidación de la sociedad "T. Calderón e Hijos" fue demandada la sucesión de Pedro Calderón D. representada por sus herederos, quienes constituían, por tanto, una sola parte; que la señora Núñez de Calderón y sus menores hijos fueron demandados, no personalmente, sino en condición de representantes de la nombrada sucesión, por lo cual la viuda no era interesada por sí en el juicio; que en éste se trataba, por lo que respecta al socio Pedro Calderón, de determinar su interés en la sociedad, pero no de distribuír entre sus herederos los bienes que en la liquidación de la sociedad pudieran adjudicárseles; que, en consecuencia, tanto la señora Núñez de Calderón como sus hijos representaban un mismo interés; que además "el artículo 23 de la Ley 100 de 1892 debe entenderse en el sentido de que la representación legal del hijo tiene en él un interés propio, que en cualquier momento puede llegar a ser opuesto al de aquél".

2) Afirma el recurrente que para determinar si en el referido juicio de liquidación se incurrió en alguna causal de nulidad y saber si ésta podía alegarse en juicio distinto, es necesario tener en cuenta las disposiciones del C. J. de 1887; que de lo dispuesto en los artículos 123, 126 y 137 de la Ley 105 de 1890, se desprende que la causal de nulidad consistente en ilegitimidad de la personería no puede alegarse en juicio separado; que la no notificación de la demanda sólo constituye motivo de nulidad en los juicios ordinarios, pero no en los especiales; que, por tanto, los demandantes carecen de la acción consagrada en el artículo 137 citado, y que en consecuencia, la sentencia violó, por aplicación indebida, los artículos 137 de la Ley 105 de 1890 y 457 del actual Código Judicial y por falta de aplicación, el 1228 ibídem;

3) Alega el recurrente que al concepto emitido por el sentenciador cuando dijo que "la referida partición adolece, pues, por las causas anotadas, de nulidad absoluta al tenor de lo que preceptúa el artículo 1741 del Código Civil", debe observarse que el artículo 123 de la Ley 105 de 1890 determina las únicas causas de nulidad en todos los juicios, y que por consiguiente el Tribunal incurrió en grave error al declarar la nulidad de un juicio con fundamento en irregularidades diferentes de las que aparecen taxativamente señaladas por la ley como causales de nulidad; y que el artículo 1741 del C. C. no sirve para declarar la nulidad de un juicio, porque esta disposición se refiere a las nulidades de carácter sustantivo o procedimentales de que trata el Código Judicial, de donde, por consiguiente, deduce que el Tribunal quebrantó, por indebida aplicación, el artículo 1741 del C. C., y por falta de aplicación, el 123 de la Ley 105 de 1890.

4) Sostiene el recurrente que la acción de restitución únicamente corresponde al propietario, por lo cual el Tribunal sólo podía ordenar la restitución de los bienes a que se refiere la sentencia en el caso de que se hubiera comprobado que la sociedad "T. Calderón e Hijos" era dueña de tales bienes; que esa prueba no se adujo al juicio, y que aun en el supuesto de que tal dominio tuviera, la demanda no fue promovida por ella sino por personas que no tenían ni tienen personería para pedir a nombre de la misma. De allí desprende que el Tribunal, al decretar la restitución, quebrantó los artículos 946, 950, 961 y 964 del Código Civil, por haberlos aplicado al caso del pleito, sin ser aplicables.

Procede en seguida la Sala a referirse a los cargos que quedan resumidos, siguiendo el mismo orden en que han sido propuestos.

Cargo primero.

Como se vió de los antecedentes que fueron relatados al principio de esta sentencia, Pedro Calderón era socio de la sociedad colectiva "T. Calderón e Hijos", cuando ocurrió su fallecimiento en

mayo de 1917. Por consiguiente, la sucesión de aquél o, mejor dicho, sus causahabientes, ya que a éstos es a quienes en realidad se transfiere el dominio de todas las cosas que pertenecían al causante al momento de la muerte, tenían conjuntamente en la sociedad la integridad del derecho o interés que a él correspondía en su calidad de socio e individualmente, la porción que a cada uno le cabía según su cuota respectiva. Y como en la expresada sucesión, la señora Elena Núñez viuda de Calderón estaba doblemente interesada, como cónyuge sobreviviente del socio fallecido y como heredera de su hija Ana Mercedes, cuyo deceso ocurrió con posterioridad al de su padre legítimo Pedro Calderón, es claro que la mencionada señora tenía interés propio en la liquidación de la referida sociedad colectiva, por lo cual en ese juicio no podía llevar la representación de sus hijos menores, por prohibirlo expresamente el numeral 3º del artículo 23 de la Ley 100 de 1892, que estaba vigente cuando esa actuación se propuso y finalizó.

Y esa disposición apenas requería, cuando se trataba de un juicio universal, que el padre del menor fuera "por sí interesado en la causa" y no exigía que entre los intereses de ambos hubiese contrariedad u oposición para que no hubiera lugar a esa representación. Era suficiente que el padre tuviera interés en la causa.

Hoy, bajo la vigencia del actual Código Judicial, que en ese punto modificó sustancialmente la legislación anterior, sí se requiere que el interés del padre sea opuesto al del hijo, para que aquél no pueda llevar la representación de éste, por mandato expreso del artículo 246. Refiriéndose a ésta disposición dijo la Comisión revisora:

"El 245 es reproducción del inciso tercero del artículo 23 de la Ley 100 de 1892, con la modificación muy importante que no basta para que se nombre curador **ad litem** al menor, el hecho de que el padre de familia, sea por sí interesado en la causa, sino que es necesario que tenga interés opuesto, o esté moralmente impedido para representarlo, que son motivos más graves".

"El segundo de ellos puede ocurrir cuando por alguna falta o transgresión de la ley penal no sea decoroso ni conveniente que asuma la personería del hijo".

"Hemos creído necesario exigir causas graves para este caso, porque el padre es el representante legal del hijo, y tiene a su favor la presunción de que defenderá sus intereses y lo favorecerá siempre".

De lo dicho se desprende que el Tribunal, cuando sostuvo que el numeral 3º del citado artículo 23 "exigía como únicos requisitos para la no representación del hijo por el padre, que éste fuera por sí interesado en la causa y que el juicio fuera universal" y cuando afirmó que ambos concurrían en el caso a que se refieren los autos para hacer ilegítima la representación que de sus hijos llevó la señora Elena Núñez de Calderón, no interpretó erróneamente esa disposición ni, al proceder con ese criterio, la aplicó indebidamente al pleito.

De la acusación, por aplicación indebida del artículo 137 de la Ley 105 de 1890, se ocupará la Sala al considerar el cargo segundo.

A lo antes expuesto cabe agregar otra consideración distinta que determina la inconducencia del cargo, a saber:

Para que la representación en juicio universal del hijo por el padre fuera ilegal era suficiente, de acuerdo con el artículo 23 citado, que el segundo de los nombrados tuviera interés propio en la causa; pero como cuando la presente controversia se propuso ya estaba en vigencia el artículo 246 del C. J., conforme al cual es procedente deducir que la representación en aquellas condiciones o circunstancias ya no es ilícita sino, por el contrario, lícita, pues para que no lo sea ese artículo requiere además la concurrencia de intereses opuestos entre el padre y el hijo, piensa la Corte que el punto en referencia debió estudiarse y decidirse a la luz de la nueva disposición legal, no solo porque ésta modificó parcialmente aquélla, extinguiendo el vicio inicial de ilicitud, al autorizar la representación del padre cuando apenas tiene interés común, pero no opuesto, con el hijo en la causa, si no también porque el nuevo texto le amplió al padre o madre de familia, la capacidad para representar en juicio al hijo, y como tal debe tener aplicación preferencial e inmediata al tenor de lo estatuído en el artículo 20 de la Ley 53 de 1887.

Por esos motivos el cargo, para que hubiera resultado conducente, ha debido proponerse por violación, por falta de aplicación al caso del pleito, del artículo 246 del C. J.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Cargo segundo.

El legislador de 1890, reaccionando fundamentalmente en contra del prolijo sistema de nulida-

des consagrado en el Código Judicial de 1887, estableció en el artículo 123 de la Ley 105 de aquel año que "las únicas causas de nulidad en **todos los juicios son:** 1º Incompetencia de jurisdicción; y 2º Ilegitimidad de la personería de alguna de las partes", y en los arts. 126, 127 y 129 de la misma ley erigió motivos especiales de nulidad para los juicios ordinario, ejecutivo y de concurso de acreedores, y en el artículo 137 reglamentó la manera como esas nulidades especiales podían ser alegadas. Con respecto a la consagrada en el artículo 126 para el juicio ordinario, o sea la consistente en no haberse notificado la demanda al demandado, estableció que ella podía alegarse en el juicio mismo, o como acción en uno distinto, o como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia. Con apoyo en esas disposiciones el recurrente sostiene que la no notificación de la demanda a los demandados sólo constituye causal de nulidad en los juicios ordinarios y no en el especial de liquidación de una sociedad y que la nulidad por ilegitimidad de la personería no puede alegarse en juicio separado.

La primera de esas tesis resulta jurídica, pues siendo taxativas las causales de nulidad ya referidas, las disposiciones que las consagran no pueden ser aplicadas por analogía a hechos o casos distintos de los en ella previstos; pero el motivo de nulidad que el Tribunal encontró, consiste en que la demanda especial de liquidación no se notificó legalmente a los menores demandados y en que éstos estuvieron indebidamente representados en ella, como ya se vió, y ese hecho sí constituye causal de nulidad para todos los juicios, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 123 de la Ley 105 de 1890. Si este texto legal no fue citado expresamente por el Tribunal, tal omisión carece de consecuencias, desde luego que en él está previsto el motivo que dió lugar a la declaratoria de nulidad del juicio.

Con respecto a la segunda de las tesis del recurrente cabe observar lo siguiente:

La Constitución Nacional otorga a todas las personas el derecho, que constituye una garantía individual, de no ser juzgado sino por Juez competente ni condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio.

Ese derecho lo amparaba la Ley 105 de 1890, vigente cuando se inició y concluyó el juicio de liquidación, estableciendo en su artículo 123 las dos causas de nulidad para todos los juicios de qué allí se habla, o sean la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería de alguna de las partes, y el actual Código Judicial también lo ampara, al erigir en los dos primeros numerales del artículo 448 los mismos hechos mencionados en causa de nulidad para todos los juicios.

La citada Ley 105 no disponía expresamente que el motivo de nulidad por ilegitimidad de la personería pudiera alegarse en juicio separado; pero el artículo 457 del C. J. sí consagra esa facultad de modo expreso, pues en él se prescribe que "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia". Y como esta disposición se encontraba vigente cuando la presente controversia se propuso, bien podía la parte demandante acogerse a ella para controvertir —como lo ha hecho— en juicio ordinario distinto la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería en que, sostiene, se incurrió en el especial de liquidación de la sociedad colectiva "T. Calderón e Hijos".

Y a esta conclusión le sirven de apoyo no sólo lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir", sino también la jurisprudencia que la Corte ha sentado en casos análogos y la doctrina que propugnan calificados autores.

A este respecto la Corte ha dicho:

"Si el objeto de los procedimientos es la regulación de las formas con que se proponen, discuten y resuelven las cuestiones deducidas ante los tribunales, el cambio que en ellas se verifique no puede afectar el derecho mismo, porque debe presumirse que las leyes nuevas son mejores que las que ellas reemplazan" y que "éstas leyes dicen referencia al procedimiento objetivo acerca del cual el legislador puede fijar las normas que estime mejores, para que se apliquen inmediatamente". (Mayo 13 de 1935. - S. de N. G. - Tomo XLII, página 72 y 73).

El Profesor José Chiovenda, sostiene:

"Si la ley admite nuevas formas de actuación de la Ley o extiende las ya existentes a casos no admitidos antes o introduce nuevos medios ejecutivos, pueden servirse de la extensión los titu-

lares de los derechos preexistentes". (Principios de Derecho Procesal, página 158, Tomo 1º).

Y el profesor Pascuale Fiore, escribe:

" las normas del procedimiento, que son las que tienden a la conservación y al ejercicio de los derechos precedentementee adquiridos, deben reputarse siempre dentro del dominio del legislador, porque así como respecto a las formalidades externas exigidas para la conservación y ejercicio de los derechos particulares no puede admitirse ningún derecho creado, ni es dado limitar el poder perteneciente al legislador para mudar y mejorar los modos de proveer a dichos fines, del mismo modo fácilmente se comprende que deben tener inmediata aplicación las nuevas leyes que vienen a sancionar las nuevas formas procesales para la conservación y el ejercicio de los derechos precedentemente adquiridos, y admitido esto, no puede menos de reconocérseles autoridad retroactiva".

" .....

"Pertenece, por lo tanto, a la soberanía del legislador el determinar los actos procesales apropiados a los varios fines jurídicos con los cuales están en la misma correlación del medio al fin, y ninguna limitación puede admitirse en cuanto a dicha facultad de la soberanía, pues si bien a los particulares corresponde el derecho de obtener la sanción judicial de todo vínculo o relación jurídica pertenecientes a los mismos, por el contrario, el régimen o la ordenación del procedimiento oportuno a tal objeto cae de lleno en el dominio pleno y absoluto de la soberanía misma, la cual puede, en todo tiempo, perfeccionar los medios adoptados por la misma para ello, ya se trate del procedimiento contencioso, ya del llamado jurisdicción voluntaria". (De la irretroactividad e interpretación de las leyes, páginas 473 y 476).

Con fundamento en las precedentes consideraciones procede concluír que al admitir el sentenciador la vía del juicio ordinario consagrado en el ordinal 1º del artículo 457 del C. J. como adecuada para discutir la causal de nulidad por ilegitimidad de personería ya referida, no quebrantó las disposiciones que cita el recurrente.

No prospera el cargo.

Cargo tercero.

Del fallo acusado resulta con toda claridad que en un doble fundamento se apoyó el sentenciador para declarar la nulidad de la partición: 1º en que como parte integrante que es de un juicio declarado nulo, ella queda cobijada consecuencialmente por la misma nulidad que afectaba a aquel, y 2º que en el acto de partición se omitieron formalidades esenciales, de derecho público, que dada la naturaleza de aquéllla determinan su nulidad al tenor del artículo 1741 del C. C. Es decir, consideró la eficacia de la partición como acto procesal cumplido dentro de un juicio nulo, y como acto jurídico independiente, y examinándola bajo ambos aspectos encontró que era nula.

Habiendo sido en tales condiciones estudiada la cuestión en referencia, se destaca con toda nitidez la improcedencia del cargo, pues éste se formula sobre la base de que el sentenciador se apoyó en el artículo 1741 citado para declarar la nulidad del juicio, cuando está visto que ese texto fue aplicado para deducir la ineficacia de la partición misma, por haberse omitido en ese acto —en sentir de aquél— formalidades indispensables para su validez. Y como las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, (artículo 1405 del C. C.), la disposición del artículo 1741, que versa sobre la nulidad absoluta de que pueden adolecer ciertos actos o contratos en los casos de que allí se habla, era de suyo aplicable dados los supuestos de que partió el Tribunal, sobre los cuales —se advierte— no le es dable á la Sala emitir concepto jurídico alguno, desde luego que no han sido atacados en casación.

Además, no habiendo prosperado la acusación que se propuso contra las consideraciones que al Tribunal sirvieron para declarar la nulidad del juicio y no estando atacado el primer fundamento ya referido que aquél tuvo en cuenta para decretar la de la partición, o sea la de que ésta es nula por serlo el juicio en que se practicó, esa consideración es bastante por sí sola para sostener la sentencia, lo cual determina también la ineficacia del cargo que se considera.

Cargo cuarto

Conviene ante todo anotar que la sentencia declaró que carece de fundamentos la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes propuestas por los demandados en la contestación de la demanda, y que en el cargo en estudio no se hace siquiera referencia a las razones que con ese fin invocó el Tribunal, y por ese

motivo la Sala no puede proceder a revisarlas oficiosamente en casación.

Pero además ocurre que Pedro Calderón D. fue, como se ha dicho, socio de la colectiva "T. Calderón e Hijos", y que los demandantes son sus herederos, por lo cual éstos ocupan el lugar de aquél en la sociedad, y siendo así las cosas es obvio que tienen suficiente personería para pedir como lo han hecho, que en favor de la sociedad se decrete la restitución de los bienes que fueron partidos entre los socios.

Y como por otro lado, se ha pronunciado la nulidad de la partición y del juicio en que ella se llevó a cabo, en sentencia definitiva que hace tránsito a cosa juzgada, procedía decretar la restitución de los bienes que fueron objeto de esa partición, por aplicación de la regla que contiene el artículo 1746 del C. C., según el cual la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Y para decretar esa restitución, que es consecuencia exclusiva de la declaración de nulidad, no era indispensable que en el presente juicio se hubiera comprobado que la sociedad era o es la dueña de los bienes ordenados restituír, pues bastaba que en la partición se les hubiera adjudicado a los copartícipes como bienes pertenecientes a la sociedad, para que fuese procedente que se dispusiera su devolución al caudal de donde según aquel mismo acto procedían.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y seis dictada en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Condénase en costas al 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. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCIONES DE FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA, REFORMA DE TESTAMENTO E INTEGRACION DE UNA LEGITIMA

1.—La génesis lógica de la sentencia civil no es simplemente un silogismo, sino en realidad una serie complicada de deducciones concatenadas para determinar la ley aplicable y los caracteres jurídicos del hecho comprobado, siendo la primera de esas operaciones mentales el examen de la trascendencia de los hechos, por lo cual el Juez, al dictar toda sentencia, ha de examinar, previamente y de modo provisional, si supuestos verdaderos los hechos, son idóneos para producir el efecto jurídico pretendido por el demandante; la solución negativa lo releva de la investigación de los hechos y lo conduce al rechazo de la demanda por falta de consecuencia entre los hechos y la pretensión, y la solución afirmativa le permite pasar al estudio de los hechos y a la aplicación del derecho.

2.—La disposición del art. 28 de la ley 45 de 1936, según la cual los hijos naturales concebidos el 30 de mayo de 1936, o con anterioridad a esta fecha, no concurren a la herencia de su padre o madre natural con hijos legítimos de uno de éstos, procedentes de un matrimonio anterior a la misma fecha, no se refiere a los hijos legítimos NACIDOS o LEGITIMADOS el 30 de mayo de 1936, o antes de esta fecha, sino a todos los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la misma fecha, aunque hayan nacido después, y a todos los legitimados por un matrimonio anterior a esa fecha, sea que la legitimación se haya producido ipso jure, o voluntariamente por declaración de los contrayentes en el acta de matrimonio o en escritura pública posterior.

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

(Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez).

Benjamín Castañeda demandó el 13 de julio de 1942, a Solina Ríos v. de Raigosa, a Bárbara, Carlina, Herminia, Ester, Sofía, Arturo, Gerardo y Conrado Raigosa en su condición de representantes de la sucesión de Jesús María Raigosa, como cónyuge sobreviviente la primera, e hijos los demás, para que se declarara en sentencia definitiva: 1º Que Jesús María Raigosa, fallecido en enero de 1942, había sido su padre natural; 2º Que en consecuencia tenía derecho a participar, en concurrencia con los demandados, en la herencia de Raigosa; 3º Que por tanto el testamento de éste causante debía reformarse para reconocerle su cuota hereditaria; y 4º Que por esta razón los hijos legítimos de Raigosa, mencionados en el libelo y la cónyuge sobreviviente, si hubiera percibido algo del caudal correspondiente a las legítimas, estaban obligados a integrar la cuota hereditaria del demandante.

El Juez del Circuito de Abejorral declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y negó las súplicas del demandante. Este apeló ante el Tribunal Superior de Medellín, el que revocó la sentencia del Juzgado y en su lugar falló el pleito así: "El señor Jesús María Raigosa, vecino que fue de Santa Bárbara en donde falleció en el mes de enero de 1942, fue padre natural de Benjamín Castañeda; pero la declaratoria de esa calidad no faculta al mencionado señor Castañeda para participar de la herencia de su padre natural, ni le confiere derecho a que se reforme el testamento de éste, como tampoco a que los demandados contribuyan a integrarle cuota alguna hereditaria. — No están probadas las excepciones propuestas. — Sin costas".

El demandante ha recurrido a esta Sala en demanda de casación del fallo del Tribunal y es la oportunidad de entrar a resolver el recurso mediante las consideraciones del caso.

La sentencia acusada si bien encontró procedente la declaración de filiación natural, no aceptó lo mismo respecto de las declaraciones consecuenciales sobre derecho hereditario del demandante, re-

forma del testamento e integración de la cuota hereditaria pretendida, y sustentó así la improcedencia de estas declaraciones, a la luz del derecho y a pesar del reconocimiento de la filiación natural:

"En efecto, conforme a la partida de bautismo del señor Castañeda, éste nació el día 10 de noviembre de 1906, es decir, fue concebido en tiempo muy anterior a la vigencia de la Ley 45 de 1936, a cuyos preceptos él se acoge, y como su presunto padre, según propia afirmación, fue casado con la señora Solina Ríos y de este matrimonio hubo varios hijos que viven y son mayores de edad, es de obligante lógica concluír que hay hijos legítimos de matrimonio anterior a aquella vigencia; y como cuando esto acontece, los hijos naturales no pueden concurrir con los legítimos, sino cuando fueron concebidos con posterioridad a la vigencia de la citada ley, según claramente se dispone en su artículo 28, y en el señor Castañeda no se presenta esa concurrencia, también es preciso concluír que él carece en absoluto de derecho a participar como heredero en la mencionada sucesión".

La causal invocada por el recurrente es la primera del art. 520 del C. J. y los cargos en que la fundamenta son estos tres:

a) Violación de los artículos 18 y 28 de la Ley 45 de 1936, el primero por infracción directa y el segundo por aplicación indebida, como consecuencia de la violación directa de los artículos 392, 394, 1759 y 1760 del Código Civil y 632, 636, 605 y 608 del Código Judicial, por cuanto no están demostrados en autos, con prueba auténtica, ni el matrimonio de Jesús María Raigosa, ni que se hubiera celebrado con anterioridad a la citada Ley 45, ni que los demandados como hijos de Raigosa, sean hijos legítimos; y lo que hizo el Tribunal fue inferir esos hechos de una afirmación del demandante, supliendo así con inferencias o confesiones los documentos auténticos que serían, según la ley, las únicas pruebas de aquellos hechos.

b) Violación de los artículos 8º y 18 de la Ley 45 de 1936 por haber excluído el sentenciador "al hijo natural en concurrencia con los demandados sin que se hubiera establecido en debida forma el caso de excepción de que habla el artículo final de dicha ley", exclusión que tuvo por causa la inversión de la carga de la prueba, porque demostrada la filiación natural, correspondía a la parte demandada, como actora en la excepción, evidenciar con las actas de matrimonio y de nacimiento, el enlace de Raigosa con la Ríos, la fecha de su celebración y la legitimidad de todos los hijos, carga que no correspondía al demandante, y por esta inversión de la carga probatoria, violó el artículo 1759 del C. C. Se añade que hubo aplicación indebida del artículo 25 de la Ley 153 de 1887 porque no hay prueba de la preexistencia del matrimonio y de la legitimidad de la filiación de los demandados Raigosa, con relación a la vigencia de la Ley 45 de 1936.

c) Interpretación errónea del artículo 28 de la Ley 45 porque "la ley no quiere que los hijos naturales concurran con los hijos legítimos nacidos antes de 1936 —(debió decir el 30 de mayo de 1936 o antes)—, pero no excluye esa participación en cuanto haya hijos nacidos después del 36 —(debió decir después del 30 de mayo)— así sean de matrimonio anterior", o legitimados con posterioridad a la vigencia de la ley, pues para estos efectos los conceptos de hijo legítimo e hijo legitimado son esencialmente diferentes y el Tribunal los confundió.

En cuanto a los dos primeros cargos, referentes a errores en la cuestión probatoria, de los que se siguieron violaciones indirectas de leyes sustanciales, se considera:

Generalmente se dice que la génesis lógica de la sentencia civil es un silogismo en que la premisa mayor es una norma legal, la premisa menor, el caso concreto establecido ciertamente en el proceso, y la conclusión, la declaración del efecto jurídico pretendido por la parte demandante. Pero esta explicación es muy simple porque en realidad antes de llegar al pronunciamiento de la sentencia el Juez tiene que hacer una serie complicada de deducciones concatenadas para determinar la ley aplicable y los caracteres jurídicos del hecho comprobado. Esas operaciones mentales del juzgador se resumen teóricamente por los autores así: examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos; interpretación y valoración de las pruebas; construcción del hecho específico concreto y calificación jurídica del mismo; comparación del hecho específico concreto con el hecho específico legal, determinación del efecto jurídico; y en los casos en que haya una declaración de voluntad, la interpretación del negocio jurídico para la construcción del hecho jurídico concreto y la determinación de su efecto jurídico.

En todo libelo, el demandante que tiene conocimiento de ciertos hechos deduce de éstos la exis-

tencia a su favor de un derecho subjetivo y entonces el Juez tiene que preguntarse si los hechos son verdaderos y si de ellos se deriva el efecto jurídico que el demandante pretende; pero debiendo evitar un fallo **extra petita** tiene que investigar, a la luz de la norma abstracta, si entre los hechos alegados y el efecto jurídico pretendido existe la relación de causalidad afirmada por el demandante, tiene que encontrar la premisa mayor, o sea la norma legal aplicable y verificar si ella da lugar verdaderamente a la conclusión que la parte propone. A primera vista parecería que el primer problema que se presenta al Juez es el relativo al hecho; pero esto no es así bien examinada la cuestión, puesto que si el actor afirma un hecho para deducir una consecuencia jurídica que no se deduciría aun cuando el hecho fuese cierto, es inútil que el Juez pierda su tiempo en indagar si el hecho es verdadero; por lo que el Juez, al dictar toda sentencia, debe examinar previamente y de modo provisional si supuestos verdaderos los hechos, son idóneos para producir el efecto jurídico pretendido; la solución negativa lo releva de la investigación de los hechos y lo conduce al rechazo de la demanda por falta de consecuencia entre los hechos y la pretensión, y cuando es afirmativa le permite pasar al estudio de los hechos y a la aplicación del derecho, por las subsiguientes fases atrás enumeradas.

Benjamín Castañeda afirmó, en su libelo del 13 de julio de 1943, estos hechos como verdaderos: que había nacido el 15 de noviembre de 1906; que era hijo natural de Jesús María Raigosa; que este señor "estuvo casado largo tiempo con la señora Solina de Ríos y de ese matrimonio hubo los siguientes hijos que viven, son mayores de edad y como la señora Ríos, cónyuge sobreviviente, residen en el municipio de Santa Bárbara..."; que Raigosa murió en enero de 1942 dejando bienes en Santa Bárbara y en Medellín, y después de otorgar un testamento en que no incluyó al demandante a pesar de que lo tenía por hijo suyo; que la testamentaría se siguió y terminó con la distribución de los bienes relictos, sin que a él se le tuviera en cuenta. Y de esos hechos dedujo que tenía derecho en la herencia de Jesús María Raigosa, en concurrencia con los herederos testamentarios de éste, o sean todos los demandados a quienes califica de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos, que el testamento debe reformarse en su favor, y que la viuda e hijos legítimos del causante deben integrarle su porción hereditaria.

Conforme a la lógica judicial, el Tribunal procedió al examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos invocados; esto es, a averiguar si de esos hechos se deducían los efectos jurídicos que pretendía la demanda, a la luz de las normas legales aplicables y en el supuesto de que se estableciera en el juicio la certeza de los mismos hechos, y encontrando que éstos no eran idóneos para producir aquellos efectos por cuanto en la concurrencia de hijos naturales con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936 (mayo 30), cuando el finado ha dejado hijos de las dos calidades, el reconocimiento del derecho de herencia, hecho por el art. 18 de la ley, sólo tiene efecto en favor de los hijos naturales concebidos con posterioridad a la fecha de esa vigencia, según el art. 28 de la misma ley, negó la procedencia en derecho de las súplicas segunda, tercera y cuarta del libelo, dedujo que no había nexo de causalidad jurídica entre estas pretensiones y los hechos invocados como fundamentales. Y esto porque si el 13 de julio de 1943, fecha de la presentación del libelo, era cierto que Raigosa, fallecido en enero de 1942, estuvo casado largo tiempo con Solina Ríos, y de ese matrimonio habían nacido ocho hijos, que en esa fecha eran mayores de edad, según dijo el demandante en los hechos 14 y 15, también era cierto que éste último pretendía derecho a la herencia en concurso con hijos legítimos de un matrimonio anterior al 30 de mayo de 1936, y porque el mismo demandante, según la fecha de su nacimiento, había sido concebido treinta años antes de la vigencia de la Ley 45 sobre filiación natural.

De esta manera se hace patente que el actor no perdió las acciones de reforma del testamento y petición de herencia porque el Tribunal hubiera incurrido en errores de hecho o de derecho en materia probatoria, como los que se acusan en los cargos antes resumidos, sino por la improcedencia de esas acciones en derecho, dados los hechos invocados por el mismo actor, y más aún, porque éste fundamentó esas acciones de tal modo que puso las circunstancias de hecho en forma que ellas llevaban en sí mismas la solución negativa de las peticiones del libelo por encajar en una disposición legal expresa, reglamentaria del tránsito de legislación, y que le negaba uno de los beneficios de la ley nueva, sobre derechos de los hijos naturales.

No existiendo vicios de valoración probatoria en el razonamiento del Tribunal, es claro que no pueden deducirse las violaciones de ley sustantiva acusadas por el recurrente, y en consecuencia, los dos primeros cargos han de ser rechazados.

En cuanto al tercer cargo consistente en la interpretación errónea del art. 28 de la Ley 45, se observa:

Esa disposición dice así: "La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

Según esta disposición los hijos naturales concebidos el 30 de mayo de 1936 o con anterioridad a esa fecha, no concurren a la herencia de su padre o madre natural con hijos legítimos de uno de éstos, procedentes de un matrimonio anterior a la vigencia de la Ley 45. El recurrente dice que no concurren aquellos hijos naturales, de que se acaba de hablar, con los hijos legítimos nacidos después del 30 de mayo de 1936. Esto no es así porque la disposición transcrita no se refiere a los hijos legítimos nacidos el 30 de mayo de 1936 o antes de esta fecha, sino a los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936 (mayo 30), esto es, a todos los hijos legítimos de matrimonios anteriores al mencionado 30 de mayo, sin distinguir entre los que nacieron en esta fecha o antes y en los que nacieron después de esta fecha. Lo mismo se puede decir de los hijos legitimados por matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45, hijos legitimados que están comprendidos en la expresión de hijos legítimos del artículo 28, que no exceptúa señalada y expresamente a los legitimados (art. 246 C. C.). Sabido es que donde la ley no distingue no es lícito distinguir al juzgador.

Los dos momentos a que se refiere el art. 28 son el de la celebración del matrimonio y el de la concepción del hijo natural; la ley no se refirió al nacimiento de los hijos legítimos, como lo hace el recurrente para poder hacer una distinción no autorizada por la ley ni por las reglas de interpretación, y tampoco se refirió a la fecha de la legitimación, sino a la del matrimonio que produce la legitimidad **ipso jure** o a la del matrimonio cuyos contrayentes hacen una legitimación voluntaria en el acta misma del matrimonio o por escritura pública posterior.

Así, pues, el Tribunal no interpretó erróneamente el art. 28 ni lo aplicó indebidamente en la investigación de la idoneidad de los hechos para la producción del efecto jurídico pretendido por el actor, por lo cual el tercer cargo también debe ser rechazado.

En consecuencia, 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, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el treinta de julio de mil novecientos cuarenta y seis. Sin costas por no haberse causado.

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, Srio en Ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REIVINDICACION

Esto de agregar alguien a su posesión personal la de otra u otras personas, es potestad conferida por el artículo 778 del C. C. a quien tiene con esa otra u otras personas un vínculo legal que le dé la calidad de sucesor. Dos o más posesiones sucesivas no pueden sumarse con tal fin, aunque sean continuas, si no las ata tal vínculo. Este artículo comienza dando por sentado que "se sucede a título universal o singular", o mejor dicho, tomando esta circunstancia como base o punto de partida, como requisito para la aludida potestad de agregación.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado Civil del Circuito de Buga cursó en primera instancia y en segunda en el Tribunal Superior de allí el juicio ordinario de Francisco Rivera Soto contra Nicanor Galvis sobre reivindicación del lote de terreno que en la división del globo común El Remolino se adjudicó a Antonio o José Antonio Soto.

El Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado que declaró prescripción adquisitiva en favor de Galvis, a quien absolvió de los cargos de la demanda. El demandante interpuso casación, recurso que hoy se decide.

Los fallos de instancia encuentran comprobada una posesión de Galvis que junto con la de sus antecedentes se remonta a época anterior al título presentado por el demandante y que por ser tranquila y continua en lapso mayor de treinta años, los condujo a reconocerle prescripción adquisitiva extraordinaria de que excepcionó desde la contestación del libelo. De ahí la absolución antedicha.

El recurrente invoca el motivo 1º del artículo 520 del C. J. y dentro de él formula varios cargos. Prosperando el que se analiza en seguida, se prescinde de los demás de acuerdo con el artículo 538 de ese código.

Ese cargo es el de error en la apreciación de las pruebas relativas a la posesión y de consecuencial quebranto del artículo 2.531 del C. C., aplicado indebidamente al declarar una prescripción que no existe.

Las declaraciones de los cuatro testigos interrogados en el término probatorio de la primera instancia a solicitud de Galvis y que se hallan en el cuaderno 3º formando los folios 2 a 5, son la prueba aducida por él sobre la posesión en que funda su prescripción adquisitiva y en que se basa el Tribunal para reconocérsela. Esos testimonios contienen, en suma, estas afirmaciones: don Rafael Galvis y, a su muerte sus herederos, poseyeron la hacienda de Barrohondo y después la ha poseído Nicanor Galvis por herencia de aquél y por compras a otros herederos y a su madre; de manera que juntando esas posesiones se forman más de treinta años continuos. En seguida afirman otro tanto respecto de posesión de más de treinta años por el conjunto de "los señores Galvis" sobre el lote de El Remolino que aquí se disputa, dando a entender que por su contigüidad con Barrohondo se ha considerado como parte integrante de esta hacienda.

Sin detenerse la Sala en este último detalle ni en la falta de toda comprobación de dominio de los Galvis sobre Barrohondo, y concretándose en lo pertinente al pleito, observa que el lapso de más de treinta años aseverado por los testigos se forma por la suma de esas distintas posesiones sucesivas de que se habla así, en conjunto, sin discriminarlas, sin precisar la duración ni el comienzo de cada una; y se observa que del propio modo el demandado Galvis desde que al contestar la demanda excepcionó de prescripción de largo tiempo, lo hace en términos que inequívocamente indican que para llegar a ese lapso se procede mediante la agregación de la posesión de sus antecesores a la suya propia.

Ahora bien, esto de agregar alguien a su posesión personal la de otra u otras personas, es potestad conferida por el artículo 778 del C. C. a

quien tiene con esa otra u otras personas un vínculo legal que le dé la calidad de sucesor. Dos o más posesiones sucesivas no pueden sumarse con tal fin, aunque sean continuas, si no las ata tal vínculo. Este artículo comienza dando por sentado que "se sucede a título universal o singular" o mejor dicho, tomando esta circunstancia como base o punto de partida, como requisito para la aludida potestad de agregación.

Y en el proceso no hay prueba de que los poseedores tras de los cuales llegó a poseer el actual demandado tengan con éste el vínculo necesario para que legalmente se les repute antecesores suyos, lo que vale como decir que el demandado no ha demostrado ser su sucesor. Al respecto solo se encuentra la afirmación de los testigos sobre que es hijo de don Rafael, y bien se ve que esa mera afirmación testimonial no es la prueba de la filiación. Aunque esta circunstancia bastaría, es de anotarse que, aunque aquella estuviese demostrada, no bastaría para acreditar la sucesión respecto de determinado bien, que aquí sería el lote adjudicado a Soto en la división de El Remolino.

Propuesta la excepción por Galvis en forma tal que para completar los treinta años necesitó agregar otras posesiones a la suya propia, no siendo admisible esta agregación por lo antedicho, su situación es muy distinta de la que le reconoció o atribuyó el Tribunal cual si él hubiese satisfecho su deber probatorio de excepcionante. En otras palabras: si no acreditó la posesión necesaria por el largo lapso invocado por él mismo para excepcionar de prescripción adquisitiva, erró el Tribunal al dar este alcance a las respectivas pruebas y consecuencialmente quebrantó, aplicándole sin ser el caso, el art. 2531 del C. Civil.

Debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida y procederse a dictar la que ha de reemplazarla de conformidad con el citado art. 538 del C. J. A que seguidamente se procede.

Para ello debe en primer lugar indagarse si la acción incoada le asiste a quien se presenta ejerciéndola. El demandante no es la persona de Rivera Soto, sino la sucesión de Antonio Soto; mejor dicho: aquél se presenta como actor pidiendo en nombre de la sucesión de Antonio o José Antonio Soto y para ella.

Cuando se sustanciaron las excepciones dilatorias Rivera llamó la atención a los términos claros de su demanda para defenderse de la objeción que se le hacía de no presentar título a su favor como una hijuela de adjudicación o el decreto de posesión efectiva en su favor en la causa mortuoria de Antonio Soto. Puso presente Rivera entonces que no era inepta su demanda por no aducir título de esta clase o por no demostrar desde luego que se había seguido esa causa mortuoria y la de Natividad Soto, puesto que él demanda para la sucesión de Antonio como heredero.

Pero si para el incidente estas reflexiones fueron conducentes y eficaces, no por ello quedaba exento de acreditar la personería con que demandó, consistente en su calidad de heredero de Antonio Soto, obligación que sin mayor análisis el Juez y después el Tribunal dieron por cumplida al sentenciar definitivamente. Y por aquí se llega a otro error. Al dictar la sentencia definitiva debió comenzarse por el estudio de ese preciso tópico, pues que sólo satisfecho por el demandante ese primer deber podía entrar el sentenciador a considerar el problema de fondo, que era ante todo el de la acción reivindicatoria en sí. Sinembargo el Tribunal desde luego consideró la excepción, de lo que no es el caso sino cuando la acción misma se halla procedente. Y, repítese, en el estudio de la acción lo primero es el de la personería de quien lo ejerce o, más claramente, la indagación de si le asiste. En el presente caso se encuentra que Rivera no ha acreditado la calidad de heredero de Antonio Soto con que se presenta a demandar para su sucesión, y ésto debió bastar al Tribunal para absolver al demandado, sin lugar a estudiar la reivindicación y, con más veras si es posible, sin lugar a considerar siquiera la prescripción que equivocadamente declaró.

Es extraño que Rivera haya demandado como heredero de Antonio Soto sin comprobar nada de lo indispensable en tal sentido. Ni siquiera consta en autos que Antonio Soto haya muerto. Con la demanda trajo unas declaraciones de testigos sobre que Natividad Soto era hija legítima de Antonio, reputada tal por todos sus relacionados, y que a su finca la lleva él junto con el hijo de ella, el actual demandante. Estos testigos se ratificaron en el término probatorio de primera instancia. Con el libelo presentó el actor también certificado de no haberse hallado la partida de bautismo de Natividad. Parece haberse querido levantar la prueba supletoria de ser ella hija legítima de Antonio Soto; pero bien se ve cuánto falta para ésto, si se recuerdan las exigencias del art. 397 del C. C. Obra la partida de bautismo de Francisco Antonio, hijo natural de Natividad Soto. Del matrimonio de ésta con Francisco Rivera no obra la

partida; sólo se alude a él en nota adicional a aquélla. Es de anotarse que el bautismo fue el 18 de febrero de 1870 y que la alusión al matrimonio le asigna como fecha el 15 de septiembre de 1885.

A más de estas pruebas de origen eclesiástico sobre estado civil, no obran sino la orden del cura párroco de Buga de dar sepultura a Francisco Rivera el 21 de agosto de 1886 y a Natividad Soto el 7 de julio de 1913.

Queda relatado cuanto acreditó el actor respecto de su personería. Este sencillo relato hace ver que en manera alguna comprobó su calidad de heredero de Antonio Soto, de quien dice serlo como su nieto legítimo. ¿Murió Antonio Soto? ¿Cuándo? ¿Fue heredero suyo Natividad en persona por haberle sobrevivido y ser efectivamente su hija legítima? O fue representada en la sucesión de él por su hijo Francisco? Se casaron Francisco Rivera y Natividad Soto? ¿Fue el actual demandante legitimado por ese matrimonio posterior a su nacimiento? ¿Se siguió e inició siquiera la causa mortuoria de Antonio Soto? ¿Se siguió e inició siquiera la de Natividad Soto?

Todos estos interrogantes carecen de respuesta en el proceso. Así las cosas, no puede pretender el demandante que se le reconozca capacitado en ley para entablar la acción reivindicatoria en nombre de la sucesión de Antonio Soto.

Con esa ausencia de pruebas salta a la vista la imposibilidad de que prospere la acción incoada, y que se impone la absolución del demandado, no por la senda que tomó el Tribunal, sino por la indicada aquí que imponía sencillamente limitarse a la negativa de la acción por no asistirle a quien la ejerce.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis y revocando la del Juzgado de ese Circuito de tres de abril de ese año, falla este pleito así:

1º) Absuélvese al demandado de los cargos de la demanda;

2º) No hay lugar a considerar las excepciones que opuso, entre ellas la de prescripción adquisitiva que, por tanto, no se declara.

3º) No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Ricardo Hinestrosa Daza. —Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.

REIVINDICACION. — APRECIACION DE PRUEBAS. — PRUEBA TESTIMONIAL

1—Tratándose de simples mejoras puestas en suelo que no se disputa, es admisible la prueba testimonial para comprobar el hecho de su plantación y cultivo y la posesión, que establecen la propiedad.

2.—Sobre apreciación de pruebas ha dicho la Sala en múltiples ocasiones que el Tribunal tiene autonomía en tal apreciación y que su valoración sólo es dable desechar en casación cuando se demuestre un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de las mismas.

3.—Para el esclarecimiento de los hechos en que es admisible la prueba testimonial se reconoce como testigo hábil toda persona mayor de catorce años no impedida. Los impedimentos que se estudian en los artículos 663 a 668 del C. J. son de dos clases: absolutos o relativos. Los primeros se caracterizam por la circunstancia de que el testigo es inhábil para declarar en todo juicio; el que adolece de un inconveniente de esta naturaleza es incapaz para declarar; su deposición no tiene valor jurídico de ninguna clase. Tales son los testigos inhábiles por incapacidad física, mental o moral (art. 668 C. J.). Los impedimentos relativos sólo inhabilitan al testigo para declarar, como la palabra lo indica, en determinado litigio o negocio, no por impedimento en la persona misma del testigo, ni por tanto en sus facultades físicas, mentales o morales, sino por una parcialidad que supone la ley en esa persona, parcialidad derivada de que tiene un interés en declarar, ya por vínculos de parentesco o por dependencia o vinculación económica. (Art. 669 C. J.). Los testigos inhábiles para declarar por esta circunstancia son de dos categorías: los que no pueden presentarse en juicio por ninguna de las partes, y los que sí pueden serlo por la parte contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar y sus dichos son habilitados por este solo motivo, a menos que la parte que presente esos testigos haya protestado al pedir su deposición de estar sólo a lo favorable de sus exposiciones. (Art. 672 C. J.). Son los primeros, es decir, los que no es dable presentar en juicio por ninguna de las partes los enumerados en el inciso 1º del artículo 669 del C. J., o sea el cónyuge, ascendiente o descendiente o hermano de una de las partes, sólo en causas de edad por parentesco. Los comprendidos en la segunda categoría, es decir, los que sí pueden ser presentados por la parte contraria de aquella en cuyo interés se presume que pudieran faltar a la verdad, son los designados en los incisos 2º a 7º del mismo artículo 669, vale decir, los que son parte en el pleito, los que tienen dependencia económica de una de las partes, el guardador por su pupilo, el apoderado o defensor o patrono por su parte o cliente, el que enajena una cosa en el pleito sobre ésta y en favor del adquirente; el socio, condueño o comunero, menos cuando se trata de sociedades anónimas, el enemigo capital contra su enemigo, definiendo el artículo que se tiene por tal.

La redacción del artículo 669 se presta a alguna duda. Pudiera entenderse que la segunda parte de tal precepto es una excepción a la primera, es decir, que los parientes que no es dable presentar como testigos por alguna de las partes pudieran serlo por la contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar; pero entonces no se justificaría la prohibición perentoria del primer inciso del artículo en cuestión, cuando dice que los dichos testimonios "NO PUEDEN SER PRESENTADOS EN JUICIO POR NINGUNA DE LAS PARTES". (Art. 672 C. J.). No tendría tampoco explicación equiparar las declaraciones de los testigos absolutamente inhábiles con los del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, para los efectos de la prohibición de ser presentados en juicio por las partes, si a renglón seguido se habría de expresar que cuando se pide un testimonio por la parte

contraria de aquella en cuyo favor se supone que tienen interés en declarar, sí son admisibles. De otra parte, la inclusión del inciso primero del artículo 669 del C. J. en el artículo 672 ibídem, establece una norma prohibitiva genérica, sin excepciones de ninguna naturaleza, mediante la cual es imposible legalmente presentar por ninguna de las partes contendientes al cónyuge, hermano, ascendiente o descendiente como testigos. Bastaría, si tal hubiese sido el propósito del legislador, la regla sobre testigos inhábiles por parcialidad, consignada en el segundo aparte del mencionado artículo 672, sin necesidad de la excepción establecida en el primero en relación con la inhabilidad de los testigos por cierta relación de parentesco. La razón de tal prohibición es explicable: la ley no quiere establecer pugnas entre los miembros de familia. En un precepto constitucional se han prohibido los mismos testimonios en materia penal, lo mismo que en el Código de Procedimiento Penal (arts. 226 y 227 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia —Salà de Casación Civil— Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por Adán Luis Osorio, en el ordinario seguido contra él ante el Juzgado del Circuito de Sevilla, Departamento del Valle, por su hija María Teresa de Jesús Osorio, sobre restitución de unas mejoras a la sociedad conyugal constituída por el hecho del matrimonio contraído por sus padres, el demandado Osorio y la señora Pastora Castaño.

Antecedentes

Ante el Juez expresado, María Teresa de Jesús Osorio demandó a su padre Adán Luis, para que en sentencia definitiva se le condenara a restituír a la sociedad conyugal ya nombrada, en liquidación por muerte de la esposa, unas mejoras que pertenecen a tal sociedad, situadas en la región de Costa Rica, en la circunscripción municipal de Caicedonia.

Se adujeron como hechos de la demanda, los siguientes:

Que los progenitores de la actora, Adán Luis Osorio y Pastora Castaño contrajeron matrimonio el día doce de mayo de mil novecientos veinte y de tal matrimonio nació la demandante María Teresa, el día primero de junio de mil novecientos veinticuatro. Que en la región de Costa Rica, en predio poseído por sus nombrados padres, éstos plantaron mejoras que detalla y delimita, las cuales poseyó y usufructuó la mencionada sociedad conyugal por muchos años; que muerta la madre, el demandado Osorio se hizo otorgar una escritura de venta de los mismos bienes, por su padre Jesús María Osorio, según consta de la escritura pública número 22 de 20 de enero de 1934, en que aparece que el referido Jesús María traspasó en propiedad a su hijo dichas plantaciones, todo lo cual movió a la demandante a solicitar judicialmente se declarara que tales mejoras pertenecían a la comunidad social Castaño-Osorio, y se condenara al demandado a restituírlas a ésta. También pidió que los mismos bienes se inventariaran en la sucesión de la Castaño, con sus frutos naturales y civiles, para que se distribuyeran al liquidar la sociedad conyugal y la respectiva herencia.

El demandado, al evacuar el traslado, aceptó los hechos del parentesco, la existencia de la sociedad conyugal que se encuentra en liquidación, más negó que a ella pertenecieran las mejoras que se le demandan, las cuales reclama para sí por haberlas adquirido en compra a Jesús María Osorio ya fallecida su mujer.

Presentó como excepciones, las de inepta demanda, petición antes de tiempo o de un modo indebido y la de ilegitimidad de la personería de la demandante.

Alegó la propiedad sobre las mejoras, por haberlas adquirido según la escritura número 22 de 20 de enero de 1934.

En la referida escritura, es de notar desde ahora, que se habla exclusivamente de mejoras, que el vendedor no cita la escritura por la cual, a su vez, adquiriera la cosa que transmite, y su precio de ($ 200) doscientos pesos, que el vendedor ofrece pagar en el término de tres años, a partir de la fecha del instrumento de adquisición.

Sentencia de primer grado.

El Juez de primera instancia decidió el pleito con fecha tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, declarando a la sociedad conyugal en liquidación Osorio-Castaño, dueña de lo demandado. No dispuso la restitución del bien rei-

vindicado, por entender que Osorio lo poseía, no en nombre propio, sino para la aludida comunidad. Fueron negadas las excepciones propuestas.

La sentencia recurrida

No satisfechas con las resultas del litigio, las partes apelaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, a quien fueron enviados los autos oportunamente. Allí por providencia de fecha primero de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, se decidió la alzada reformando la providencia recurrida, en el sentido, no sólo de declarar que las mejoras en disputa pertenecían a la sociedad conyugal para la cual se habían reclamado, sino que a ésta, representada por la actora, debían restituírse.

En el término de prueba de las respectivas instancias, las partes adujeron las que juzgaron pertinentes. La demandante basó sus probanzas en el testimonio de varios vecinos que depusieron sobre los hechos de plantación, cultivo y posesión de las mejoras en disputa, por parte de los aludidos esposos Osorio-Castaño. El demandado exhibió la escritura pública en que aparece que su padre le vende esas mismas mejoras en el año de mil novecientos treinta y cuatro, fecha posterior a la muerte de su esposa, y declaraciones de testigos relativas a su posesión, a partir de la fecha del título escriturario en cuestión.

Como fundamento de su providencia, dice el Tribunal lo siguiente:

"Es igualmente evidente, que las mejoras materia del juicio, fueron adquiridas y adelantadas por Adán Luis Osorio, en vida de su esposa la señora Pastora Castaño, a quien le atribuyen también participación en el adelantamiento de las mismas mejoras. Por eso, estima el Tribunal, como lo hizo el Juzgado, que las declaraciones de los testigos Belisario Marín Gómez y Baudilio Marín son plena prueba de la adquisición y posesión material que tuvo de las referidas mejoras la sociedad conyugal Osorio Castaño.

"Las excepciones propuestas por el demandado al contestar la demanda, indudablemente carecen de fundamento, tanto por lo que se deja expuesto, como por lo que no estando liquidada la sociedad conyugal de su padre, bien pudo como lo ha solicitado la demandante pedir para la misma sociedad las mejoras que ésta había poseído materialmente antes de ser vendidas por Jesús María Osorio al demandado Adán Luis Osorio. Por lo mismo, no parece que carezca de acción la demandante para solicitar la restitución de las mejoras al patrimonio social de la expresada sociedad; y menos que esa acción la ejercite **"antes de tiempo" y de "modo indebido"**, porque ello no implica o contiene los pedimentos que dice el apoderado del demandado, como son el sucesional de Pastora Castaño y el de la reivindicación de cosa determinada, porque la demandante no pide para sí, sino para la sociedad conyugal Osorio-Castaño, o para el haber herencial de su madre Pastora Castaño.

El recurso

El demandado Osorio ocurrió en casación y tramitado el recurso, ha llegado la oportunidad legal de fallarlo, lo cual procede la Sala a verificar, teniendo en cuenta lo siguiente:

Causales alegadas

Con apoyo en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., acusa la sentencia el recurrente, aduciendo contra ella tres cargos, a saber:

Cargo primero. — Error de hecho en la apreciación de pruebas. Lo funda en que en la estimación de los testimonios aducidos al proceso, el Tribunal le dió todo el mérito a la deposición rendida por Belisario Marín Gómez y Baudilio Marín, desechando el dicho de un mayor número de testigos presentados por el demandado y que demuestran su propiedad.

Que en presencia del título inscrito de adquisición de las mejoras, exhibido por Osorio, junto con el testimonio de varias personas que enumera, sobre su posesión de la cosa reivindicada, desde la fecha de la compra, o sea a partir del veinte de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, el juzgador prefirió la prueba testimonial de su contraparte.

Que no siendo necesaria la demostración de la propiedad inscrita por una cadena de títulos en presencia de la mera posesión alegada por la actora en el pleito, ha debido preferirse el título inscrito de transmisión del dominio. Señala como violados los artículos 697 del C. J., 762, 764 y 1759 del C. C.

Se considera:

El litigio se circunscribe a establecer, ante todo, quién es el propietario de unas mejoras plantadas y cultivadas en determinada región de la munici-

palidad de Caicedonia, sin que se dispute entre los contendientes otra cosa que el derecho de dominio sobre ellas.

En tales condiciones, bien puede establecerse tal hecho con la deposición de los testigos que presenciaron los actos de posesión, las actividades de los cónyuges Osorio-Castaño durante la vigencia de su sociedad conyugal, en lo que respecta a la plantación y adelantamiento de los referidos cultivos, que son la materia de la cosa reivindicada.

El Tribunal, lo mismo que el Juez **a quo**, aceptó como plena prueba de la propiedad, o sea de la plantación y posesión de las mejoras por parte de la sociedad conyugal, el dicho de los citados señores Belisario Marín Gómez y Baudilio Marín, y de ello dedujo que para la fecha de la muerte de la esposa Pastora Castaño, en el año de mil novecientos veinticinco, ya la sociedad conyugal era dueña de lo que se demanda para ella.

Prefirió la deposición de tales individuos, ya por las condiciones y calidades de los testigos, que analiza, y la manera como dieron razón de su dicho, ya porque los presentados por la contraparte dicen relación a actos del demandado posteriores al año de mil novecientos treinta y cuatro, y como ya se vió, por un número plural de testimonios se demostró que en la sociedad conyugal Osorio-Castaño fue cuando se plantaron y adelantaron las mejoras que se discuten, a partir del año de mil novecientos veinte.

En cuanto al título de propiedad exhibido por Osorio sobre adquisición de las mismas mejoras en el año de mil novecientos treinta y cuatro, remontandose la propiedad y posesión de la comunidad social a muchos años antes, era necesario para darle prevalencia al título, que su poseedor hubiera exhibido el título de su vendedor, lo cual no se realizó, ni se demostró con testimonios la propiedad de su vendedor con anterioridad a la establecida por la sociedad conyugal Osorio-Castaño. Además, tratándose de simples mejoras puestas en suelo que no se disputa, es admisible la prueba testimonial para acreditar el hecho de su plantación y cultivo y la posesión, que establecen la propiedad.

Es de advertir, además, que el recurso versa sobre la valoración probatoria y en los cargos que se aducen no se fue al fondo de la acción ejercida y sus características, sobre lo cual no han contendido las partes.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargos segundo y tercero. — Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

a) Lo deduce de que, a su entender, "el Tribunal pasó por alto las confesiones hechas por el actor en la demanda y en el memorial de pruebas".

Dice el recurrente que en la demanda se consignó el siguiente concepto, refiriéndose a las mejoras: "...Es lo cierto que fueron adquiridas por Osorio durante el matrimonio..." Que en el memorial de pruebas del actor se lee lo siguiente: "...Que conocieron ganados de la exclusiva propiedad de la señora Pastora Castaño, con los cuales compraron dicha finca; sí es verdad que la finca fue poseída por Adán Luis Osorio durante la vida de su esposa, y que por ser el padre de Adán Luis el dueño anterior de dicha finca, la escritura no se hizo..." "...Es evidente —continúa— que armonizando lo dicho por el actor en el libelo y en el respectivo memorial de pruebas y en los ordinales 4º y 6º del pliego de posiciones, se establece que el demandante confesó que la finca materia de la litis fue adquirida inicialmente, por compra hecha a Marco Antonio Urrea, por el señor Jesús María Osorio Gil, y ésto con exclusividad de la sociedad demandante. Por tanto, la compra que pudieron haber hecho los socios Osorio-Castaño a don Jesús María Osorio Gil, no tuvo existencia legal desde luego que a los autos no fue traída la escritura que en tal caso debió otorgarse por el supuesto tradente". Señala como violados los artículos 606, 607, 697 del C. J., 1760 y 2625 del C. C.

b) Afirma que el Tribunal, confirmando lo resuelto por el Juez, desechó la declaración de los testigos Jesús María y Pastor Osorio (padre y hermano del demandado), testimonios que fueron aducidos por la actora sin protesta de estar sólo a lo favorable de los asertos, al tenor del inciso 2º del artículo 672 del C. J., y que el dicho de tales personas, que no fue estimado por el Tribunal, desvirtúa las aseveraciones que tuvo en cuenta el juzgador.

Lo mismo puede decirse de los apartes de otras piezas del proceso, que cita.

Señala como violados los artículos 672, 697 del C. J., 762, 775, 946, 950, 951, inciso 2º y 1781 del C. C., por aplicación indebida o interpretación errónea.

Se considera:

De los diversos apartes señalados por el recurrente, tanto de la demanda como del memorial de posición y de otras pruebas, no se puede de-

ducir una confesión de la demandante en el sentido que expresa el actor en el recurso.

En el negocio que hoy estudia la Sala, el Tribunal encontró que se persigue la devolución para la sociedad conyugal de ciertas mejoras adquiridas por ella desde antes de entrar en liquidación por el fallecimiento de la esposa, mejoras que el marido reclama para sí, apoyado en el título de propiedad obtenido con posterioridad a la muerte de la cónyuge, es decir, a la disolución de la sociedad conyugal.

Por lo demás, si el error parte de la apreciación de la demanda, ha debido acusarse también por este particular.

En lo que atañe a la tacha por indebida apreciación de pruebas, es de recordar que en múltiples ocasiones ha expresado esta Sala la autonomía del Tribunal en la estimación de ellas, valoración que sólo es dable desechar en casación, cuando se demuestre un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de las mismas que, como puede observarse, no es el caso en el presente asunto, ya que como se vió, la sentencia recurrida se fundamenta en que por un número plural de testigos, cuyo examen hace el Tribunal, se demostró la propiedad de lo demandado, y que contra esta prueba, sólo se presentó un título inscrito de compra de mejoras a una persona de quien no aparece en el expediente comprobante alguno de que fuera dueño, creado cuando la sociedad conyugal se había disuelto, y declaraciones de testigos que hablan de la posesión del demandado a partir de la fecha de la misma escritura.

En cuanto al reparo de que por el fallador de segundo grado no se tuvieron en cuenta las declaraciones rendidas a petición de la demandante, por los señores Osorios, padre y hermano del demandado, la Corte considera lo siguiente:

Para el esclarecimiento de los hechos en que es admisible la prueba testimonial, se reconoce como testigo hábil toda persona mayor de catorce años no impedida.

Los impedimentos que se estudian en los artículos 668 a 673 del C. J. son de dos clases: absolutos o relativos. Los primeros se caracterizan por la circunstancia de que el testigo es hábil para declarar en todo juicio; el que adolece de un inconveniente de esta naturaleza, es incapaz para declarar; su deposición no tiene valor jurídico de ninguna clase. Tales son los testigos inhábiles por incapacidad física, mental o moral (art. 668 del C. J.).

Los impedimentos relativos sólo inhabilitan al testigo para declarar, como la palabra lo indica, en determinado litigio o negocio, no por impedimento en la persona misma del testigo, ni por tanto en sus facultades físicas, mentales o morales, sino por una parcialidad que supone la ley en esa persona, parcialidad derivada de que tiene un interés en declarar, ya por vínculos de parentesco o por dependencia o vinculación económica. (Art. 669 del C. J.).

Los testigos inhábiles para declarar por esta circunstancia son de dos categorías: los que no pueden presentarse en juicio por ninguna de las partes, y los que sí pueden serlo por la parte contraria de aquélla en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar y sus dichos son habilitados por este solo motivo, a menos que la parte que presente esos testigos haya protestado al pedir su deposición de estar sólo a lo favorable de sus exposiciones. (Art. 672 del C. J.).

Son los primeros, es decir, los que no es dable presentar en juicio por ninguna de las partes, los enumerados en el inciso 1º del artículo 669 del C. J., o sea el cónyuge, ascendiente o descendiente o hermano de una de las partes, sólo en causas de edad o parentesco.

Los comprendidos en la segunda categoría, es decir, los que sí pueden ser presentados por la parte contraria de aquélla en cuyo interés se presume pudieran faltar a la verdad, son los designados en los incisos 2º a 7º del mismo artículo 669, vale decir, los que son parte en el pleito, los que tienen una dependencia económica de una de las partes, el guardador por su pupilo, el apoderado o defensor o patrono por su parte o cliente, el que enajena una cosa en el pleito sobre ésta y en favor del adquirente; el socio condueño o comunero, menos cuando se trata de sociedades anónimas, el enemigo capital contra su enemigo, definiendo el artículo que se tiene por tal.

La redacción del artículo 669 se presta a alguna duda. Pudiera entenderse que la segunda parte de tal precepto es una excepción a la primera, es decir, que los parientes que no es dable presentar como testigos por alguna de las partes, pudieran serlo por la contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar; pero entonces no se justificaría la prohibición perentoria del primer inciso del artículo en cuestión, cuando dice que los dichos testimonios **"no pueden ser presentados en juicio por ninguna de las partes"** (Art. 672 del C. J.).

No tendría tampoco explicación equiparar las declaraciones de los testigos absolutamente inhábiles con los del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, para los efectos de la prohibición de ser presentados en juicio por las partes, si a renglón seguido se habría de expresar que cuando se pide un testimonio por la parte contraria de aquella en cuyo favor se supone que tienen interés en declarar, sí son admisibles.

De otra parte, la inclusión del inciso primero del artículo 669 del C. J. en el artículo 672 **ibídem,** establece una norma prohibitiva genérica, sin excepciones de ninguna naturaleza, mediante la cual es imposible legalmente presentar por ninguna de las partes contendientes al cónyuge, hermano, ascendiente o descendiente como testigos.

Bastaría, si tal hubiera sido el propósito del legislador, la regla sobre testigos inhábiles por parcialidad, consignada en el segundo aparte del mencionado artículo 672, sin necesidad de la excepción establecida en el primero en relación con la inhabilidad de los testigos por cierta relación de parentesco.

La razón de tal prohibición es explicable: la ley no quiere establecer pugnas entre los miembros de familia. En un precepto constitucional se ha prohibido los mismos testimonios en materia penal, lo mismo que en el Código de Procedimiento Penal (Arts. C. N. y 226 y 227 del C. de P. P.).

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Sentencia

Por las razones expresadas, 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; de fecha primero de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, que ha sido materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Manuel José Vargas. —Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

REIVINDICACION

La prohibición del artículo 13 de la Ley 89 de 1890, si así ha de llamársela, no puede abarcar defectos de forma como de los que puede adolecer una demanda, ni llevar a pasar por alto la falta de personería sustantiva en un demandante, por más que sea Cabildo de Indígenas. Bien se observa que esa disposición versa sobre excepciones de otra índole.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Por medio de apoderado el Cabildo de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales entabló en mayo de 1945 juicio ordinario ante el Juez Civil de ese Circuito contra Moisés, Diocelina, Israel y José Mipaz para que respecto de los terrenos Cuaicus Las Cruces Pistalalere, que el libelo alinda y señala como pertenecientes a los Resguardos de aquella Parcialidad, se hagan ciertas declaraciones y, además, otras, todas las cuales se verán enseguida.

Notificada la demanda y surtida la instancia, el Juzgado dictó el 27 de junio de 1946 sentencia absolutoria de que apeló el abogado actor y que, tramitada la segunda instancia, confirmó el Tribunal el 14 de mayo de 1947. Se falla hoy el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y fundado en oportunidad por el Procurador Delegado en lo Civil.

Juzgado y Tribunal encontraron confusa, enrevesada y hasta contradictoria la demanda en sus varias súplicas, sobre las cuales se expresan, en suma, así: La primera solicita declaración de prevalencia del título aducido por la Parcialidad sobre cualquiera otro, a lo que no puede accederse en esa forma ciega y absoluta; la segunda pide se declare que esos terrenos se encuentran dentro del Resguardo, y esto es un hecho que se prueba como tal y que, probado, puede fundar una acción, y no es un derecho ni es materia de declaración en sentencia; la tercera versa sobre que Encarnación Guepud no podía testar esos lotes, y como un testamento no es título de dominio y, pertenezcan a quien pertenecieren tales o cuales bienes, no se puede impedir a un testador que diga de ellos lo que se le ocurra, ya que si son ajenos sus dueños nada pierden con que así teste otro, esa declaración no es procedente; la cuarta solicitud pide se declare que el dominio de esos lotes es de la Nación, quien no cedió a los indígenas sino el usufructo, y dichas sentencias se deniegan al respecto, porque el demandante no tiene representación de la Nación y porque, si la acción se ejerciera debidamente y, por tanto, por quien tenga su personería, no sería el Juzgado competente; y por las mismas razones las sentencias rechazan la quinta súplica, encaminada a que se condene a los demandados a restituír dichos lotes a la Nación.

Considerando así el litigio, absolvieron a los demandados, declarando probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, improcedencia de la acción e ilegitimidad de personería del demandante.

El Procurador Delegado formula varios cargos que adelante se estudian en lo pertinente, antes de los cuales conviene exponer algunas consideraciones para mejor inteligencia del recurso y del pleito mismo, sobre todo porque entre esos cargos figura el de error en la interpretación de la demanda y consecuencial quebranto de disposiciones sustantivas y porque la Sala halla justificada la acusación por ese error y sin embargo llega también a solución absolutoria.

En verdad este ha sido un pleito desgraciado.

Comenzó con una demanda redactada en forma enrevesada e incongruente; en su curso se incurrió en fallas de comprobación inexplicables, como se verá adelante, y el mismo abogado demandante se encorgó de cerrar el camino haciendo venir a los autos la prueba de que los demandados no son los poseedores de las tierras materia del juicio, es decir, que no son los obligados a responder. Se piden declaraciones inoficiosas, se dice

que el Cabildo demanda en representación de la Nación, se afirma que el dominio es de ésta, a tiempo que se invoca para el Cabildo el artículo 950 del C. C., se atacan disposiciones de un testamento y no se trae de él constancia alguna y sí se trae por el mismo actor prueba de que el 28 de diciembre de 1942 él entregó los terrenos a personas distintas de los demandados Mipaz.

Menos mal, en cuanto a la intención del libelo, que después de formular las cinco súplicas referidas, sobre las cuales el Juez y Tribunal no podían menos de manifestar su concepto y decisión, presenta a manera de resumen el pedimento de que la sentencia declare reivindicadas esas tierras. De este detalle, relacionándolo con frases en igual sentido en el relato de los hechos, pudo deducir el Procurador Delegado que se trata de una acción reivindicatoria y acusar por quebranto consecuencial de las disposiciones del C. Civil que la establecen.

Aquel cargo de error se justifica releyendo atentamente el libelo; pero, aún corregido, el fallo ha de ser también absolutorio, no por las excepciones declaradas en las sentencias de instancia, ajenas a la acción reivindicatoria que no trataron, sino porque al entrar la Sala a estudiarla como tema efectivo que es del pleito, nota la falta de uno de los elementos indispensables para configurarla, cual es la posesión actual en el demandado, según el Art. 952 del C. C.

En efecto: la documentación que forma los folios 7 a 14 del Cdno. 2º establece que el 1º de diciembre de 1892 se entregó a Encarnación Guepud por el Cabildo el terreno de sus resguardos alindado en el acta respectiva, y que medio siglo después Salvador Mueses y Juana Pistala solicitaron título y entrega de ese terreno, denominado Cuaicus Las Cruces Pistalalere, así: de tiempo atrás lo poseían en su mitad y la otra mitad había de declararse vacante por haber muerto Encarnación Guepud y reputarla sus sucesores Mipaz como propiedad privada sobre la cual habían contratado entre sí compraventas.

La Gobernación del Cabildo en Acuerdo de 2 de diciembre de 1942, reconoce a los peticionarios Mueses y Pistala como indígenas pobres y con numerosa familia y que "se hallan en posesión y manejando los terrenos del resguardo denominados Pistalalere Cuaicus Las Cruces, de la parcialidad de Agailo, con la tenencia real y material, terrenos que se hallan en pleito con Diocelina, José, Moisés, Israel y Rosenda Mipaz, quienes se han hecho escrituras de compraventa entre sí". Agrega esa providencia que en el pleito del Cabildo por la nulidad de esas escrituras están haciendo los gastos Mueses y la Pistala y que "tienen títulos creados por el Cabildo solo de la mitad de estos terrenos y de la otra mitad no tienen, y por esto es muy justo y legal que se les adjudique esta otra mitad y se les crie el correspondiente título".

Sobre este pie la Gobernación declara vacante esta otra mitad y ordena entregársela y adjudicársela a los peticionarios si el Alcalde Municipal aprueba el Acuerdo.

El Alcalde de Ipiales, en providencia de 22 del mismo diciembre aprobó el Acuerdo, especificándolo así: "Sobre la adjudicación de la mitad de los terrenos denominados Cuaicus Las Crúces Pistalalere, los cuales se encuentran declarados vacantes y al dominio del Cabildo, a los indígenas Salvador Mueses y su esposa Juana Pistala"...".

Esa Gobernación señaló para la entrega el 28 del mismo diciembre (1942), día en que procedió a hacerla, según consta en el acta respectiva, "sin oposición de persona alguna de ninguna clase, por escrito ni de palabra". Consta en esa acta que se les pidió posesión "real, material, formal y efectiva", y que "en prueba de aceptación se revolcaron por el suelo, arrancaron hierbas y las esparcieron por el aire" y que "ninguno de los demás indígenas ambiciosos perturbadores que no pueden inquietar ni perturbar en estas posesiones". En seguida se indican allí los linderos y se hacen las advertencias del caso sobre que no pueden Mueses y esposa arrendar, hipotecar ni vender, con cita de la ley 89 de 1890 y del decreto 74 de 1898.

Con esta prueba, levantada en legal forma y solicitada y venida al proceso debidamente (C. J. Art. 636) acredita el demandante que los poseedores actuales no son los demandados, lo que significa que éstos deben ser absueltos.

Esta situación no cambia porque Moisés Mipaz, único de los demandados que actuó en el juicio, al absolver posiciones negara que los terrenos en disputa pertenezcan al Resguardo y afirmara que eran propios de su madre Encarnación Guepud, a cuya muerte quedaron manejándolos sus herederos, a quienes los dejó en su testamento, y ésto no desvirtúa lo antedicho en relación con la entrega de 28 de diciembre de 1942, porque esta entrega y posesión es un hecho comprobado plenamente y no infirmado porque antes hubieran sido

ocupantes los Mipaz por tiempo que se ignora, pues no consta la defunción de la Guepud; pero sí están acordes las partes en que cuando se hizo esa entrega a Mueses y la Pistala ya cursaba pleito del Cabildo contra los Mipaz sobre la nulidad de las compraventas hechas entre ellos como herederos de la Guepud.

Si, pues, falta el elemento posesión de los demandados y esto impone su absolución, sería inoficioso estudiar los títulos del demandante, ya que aunque la Sala acompañara al recurrente en lo que sostiene al respecto, no podría acoger la acción, contra la cual aquella falta se erige como un escollo.

Por igual motivo sería inoficioso estudiar el cargo de violación del art. 13 de la Ley 89 de 1890 que declara inadmisible toda excepción contra el Cabildo, según el recurrente, cargo relativo a la admisión de las mencionadas excepciones por los fallos de instancia, acerca de lo cual no sobrará observar que esa prohibición, si así ha de llamársela, no puede abarcar defectos de forma como de los que puede adolecer una demanda, ni llevar a pasar por alto la falta de personería sustantiva en un demandante, por más que sea Cabildo de Indígenas. Bien se observa que esa disposición versa sobre excepciones de otra índole.

Del propio modo carecería de objeto estudiar el cargo para el cual el Procurador recurrente aduce el motivo 2º del citado art. 520 del C. J., fundándose en que el Tribunal, esquivando el verdadero problema del pleito, dejó de decidirlo, por lo cual la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Y este estudio resulta inoficioso ante la consideración de que, corregido el error antedicho en la interpretación de la demanda, y visto, por lo mismo, que ese ejerce la acción reivindicatoria y estudiándola, se encuentra que no es viable por la poderosa razón de haberse dirigido la demanda contra persona distinta de la obligada a responder según el artículo 952 del C. C. arriba citado. Como las excepciones tienden a enervar la acción, no hay lugar a ellas cuando la acción no es viable, caso en el cual la absolución ha de pronunciarse por este hecho, decisivo de suyo. Así las cosas, el fallo ha de ser simplemente absolutorio, por donde se ve que si así ha de mantenerse, llegándose a esta conclusión por senda muy diferente de la que tomaron los fallos de instancia, el del Tribunal ha de infirmarse y reemplazarse por uno que se ajuste a la limitación de que se está hablando.

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 Pasto el catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y siete y revocando la del Juzgado Civil del Circuito de Ipiales el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y seis, falla este pleito así: absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS. — DOCTRINA JURIDICA SOBRE SIMULACION. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 1934 DEL CODIGO CIVIL.

1.—La primitiva doctrina de la Corte, según la cual se estimó como causal de nulidad la simulación de los contratos, con apoyo en los principios generales del Código Civil sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez cuando faltan todos o algunos de tales elementos, ha sido sustancialmente modificada a partir de la sentencia de 27 de julio de 1935, (G. J. Nº 1899, tomo 42, páginas 353 y siguientes), desde cuando constantemente se ha considerado hasta hoy que la simulación, sea absoluta o relativa, no es por sí causal de nulidad de los contratos porque, entre otras razones, el artículo 1766 del C. C. implícitamente excluye la nulidad de la simulación al permitir que el acto secreto produzca efectos entre quienes lo concluyeron, y que la acción de simulación y la de nulidad son distintas entre sí, como que cada una de ellas tiene características y efectos diferentes. Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto, y es en que los terceros que adquirieron de buena fe del comprador aparente no sufren las consecuencias de la declaración de nulidad por simulación, según aquella, y de la mera simulación, según ésta. A ellos, cuando no tuvieron conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es inoponible el acto o contrato simulado. Esta ha sido una conclusión inmodificable de la Corte.

2.—En relación con el artículo 1934 del Código Civil la jurisprudencia siempre ha entendido que esa disposición se refiere a los casos de resolución de los contratos y que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1759 ibídem, de donde se ha deducido que aquella debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo II, Nos. 898 y 1914, y sentencia de 16 de junio de 1932, tomo XL, página 161).

3.—"Las escrituras privadas" de que habla el primer miembro del artículo 1766 del C. C., o lo que es lo mismo, la contraestipulación, en el lenguaje de la doctrina y de la Corte, consisten en todo acto secreto —literal o no— convenido entre los contratantes que tenga por fin descartar, cambiar, modificar o alterar el acto aparente.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

María Dolores Sánchez v. de Tirado demandó ante el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá a Juan de Dios Hoyos, Gabriel Gómez Echeverri y al Banco de Bogotá, representado éste por su Gerente, para que se declaráse, entre otras cosas, que son absolutamente nulos los contratos recogidos en las Escrituras Públicas Nos. 1869 de 7 de septiembre de 1938 y 2693 de 1º de diciembre del mismo año, otorgadas ambas en la Notaría 2ª del Circuito de esta ciudad, por los cuales la demandante dijo vender a Juan de Dios Hoyos los inmuebles allí determinados; que son nulos los registros de esos instrumentos; que carece de validez el contrato de que da cuenta la Escritura Pública Nº 907 de 4 de junio de 1940, de la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, por la cual Juan de Dios Hoyos dió en venta a Gabriel Gómez Echeverri el inmueble que en ella se describe; que es de propiedad de la actora el terreno a que el anterior instrumento se refiere, y que es nulo el contrato de hipoteca del aludido terreno, celebrado entre Gómez Echeverri y el Banco de Bogotá por medio de la Escritura Pública Nº 2095 de 14 de

noviembre de 1941, de la Notaría 3ª de este Circuito.

De los hechos en que se fundamenta la demanda se copian los siguientes:

"2º **María Dolores Sánchez v. de Tirado**, haciendo confianza en el señor Juan de Dios Hoyos, dijo vender a éste la propiedad de dicho inmueble, mediante los contratos ficticios o simulados números mil ochocientos sesenta y nueve (1869), de siete (7) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), y dos mil quinientos noventa y tres (2593) de primero (1º) de diciembre del mismo año, otorgados en la Notaría Segunda de este Circuito".

"3º. En estas enajenaciones no medió precio alguno por concepto del contrato, pues ni **Hoyos** pagó ni la señora recibió dinero. Al no existir, por una parte, la intención de transferir el dominio, ni por la otra, la de adquirirlo, se desprende lógicamente la inexistencia de los elementos esenciales de la compraventa: consentimiento, objeto y causa".

Admitida la demanda, Hoyos la contestó reconociendo como cierto que "la demandante hizo confianza en mí al venderme simuladamente las dos casitas de que hablan las escrituras públicas citadas por ella" y que no le pagó el precio, "pues no se trataba de una venta real". Gómez Echeverri la contestó afirmando no constarle lo aseverado por la actora en los hechos 2º y 3º antes copiados, y que, por el contrario, la realidad incuestionable de las ventas aparece claramente de las mencionadas escrituras públicas, a las cuales dice que se atiene en un todo. Se opuso, en consecuencia, a que se hagan las declaraciones solicitadas.

Tramitada la controversia en debida forma, el Juez del conocimiento la decidió en sentencia de 24 de noviembre de 1944, por la que declaró absolutamente nulos los contratos de compraventa celebrados entre la demandante y el demandado Hoyos por medio de las escrituras públicas respectivas; reconoció como de propiedad de aquella el terreno a que éstas se refieren, y absolvió a los demandados de los demás cargos de la demanda, sin costas.

Tanto a la actora como a Gómez Echeverri se les concedió recurso de apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo decidió en la sentencia de 9 de marzo de 1946, por medio de la cual confirmó la apelada, con la aclaración de que tanto la declaración de nulidad absoluta como la de pertenencia que en ella se hacen rigen sólo frente al demandado Hoyos, pero no respecto a los demás demandados, para con los cuales se deniegan y quienes quedan libres, en consecuencia, de los efectos de la declaración de nulidad. Además, condenó a la demandante a pagarles a los demandados Gómez Echeverri y Banco de Bogotá las costas de primera y segunda instancia.

Al estudiar la naturaleza de la acción incoada, sostiene el sentenciador que de la súplica primera y del hecho segundo de la demanda, se desprende que ella es la de nulidad absoluta de los contratos materia de la litis, pero originada en la simulación absoluta de los mismos que se plantea como hecho fundamental de la controversia.

En el capítulo de la sentencia "Prueba de la simulación absoluta", encontró que con la contestación que a la demanda dio el demandado Hoyos y con la diligencia de las posiciones absueltas por el mismo, se demuestra en forma plena la simulación absoluta de los contratos de compraventa celebrados entre la demandante y el comprador Hoyos y la consiguiente nulidad absoluta de los mismos, por falta de precio y de causa en ellos, determinadas por virtud de la simulación absoluta demostrada. Y analizando después las consecuencias que de esos hechos cabía deducir frente a terceros, dijo que la simulación absoluta no produce efectos contra quien se atiene de buena fe al contrato aparente sin conocimiento de la existencia de la simulación, lo cual hace que éste "conserve para él firmeza legal, esto es, que el contrato que él celebre no puede ser vulnerado en todo ni en parte, aunque posteriormente se demuestre que el contrato que tuvo a la vista era simulado, absoluta o relativamente"; y como, examinadas las pruebas, no halló que Gómez Echeverri hubiera tenido al tiempo de contratar con Hoyos, conocimiento de la simulación realizada, dijo que ésta no le perjudica; que la demandante no puede legalmente agitar ni hacerla valer frente a Gómez Echeverri; que la simulación es inoponible a éste, y consecuencialmente, la nulidad absoluta generada por la simulación absoluta".

Después, refutando alguna tesis sostenida por la demandante en el alegato de segunda instancia, afirmó que lo que el artículo 1934 del C. C. establece "es que la acción resolutoria por no haberse pagado el precio, sólo existirá contra terceros poseedores cuando se demuestre la nulidad o falsificación de la escritura respectiva, en el caso de que se haya dicho en ésta que el precio se ha

pagado"; pero que esa disposición es inaplicable al problema de autos, entre otras razones, por no haberse instaurado la acción resolutoria en ella prevista.

Finalmente son de la sentencia los siguientes considerandos que se copian:

"Probada como ha sido la simulación absoluta, se impone la declaración de nulidad absoluta de esos contratos; pero no en frente de toda persona; sino exclusivamente del demandado Juan de Dios Hoyos, que fue el único que intervino como comprador en la simulación".

"El tercer poseedor, Gómez Echeverri, está libre de la simulación de los primitivos contratantes, y libre también de las consecuencias de esa simulación inoponible para él, como la acción de nulidad de los contratos".

"Declarada la nulidad absoluta de las celebradas entre la demandante y Juan de Dios Hoyos, demandada, las cosas deben volver al estado que tenían antes de la declaración de nulidad".

"Pero como ésta se declara únicamente en frente del demandado Hoyos y no tiene viabilidad en frente del tercero Gómez Echeverri, síguese que la súplica prospera en frente exclusivamente de dicho demandado, pero no respecto de Gómez Echeverri, porque éste tiene para sí, como situación definitiva, la creada por el contrato o contratos ostensibles, conforme se precisó arriba, y la buena fe presunta no ha sido desvirtuada por prueba alguna de las producidas".

La demandante interpuso el recurso de casación que, concedido y debidamente tramitado, se procede a decidir.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., formula contra la sentencia los siguientes cargos que se resumen:

Primero. — Violación del artículo 1934 del C. C., por interpretación errónea, al darle un sentido que pugna con su texto y con su espíritu, y por la consiguiente aplicación indebida, pues sostiene que con base en él es claro que la demandante, declarada la nulidad absoluta, tiene acción reivindicatoria contra el tercero, o sea contra Gómez Echeverri y el Banco de Bogotá; pero que el Tribunal descartó esa interpretación para acoger la que califica como indebida, de que dan cuenta los pasajes del fallo que copia.

Segundo. — Violación del artículo 1748 del C. C. por no haberle dado aplicación al caso controvertido o "por haberlo aplicado tácitamente desconociendo un derecho que está consagrado" en él, en forma nítida, sobre lo cual dice que es inequívoco que, declarada la nulidad absoluta del contrato celebrado con Juan de Dios Hoyos, la demandante tiene, conforme a dicho artículo, acción reivindicatoria contra los demandados Gómez Echeverri y Banco de Bogotá, sin que haya lugar a distinguir, como lo hace el Tribunal, entre terceros poseedores de buena o mala fé, porque esa distinción no la establece la disposición, ni a recortar, contra el texto expreso de la ley, las jurídicas y necesarias consecuencias de la acción de nulidad triunfante. Finaliza su alegación así:

"g) Habiendo, pues, prosperado la acción de nulidad, las demás declaraciones de la demanda, excluídas del fallo del Tribunal, deben hacerse. De lo contrario, como está dicho, se viola el artículo 1748 del Código Civil. Y como los demandados no interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, la Corte únicamente tiene competencia para desatar el recurso dentro de los límites de la presente situación: Si el contrato original es nulo, como está declarado por el Tribunal, con el asentimiento de los demandados, debe declararse la nulidad de los demás contratos, como está solicitado".

Tercero. — Violación del artículo 1746 del Código Civil, por no haberle dado aplicación al caso controvertido o por haberlo aplicado tácitamente desconociendo un derecho en él consagrado en forma nítida. Al respecto afirma que declarada la nulidad del contrato celebrado entre la demandante y el demandado Juan de Dios Hoyos, las cosas han debido ser restituídas al estado anterior, y que al resolver el sentenciador que la nulidad sólo opera frente a aquel demandado, desconoce el derecho de restitución que claramente consagra la citada disposición.

Cuarto. — Violación del artículo 1748 del C. C., a consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar unas pruebas y al dejar de apreciar otras que cita, de las cuales se desprenden los siguientes hechos: que Gómez Echeverri no pagó el precio de la venta al presunto vendedor Juan de Dios Hoyos, sino a una tercera persona, y que fue con ésta y no con aquél, con quien se entendió para celebrar el negocio; que esos hechos constituyen indicios graves de que el demandado Gómez Echeverri tenía conocimiento de la simulación, por lo cual la presunción de buena fe queda destruída, y se hacía aplicable, aun dentro de la interpretación del sentenciador,

la disposición en cita para los efectos de la reivindicación contra terceros.

Quinto. — Violación, por indebida aplicación al caso del pleito, del artículo 1766 del C. C., sobre lo cual, después de transcribir el texto de ese artículo y lo que sobre el particular expone el Tribunal, dice lo siguiente:

"Pero es lo cierto que en el caso controvertido no se trata de escrituras privadas, pues que éstas no han existido ni existen, por lo tanto mal puede invocarse el artículo 1766 del C. C., tal como la hace el Tribunal sentenciador. Y obsérvese, que el Tribunal estructura su fallo sobre esta base del artículo 1766, sin reparar que, como está dicho, no se ha acreditado la existencia de tales escrituras privadas".

Sexto. — Violación por falta de aplicación, de los artículos 756, 759 y 2659 del Código Civil. En la fundamentación del cargo el recurrente transcribe el contenido de esas disposiciones, y luego agrega:

"b) Es evidente que el registro de las escrituras de compraventa cuya nulidad se ha demandado no aparece ceñido a las prescripciones del artículo 2659 del Código Civil, ya que en él no consta que las partes que suscriben los contratos hayan requerido ese registro, y además en las partidas respectivas, se expresan "mensuras que no constan en tales escrituras".

"c) En estas circunstancias, es claro que el registro carece de todo valor, y en consecuencia no se verificó la tradición del dominio del inmueble objeto del litigio a favor de los demandados, estando tal dominio en el patrimonio de la demandante".

Dada la estrecha vinculación que entre sí tienen los cargos primero, segundo, tercero y cuarto que quedan resumidos, la Sala procede a estudiarlos conjuntamente, con cuyo fin se adelantan las siguientes consideraciones:

La tesis central en que descansa la sentencia acusada puede compendiarse así: la simulación absoluta es causal de nulidad absoluta de los contratos en que se da aquella figura jurídica; está comprobado que los contratos de compraventa celebrados entre la demandante y el demandado Hoyos son absolutamente simulados, luego dichos contratos son absolutamente nulos; pero como la simulación es inoponible a los terceros de buena fe, la declaración de nulidad que de aquéllos se profiere con fundamento en la simulación absoluta demostrada, no perjudica a los demás demandados en este pleito, porque fuera de que están amparados con la presunción legal de buena fe, no se ha demostrado que cuando contrataron hubieran tenido conocimiento de la simulación de que adolecía el contrato aparente otorgado en favor de su tradente.

Por el resumen precedente se ve que el Tribunal acogió para decidir este pleito la tesis sostenida invariablemente por la Corte hasta el año de 1935, según la cual se estimó como causal de nulidad la simulación de los contratos, con apoyo en los principios generales del Código Civil sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez cuando faltan todos o algunos de tales elementos. Y aun cuando la tesis que el sentenciador propugna no ha sido acusada en casación, pues el único recurrente la acoge y apoyándose en ella es como formula sus cargos, sin embargo, no sobra advertir, siquiera sea de paso y para evitar posteriores desorientaciones y confusiones en la jurisprudencia, que aquélla ha sido sustancialmente modificada por la Corte a partir de la sentencia de 27 de julio de 1935 (G. J. número 1899, tomo 42, páginas 333 y siguientes), desde cuando constantemente se ha considerado hasta hoy que la simulación, sea absoluta o relativa, no es por sí causal de nulidad de los contratos porque, entre otras razones, el artículo 1766 del C. C. implícitamente excluye la nulidad de la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efectos entre quienes lo concluyeron, y que la acción de simulación y la de nulidad son distintas entre sí, como que cada una de ellas tiene características y efectos diferentes. Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto, y es en que los terceros que adquirieron de buena fe del comprador aparente no sufren las consecuencias de la declaración de nulidad por simulación, según aquélla, y de la mera simulación, según ésta. A ellos, cuando no tuvieron conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es inoponible el acto o contrato simulado. Esta ha sido una conclusión de la jurisprudencia. Así, en sentencia de 16 de febrero de 1926, se dijo:

"Cuando aparece comprobado por medio de escritura pública un contrato, es preciso atender a la situación de los terceros adquirentes que han derivado derechos de ese contrato a título singular y que han pactado sobre la fe que la escritura merece respecto de lo que en ella han convenido las partes. De este principio fluye el amparo que

la ley concede a los adquirentes a título singular contra cualquier acto (oculto o simulado) de los causantes que pueda destruír o desnaturalizar la verdad del título que originó la adquisición, amparo que se revela tanto en materia de pruebas como en el alcance que pueda tener la cosa juzgada". (G. J. Tomos XXIX, XXXII, y sentencia de 22 de junio de 1931, Tomo XXXIX, páginas 139 y 140).

Y en sentencia de 27 de marzo de 1939 se ha dicho:

"En un contrato acusado de inexistente, por ser simulado, la contraestipulación o pacto secreto no existe en principio sino para el que tenga conocimiento de tal acto. La simulación no afecta a terceros de buena fe y la ley y la doctrina los protegen cuando, sin negligencia, se han confiado de la apariencia, única norma de sus determinaciones. Quiere esto decir que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto simulado y así lo estatuye claramente el artículo 1766 del Código Civil". (G. J. Tomo XLVII, páginas 751 y 752, y sentencia de 11 de febrero del año en curso, no publicada aún en la **Gaceta Judicial**).

Es cierto que el Tribunal, interpretando la demanda, entendió que la acción ejercitada en este pleito es la de nulidad y no la de simulación de los contratos referidos y que conforme a lo dispuesto en los artículos 1746 y 1748 del C. C. la declaración de nulidad produce por lo general efecto contra terceros; pero, no obstante ello, como en la parte motiva de la sentencia también se expresó y repitió con claridad inconfundible que la nulidad de esos contratos provenía precisamente de la circunstancia de ser ellos absolutamente simulados, es claro que las consecuencias que debe originar la declaración pronunciada no deben ser otras que las que la ley y la jurisprudencia le tienen asignada a la simulación, o sea la de producir efectos exclusivamente entre las partes contratantes y no contra terceros de buena fe, calidad o condición ésta que ostentan los demandados Gómez Echeverri y Banco de Bogotá, porque la presunción que legalmente los ampara no alcanzan a destruírla los hechos que el recurrente anota como demostrativos de mala fe, porque a juicio de la Sala de éstos no puede inducirse lógicamente que aquéllos conocieran al tiempo de contratar la simulación de que adolecía el contrato ostensible otorgado en favor de su inmediato tradente.

De lo dicho se desprende que el sentenciador no ha quebrantado los artículos 1746 y 1748 del Código Civil.

Y el artículo 1934 ibídem también ha sido violado en el concepto en que acusa el recurrente, desde luego que el Tribunal no lo ha aplicado para decidir la cuestión en autos planteada, pues consideró que ésta es distinta de la acción que aquél consagra, "la cual —dijo— no se ha instaurado en el caso sub judice".

Por lo demás, la jurisprudencia siempre ha entendido que esa disposición se refiere a los casos de resolución de los contratos y que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1759 ibídem, de donde se ha deducido que aquélla debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo II, números 898 y 1914 y sentencia de 16 de junio de 1932, Tomo XL, página 161). Y sobra decir que fuera de que en la demanda inicial de este pleito no se ha entablado una acción resolutoria, tampoco se ha intentado siquiera demostrar que sean falsas o nulas las escrituras otorgadas por la recurrente en favor del demandado Hoyos.

No prosperan, por tanto, los cargos que se dejan estudiados.

Cargo quinto.

"Las escrituras privadas" de que habla el primer miembro del artículo 1766 del C. C., o lo que es lo mismo, la contraestipulación, en el lenguaje de la doctrina y de la Corte, consisten, según lo ha entendido siempre la jurisprudencia, en todo acto secreto —literal o no— convenido entre los contratantes que tenga por fin descartar, cambiar, modificar o alterar el acto aparente, y siguiendo ese criterio el Tribunal halló que con el conjunto de pruebas a que se refiere la sentencia se demostraba plenamente la simulación, o sea la contraestipulación, la escritura privada o el pacto oculto, celebrados entre la recurrente y el demandado Hoyos para descartar totalmente entre ellos los efectos del contrato aparente. Y si la recurrente estima, como lo afirma en su acusación, que "no se ha acreditado la existencia de tales escrituras privadas" en casación no le basta simplemente hacer esa aseveración para que la Sala avoque el estudio del problema, pues para

este fin era indispensable que alegara y demostrara, como lo prescribe y enseña el numeral 1º del artículo 520 del C. J., error de hecho o de derecho en la apreciación de las aludidas pruebas, con la consecuencial violación de la ley sustantiva. Y no habiendo acusado así, el cargo resulta manifiestamente inepto, por ese solo aspecto.

Sexto cargo.

Este cargo corre igual suerte que el anterior, porque la forma como se plantea constituye una típica alegación de instancia y no un cargo en casación, desde luego que para poder determinar si el registro a que se refiere el recurrente "carece de todo valor" habría sido necesario que precisara no sólo cuál o cuáles de los requisitos de que habla el artículo 2659 del C. C. fueron omitidos por el registrador al sentar en sus libros la respectiva diligencia, sino también que señalara las pruebas con que se constatara esa omisión y alegara el consiguiente error al no apreciarlas. Y esta cuestión de hecho era imprescindible proponerla debidamente, a fin de que la Corte pudiera esclarecer si es o no inválido el registro, en atención a que el artículo 2664 ibídem dispone que "no se anulará el registro por falta de alguna o algunas de las designaciones prevenidas en los anteriores artículos de este capítulo, siempre que, por lo que del mismo registro conste y por lo que resulte del título al cual se refiere el registro, pueda venirse en conocimiento de lo que en tal registro se eche menos; pero la falta de la firma del registrador sí induce nulidad en la diligencia del registro en que ocurriere la falta".

Y todo esto se dice, porque la Corte en casación no estudia el juicio, sino la sentencia en sus relaciones con la ley, y ello a través de las acusaciones que en debida forma proponga el recurrente, porque al proceder de otro modo este recurso extraordinario degeneraría en un nuevo grado de jurisdicción.

No se admite, por tanto, el cargo.

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 de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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, Srio. en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA

No por diferentes las acciones de petición de herencia y de reivindicación dejan de tener semejanza, pues cuando en la de petición de herencia el demandante triunfa y consecuencialmente han de restituírsele los bienes herenciales, se siguen por mandato del artículo 1323 del C. C. las reglas de la reivindicación, como no podría menos de ser, aunque ley expresa no lo dijera.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Orosia Collazos por medio de apoderado demandó a Aquilino Montes con los fines que se verán en seguida, y el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, donde cursó la primera instancia, la desató con sentencia favorable a la actora el 5 de junio de 1944 confirmada por el Tribunal de allí en la de 8 de febrero de 1947 contra la cual interpuso casación el demandado, recurso que hoy se resuelve.

Antecedentes

Cesárea Collazos murió el 16 de Octubre de 1938 bajo el testamento abierto que había otorgado ante el Notario 2º de aquella ciudad el 29 de enero de 1907 en el cual reconoce a Orosia Collazos como su hija natural y la instituye heredera única.

Aquilino Montes obtuvo la apertura de la causa mortuoria de Cesárea como acreedor suyo y después reconocimiento de heredero **ab intestato** como hijo legítimo de Clemencia Collazos, hermana legítima, premuerta, de Cesárea. Y, seguida así esa mortuoria, obtuvo él decreto de posesión efectiva y adjudicación de los bienes relictos, consistentes en la casa Nº 14-67 de la carrera 2ª de Cali, según providencias del mismo año de 1939, fechadas respectivamente el 15 de septiembre y el 16 de octubre. La finca fue denunciada por él bajo juramento como perteneciente a la causante y relacionada así en el inventario.

Orosia por medio de apoderado, acompañando copia notarial registrada del testamento de su madre y el acta de defunción, demandó a Montes para que se hagan las declaraciones que se resumen así: 1º Que ella es la heredera testamentaria de Cesárea Collazos; 2º Que, por ende, tiene mejor derecho que Montes al dominio de la mencionada finca, constitutiva del patrimonio del **de cujus**; 3º Que Montes debe entregársela; 4º Que debe pagarle sus frutos desde la muerte de Cesárea hasta que se la restituya; 5º Que se cancele en el registro la inscripción del decreto de posesión efectiva y de la sentencia de adjudicación citados, pronunciadas en favor de Montes en dicha causa mortuoria por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali; y 7º Que se le condene en costas La demanda se notificó el 16 de diciembre de 1942.

Todo esto, punto por punto y con igual numeración y orden lo decretó la sentencia de primera instancia. El Tribunal la sostiene, reformándola en el sentido de suprimirle, por no estar demandado, el reconocimiento que en el punto primero hace de Orosia como hija natural de Cesárea, y de suprimirle también la condenación en costas y de pago de frutos anteriores a la contestación de la demanda, porque reputa a Montes poseedor de buena fe.

El Tribunal encuentra probada la calidad de heredero en Orosia y, viendo que la acción incoada es la del artículo 1.321 del C. C., condena al demandado como ocupante de los bienes herenciales, o sea la finca aludida, en calidad de heredero.

El recurrente formula varios cargos dentro del motivo 1º del artículo 520 del C. J. De ellos ante todo el de violación de esa disposición legal porque, en su sentir, el juicio de petición de herencia se desdobló y vino a ser reivindicatorio al oponerse Montes ya no como aparente heredero de Cesárea, sino como dueño de parte de ese inmueble por herencia de su madre Clementina Collazos. Al pasar por alto esta defensa, el Tribunal, dice, violó también las varias disposiciones de ese

Código relativas a posesión, tradición y reivindicación que cita detalladamente; y a ese quebranto llegó por interpretación errónea y aplicación indebida como resultado de error en la apreciación de las pruebas que analiza el recurrente.

Se considera:

Ese artículo 1.321 dice: "El que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias...".

Orosia probó su derecho a la herencia de Cesárea, Montes la ocupa en calidad de heredero. El Tribunal al encontrar esta situación, no quebrantó sino que obedeció esta disposición legal al decretar la restitución mencionada.

La acusación del recurrente se funda en que Montes no ocupa toda la casa en calidad de heredero de Cesárea, sino que, al menos en parte, es dueño por herencia materna, y de ahí la aludida tesis sobre reivindicación, porque en esto es contienda el presente juicio, no sobre cuál de los dos litigantes es el heredero de Cesárea, sino cuál de los títulos prevalece. El entiende que en esta parte debe preferirse el suyo en una acción reivindicatoria y que, tanto por desoírséle en esa parte, cuanto por prescindirse de la demostración de que Cesárea era dueña de la finca, se han apreciado erróneamente sus pruebas y se han quebrantado las aludidas disposiciones legales.

Esas pruebas son: Las traídas de la causa mortuoria de Cesárea (cuaderno 5º folios 11 a 24 y cuaderno 7º, folios 6 a 12), en que constan la apertura de la causa a solicitud de Montes como acreedor en auto de 15 de abril de 1939, que en diligencia de 19 de julio siguiente se relacionó la casa como perteneciente toda ella a la causante, bajo juramento de Montes que a la sazón había sido declarado heredero como hijo de Clementina Collazos, hermana premuerta de Cesárea, y que el 15 de septiembre se dictó en su favor decreto de posesión efectiva de esa finca y el 6 de octubre sentencia de adjudicación de la misma como único interesado. Esa mortuoria se protocolizó ante el Notario 3º de Cali por instrumento número 1.083, el 17 de noviembre de 1939.

Otra de las aludidas pruebas es la mortuoria de Petronila Villa de Collazos, protocolizada en la Notaría 1ª de Cali con el número 616, el 1º de diciembre de 1902. (De esa causa se trajo la copia que forma los folios 14 a 22 del cuaderno 7º). Allí consta que esta señora murió bajo testamento; que sus herederos fueron sus cuatro hijas legítimas Cesárea, Domitila, Mercedes de Rojas y Clementina de Montes, y que la casa hoy disputada se adjudicó a estas cuatro herederas en común y por igual entre sí, de suerte que a cada una correspondió una cuarta parte pro indiviso.

Otra de las pruebas en referencia son las actas de estado civil que obran en ese mismo cuaderno 7º y que acreditan que la señora Clementina se casó con el señor Manuel Santiago Montes el 21 de enero de 1870, que él murió el 19 de septiembre de 1908 y ella el 26 de julio de 1910 y que de ese matrimonio nació Aquilino, actual demandado, a quien de días de nacido se bautizó en enero de 1892.

También obran allí declaraciones de testigos sobre que Montes siempre ha vivido en esa casa, como dueño en concepto de los declarantes, y atendido a sus reparaciones y sostenido a su tía Cesárea y a su prima hermana Orosia.

La adjudicación a Clementina Collazos hecha en 1902 de una cuarta parte de esa finca es el único título presentado por Montes como prueba de su afirmación de ser dueño de esta cuota como hijo legítimo de la adjudicataria. Bien se ve que esa adjudicación fue a ella y no a él y que su calidad de hijo no basta para que el sentenciador lo tenga por dueño sin presentar adjudicación a él ni prueba de actuación alguna para seguir la mortuoria de su madre.

Se anota esta deficiencia en atención a que las afirmaciones de cada litigante han de tener el respaldo de las pruebas respectivas para que sirvan de fundamento a la opinión y decisión del Juez, y no porque se confundan dos acciones tan distintas como son la reivindicatoria y la de petición de herencia.

Esta es una contienda sobre vocación herencial. Aquí, según los comprobantes traídos de la causa mortuoria de Cesárea, a Montes se adjudicó la finca como interesado único que bajo juramento así la denunció al declarar en esa calidad cuáles eran los bienes de la causante. Comprobado así aquí que es en tal virtud y calidad como ocupa él esa finca, al demostrar Orosia su derecho a esa herencia como heredero testamentario único, tenía que ordenarse que él, heredero putativo, se la restituya al heredero verdadero, sin lugar ni objeto, por tanto, a indagar los títulos de dominio de la causante sobre ese inmueble, dada la situación de uno y otro de los litigantes y la finalidad y carácter de este juicio.

Además, el Tribunal no reputa prueba de ese dominio la mera afirmación que ella hace en su testamento; ni tampoco presenta al respecto como apoyo de su decisión o como título de ese dominio la declaración hecha por Montes de que la casa era íntegramente de Cesárea. No incurrió, pues, en los errores de apreciación de estas pruebas a que se alude.

Montes alegó en las instancias que la adjudicación no se le había hecho tan solo como heredero, sino también como acreedor, y ahora en casación, sin insistir sobre este último detalle, invoca que si como tal adjudicatario ocupa una parte del acervo herencial, otra parte la tiene como dueño por herencia materna. Queda visto que en el presente juicio, que es de petición de herencia, en el que contienden actor y reo en forma de excluírse totalmente el uno al otro como herederos y en que triunfa aquél, no es procedente estudiar la titulación de la finca a fin de determinar si efectivamente quedó en su totalidad entre los bienes relictos.

Distintos son, como sostiene el recurrente respaldándose en gravísimos autores y como es nuestra doctrina y como nuestra misma ley escrita establece, la acción de petición de herencia y la reivindicatoria; pero el Tribunal no las ha confundido, con lo que basta para que el recurso no prospere, puesto que, de otro lado, no incurrió en los errores de apreciación de pruebas que se le atribuyen.

Además, no por diferentes esas acciones dejan de tener semejanza, pues cuando en la de petición de herencia el demandante triunfa y consecuencialmente han de restituírsele los bienes herenciales, se siguen por mandato del artículo 1.323 del C. C. las reglas de la reivindicación, como no podría menos de ser, aunque ley expresa no lo dijera.

Suponiendo en vía de ejemplo que la causa mortuoria de Cesárea Collazos se hubiera seguido honestamente y, por lo mismo, se hubiera adjudicado la casa a su heredera única y ésta con tal título hubiera demandado a Montes como poseedor para que se la restituyese y él hubiera alegado dominio sobre todo o parte habido en fuente distinta de esa sucesión, es claro que los títulos de uno y otro habrían tenido que confrontarse para saber de su prevalencia y decidir, de conformidad, ya el triunfo de la actora, ya la absolución del reo. Ese habría sido el juicio de reivindicación que coresponde a las disposiciones legales pertinentes, entre ellas los artículos 946, 950 y 952 del C. C.

Pero el presente, repítese una vez más, es de petición de herencia, contienda sobre vocación herencial de Cesárea Collazos en que sencillamente su hija Orosia excluye a su sobrino Aquilino Montes por ser meramente heredero putativo y ella el verdadero.

Por la misma razón, no respondiendo él aquí sino como ocupante en calidad de heredero en virtud de adjudicación en la mortuoria de Cesárea, de quien se dijo serlo en representación de la señora Clementina, madre legítima de él y hermana legítima premuerta de ella, es de todo punto evidente que los demás temas aludidos, no tratados en este pleito ni comprendidos por ende en el fallo, podrán discutirse para establecer si a Montes en verdad asiste la calidad de acreedor de Cesárea y por cuánto, así como al dueño por fuente distinta de esa sucesión y sobre qué cuota del inmueble mencionado.

Las consideraciones precedentes hacen ver cómo y por qué no prosperan los cargos formulados en la demanda de casación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Manuel José Vargas. — Pedro Castillo Pineda. Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hinestrosa Daza. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — DECISION ULTRA PETITA. — REFORMATIO IN PEJUS. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

1.—Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales en que se desenvuelven procedimentalmente los juicios desde su comienzo hasta su definición firme están sometidas a determinadas condiciones formales que constituyen un sistema procesal. El llamado dispositivo o de verdad formal en que se inspira nuestra legislación civil procedimental descansa en el principio de que en los procesos civiles se agitan intereses privados patrimoniales pertenecientes a los que en ellos intervienen, lo cual explica y permite que se deje a los litigantes la determinación del material procesal y de los fundamentos de la sentencia mediante los llamados actos de postulación. Es una derivación de este principio la potestad de las partes para señalar respecto de sus propios intereses el contenido y límite de la jurisdicción para el litigio y la de renunciar derechos procesales que sólo sirven al interés personal del renunciante. Las partes singularizan en cada pleito y grado las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, las cuales delimitan sus poderes y de las que no puede salirse sin incurrir en decisión ULTRA PETITA, esto es, fuera de lo pedido.

2.—Ha dicho la Corte que "la figura jurídica de la REFORMATIO IN PEJUS se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del C. J. El superior que conoce por apelación de una providencia, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo soliciten". (G. J. XLVII, p. 418).

Las resoluciones procesales una vez notificadas, o al notificarse, pueden ser expresa o tácitamente consentidas, según que se manifieste o simplemente se dejen de usar los recursos que la ley ofrezca, lo cual comporta la renuncia del derecho de impugnación.

3.—La causal segunda de casación, de sentido y alcance formal y no de fondo, se funda en el principio general de derecho procesal de que la sentencia que desata definitivamente una controversia debe resolver todas las cuestiones que hayan sido materia del debate, pero únicamente éstas, porque de otra manera se sentenciaría sorpresiva o arbitrariamente. Para remediar las irregularidades que a este respecto pueden ocurrir por desconformidad de las pretensiones oportunamente propuestas y determinadas por los litigantes con las resoluciones de la sentencia se da acceso a la casación por la vía de la causal segunda con el objeto de ajustar o conformar el fallo a las cuestiones que legalmente estuvieron SUB JUDICE.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En libelo de fecha 12 de septiembre de 1945 y ante el Juzgado Civil del Circuito de Facatativá, Juan José Balaguer, por medio de apoderado, demandó a Alberto Ardila y Dolores Garavito de Ardila, cónyuges entre sí, para que previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara que los demandados, "solidaria o subsidiariamente" le adeudan las sumas de $ 4.000 por concepto de servicios que como médico homeópata prestó al primero de los demandados en diversas ocasiones, el valor por alojamiento y alimentación que les pres-

tó en su casa de habitación y la suma de $ 100 por préstamo que les hizo.

Notificada y contestada la demanda, al cabo de los trámites correspondientes el Juzgado profirió sentencia de primer grado el 10 de abril de 1946 condenando a los demandados a pagar solidariamente la suma de $ 45 que recibieron por concepto de mutuo; el valor que se fije por el procedimiento del art. 553 del C. J. por concepto de servicios médicos, alimentación, hospedaje y medicinas que el actor les suministró y las costas del juicio.

Ambas partes apelaron de esta sentencia, el demandante "en lo desfavorable" y el demandado "únicamente en cuanto a la parte relativa a las costas", como se lee en las correspondientes notificaciones personales.

Elevado el negocio al Tribunal Superior de Bogotá en virtud del doble recurso, la parte demandante dejó de suministrar el papel correspondiente para darle curso, por lo cual, con aplicación del art. 353 del C. J., en auto del 17 de octubre de 1946, declaró ejecutoriada la sentencia recurrida en cuanto se refiere a la parte actora y dispuso tramitar solamente el recurso de la contraparte.

Agotada la actuación del grado, el Tribunal profirió sentencia definitiva de segunda instancia el 16 de abril de 1947 en la cual reformó la apelada, así:

"Condénase a los señores Alberto Ardila y Dolores Garavito de Ardila a pagar al demandante Juan José Balaguer lo siguiente: a) La cantidad de $ 35 por concepto de mutuo que ambos confiesan; b) El valor de la alimentación que el demandante le suministró al demandado Ardila durante el tiempo que ambos demandados aceptan; y c) El valor de las medicinas suministradas por el demandante al demandado Ardila. Condénase al demandado Alberto Ardila a pagar al demandante Juan José Balaguer, además de lo anterior: a) La cantidad de $ 10 para completar la cantidad de $ 45 que confiesa recibidos en mutuo; b) El valor del tratamiento o servicio médico que los dos demandados confiesan le prodigó al demandado Ardila; c) El valor del hospedaje que el demandado Alberto Ardila recibió durante el tratamiento. Tanto las medicinas, como la alimentación, el hospedaje y el servicio médico a que se refieren los puntos anteriores, se regularán por el procedimiento que contempla el art. 553 del C. J. al pedir la ejecución del fallo, teniendo el cuidado de separar las apreciaciones de acuerdo con lo dicho en la presente parte resolutiva y con las bases a que se refiere la parte motiva. Absuélvese a los demandados de los demás cargos de la demanda. No se hace condenación en costas en ninguna de las instancias".

Está esta sentencia a la consideración de la Corte por recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

Dice el recurrente que el Tribunal, al reformar el fallo del Juzgado en forma en que lo hizo, extralimitó sus funciones jurisdiccionales, porque olvidó que la parte demandada redujo el interés de su apelación exclusivamente a la condena en costas y de esta manera resolvió sobre puntos no sujetos a su decisión. Con esta base acusa la sentencia por las dos primeras causales del art. 520 del C. J. La Corte, después de examinar los fundamentos de la acusación, se abstiene de considerar los cargos por violación de ley sustantiva, como lo autoriza el art. 538 del C. J. por encontrar fundada la causal de incongruencia, según las razones que pasan a exponerse.

Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales en que se desenvuelven procedimentalmente los juicios desde su comienzo hasta su definición firme están sometidas a determinadas condiciones formales que constituyen un sistema procesal. El llamado dispositivo o de verdad formal en que se inspira nuestra legislación civil procedimental descansa en el principio de que en los procesos civiles se agitan intereses privados patrimoniales pertenecientes a los que en ellos intervienen lo cual explica y permite que se deje a los litigantes la determinación del material procesal y de los fundamentos de la sentencia mediante los llamados actos de postulación. Es una derivación de este principio la potestad de las partes para señalar respecto de sus propios intereses el contenido y límite de la jurisdicción para el litigio y la de renunciar derechos procesales que sólo miran al interés personal del renunciante. Las partes singularizan en cada pleito y grado las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, las cuales delimitan sus poderes, y de las que no puede salirse sin incurrir en decisión **ultra petita**, esto es, fuera de lo pedido.

"La figura jurídica de la **reformatio in pejus** se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del C. J. El superior que conoce por apelación una providencia, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un lí-

mite que le impidé enmendar la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo soliciten" (G. J. XLVII p. 418).

Las resoluciones procesales una vez notificadas o al notificarse pueden ser expresa o tácitamente consentidas, según que se manifieste o simplemente se deje de usar los recursos que la ley ofrezca, lo cual comporta la renuncia del derecho de impugnación. Desistió tácitamente del recurso la parte demandante, como se vio, el Tribunal no podía revisar la sentencia del Juzgado sino dentro de los límites y cuestiones que en forma voluntaria, inequívoca y expresa señaló para su interés personal la parte demandada para la instancia de apelación. El acto de la notificación personal de la sentencia del Juzgado, sin que posteriormente se rectificara en forma alguna, manifestó expresamente el apoderado de los demandados que apelaban únicamente en cuanto a la parte relativa a las costas, lo cual quiere decir que expresamente lo consintió en lo tocante a las condenas contra ellos proferidas, cosa por lo demás explicable y natural como que se fundaba en su libre confesión. El Tribunal, pues, sustraídas del recurso las cuestiones que interesaban al actor, no podía examinar y decidir el fallo recurrido sino en la porción a que expresamente redujo la parte demandada el interés de la alzada. Así lo entendió el apelante al reducir su alegato ante el Tribunal a la cuestión de las costas. En estas condiciones, no hay duda que la reforma de la sentencia en puntos que constituían un estado procesal adquirido por el actor, puesto que había sido consentido por la parte condenada, constituye un caso de decisión **ultra petita,** o fuera de litigio, que da apoyo a la acusación por la causal segunda.

Esta causal de casación, de sentido y alcance formal y no de fondo, se funda en el principio general de derecho procesal de que la sentencia que desata definitivamente una controversia debe resolver todas las cuestiones que hayan sido materia del debate, pero únicamente éstas, porque de otra manera se sentenciaría sorpresiva o arbitrariamente. Para remediar las irregularidades que a este respecto pueden ocurrir por desconformidad de la pretensiones oportunamente propuestas y determinadas por los litigantes con las resoluciones de la sentencia se da acceso a la casación por la vía de la causal segunda con el objeto de ajustar o conformar el fallo a las cuestiones que legalmente estuvieron **sub judice.**

Acerca de la condena en costas, contenida en la sentencia del primer grado, único motivo, según se ha visto del estudio y fallo del Tribunal, no hay ninguna cuestión ni dificultad en esta decisión porque el recurrente, dueño del derecho de indemnización representado en ellas, las renuncia expresamente y pide que sea suprimida tal condena.

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 Bogotá el 16 de abril de 1947 y en su lugar confirma la pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito de Facatativá del 10 de abril de 1946, con excepción de la condena al pago de las costas.

Sin costas en el recurso.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. — DESAHUCIO

1.—Las obligaciones tienen por fuente inmediata la ley, o un hecho del hombre. (Art. 1494 C. C.). Las obligaciones de la segunda especie reposan sobre un hecho lícito, o sobre un hecho ilícito. En el primer caso ellas resultan de un contrato o de un cuasicontrato; en el segundo, de un delito o de un cuasidelito. La culpa es de dos clases: contractual, que consiste en el incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato; o extracontractual, llamada también delictual o culpa aquiliana. La extracontractual implica carencia de un vínculo contractual preexistente entre la víctima y el autor del daño.

2.—El desahucio es DERECHO que tienen las partes para no permanecer indefinidamente en un contrato, y es al mismo tiempo una GARANTIA que tiende a evitar que la parte que ha recibido la notificación sobre el término del arriendo sea privada sorpresivamente, ya del goce de la cosa, ya de la renta que en virtud del contrato recibía. El desahucio proviene de la ley o de la estipulación de las partes. En virtud de la ley procede el desahucio cuando el tiempo para la duración del arriendo es indeterminado, esto es, cuando no ha sido fijado por convenio de las partes, por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada, o por la costumbre. Igualmente procede en virtud de la ley, cuando se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes y voluntario para la otra. En este caso la parte que puede hacer cesar el arriendo a voluntad está, sin embargo, obligada a dar a la otra el desahucio correspondiente. (Artículo 2011 C. C.). El desahucio es un acto unilateral que produce efecto sin necesidad de que sea aceptado por la otra parte. La aceptación de la parte desahuciada sólo sirve como medio de prueba para acreditar que realmente recibió la notificación. El desahucio puede ser judicial o extrajudicial. Este último no tiene formalidad alguna prescrita por la ley. Su prueba, en caso de litigio, queda sometida a las reglas generales. El desahucio o aviso debe darse con la ANTICIPACION correspondiente para que no cause perjuicios graves a la parte que lo recibe. La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regule los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana o mes, el desahucio será respectivamente de un día, semana o mes, y empezará a correr al mismo tiempo que el próximo período. (Art. 2009 C. C.). En caso de desahucio, el goce de la cosa por parte del arrendatario y el derecho de percibir la renta que tiene el arrendador duran hasta que termine el período del desahucio. En otros términos, durante el período del desahucio subsiste la fuerza del contrato: de ahí que el arrendador puede percibir los arriendos vencidos sin que tal hecho pueda tomarse como prórroga tácita del contrato. (Art. 2013 C. C.).

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

Se decide el recurso de casación propuesto por el apoderado de José Rahal contra la sentencia de cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, proferida en el ordinario seguido por aquél contra Juan Antonio Mejía, sobre indemnización de perjuicios.

Antecedentes:

Ante el Juez Civil del Circuito de Pereira, demandó José Rahal a Juan Antonio Mejía, el día veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, para que en sentencia definitiva se le condenara a resarcirle los perjuicios "de orden material y moral" sufridos como consecuencia de

una acción o juicio de lanzamiento "errado e inconsulto", propuesto por Mejía. Señala como monto de los perjuicios la suma de $ 20.720.00 según detalle que expresa.

Subsidiariamente demanda el pago de los perjuicios "sufridos por consecuencia del fallo que decretó el lanzamiento a partir de la fecha en que se entabló la acción de tenencia de la cosa arrendada, hasta cuando fue restablecido el inquilino en el goce de ella", los cuales se determinarán —dice— de acuerdo con las probanzas o mediante regulación pericial.

Posteriormente, reformó su primitiva petición para demandar "los perjuicios que se originaron por consecuencia de la revocación de la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Municipal", en el juicio de lanzamiento de que se ha hecho mérito. Refiere los perjuicios a los que le fueron causados durante el lapso de tiempo en que fue privado del inmueble arrendado.

Los hechos en que se apoya, pueden sintetizarse así:

Que el día veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y siete, demandante y demandado celebraron por escrito un contrato de arrendamiento de unos locales para almacén en la ciudad de Pereira, por el término de dos años, contados a partir del primero de febrero de mil novecientos treinta y ocho, en los cuales el arrendatario José Rahal instaló su comercio, vencido el primer período de dos años, se continuó por igual término a un precio inferior, haciéndose constar la prórroga al pie del respectivo documento.

Esta prórroga venció el primero de febrero de mil novecientos cuarenta y dos. A su término, el arrendador exigió un precio de $ 180.00 por mes, que no aceptó el inquilino, pero convino, por último, en pagar $ 160.00. El inquilino fue cubriendo mes a mes el cánon convenido.

A principios del año de mil novecientos cuarenta y tres, el arrendador Mejía notificó por escrito a su arrendatario, que el precio sería en lo sucesivo a razón de $ 200.00 por mes. Aquél no se allanó al nuevo aumento, por lo cual Mejía le dirigió la siguiente carta.

"Pereira, 1º de febrero de 1943.

Señor don **José Rahal.** — Presente.

Estimado señor y amigo: Por haberme manifestado usted no poder ocupar más mi local, lo cual siento de veras, y poder entregármelo el primero de marzo próximo, le agradecería se sirviera confirmármelo por escrito, para efecto de nuevo arreglo que he de verificar a la mayor brevedad...

Soy de usted, atento servidor y amigo, Juan Antonio Mejía B".

Esto movió a Mejía a pactar un contrato de arrendamiento con otros comerciantes, y como Rahal no se conformara con tener que desocupar el almacén, ambos resolvieron someter su desacuerdo a la Cámara de Comercio de Pereira, enviándole en una petición conjunta copia de la carta de que se ha hecho mérito y de otros documentos.

Como las partes no sometieron en forma legal su desacuerdo al arbitramento de tal Corporación, esta entidad se limitó a expresar por vía de recomendación a los comerciantes que concurrieron a ella, lo siguiente:

"...Siendo esto así, y si —como lo afirman los interesados tanto en las comunicaciones que se conservan en el archivo, como en las conversaciones de diversa índole que los suscritos han sostenido con los interesados— en principio el señor Rahal manifestó estar dispuesto a desocupar el local por no poder o no querer subir el precio del arrendamiento, hecho éste que determinó, como atrás lo vimos, una serie de negocios o promesas de negocios que aún no han tenido cumplimiento,

Conceptuamos y recomendamos a las partes:

Que en mira de la moralidad y seriedad comerciales y en guarda de la buena y cordial armonía que ha reinado y debe reinar entre los comerciantes de la localidad, la dificultad hoy existente se resuelva así:

Que el señor José Rahal sostenga su ofrecimiento o su resolución de entregar el local al arrendador señor Juan Antonio Mejía B., para que éste a su turno cumpla con el compromiso moralmente solemne que contrajo con los señores "Hoyos Hermanos" de entregar ese mismo local en alquiler tan pronto fuese desocupado por el comerciante señor Rahal.

La Cámara pone de presente y hace constar que la resolución del señor Rahal de estar dispuesto a entregar el local a la mayor brevedad por no tener interés en pagar un cánon de arrendamiento más alto del que hasta el día del convenio venía cubriendo, es la única causa para que el contrato de arrendamiento entre él y Mejía se termine, pues éste, el señor Mejía, expresó bien claro a los suscritos la honarabilidad y cumplimiento de Rahal en lo que concierne a los pagos de cánones de arrendamiento".

Mientras tanto, se venció el mes concedido por Mejía a su cliente para la desocupación de los locales y transcurrió también el siguiente, comprendido entre el primero de marzo y el primero de abril. En esta última fecha, Rahal cubrió los meses vencidos, pagando por el mes de marzo la suma de doscientos pesos.

No habiendo Rahal desocupado voluntariamente la cosa arrendada, el arrendador Mejía, presentó contra él demanda de lanzamiento, el día nueve del mismo abril, que el Juzgado decretó. Apelada la providencia del caso, el recurso fue otorgado en el efecto devolutivo, llevándose a cabo el lanzamiento del inquilino el catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, previa fianza constituída por Mejía, para obtener su cumplimiento antes de la decisión superior.

Entre las causales que Rahal hizo valer ante el Juez Municipal en su oposición al lanzamiento, fue una de ellas, la de que el tiempo del contrato no se había vencido por virtud de prórrogas sucesivas que se venían efectuando, con el asentimiento expreso o tácito del arrendador.

Remitido al Juez de Circuito, a virtud de la súplica el juicio de lanzamiento, la sentencia apelada fue revocada, y en su lugar se dispuso restablecer al inquilino en el goce de la cosa arrendada, diligencia que se llevó a cabo el día ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Rahal afirma que como consecuencia del lanzamiento decretado y cumplido, tuvo que buscar un nuevo local para su almacén en lugar inapropiado, teniendo que cubrir una fuerte prima para obtener que le cedieran un local y hacer, además, fuertes gastos por los traslados.

Sostiene que durante los meses en que fue privado del almacén se efectúan en la ciudad de Pereira las mayores ventas; de ahí deduce graves perjuicios que estima, junto con los demás reclamados, en la suma ya indicada de $ 20. 720.00.

La demanda respectiva en que Rahal concretó los perjuicios que sostiene le fueron causados y que ha dado origen al presente recurso, fue propuesta con fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, ante el señor Juez del Circuito en lo Civil de la ciudad de Pereira.

Aceptada, el Juez del conocimiento ordenó correr el traslado correspondiente, dentro del cual Mejía se opuso a las pretensiones del actor, explicando que se había visto obligado a proponer la acción de tenencia del bien arrendado,, por cuanto el arrendatario no se allanó al pago del aumento del precio y el contrato no tenía plazo, ya que el acordado originariamente, estaba vencido. Contrademandó, a su turno, por los perjuicios que le ocasionaba Rahal con la acción que acaba de describirse.

Sentencia de primera instancia

El Juez de primera instancia, considerando que entre las disposiciones citadas en el libelo de demanda, se encuentra el artículo 2341 del C. C., y dados los hechos y la parte petitoria de la misma, estimó que la acción instaurada es la de indemnización de perjuicios por culpa extra-contractual, originada en el abuso del derecho de litigar, específicamente reparatoria de perjuicios. Al entrar el juzgador al fondo de la cuestión, no encontró demostrado tal abuso y terminó declarando "que el demandante carece de derecho para demandar la indemnización de perjuicios por razón de la acción de lanzamiento que el demandado le propusiera y que fue revocada en la segunda instancia". Por lo cual absolvió a Mejía de todos los cargos propuestos.

La sentencia de segunda instancia

Apelada la providencia anterior, los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, donde al final de la actuación de segundo grado, se dictó sentencia con fecha cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, confirmando en todas sus partes la recurrida.

El Tribunal consideró "que la cuestión por expresa petición del demandante se debía contraer única y exclusivamente a estudiar si por "el hecho de haberse cumplido el fallo de lanzamiento dictado por el señor Juez Municipal de la ciudad de Pereira, al demandante en dicho juicio, se le puede deducir culpa, por temeridad, dolo, malicia o intención de causar daño al demandado".

Siguiendo esta orientación, hizo en su sentencia un estudio pormenorizado de los diversos aspectos que presenta el juicio de lanzamiento, conceptuando que si las sentencias que se dictan en tales procedimientos, no son apelables por el demandado sino en el efecto devolutivo, es deber del Juez, aún sin petición de parte, llevar adelante el lanzamiento; concluyendo que la ejecución del fallo por el cual se hizo desocupar a Rahal la cosa

arrendada, obedeció a un acto de la autoridad, el que no puede tenerse como culposo por parte del arrendador Mejía. Y si no fue culposo —dice— en el momento en que se verificó, menos aún podría sostenerse que se convirtió en tal, por razón de la revocación de la providencia que lo dispuso.

Declaró, además, que: "Aún suponiendo equivocada y hasta injusta la sentencia que decretó el lanzamiento de Rahal (cuestión —dice— que no es el caso de examinar en el fallo), era una providencia que debía cumplirse en los términos del artículo 1106 del C. Judicial. La revocatoria que de aquella sentencia hizo el Juez de la segunda instancia, aún suponiéndola acertada y justa (cuestión que tampoco es el caso de examinar aquí), no creó por sí misma derechos para reclamar ante la justicia indemnización de ninguna clase por razón del fallo revocado. De lo contrario, se llegaría a la conclusión inadmisible de que todo el que en definitiva pierde un pleito que ha promovido, queda en la obligación de indemnizar perjuicios al demandado".

El recurso

Contra la decisión anterior, se interpuso en tiempo recurso de casación, por el apoderado del demandante señor Rahal. El negocio ha sufrido el trámite de rigor, y pasa, en consecuencia, a ser resuelto, previas las siguientes consideraciones:

Causales alegadas:

El demandante acusa la sentencia por la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J.... "por ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida, o aplicación errónea; consiste tal violación en apreciación equivocada de la demanda y en falta de apreciación de las pruebas, habiéndose incurrido por el Tribunal en error de hecho que aparece manifiesto en los autos, que generó el error de derecho consistente en violación de ley sustantiva", que señala.

Presenta varios cargos contra la sentencia, los cuales se estudian en su orden, a saber:

Error de hecho en la apreciación de la demanda.

Después de reproducir en su mayor parte los fundamentos del fallo del Juez **a quo** y del Tribunal, deduce el recurrente que en ambas providencias se interpretó indebidamente la demanda, pues se consideró que la acción propuesta tenía como base los perjuicios causados al arrendatario con el lanzamiento decretado y llevado a cabo, a pesar de haberse interpuesto apelación contra la orden de lanzamiento, que culminó con su revocación, cuando en realidad tenía otro origen y otro apoyo. Para el recurrente, tal interpretación de la demanda es errónea y desconoce su verdadera razón, porque es claro —dice— que la indemnización de perjuicios propuesta en este pleito procede "del hecho de haber sido privado el arrendatario de la tenencia de la cosa arrendada, cuando aún estaba vigente el contrato de arrendamiento, sin que sea del caso averiguar o discutir si hay culpa extracontractual en el obrar del arrendador, y si por el hecho de haberse ejecutado el fallo de lanzamiento dictado por el Juez Municipal, según lo expresa el Tribunal, al demandante allí, se le puede seguir acción de perjuicios, por culpa, temeridad, dolo, malicia o intención de causar daño al demandado". En otros términos, sostiene que el Tribunal interpretó mal la demanda, pues entendió el caso del pleito como una acción por culpa extracontractual, cuando en verdad, dice, la instauración se encamina a obtener indemnización de perjuicios por violación de un contrato de arrendamiento, originada en haber privado al arrendatario del goce de la cosa, por medio de un juicio de tenencia del bien arrendado, cuando aún estaba vigente el contrato.

El siguiente párrafo, tomado de la demanda de casación, concreta en definitiva el pensamiento del recurrente:

"Todos estos antecedentes demuestran que el Tribunal erró de hecho en la apreciación de la acción, tal como aparece de manifiesto, según la demanda original y su corrección o enmienda, porque tanto el Juez de la primera instancia, como el Tribunal, partieron de la base de que se trataba, no de una acción procedente de la violación del contrato, sino de simple culpa extracontractual; no de los perjuicios causados en esta violación, sino de los efectos simplemente procedimentales de la sentencia de despojo de que aquí se trata".

"Tratándose, como en efecto se trata, —agrega— de la violación del contrato de arrendamiento que se dice subsistía entre las partes, cuando la demanda de lanzamiento fue instaurada, el Tribunal sentenciador, al acoger la tesis del Juez de primera instancia y confirmar su fallo, dejó de aplicar las siguientes disposiciones: artículos 1602 y 1603 del C. C. y 1982 y 1987, ibídem, estos últimos,

por cuanto el arrendador no mantuvo al arrendatario en el goce de la cosa arrendada".

La Corte considera:

Las obligaciones tienen por fuente inmediata la Ley, o un hecho del hombre (Art. 1494 del C. C.).

Las obligaciones de la segunda especie reposan sobre un hecho lícito, o sobre un hecho ilícito.

En el primer caso, ellas resultan de un contrato o de un cuasi-contrato; en el segundo, de un delito o de un cuasi-delito.

La culpa es de dos clases: contractual, que consiste en el incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato; o extracontractual, llamada también delictual o culpa aquiliana. La extracontractual implica carencia de un vínculo contractual preexistente entre la víctima y el autor del daño.

La forma viciosa y un tanto confusa como se acumularon de manera irregular las dos clases de responsabilidades, la contractual y la extracontractual en una misma demanda, ha dado origen a que la acción propuesta pudiera tomarse en un sentido, o en otro. Argumentos suficientes se hallan en el proceso para sostener la una tesis o la otra. No se puede, pues, afirmar que el Tribunal erró en la interpretación de la demanda, pues los fundamentos de la sentencia que se revisa concuerdan con la tesis que a juicio del juzgador de segundo grado se encamina la acción propuesta: la culpa extracontractual.

Pero aún adoptando la propugnada por el recurrente ante la Corte, la solución del problema conduciría al mismo resultado, por lo que en seguida se expresa:

En efecto: El arrendamiento de cosas expira, al tenor del art. 2008 del C. C., de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente:

".....

2. — Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo".

Vencido el primitivo contrato de dos años y su prórroga por igual tiempo, la Sala encuentra de las pruebas aducidas, que se celebró verbalmente un nuevo contrato en que se estipuló la renta de ciento sesenta pesos mensuales por término indefinido. Es en relación con este nuevo convenio como hay que examinar la violación contractual que se quiere hacer consistir en que el arrendador incumplió su obligación de mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada. Y, acerca de esta cuestión, las pruebas demuestran que tal arrendamiento terminó legalmente por virtud del desahucio que Mejía le notificó a Rahal como consta en la carta de primero de febrero de 1943 que insertó atrás y que vino a los autos en forma legal en copia remitida por la Cámara de Comercio de Pereira.

Tal carta es la participación o desahucio, o sea la noticia anticipada que una de las partes puede dar a la otra para hacer cesar el contrato de arriendo. (Art. 2009, C. C.).

El desahucio es un **derecho** que tienen las partes para no permanecer indefinidamente en un contrato, y es al mismo tiempo una **garantía** que tiende a evitar que la parte que ha recibido la notificación sobre el término del arriendo, sea privada sorpresivamente, ya del goce de la cosa, ya de la renta que en virtud del contrato recibía.

El desahucio proviene de la ley o de la estipulación de las partes. En virtud de la ley, procede el desahucio cuando el tiempo para la duración del arriendo es indeterminado, esto es, cuando no ha sido fijado por convenio de las partes, por el servicio especial a que se destine la cosa arrendada, o por la costumbre. Igualmente, procede en virtud de la ley, cuando se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes y voluntario para la otra. En este caso, la parte que puede hacer cesar el arriendo a voluntad, está, sin embargo, obligada a dar a la otra el desahucio correspondiente (Art. 2011 C. C.).

El **desahucio** es un acto unilateral que produce efecto sin necesidad de que sea aceptado por la otra parte. La aceptación de la parte desahuciada sólo sirve como medio de prueba para acreditar que realmente recibió la notificación.

El desahucio puede ser judicial o extrajudicial. Este último no tiene formalidad alguna prescrita por la ley. Su prueba, en caso de litigio, queda sometida a las reglas generales.

El desahucio o aviso debe darse con la **anticipación** correspondiente para que no cause perjuicios graves a la parte que lo recibe. La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regula los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana o mes, el desahucio será respectivamente de un día, semana o mes, y empezará a correr al mismo tiempo que el próximo período. (Art. 2009 C. C.).

En caso de desahucio, el goce de la cosa por parte del arrendatario y el derecho de percibir la ren-

ta que tiene el arrendador, duran hasta que termine el período del desahucio. En otros términos, durante el período del desahucio subsiste la fuerza del contrato, de ahí que el arrendador pudo percibir los arriendos vencidos sin que tal hecho pudiera tomarse como prórroga tácita del contrato. (Art. 2013 C. C.).

La notificación o desahucio extrajudicial está ampliamente demostrada en este pleito con la copia traída al expediente de la actuación llevada a cabo por los litigantes y el nuevo inquilino de Mejía ante la Cámara de Comercio de Pereira. En memorial dirigido a esa Corporación, las referidas personas sometieron su caso al estudio de aquella institución, y entre los documentos acompañados figura la referida carta, o sea la notificación del desahucio, documentos traídos al juicio en la forma legal. Es decir, se demostró plenamente la notificación previa del arrendatario, del desahucio por el período que regulaba los pagos, precisamente el día en que se iniciaba el nuevo período de un mes, que venció el primero de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

Lo expuesto, es suficiente para concluír que ni aún por el nuevo aspecto de culpa contractual que plantea el recurente, se puede aceptar la existencia de la culpa alegada como fuente de la obligación demandada.

Error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Tomando el recurrente la acción propuesta bajo el aspecto de culpa contractual, deducida a su parecer de la violación del contrato de arrendamiento, endereza su reparo a sostener que no se tuvieron en cuenta las pruebas que establecen la violación del acuerdo de las partes sobre el arrendamiento de los locales en cuestión.

Presenta como elementos de convicción, no estimados o erradamente apreciados por el Tribunal, la copia traída al proceso de la demanda de lanzamiento seguida por Mejía contra su inquilino para obtener la desocupación de sus locales y la contestación dada en su tiempo por Rahal a tal demanda; la copia de las sentencias de primera y segunda instancia en tal asunto; la copia de las disposiciones absueltas por Mejía, a petición de Rahal en el mismo negocio; copia de la providencia del Juez Municipal en que se dispuso restablecer a Rahal en la tenencia del bien arrendado y del cual había sido despojado, y la copia de los contratos de arrendamiento.

Alega el recurrente que el Tribunal sentenciador, al no tener en cuenta las pruebas escritas antes mencionadas, que demuestran a su entender los hechos fundamentales de la acción de perjuicios por culpa contractual, fundada en que el arrendador privó al inquilino del goce de la cosa, violó los artículos 1757, 1758 y 1759 del C. Civil, por cuanto desconoció el valor de las pruebas enumeradas, y los artículos 603, 604, 606, 607, 632, 637, 654 del C. Judicial.

Se considera:

Como se indicó al estudiar el cargo anterior, la demanda da asidero para considerar que el fin propuesto por el actor fue el de obtener el resarcimiento de perjuicios por el abuso del derecho de litigar, con fundamento en haberse entablado inconsultamente un juicio de lanzamiento obtenido, dando la fianza del caso, el cumplimiento de la sentencia que lo decretó, sin esperar la solución de la apelación interpuesta y que fue fallada en el sentido de negar el lanzamiento solicitado.

También se vio que, aún aceptando la interpretación de la demanda en el sentido indicado por el recurrente, "ejercicio de una acción de perjuicios por culpa contractual", no se puede llegar a casar la sentencia, porque como ya se estudió en el cargo anterior, las partes, una vez vencido el contrato primitivo y su prórroga, convinieron en uno nuevo, sin plazo determinado, que dio lugar a que el arrendador le pusiera término desahuciando al inquilino. Desahucio que se efectuó por medio de la carta de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, cuya autenticidad y recibo por parte del inquilino, se demostró plenamente con las copias pedidas durante el juicio a la Cámara de Comercio de Pereria.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

ERRORES DE DERECHO EN CUANTO A LA APRECIACION DE LA ACCION

Errores de hecho en la apreciación de las pruebas demostrativas de los perjuicios causados en la violación del contrato.

Señala como infringidos los artículos 1602, 1603, 1982, 1987 del C. C.

Se considera:

De nuevo cabe repetir que estudiado el problema, como ya se hizo, bajo el aspecto de culpa contractual, se llegó a la conclusión de que, habiendo convenido los contratantes en un nuevo acuerdo sobre el bien arrendado a razón de $ 160 por mes,

sin fijar plazo, el arrendador legalmente pudo ponerle término, desahuciando a su inquilino en la forma en que lo hizo, de lo cual se ha hablado extensamente en este fallo.

En cuanto a la errada interpretación de las pruebas relativas a los daños causados, no siendo el caso de estudiar éstos, sobraría su examen, ya que no hubo violación del contrato de arrendamiento con haber obtenido la desocupación y entrega del inmueble, previo el desahucio requerido.

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 cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario sobre cobro de perjuicios seguido por José Rahal contra Juan Antonio Mejía.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION

La ley 68 de 1946 interpretó con autoridad la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio, y en virtud de la norma interpretativa los bienes adquiridos por las sociedades conyugales antes del 1º de enero de 1933 se entiende que continúan sometidos al régimen anterior, o sea, al previsto en el Código Civil, especialmente en los capítulos 2º, 3º, 4º y 5º del Título XXIII del Libro 4º

La inoponibilidad que respecto de actos dispositivos de bienes sociales había destacado la jurisprudencia con base en el artículo 1871 del C. C. asimilando los efectos de la falta de concurrencia de la cónyuge a los de la venta de cosa ajena, ha perdido toda eficacia y repercusión jurídica, y con fundamento en ella no pueden perseguirse los fines para los cuales sirvió hasta la expedición de la Ley 68; ésta ha restado todo interés a la construcción jurisprudencial en referencia, como quiera que no puede haber colisión entre las interpretaciones de la ley que ésta misma contenga, y las que alcancen los funcionarios judiciales por vía de mera doctrina.

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

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

En la iglesia parroquial de Santa María de Barbacoas contrajeron matrimonio canónico el día quince (15) de mayo de mil novecientos veinticinco (1925) Antonio José Chávez y Blanca Segura; cuatro años más tarde el marido adquirió por compra a Eliseo Bucheli un solar cuya urbanización emprendió, vendiendo algunas fracciones a diversas personas entre ellas a Leoncio Ortíz del Corral quien adquirió una sección por medio de escritura pública número doscientos setenta y cuatro (274) otorgada el cinco de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934); el comprador Ortiz vendió el predio habido de Chávez a Ramón Apraez quien posteriormente falleció. Los cónyuges Chávez-Segura en el año de mil novecientos cuarenta y tres (1943) resolvieron liquidar provisional y extrajudicialmente la sociedad conyugal originada en el matrimonio entre ellos contraído y al efecto otorgaron el siete (7) de agosto del dicho año la escritura pública número cuatrocientos sesenta y nueve (469) en la cual partieron los haberes sociales adjudicando a la mujer, entre otros bienes, el inmueble que su marido había vendido a Ortiz del Corral, y éste a Apraez.

Con el título constituído por esa adjudicación Blanca Segura de Chávez por medio de la demanda inicial de esta litis reivindica contra los sucesores universales de Ramón Apraez la finca de que se viene tratando con base en que el cónyuge dispuso de ella sin intervención de la demandante cuando por ministerio de la Ley 28 de 1932 había perdido la calidad de jefe de la sociedad conyugal, y con ella la de dueño ante terceros de los bienes sociales. Los demandados reconvinieron a su demandante en términos cuya mención es inoficiosa para los fines del recurso. El Juez que desató la primera instancia de este pleito, Segundo Civil del Circuito de Pasto, en sentencia fechada el veintitrés (23) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946) declaró improcedente la acción instaurada por Blanca Segura contra los herederos de Apraez, y absolvió a aquella de la reconvención propuesta por los últimos; apeló de esta solución la demandante principal dando origen al segundo grado del procedimiento el cual finalizó por fallo que el treinta (30) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante el cual se confirmó en todas sus partes la providencia apelada, con costas a cargo del recurrente; éste interpuso casación contra lo así decidido para solucionar la cual se considera:

La sentencia recurrida

El Tribunal, siguiendo los fundamentos de la sentencia de primera instancia, encontró que la

demandante no demostró ser propietaria del bien que pretende reivindicar con título prevalente sobre el de los demandados, comoquiera que la liquidación de la sociedad conyugal practicada por la actora y su marido es inoponible a terceros; desde otro punto de vista, halló que Chávez al vender al causante de los demandados dijo haber adquirido el bien materia del litigio en una división extrajudicial practicada el dieciocho (18) de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), no hallándose demostrada satisfactoriamente la identidad del inmueble pues para ello se acudió a prueba testimonial inadmisible.

El recurso

Tres cargos se aducen contra la sentencia cuya motivación se deja sintetizada: a) transgresión directa del art. 1781, num. 5º del C. C., y del art. 1º de la Ley 28 de 1932 en cuanto, por la dudosa identidad del inmueble, no lo reputó como bien social para los efectos legales; b) quebranto del art. 1759 del C. C. por consecuencia de error en la apreciación de la escritura pública en la cual se recogió la división extrajudicial nombrada por Chávez en el título que otorgó a Ortiz cuando le vendió el inmueble; c) error en la apreciación de las pruebas destinadas a identificar la finca raíz de que se trata, el cual no se aduce como medio de transgresión de precepto alguno.

Este resumen de los cargos, elaborado difícilmente sobre la prolijidad de conceptos vertidos en la demanda de casación, que se asemeja en grado sumo a un alegato de instancia, destaca el único punto de vista que la demandante escogió para fundamentar su acción a saber: que la venta de bienes sociales celebrada por el marido con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, es inoponible al otro miembro de la sociedad conyugal, dejándole así capacitada para reincorporarlo al haber social.

Realmente las circunstancias de hecho que individualizan el caso **sub judice** toman o pierden importancia e incidencia jurídica a la luz de ese concepto, comoquiera que sólo con base en él puede prosperar la aspiración de la demandante, como consecuencia del quebranto de normas que le han dejado a salvo, según ella, el poder jurídico de que se cree asistida.

El quebranto del art. 1781 del C. C., y el del 1º de la Ley 28 de 1932 de que se querella el recurrente, está planteado como directo; la simple enunciación del cargo lo destruye, pues el juzgador de segundo grado no estampó en el fallo concepto alguno que contradiga el texto de tales mandamientos, ni llegó a la solución final haciendo caso omiso de lo preceptuado en ellos; si estimó que el cónyuge Chávez podía disponer libremente del inmueble lo hizo con base en la adquisición de éste con posterioridad a la vigencia de la Ley 28, de tal suerte que introdujo en su examen un elemento de hecho que descarta la posibilidad de la transgresión directa.

Por otra parte el recurrente olvidó que la Ley 68 de 1946 interpretó con autoridad el estatuto expedido en 1932 sobre régimen patrimonial del matrimonio, y que en virtud de la norma interpretativa de los bienes adquiridos por las sociedades conyugales antes del 1º de enero de 1933 se entiende que continúan sometidos al régimen anterior o sea al previsto en el Código Civil, especialmente en los capítulos 2º, 3º, 4º y 5º del Título XXII del Libro 4º De esta suerte ni aún en el caso de que el Tribunal hubiere incurrido en los errores de apreciación probatoria que se proponen como cargos segundo y tercero, podría prosperar el recurso pues aunque se estableciera que la adquisición por parte de Chávez se solemnizó antes de la vigencia de la Ley 28 y con posterioridad a su matrimonio, la vigencia de aquella según la autorizada interpretación del propio legislador no modificó los poderes y facultades que al marido competían sobre los bienes sociales, y, por tanto, podía enajenarlos sin anuencia y sin presencia de la mujer.

La inoponibilidad que respecto de actos dispositivos de bienes sociales, había destacado la jurisprudencia con base en el art. 1871 del C. C. asimilando los efectos de la falta de concurrencia de la cónyuge a los de la venta de cosa ajena, ha perdido toda eficacia y repercusión jurídica, y con fundamento en ella no pueden perseguirse los fines para los cuales sirvió hasta la expedición de la Ley 68; ésta ha restado todo interés a la construcción jurisprudencial en referencia, comoquiera que no puede haber colisión entre las interpretaciones de la ley que esta misma contenga, y

las que alcancen los funcionarios judiciales por vía de mera doctrina.

En tal virtud los cargos no pueden prosperar.

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 el fallo recurrido o sea el proferido en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Sin costas en el recurso por no aparecer causadas.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.

REIVINDICACION

Ha dicho la Corte que "para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan efectos de servir de título traslaticio de dominio del DE CUJUS a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el art. 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión. Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación si la partición misma no ha sido registrada y, al contrario, se cumplen si lo ha sido, porque según el art. 2662 del C. C., la partición que se registra comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se cumple si la registrada fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas. Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos a aquél en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C...." (G. J. Tomo XLIII, p. 169 y 170).

2.—Para que pueda hablarse de error evidente de hecho en la apreciación de una determinada prueba es necesario que la equivocación en que haya incurrido el sentenciador haya sido de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso, bien porque se parta del errado supuesto de que un hecho inexistente o no probado ha sucedido, o de que no ha acontecido uno que realmente se ha producido y está manifiestamente probado en los autos.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 6 de febrero de 1945 ante el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, Efrén y Hernán Osejo Peña, por medio de apoderado, demandaron en juicio ordinario de reivindicación a Mercedes Solarte de Melo para que se declare que los demandantes son dueños, en común y por iguales partes, del predio Pususquer o Helechal, ubicado en el Municipio de Mallama, alinderado como allí se dice, y que, en consecuencia, la demandada, como poseedora de mala fe, está obligada a restituírles el aludido inmueble con sus frutos naturales y civiles, y que, si se oponen, debe pagarles las costas del juicio.

Subsidiariamente se formulan las mismas peticiones de la acción reivindicatoria en favor de la sucesión de la señora María Peña de Osejo, representada por los dos demandantes como sus herederos.

Los actores explican la procedencia de su derecho en la exposición de los hechos que en seguida se compendian:

Manuel Betancourt, dueño por sucesivas adquisiciones, del predio de Pususquer o Helechal que describe la demanda, lo hipotecó a favor de Virgilio Osejo en garantía de dos obligaciones mutuarias según escrituras públicas números 599 y 501 de las Notarías 1ª y 2ª de Túquerres, de 15 de noviembre de 1919 y 1º de septiembre de 1921, respectivamente. Incumplida la obligación y muerto el acreedor Virgilio Osejo, su viuda María Peña

de Osejo, en su nombre y en representación de sus hijos menores y pidiendo para la sucesión de su difunto esposo, demandó ejecutivamente a Betancourt con acción real para el pago de las referidas obligaciones hipotecarias, y en el juicio correspondiente le fue adjudicada, por cuenta del crédito, el fundo Pususquer a la ejecutante Peña de Osejo. Este inmueble, representativo de un crédito del causante Osejo, se hizo figurar en su sucesión y les fue adjudicado, por iguales partes, a sus hijos Hernán y Efrén, los demandantes de esta acción reivindicatoria, según aparece de la escritura de protocolización del juicio sucesorio. En posesión del predio los adjudicatarios, lo vendieron a Mesías, Miguel y Juan Bastidas por escritura Nº 251 de 23 de agosto de 1941, de la Notaría 2ª de Túquerres, compradores éstos que se vieron obligados a abandonar el fundo a fines del año precitado por efecto de los atropellos y actos de violencia que la demandada Mercedes Solarte de Melo ejecutó contra ellos, pretendiéndose dueña del inmueble. Y que por consecuencia de esta situación que les planteó a sus compradores, éstos de común acuerdo con los Osejo Peña y por medio de la escritura Nº 438 de 30 de octubre de 1944, resolvieron su anterior contrato de venta de Pususquer, devolviendo su precio y asumiendo nuevamente la propiedad del inmueble, que ahora reivindican.

Admitida la demanda y legalmente notificada, la demandada se empeñó en atacar el auto admisorio y dejó pasar el término de traslado sin contestarla. Abierto el juicio a prueba con aprovechamiento sólo de la parte actora, surtidos los traslados para alegar y hecha citación para sentencia, el Juzgado del Circuito profirió la primera instancia el 25 de febrero de 1946, en la cual se decretó la reivindicación al tenor de los pedimentos principales de la demanda.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó totalmente este fallo en sentencia de fecha 19 de diciembre de 1946 con que finalizó el segundo grado del juicio a que dio lugar la apelación de la parte demandada, con costas a su cargo.

Coinciden en sus fundamentos las dos sentencias de instancia, y consisten, según la breve y clara exposición del Tribunal, en que con las pruebas aducidas por los demandantes se ha establecido de manera fehaciente y completa la verdad de los hechos fundamentales de la acción, conforme a los cuales se configura la acción de dominio porque los demandantes han probado ser dueños del inmueble singularizado en la demanda y poseído por la demandada, quien "no presentó ni siquiera una probanza para tratar de cohonestar su oposición".

El recurso

Legalmente preparado, se decide hoy el recurso de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia definitiva de segunda instancia la parte demandada, con apoyo en la causal primera del art. 520 del C. J.

"Afirmo en concreto —dice el recurrente— que el fallo es violatorio del art. 946 del C. C., por no haber estimado el Tribunal unas pruebas y por haber incurrido en errores manifiestos de hecho y de derecho al apreciar los documentos que relacionó para deducir que ellos demuestran claramente la propiedad de los demandantes en el terreno disputado".

Dos errores de derecho señala: a) Haber prestado fe a la escritura Nº 70 de 21 de marzo de 1939, de la Notaría 1ª de Túquerres, por medio de la cual se protocolizó el juicio sucesorio de Virgilio Osejo, sujeta a inscripción como toda escritura pública, sin la nota o certificado de haber sido inscrita en la oficina y libro competentes, y b) Haber creído el Tribunal que las hijuelas de adjudicación debidamente aprobadas y registradas, obtenidas en juicio de sucesión, títulos irreprochables de propiedad, que acreditan por sí mismas el derecho de dominio y bastan por sí solas para reivindicar contra terceros poseedores que disputan el dominio del causante y de los causahabientes.

Los errores de hecho los hace consistir el recurrente en haber tenido la referida hijuela como prueba del dominio de los actores estando ella contradicha de un modo evidente por otros documentos del proceso, así: a) La partida matrimonial de Manuel Betancourt y Angelina Solarte; las escrituras 35 y 63 de 8 de agosto y 19 de noviembre de 1919, de la Notaría de Ricaurte, por medio de las cuales la sociedad conyugal Betancourt-Solarte adquirió la propiedad de Pususquer; la partida de defunción de Angelina Solarte y la de nacimiento de Mercedes Solarte hija del primer matrimonio de aquélla; la demanda ejecutiva

contra Betancourt y el acta de remate de esta ejecución del 25 de septiembre de 1925, "documentos éstos que en su conjunto dicen que la finca Pususquer, adquirida en 1919 por la sociedad conyugal Betancourt-Sólarte no ha salido del poder de la actual masa autónoma e ilíquida de esa sociedad; y que en consecuencia, tal inmueble no perteneció jamás a Virgilio Osejo ni pertenece hoy a sus herederos", y b) Partida matrimonial de Virgilio Osejo y María Peña; escrituras números 599 y 501 de 15 de noviembre de 1919 y 1º de septiembre de 1921, Notaría 2ª de Túquerres, contentivas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de Virgilio Osejo a Betancourt; demanda ejecutiva para el cobro de estos créditos hipotecarios y acta de remate de septiembre de 1925, "documentos éstos que apreciados en su conjunto nos dicen claramente que si por el remate aludido la finca Pususquer salió del patrimonio de su dueña la disuelta e ilíquida sociedad conyugal Betancourt-Solarte, entonces esa finca ingresó al patrimonio de la disuelta e ilíquida sociedad conyugal Osejo-Peña, y que en su virtud los demandantes Efrén y Hernán Osejo no han sido, no son, ni tienen por qué ser dueños de tal inmueble a título de herederos de Virgilio Osejo".

La propiedad, pues, del inmueble reivindicado corresponde a la sociedad conyugal Betancourt-Solarte o la Osejo-Peña. La demandada Solarte de Melo es partícipe en la primera universalidad como hija legítima del primer matrimonio de Angelina Solarte y como tal tiene derechos innegables en el predio de Pususquer.

Considera la Sala:

La aludida escritura pública Nº 70, otorgada en la Notaría 11 de Túquerres el 21 de marzo de 1939, introducida al proceso con la demanda, para demostrar con la copia de la hijuela correspondiente, que a los demandantes les fue ajudicada en común la finca de Pususquer en la partición de los bienes de su padre, contiene en su cuerpo copia de la inscripción en el registro de la partición y su sentencia aprobatoria en los libros 1º y de Causas Mortuorias. Llevada la copia notarial a la Oficina de Registro de Túquerres el Registrador le puso una nota que dice "Colombia-Nariño. Registro y Anotación. Túquerres. Abril 7 de 1942. La partición de los bienes quedados a la muerte de quien fue Sr. Dr. Virgilio Osejo y consecuencialmente la adjudicación del inmueble a que se refiere la copia precedente, se halla debidamente registrada a folios 21 v. a 24, 26 a 30, bajo las partidas Nos. 58 y 3 de los libros 1º, Tomo 1º, y de Causas Mortuorias, respectivamente, extendidas con fecha 6 de marzo de 1939. Se refrenda con el sello de la oficina y se entrega al interesado en la fecha al principio apuntada".

En vista de estas constancias procesales carece de razón el cargo de error de derecho en la estimación probatoria del citado instrumento porque no existe ninguna irregularidad en cuanto a su inscripción en el registro que lo inhabilitara como prueba. "Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan efectos de servir de título traslaticio de dominio del **de cujus** a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas motruorias, según el art. 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión. Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación si la partición misma no ha sido registrada y, al contrario, se cumplen si lo ha sido, porque según el art. 2662 del C. C., la partición que se registra comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fénomeno que no se cumple si la registrada fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas. Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que le aproveche, pue si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos a aquél en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los arts. 2653 y 2654 del C. C...." (G. J. Tomo XLIII p. 169 y 170).

No resulta más fundada la acusación por el pretendido error de derecho, consistente en haber creído el Tribunal que la sola aludida hijuela de adjudicación en juicio sucesorio es título bastante para reivindicar contra terceros cuyo derecho se origina en fuente distinta de la propiedad del causante. Sin dejar de advertir que el cargo no puede configurar realmente un error de derecho por-

que la cuestión no se reduce a estimación del mérito del instrumento como prueba o de su intrínseco valor demostrativo, la acusación no es de recibo porque carece de todo fundamento y versa sobre un problema que no plantea la sentencia y cuya actualización es improcedente. El Tribunal, en efecto, no hace partir el dominio que reconoce a los actores sobre el fundo de Pususquer, de la adjudicación que se les hizo en la partición herencial de su padre, sino que lo toma en su verdadera fuente originaria y lo trae, a través de los varios actos jurídicos que enuncia y describe la demanda, hasta hallarlo en su patrimonio configurado y jurídicamente prevaleciente sobre las pretensiones de la demanda. Con la cita de las escrituras públicas que debidamente registradas obran en el expediente —la Nº 35 de 8 de agosto de 1919 de la Notaría de Ricaurte, la 63 de 19 de noviembre del mismo año y la misma Notaría, y la 41 de 16 de noviembre de 1920 de la Notaría de Mallama— tuvo el Tribunal por bien probada la propiedad que Manuel Betancourt tuviera sobre la finca de Pususquer o Helechal. Con los correspondientes instrumentos públicos —escrituras 501 y 599 ya citadas— estimó demostrados los contratos hipotecarios sobre el inmueble con Virgilio Osejo. Con las copias correspondientes del ejecutivo que con acción real y para la sucesión de éste siguió su viuda Peña de Osejo y con la copia auténtica, bien registrada, del acta de remate correspondiente, se probó la adquisición, del citado inmueble por la sucesión de Osejo, en el cual, según se vio, se les adjudicó en común a los demandantes, con las formalidades de la ley.

Tampoco encuentra la Sala los elementos integrantes de los errores de hecho que el recurrente le imputa al Tribunal en la estimación de la referida hijuela de adjudicación en el sucesorio de Virgilio Osejo, "contradicha —según se dice— de un modo evidente por otros documentos del proceso". Bien se sabe que para que pueda hablarse de error evidente de hecho en la apreciación de una determinada prueba es necesario que la equivocación en que haya incurrido el sentenciador haya sido de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso, bien porque se parta del errado supuesto de que un hecho inexistente o no probado ha sucedido, o de que no ha acontecido uno que realmente se ha producido y está manifiestamente probado en los autos. No opera este mecanismo técnico del error de hecho en casación en el caso de estudio, porque la confrontación de la hijuela, demostrativa de la adjudicación en una partición herencial, con las pruebas que agrupa el recurrente, no revela la contradicción demostrativa de un hecho, porque esos documentos miran a situaciones disímiles o proyectan su capacidad probatoria sobre cuestiones o tesis jurídicas distintas. En ningún caso es mero problema de estimación probatoria como causa determinante de una violación de ley sustantiva.

Las tesis del recurrente sobre que los contratos de mutuo hipotecario se celebraron entre la sociedad conyugal Betancourt-Solarte como mutuaria, y la sociedad conyugal Osejo-Peña como mutuante, expuestas en términos artificiosos que no corresponden con la realidad jurídica, para concluír que una de estas sociedades, en su concepto ilíquidas, es el dueño del fundo Pususquer, porque disuelta la primera por muerte de la mujer en 1920, ya el marido no pudo gravar la finca con segunda hipoteca, "ni los acreedores de Betancourt, así fueran hipotecarios y por obligaciones contraídas en vida de Angelina Solarte, pudieron ya perseguir los bienes sociales en manos de Betancourt, como si fueran de él", no tienen apoyo en la ley y carecen de incidencia en el fallo. Por lo que hace al mutuo celebrado por el marido durante la sociedad conyugal con hipoteca de un bien social, el acreedor podía perseguir el cumplimiento de la obligación con la correspondiente acción real, y por lo que hace a la segunda hipoteca, contratada por el viudo con posterioridad a la disolución de la sociedad, mientras tal contrato conserve su validez, nada puede decirse contra la legalidad del título de adquisición por medio del remate que se llevó a cabo en el juicio ejecutivo con acción real para el pago conjunto de las obligaciones de dominio de la demandada Mercedes Solarte de Melo sobre el inmueble reivindicado, aunque se aceptara su participación en la herencia de su madre Angelina Solarte.

Apenas hay que agregar que el último cargo, consistente en que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho por haber omitido la apreciación de las partidas de origen eclesiástico que prueban el matrimonio de Sergio Solarte y Angelina Solarte, la de nacimiento de la demandada como hija de éste, la de defunción de Angelina Solarte y la de matrimonio de Virgilio Osejo y María Peña, tampoco es fundado porque se refiere

a cosas tan desconectadas de la cuestión litigiosa, sin incidencia posible en la decisión de la acción reivindicatoria que no hay base ninguna para afirmar que el Tribunal ha debido someterlas a su consideración y análisis. Ni el recurrente mismo se cuida de decir qué conclusiones favorables podrían desprenderse de la consideración de estas pruebas.

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 Pasto el 19 de diciembre de 1946, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

RECURSO DE REVISION DE UNA SENTENCIA

1.—La norma del artículo 542 del C. J. contiene, como se ve de su texto, dos extremos diferentes, a saber: 1º Que se recobren piezas decisivas detenidas por fuerza mayor, y 2º Que se recobren piezas decisivas detenidas por obra de la parte favorecida.

2.—De la definición que de fuerza mayor trae el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 ha desprendido la jurisprudencia que para que un hecho determinado sea constitutivo de fuerza mayor debe reunir, entre otros, los siguientes caracteres: 1º Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, y 2º 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, y no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa, de ejecutar la obligación.

3.—El recurso de revisión no está configurado y autorizado por el legislador como una nueva instancia del juicio, en donde sea legalmente posible volver a debatir y resolver libremente sobre las cuestiones decididas en la sentencia, sino como un remedio extraordinario que se endereza sí a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, pero sólo cuando oportunamente se alega, concurre y se demuestra alguna de las causales expresas y limitativamente previstas en la ley (artículo 542 del C. C.) como motivo de revisión. Es únicamente después de que se estima legalmente fundado el recurso y se invalida, por consiguiente, el fallo, cuando la Corte puede y debe proceder a dilucidar nuevamente las cuestiones planteadas en el pleito, dictando la sentencia que juzgue arreglada a derecho. En caso contrario, es decir, cuando la causal alegada es infundada, ya porque no se trate precisamente de una de las taxativamente consagradas en la ley o porque aún tratándose de alguna de ellas, no se demuestre en forma plena y completa la totalidad de las circunstancias que la configuran, aquel examen lo veda o impide la fuerza de la verdad legal que por ministerio de la ley conlleva la sentencia ejecutoriada.

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

El doctor Carlos Julio Fonseca Rojas, por medio de apoderado, propuso ante esta Sala recurso de revisión de la sentencia de casación proferida con fecha 26 de junio de 1944, en el juicio ordinario por él promovido ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de esta ciudad contra la Federación Médica Colombiana o Federación Médica Nacional y contra numerosos facultativos que integraban el Comité del Colegio Médico de Cundinamarca durante el período de 1937 a 1939.

Con audiencia de los demandados, o sean la Federación Médica Nacional o Colombiana y los doctores Roberto Franco, José del C. Acosta, Miguel A. Rueda Galvis, Marco Tulio Aguilera Camacho, Gonzalo Reyes García, Pedro Eliseo Cruz, Rafael Barberi y Laurentino Muñoz, se ha tramitado este recurso con el lleno de las formalidades que le son propias, y como ha llegado el momento de decidirlo, a ello se procede mediante las siguientes consideraciones:

Para la revisión solicitada invoca el demandante el numeral 1º del artículo 542 del C. J. y de la parte expositiva de la demanda se destacan los siguientes apartes que concretan el único fundamento utilizable para los fines del recurso:

"Séptimo. — De manera que la única razón que invocó esa Sala de Casación para dictar el fallo cuya revisión os pido, fue la de que en los autos del juicio no se encontraba el cupón a que se hace alusión en el artículo 4º de los primitivos estatutos de la Federación Médica".

"Octavo. — Estas breves consideraciones creo que sean suficientes para que vosotros convengáis conmigo en que la Corte en su sentencia de casación del 26 de junio de 1944 estimó, sin mayor fundamento jurídico, como pieza decisiva, el tal cupón de admisión que no pudo presentar el demandante durante el curso del juicio, cosa que tampoco pudieron hacer los demandados en lo que hacía referencia a su derecho de socios activos de la Corporación. Y que fue falta de esta misma pieza la única en que se apoyó la Corte para negarle al demandante un derecho que había probado y defendido tan brillantemente a todo lo largo y lo ancho de ese accidentado juicio ordinario".

"Noveno. — Esta determinación de la Corte fue la que obligó al demandante doctor Fonseca Rojas a redoblar todo su empeño para que el doctor Emiliano Bonilla Pardo le entregara esos cupones que él retuvo a toda costa durante el curso del juicio en referencia. Y en las pesquisas que hubo de realizar entonces para dar con el paradero del doctor Bonilla Pardo y de los tales cupones se vio obligado a trasladarse a la ciudad de Ibagué, Departamento del Tolima, donde después de largas gestiones obtuvo que el citado doctor Bonilla Pardo le entregara esos cupones referentes al ingreso del mentado demandante al seno de la Federación Médica".

"Apoyándome en estas razones y comprobaciones, os pido que reconoscáis que ese cupón de admisión del demandante doctor Fonseca Rojas en el seno de la Federación Médica Nacional o Colombiana, que hoy presento ante vosotros, no lo había podido allegar él antes a los autos del juicio por fuerza mayor, ya que el tenedor de ellos doctor Emiliano Bonilla Pardo lo retenía en su poder en un archivo que él guardaba en un lugar desconocido (en la ciudad de Ibagué), y que antes de la fecha de la sentencia de casación, proferida por esa Honorable Corte, se había negado a entregarle al demandante".

En la sentencia cuya revisión se solicita dijo la Corte en lo pertinente lo que sigue:

"Para la Sala es evidente, de toda evidencia, que el doctor Carlos Julio Fonseca no ha comprobado en esta litis que hubiera cumplido con lo ordenado por el artículo 4º de los estatutos de la Federación que así dice: .....Artículo 4º Todo federado está en la obligación de conocer los estatutos de la Federación y el Código de Moral Médica Nacional y al ingresar a ella deberá hacer constar, por escrito, que acepta en forma completa y sin excepciones las disposiciones contenidas en los estatutos". .....De acuerdo con este reglamento era indispensable que todo médico que quisiera ingresar a esa asociación debía hacer constar, por escrito, que aceptaba en forma completa y sin excepciones las disposiciones de esos estatutos. Esta condición de expresar por escrito su voluntad de ingresar a la Federación Médica, la consideraron sus fundadores como indispensable, necesaria e ineludible para hacer parte de esa asociación, y por ello expresamente la consignaron en el artículo 4º ya citado de los primitivos estatutos y en el 40 de su reforma".

.....

"Queda establecido que los reglamentos de las corporaciones aprobados por el órgano ejecutivo son la ley que las rige y que ellos son de indispensable aplicación; que tanto el artículo 4º de los estatutos primitivos como el 40 de su reforma, exigían perentoriamente que el médico que quisiese ingresar a la Federación tenía que hacer constar por escrito esta pretensión; que este requisito o solemnidad lo consideró la Federación de primordial importancia, ya que lo estableció en sus reglamentos de manera terminante y repetida".

.....

"Con suma extrañeza nota la Sala la falta de esa probanza por parte del apoderado del demandante, tan diligente y acucioso, porque durante el término probatorio de primera instancia se trajo al proceso la declaración del doctor, Emiliano Bonilla Pardo, de bastante importancia por haber sido él socio fundador de la Federación Médica Nacional".

En seguida se transcribe en la sentencia esa declaración en la cual el doctor Bonilla afirma, entre otras cosas, que el doctor Carlos Julio Fonseca firmó dos cupones para su ingreso en la Federación, los que junto con otros suscritos por varios médicos reposan en su poder, y después dice la Sala:

"A pesar de que esa declaración se recibió en abril de 1940, en segunda instancia no se hizo nada para traer los cupones originales firmados por el doctor Fonseca que existen en poder del doctor Bonilla Pardo según lo afirma éste. Llama también la atención que el doctor Carlos Julio Fonseca no recordara, ni hiciera constar, durante el litigio, ese hecho tan importante y capital de haber firmado los cupones de admisión".

.....

"El doctor Bernardo J. Caicedo que fue nombrado como avaluador de los perjuicios que hubiera podido sufrir el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas por su retiro de la Federación Médica, acompañó a su deposición dos fotos-copias de los cupones suscritos por el doctor Fonseca Rojas para ingresar a la Federación Médica Nacional, como socio ..... Estas copias fotográficas y sus originales, que hubieran tenido un valor decisivo en el pleito, no fueron traídas a los autos con las formalidades legales y por ello le está vedado a la Sala atribuírles valor probatorio alguno..... En el acta de la constitución de la Federación Médica Nacional no aparece el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas como miembro fundador, que si así fuera, para considerarlo como miembro activo de esa corporación no habría necesidad de los requisitos que exigían los estatutos para el ingreso del nuevo socio, de suerte que no habiendo sido fundador de esa entidad el doctor Fonseca Rojas, tocábale, para ingresar a ella, cumplir todos los requisitos establecidos por los estatutos de su fundación".

.....

"En síntesis: los recibos y las declaraciones a que se ha hecho referencia no son indicios necesarios y aun suponiendo que se pudieran graduar de graves y precisos, tampoco demostrarían, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido cual es el que el doctor Fonseca Rojas ingresó a la Federación Médica Nacional por haber llenado todos los requisitos exigidos por los estatutos para la admisión del miembro, ya que no se ha demostrado en el proceso que el demandante hubiera manifestado por escrito su deseo de hacer parte de esa asociación, requisito indispensable señalado por los estatutos de esa corporación para su ingreso a ella".

Finalmente, como consecuencia de las consideraciones transcritas, la Corte infirmó la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá; revocó la de primera instancia, ambas condenatorias de los demandados, y absolvió a éstos de los cargos de la demanda, sin costas.

De lo antes relacionado claramente se observa que el fundamento central de la decisión absolutoria de la sentencia cuya revisión se solicita, se hizo consistir en que el demandante no trajo a los autos la prueba de que hubiera manifestado por escrito su propósito de ingresar a la Federación y aceptar las disposiciones contenidas en sus estatutos, la que, según la sentencia —era la prueba "necesaria e ineludible" de esas circunstancias.

Conviene destacar ahora que el artículo 542 del C. J., en su numeral 1º, autoriza la revisión de una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior, cuando "después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida". Esa norma contiene, como se ve de su texto, dos extremos diferentes, a saber: 1º Que se recobren piezas decisivas detenidas por fuerza mayor, y 2º Que se recobren piezas decisivas detenidas por obra de la parte favorecida.

La presente demanda de revisión se propuso con apoyo exclusivo en el primero de esos dos extremos, y sobre esa base se trabó y se ha tramitado la litis, por lo cual la presente sentencia sólo debe concretarse a decidir sobre esa pretensión, que es la oportunamente deducida por las partes en atención a lo prescrito en el inciso final del artículo 471 del Código Judicial. Por consiguiente, las argumentaciones que el recurrente formula en su alegato de conclusión relacionadas con el segundo de los indicados extremos del artículo 542, no pueden ser materia de la presente decisión, por estar fuera del debate.

Junto con su demanda de revisión el demandante presentó los dos cupones de admisión ya aludidos, y para comprobar la fuerza mayor que afirma le impidió allegarlos oportunamente al juicio ordinario, pidió y obtuvo durante el término probatorio del presente recurso que el doctor Bonilla Pardo se ratificara bajo de juramento en la certificación que con fecha 12 de enero de 1945, le había expedido en Ibagué, en la cual dice, en lo pertinente, lo siguiente: Que en su calidad de socio fundador de la Federación Médica Nacional o Colombiana hizo timbrar a costa suya los cupones que, de acuerdo con los estatutos que él mismo elaboró y que regían a la citada institución, debían firmar los médicos que ingresaran a ella; que esos cupones de ingreso, una vez firmados por los socios de la Federación, los ha conservado siempre en su poder junto con el acta original de fundación y otros documentos relacionados con ese acto, por estimar que él, como fundador y gestor principal de la Federación, es el único que tiene derecho a conservar esos documentos fundamentales, sin riesgo de que puedan ser extraviados o adulterados; que el doctor Fonseca Rojas para su ingreso a la Federación, firmó, en 22 de julio y 3 de noviembre de 1935, los dos modelos de

cupones que el declarante adoptó; que por esas razones el declarante no le había querido entregar antes al médico doctor Fonseca Rojas ni a ninguno otro de los federados, los cupones que acreditan su condición de médicos federados; que únicamente le había permitido al doctor Fonseca Rojas tomar sendas fotoscopias de esos cupones, cosa que ocurrió cuando el perito doctor Bernardo J. Caicedo le exigió que se los mostrara; que movido por la sentencia de la Corte, resolvió atender las repetidas solicitudes del médico Fonseca Rojas para que le entregara esos cupones, los cuales afirma que son los mismos que éste firmó cuando ingreso a la Federación.

Con vista de todo lo anterior pregunta la Sala: ¿constituirá la negativa del doctor Bonilla Pardo en entregarle al doctor Fonseca Rojas los cupones referidos un caso de fuerza mayor que hubiere imposibilitado al último cumplir su obligación procesal como demandante que era de demostrar en el juicio ordinario que oportunamente había manifestado por escrito, al suscribir esos cupones, su propósito de ingresar a la Federación y de aceptar las disposiciones de sus estatutos, que es la solemnidad o prueba básica que la Corte echó de menos en la sentencia mencionada y que motivó la absolución proferida en favor de los demandados? La respuesta negativa a ese interrogante se impone ineludiblemente.

Según la definición que da el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir". De esa definición legal ha desprendido la jurisprudencia que para que un hecho determinado sea constitutivo de fuerza mayor debe reunir, entre otros, los siguientes caracteres: 1º Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, y 2º 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, y no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa, de ejecutar la obligación.

Y es manifiesto que el hecho invocado por el demandante no ostenta ninguno de esos caracteres, que conjuntamente deben concurrir, para que fuera constitutivo de fuerza mayor.

No concurre el primero, porque para el actor no fue imprevisible la negativa del doctor Bonilla Pardo de entregarle los cupones que contenían la manifestación escrita de su deseo de ingresar a la Federación y aceptar la integridad de los estatutos, desde luego que, por el contrario, aquel sabía o conocía, según se desprende de los apartes antes transcritos de la demanda de revisión y de la propia declaración del doctor Bonilla Pardo, traída como demostración del caso fortuito, que él se había negado a entregarle los mencionados cupones. Conocido el hecho, el actor razonablemente debió precaverse en su contra en tiempo oportuno, y lejos de eso, del expediente del juicio ordinario resulta —como se anotó en la sentencia de casación cuya revisión se impetra— que a pesar de que sabía desde la primera instancia, por la declaración rendida en abril de 1940 por el doctor Bonilla Pardo, que en poder de éste se encontraban los cupones que había firmado sobre su ingreso a la Federación, ningún esfuerzo probatorio hizo para traer al proceso ni los cupones originales ni una prueba apropiada tendiente a demostrar que él había hecho la aludida manifestación escrita.

Tampoco concurre el segundo de los citados requisitos, porque la negativa del doctor Bonilla Pardo no colocó al demandante en la imposibilidad absoluta de cumplir con su obligación procesal de dar la prueba de un hecho que la sentencia consideró tan definitivo para la prosperidad de la demanda, ya que bien pudo acudir, y no acudió, a otros recursos que la ley le brindaba con la misma finalidad: proponer una acción exhibitoria, (artículos 298 y siguientes del C. J.); solicitar la práctica de una inspección ocular (artículo 724 ibídem) y pedir copia debidamente autenticada de los cupones (artículo 648 ibídem).

El recurrente alega que por ser Bonilla Pardo un tercero en el juicio y no estar obligado, conforme al artículo 306 del C. J., a exhibir los cupones que dice son de su propiedad, era ineficaz e inócua la acción exhibitoria, y que por ello no la propuso.

Las conjeturas del demandante sobre los resultados prácticos de la prueba, no justifican su abstención de haberla propuesto a su tiempo, por varias circunstancias: porque el doctor Bonilla Pardo, según lo expresa en su declaración, apenas se negaba a entregar los cupones a los federados, para evitar los riesgos de que pudieran extraviarse o ser adulterados, peligros éstos que razonablemente hay que suponer que no le habrían asaltado al exhibirlos ante las autoridades judiciales para que se tomara copia o razón de ellos; porque la actitud del doctor Bonilla Pardo a tra-

vés del juicio no puede tacharse de hostil al demandante, desde luego que declaró en su favor en el proceso y llegó hasta permitirle a éste tomar sendas fotoscopias de esos cupones"; porque lo que establece el artículo 306 del C. J., es que los terceros no están obligados a exhibir documentos privados o correspondencia de su propiedad exclusiva; pero no que no lo están cuando tales documentos no son de su exclusiva propiedad, como ocurre en el caso de autos, y porque, finalmente, al proponer la acción exhibitoria habría logrado cuando menos el actor colocarse en situación de poder invocar con posibilidades de éxito la fuerza que ahora invoca como motivo que le impidió la producción de la prueba.

En tales circunstancias, es manifiesto que el evento invocado por el demandante no es constitutivo de fuerza mayor, y que el recurso, instaurado con apoyo en el primer extremo de la causal 1ª del artículo 542 del C. J., no puede, por tanto, prosperar.

En cuanto a los reparos que hace el demandante tanto en su escrito de demanda como en su alegato de conclusión sobre la ilegalidad de que adolece en su concepto y por diversos aspectos la sentencia de casación proferida por la Corte, debe observarse que el recurso de revisión no está configurado y autorizado por el legislador como una nueva instancia del juicio, en donde sea legalmente posible volver a debatir y resolver libremente sobre las cuestiones decididas en la sentencia, sino como un remedio extraordinario que se endereza sí a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, pero sólo cuando oportunamente se alega, concurre y se demuestra algunas de las causales expresa y limitativamente previstas en la ley (artículo 542 del C. J.) como motivo de revisión. Es únicamente después de que se estima legalmente fundado el recurso y se invalida, por consiguiente, el fallo, cuando la Corte puede y debe proceder a dilucidar nuevamente las cuestiones planteadas en el pleito, dictando la sentencia que juzgue arreglada a derecho. En caso contrario, es decir, cuando la causal alegada es infundada, ya porque no se trate precisamente de una de las taxativamente consagradas en la ley o porque aún tratándose de alguna de ellas, no se demuestre en forma plena y completa la totalidad de las circunstancias que la configuran, aquel examen lo veda o impide la fuerza de verdad legal que por ministerio de la ley conlleva la sentencia ejecutoriada.

En fuerza 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 declara **INFUNDADO** el recurso de revisión de que antes se ha hecho mérito y condena al recurrente, doctor Carlos Fonseca Rojas, en las costas del recurso.

Devuélvase oportunamente el expediente del juicio ordinario al Juzgado de su origen.

Publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio en Ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL. — NULIDADES

y debió apreciar libremente. Además, el Tribunal de conciencia estimó en esa forma las pruebas aducidas ante él, por lo cual la Corte no puede entrar a discriminar la íntima convicción sobre la cual dictó su veredicto.

Por tanto, no prospera la causal segunda invocada.

Causal cuarta. — La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

El memorialista sostiene que por el hecho de no haberse presentado a la audiencia pública el defensor nombrado por el procesado y por haber encomendado, en virtud de decisión del Juez, su defensa a otro abogado, el juicio está viciado de nulidad.

La Corte ha venido sosteniendo que la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio, no proceden en el recurso de casación ni obliga su estudio a la Corte. Pero aquí no se trata de este problema porque el punto controvertido sobre ausencia de defensor durante la audiencia pública no tuvo lugar según lo afirma también el Procurador en la siguiente parte de su vista:

"Además, el hecho alegado por el demandante no alcanza a constituír nulidad.

"En efecto: en el acta de la audiencia aparecen las siguientes constancias:

"Como el defensor del procesado doctor Marino López Lucas, no concurrió, el señor Juez, le nombró como defensor de oficio al doctor Humberto Ardila, quien estando presente aceptó el cargo y fue posesionado legalmente por el señor Juez, quien le recibió el juramento de rigor, ante el suscrito Secretario.

"....

"Por segunda vez es concedida la palabra al defensor doctor Humberto Ardila, quien comienza por anotar que acaba de tomar posesión del cargo de defensor de oficio del procesado, en reemplazo del doctor Marino López Lucas, quien no

1.—Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte la de que la causal segunda de casación no es pertinente en los juicios ventilados ante el Jurado, porque cualquier intento de hacer su estudio llevaría al análisis de pruebas que el Jurado apreció y debió apreciar libremente.

2.—La Corte ha venido sosteniendo que la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre dos de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El Tibunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el fallo de cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a José Quintero a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Adolfo Bojacá, providencia contra la cual interpuso el reo recurso de casación.

El señor demandante invoca las causales 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala observa:

Causal segunda. — Mala interpretación de los hechos.

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte, la de que la causal segunda de casación no es pertinente en los juicios ventilados ante el Jurado, porque cualquier intento de hacer su estudio llevaría al análisis de pruebas que el Jurado apreció

concurrió y que no hubo tiempo para estudiar a fondo el asunto".

"En seguida, el doctor Ardila entró a hacer la defensa del procesado, lo cual realizó con gran propiedad presentando a la consideración del Jurado y del Juez todas las razones que favorecían al procesado y haciendo las peticiones del caso.

"Además, al folio 125 del cuaderno primero, se encuentra la notificación personal hecha al defensor doctor López Lucas del auto que señalaba fecha para la audiencia pública. Sin embargo de ello, no concurrió al acto, ni presentó excusa alguna, ni solicitó el aplazamiento de la audiencia.

"En tales condiciones, había lugar a dar aplicación al artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, inciso primero, que dispone: "La no presencia de las partes o de sus apoderados no impedirá la celebración del juicio, pero la asistencia del enjuiciado es obligatoria aun cuando se halle gozando del beneficio de excarcelación".

"De manera que lo que hizo el Juzgado no fue irregular o ilegal; muy al contrario, con un laudable propósito de auxiliar al procesado en su defensa, le nombró un defensor, quien, como ya se vió, cumplió satisfactoriamente su cometido. El Juez había podido, al tenor de la norma transcrita, hacer la audiencia sin defensor, y no por eso el acto era nulo.

"La H. Corte ha optado por la nulidad del juicio cuando la audiencia se hace sin la intervención del defensor, pero siempre que medien motivos justificados de su parte para no concurrir a ese acto trascendental. Mas cuando el defensor, por negligencia suya o espontáneamente, deja de cumplir con su deber, esto es, no estorbándoselo un suceso apremiante o imprevisto que lo prive de llevar la palabra en la audiencia, entonces el caso cambia sustancialmente de aspecto y se hace imperiosa la aplicación del artículo 466 del Código de Procedimiento Penal.

"Si en esta forma no se procediera, la celebración del juicio quedaría al arbitrio de una de las partes, y naturalmente podría acaecer que la defensa no dejara intervenir al Jurado en aquellos casos en que la causa de su cliente fuera muy grave, para lograr así la prescripción de la acción penal.

Pudiera pensarse que al hacer la audiencia sin el defensor en casos de renuencia voluntaria de éste, se vulneran los derechos del acusado y se le vence sin oírlo ante los jueces de conciencia. Pero a ésto se responde que al acusado le queda el camino de pedir el aplazamiento de la audiencia mientras él nombra otro defensor, o el Juzgado le designa uno de oficio.

"Finalmente, cabe anotar, que en este proceso no se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que el juicio se ha seguido con todos los trámites que le son propios, desde luego que el legislador previó clara y expresamente que la audiencia pública se haga cuando el Fiscal y defensor no concurran naturalmente que sin causa justificativa digna de excusa.

"Estas ideas fueron acogidas por la H. Corte en ocasión anterior, diciendo:

"Cuando la falta de asistencia del defensor a la audiencia obedece, no a un motivo justificativo, como enfermedad o calamidad doméstica grave, sino a renuencia o abandono de su deber, no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado.

"Si así no fuera, la celebración del juicio quedaría a la voluntad de los defensores, y no sería difícil a éstos aplazar indefinidamente la terminación de los procesos, con miras a la prescripción de la acción penal". (Sentencia de 9 de julio de 1941. Casación de Pedro Lizcano, por homicidio. GACETA JUDICIAL números 1973 y 1974, página 659).

"De lo dicho aparece que tampoco es aceptable la causal cuarta".

Por las razones expuestas no prospera la causal invocada.

En mérito de las consideraciones hechas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador, NO INVALIDA la sentencia de fecha cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se condenó a José Quintero a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Adolfo Bojacá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SOLICITUD SOBRE CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

Cuando quiera que en un determinado momento el clima social de una ciudad se haya apasionado o por el carácter político del suceso, o por la posición social importante, tanto de la víctima como del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena y ecuánime administración de la justicia.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, octubre seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra Dimas Saavedra Galindo, por el delito de homicidio en la persona de Mariano Carrillo Penagos, adscrito al Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, petición hecha por el doctor Antonio José Uribe Prada, apoderado legal del enjuiciado.

La Sala debe dar su concepto, al tenor del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Uribe Prada, presenta como fundamentos de su petición, los siguientes hechos:

"1.—El proceso abierto en la ciudad de Barrancabermeja por el delito de homicidio en el señor Mariano Carrillo Penagos está radicado en el Juzgado Primero Superior de Bucaramanga. (Fol. 1).

"2.—El suscrito peticionario es el apoderado de Dimas Saavedra Galindo. (Fols. 16 v.).

"3.—Dentro del mismo proceso, junto con Dimas Saavedra Galindo está sindicado como partícipe el doctor Gonzalo Buenahora, médico de profesión, actualmente concejal en ejercicio de Barrancabermeja y Presidente del Cabildo, y jefe político de agitada vida de combate. (Fols. 1, 16 v., 2 y 2 v., 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 10 v.).

"4.—El doctor Gonzalo Buenahora, como jefe político de Santander y en su calidad de caudillo de los obreros, ha librado recias y prolongadas campañas que le han costado peligrosas enemistades y por cuyo motivo dos veces y en distintas ocasiones ha sido herido de muerte, abriéndose por tal motivo contra sus agresores los respectivos procesos criminales que actualmente se encuentran en el Tribunal Superior de Bucaramanga, así: uno, contra Martín Calle por lesiones en el doctor Buenahora, con sentencia condenatoria de primera instancia, apelada por el procesado, y otro contra Fidel Ordóñez, abierto en el Juzgado de Barrancabermeja y trasladado después por el Gobierno al circuito penal de Bucaramanga, con auto de proceder que fue apelado por el procesado. (Fols. 32 y 32 v.).

"5.—El doctor Gonzalo Buenahora, capitán de los obreros en sus reivindicaciones sociales, es una de las personas notables que mayor recelo despierta en los sectores de la derecha (conservatismo y liberalismo), pues se le ha considerado siempre como comunista.

"6.—El doctor Gonzalo Buenahora, en el momento en que se realizó la agresión mortal por Mariano Carrillo Penagos, de la cual se sindica a Dimas Saavedra Galindo, estaba con éste, con el occiso y otros señores de Barrancabermeja, dentro del Hotel Pipatón, departiendo sobre temas políticos que dieron motivo para que la prensa y el público dieran a la muerte del señor Carrillo Penagos un significado de agresión política.

"7.—Dimas Saavedra Galindo, mecánico de profesión, es un hombre sin relieve alguno, que por sí mismo no podría despertar odiosidad pública o social, si no fuera considerado por las gentes, desde el día del homicidio que se le imputa, como servidor incondicional del doctor Gonzalo Buenahora y "guarda-espalda" suyo, y si el acto homicida que se le imputa no hubiera lesionado a familias tan prestantes de la sociedad y la política santandereanas.

"8.—La suerte de Dimas Saavedra Galindo, si así puede hablarse respecto de asuntos **sub-judice,** está íntimamente ligada a la del doctor Gonzalo Buenahora, con relación a los motivos que obrarían contra el doctor Buenahora.

"9.—La muerte del señor Mariano Carrillo Penagos fue justamente deplorada por la sociedad santandereana, como debe serlo la muerte de cualquier hombre distinguido, y así lo reconoció el suscrito apoderado en breve carta dirigida al Director de "Vanguardia Liberal" para rectificar informaciones torcidas y exageradas que sin razón alguna dañaban la verdad y perjudicaban, en consecuencia, y por igual, a Dimas Saavedra Galindo y al doctor Gonzalo Buenahora. (Fol. 21).

"10.—Con motivo de la carta dicha en el punto anterior, donde no puede advertirse ningún empeño polémico, que hubiera sido extemporáneo e imprudente, se publicó en el Nº 8.554 de "Vanguardia Liberal" una carta firmada sin nombre responsable, pero sí con las palabras "Familia Carrillo Penagos", en que, tergiversando los hechos, puesto que se habla de un escrito polémico del abogado, luego de tratar al abogado como un mercenario y de pedirle respeto para lo que nunca ha ofendido, hace el siguiente pronóstico inquietante: "...cuando podría guardar sus pruebas para cumplir a cabalidad su cometido ante los jueces de conciencia, que vive Dios!, sabrán poner en alto los fueros de la justicia. — Del señor Director, respetuosamente, **Familia Penagos".** (Fol. 22).

"11.—La familia Carrillo Penagos está ligada con las familias más sobresalientes de la ciudad, así: con la familia García Cadena, porque el señor Benjamín García Cadena está casado con la cuñada de una sobrina del occiso; con la familia Ordóñez Clavijo, porque el señor Guillermo Ordóñez Clavijo está casado con una sobrina del occiso; con la familia Riascos, porque de esa familia es la viuda del occiso; con la familia Díaz Soler, porque el señor Alberto Díaz Soler es casado con una hermana del occiso; con la familia Valdivieso, porque un hermno del occiso está casado con una señora de esa familia; con los señores García, porque una hermana del occiso está casada con el señor Gonzalo García; con la familia Penagos, para no citar más.

"12.—Dentro de las familias vinculadas con los señores Carrillos Penagos se encuentran quienes en Bucaramanga rectorizan en lo político, lo social, lo económico y lo comercial, puesto que miembros muy eminentes de ella forman parte de las juntas directivas de los bancos, clubs sociales y directorios políticos, siendo por lo tanto influyentes dichas familias.

"13.—Las familias anteriormente dichas se encuentran representadas en el proceso como parte civil por el doctor César Ordóñez Quintero, jefe político de Santander y actualmente Presidente de la Cámara de Representantes, siendo, por lo tanto, tenidas en cuenta las circunstancias que se han dicho, muy poderoso el influjo que se ha ejercido y que se ejercerá mediante la prensa y conversaciones particulares para que, de acuerdo con el pronóstico de la familia ofendida, los jurados sepan "poner en alto los fueros de la justicia", haciéndose imposible en los jurados la libertad de conciencia indispensable para dictar el veredicto, toda vez que en ciudades pequeñas como Bucaramanga, de 70.000 habitantes es absurdo pensar que, dentro de las listas de jurados, integradas por personas de escasa independencia económica y social, siempre interesados en complacer a quienes dominan, o por lo menos, en no disgustarlos, haya siquiera cinco ciudadanos que, porque legalmente no tienen que dar razón de su veredicto, estén en capacidad de libertarse de los compromisos e influencias que se ejercen dentro de un ambiente en que siempre han vivido, donde viven y prosperan a la sombra de inasibles pero actuantes intereses superiores, y donde tendrán que morir dejando su prole expuesta a las mismas debilidades paternas.

"14.—La experiencia ha demostrado la imposibilidad de que en Bucaramanga, como ocurrirá también en otras ciudades de provincia, se haga justicia serenamente por el pueblo, respecto de casos criminales en que haya de por medio intereses de familias prominentes, puesto que si estas familias son las ofendidas se adueña de todos el propósito de escarmentar y, si dentro de ellas se cuenta el procesado, por el contrario, entonces la lenidad ampara todos los corazones.

"15.—En el caso que nos ocupa, desde un principio, con el ánimo de perjudicar al doctor Gonzalo Buenahora, a quien se llamó a indagatoria y cuya captura se decretó, se dió a los hechos una versión desfigurada, atribuyéndosele causas políticas, y la prensa debido a que el doctor Buenahora no había sido detenido se quejó de la impunidad y de la benevolencia judicial para con los criminales. (Fol. 18).

"16.—Para seguridad de que el fallo popular habrá de darse imparcialmente, libre de coacciones y de influjos, es conveniente el cambio de radicación solicitado".

Para probar los hechos enunciados el memorialista presenta los siguientes documentos:

a) Certificado del Juzgado Primero Superior de Bucaramanga sobre radicación del sumario.

b) Certificado y copias de las actas del concejo

de Barrancabermeja, en que consta que el doctor Gonzalo Buenahora es presidente de ese Concejo

c) Copias de la indagatoria del doctor Gonzalo Buenahora, del auto que ordena su captura, de la solicitud de suspensión del cargo de concejal, y de las declaraciones del doctor Soto y del señor Barrero.

d) Certificación de que el doctor Antonio José Uribe Prada es actualmente el apoderado legal de Dimas Saavedra Galindo.

e) Cinco números del periódico **Vanguardia Liberal** en los cuales se observan las informaciones y artículos de carácter apasionado, sobre los sucesos que rodearon la muerte del doctor Carrillo Penagos, y a los cuales se ha referido el peticionario.

f) Declaraciones sobre los hechos que motivan la presente solicitud, dadas por el doctor Julio Sorzano O. actualmente representante a la Cámara; por el doctor Alfonso Camacho Leiva, periodista y jefe de redacción de "El Frente"; por el doctor Alfonso Villalobos Serpa, abogado y ex-Juez del Circuito Civil de Bucaramanga; por el doctor Jorge Sánchez Camacho, actualmente Juez Primero de Instrucción Criminal de Santander; por el señor Rozo Osorio, actualmente Concejal de Bucaramanga y jefe comunista en el Departamento; por el señor Carlos Martínez Peralta, comerciante de la ciudad y alto empleado de J. Glottman.

g) Certificado de que el doctor César Ordóñez Quintero es el representante de la parte civil en el proceso; y

h) Certificaciones del Tribunal Superior de Bucaramanga en las cuales se hace constar la existencia de los procesos en contra de los agresores políticos del doctor Gonzalo Buenahora.

La Sala observa:

Con los documentos presentados por el doctor Uribe Prada, se está revelando que, en efecto, existe en la sociedad de Bucaramanga, un clima propenso a la animadversión en contra del sindicado Saavedra Galindo. De consiguiente, en el momento en que los jueces de conciencia fuesen a dictar su fallo, podría tergiversarse la decisión ecuánime y libre que requieren los fueros de la recta administración de justicia.

El doctor Jorge Sánchez Camacho, Juez Primero de Instrucción Criminal, uno de los varios declarantes, afirma lo siguiente:

"Al punto A): "Mi nombre y apellido son Jorge Sánchez Camacho, soy mayor de edad, vecino de esta ciudad en donde desempeño el cargo de Juez Primero de Instrucción Criminal, estoy identificado con la cédula de ciudadanía número 1992757, expedida en el Socorro y sin generales de la ley con los señores a que me refiero en mi declaración": **Al punto B).** "Yo no conocí a Mariano Carrillo Penagos de vista, pero su familia sí la conozco". **Al punto C):** "Conozco al doctor Gonzalo Buenahora desde hace años y he seguido el curso de su vida política que por cierto es una de las más agitadas que les haya tocado soportar a jefes como él, inclusive en uno de estos años anteriores y a consecuencia de alguna intervención política suya fue agredido a puñaladas en la ciudad de Barrancabermeja por algún exaltado, además en la misma ciudad Gonzalo Buenahora es un capitán de las clases trabajadoras casi siempre en abierta pugna contra los que en el nuevo país llaman "las oligarquías". **Al punto D):** "Me consta que a la muerte del señor Mariano Carrillo Penagos se le interpretó como el resultado de discusiones políticas agrias con elementos conservadores de Barrancabermeja y en las cuales intervino la antipática persona de Gonzalo Buenahora, para algunos, en estas discusiones que ocasionaron la muerte de Mariano Carrillo Penagos". **Al punto E):** "Me consta también que aquí en Bucaramanga el nombre de Gonzalo Buenahora equivale al de un líder casi comunista insoportable para el ala derecha del liberalismo y con mayor razón para los conservadores". **Al punto F):** "La audiencia de Dimas Saavedra autor de la muerte de don Mariano Carrillo Penagos para ser verificada en Bucaramanga ofrece muy serias dificultades por las siguientes razones: porque siendo Dimas Saavedra para muchos "guarda-espalda" de Gonzalo Buenahora los odios que son para Buenahora se reflejan naturalmente en su guarda-espalda señor Dimas Saavedra; segunda: porque dado que la familia Carrillo Penagos ocupa en esta ciudad posición eminente, primero porque es de las únicas que aportan sangre española entre nosotros y segundo porque los miembros de esa familia son personas de la mejor alcurnia política, social y comercial, ya que entre ellos se cuentan personas como el señor Luis Felipe Carrillo que escribe en los periódicos y opina en todas partes, como el señor Díaz Soler, Gerente del Banco de la República en esta ciudad y cuñado de los señores Carrillo Penagos, como el señor Reyes Carrillo, revisor del mismo Banco de la República y uno de los miembros más preciados del Club social del Comercio, como el señor Gonzalo García, persona rica y de recursos que se encuentra viajando por

Europa, considero que los entronques familiares, afinidades en la amistad y en la sangre, conectan, pudiéramos decir, a todos los miembros de esta culta sociedad de Bucaramanga, que pueden ser jurados en ese proceso, a la familia Carrillo Penagos y esto hace peligroso por decir lo menos para la justicia el que la audiencia se verifique en Bucaramanga. **Otro Sí aparte** A): "Repito que es tan numerosa la familia Carrillo Penagos que en todas las actividades encontramos miembros de ella, en la banca: a los nombrados; en el comercio a los señores García Cadena, lo más poderosos de nuestro departamento en esas actividades; en la medicina: el doctor Ordóñez Clavijo; en la ingeniería a los señores Riascos; y en fin, como ya lo he dicho, no hay actividades con las que ellos no tengan relaciones muy cercanas, pero no cualquier clase de relaciones sino las de dirección, consejo y orientación".

En el mismo sentido y con la misma certeza y seriedad, deponen los doctores Julio Sorzano O, Alfonso Camacho Leyva, Alfonso Villalobos Serpa, y los señores Rozo Osorio y Carlos Martínez Peralta.

También obran en la solicitud que se estudia, varios números del periódico "Vanguardia Liberal", de la ciudad de Bucaramanga, en los cuales se debate en artículos candentes y en narraciones apasionadas, los sucesos que rodearon la muerte del doctor Carrillo Penagos. Este factor tiene una indudable importancia en el ambiente social que se va formando para dirigir el criterio de los ciudadanos respecto de un hecho, el cual posteriormente, será sometido a su decisión de conciencia.

De los documentos traídos en la solicitud que se estudia, se desprende que en virtud de los posibles móviles políticos del crimen, y dada la brillante posición social de la víctima, el ambiente social de Bucaramanga, no presta la serenidad suficiente y el ánimo desprevenido que se requieren para el imparcial juzgamiento del procesado Dimas Saavedra Galindo. Cuando quiera que en un determinado momento, el clima social de una ciudad se haya apasionado o por el carácter político del suceso, o por la posición social importante, tanto de la víctima o del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena y ecuánime administración de la justicia.

A este respecto, en jurisprudencia reiterada de la Corte, se ha dicho:

"El ejercicio de la facultad que la ley ha otorgado al Gobierno para variar la radicación de los procesos tiene especial aplicación en aquellos de excepcional gravedad, que han conmovido la opinión pública y que, además, han sido consumados bajo el influjo de las pasiones políticas. En tales condiciones, es conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial en donde ocurrieron los hechos, lo que sin duda fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia. (Acuerdo de 1º de febrero de 1941. G. J., tomo L, número 1964-65, página 567).

También ha dicho la Corte:

"Los documentos allegados revelan que en el distrito judicial donde el proceso se halla, los funcionarios judiciales —y en este caso, agrega la Sala, ellos lo serían los jueces de conciencia— en virtud de la posición social de la víctima y de las circunstancias y móviles del delito, pueden hallarse subordinados a una coacción más o menos extraña, y entonces el organismo del proceso penal, cuyo fin es la verificación de la responsabilidad de los sindicados, no podría garantizar la tutela de la inocencia y de la libertad común; riesgo éste que produce una excepción a las normas de la competencia judicial territorial y un derecho que ejercita el funcionario o la presunta víctima del riesgo, al cambio de radicación que técnicamente es un desplazamiento a la jurisdicción territorial. (Concepto de 1º de octubre de 1942; G. J., tomo LIV, números 1989-90, página 184).

En virtud de todas las consideraciones expuestas, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso en contra de Dimas Saavedra Galindo.

Cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS DENUNCIOS CONTRA LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DEL TRABAJO

Ni el artículo 163 de la Constitución Nacional, impuesto por el Acto Legislativo Nº 1º de 1945, ni la ley 6ª de ese mismo año han dicho cuál ha de ser la entidad que haya de juzgar las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados del Tribunal del Trabajo en cualquiera de sus secciones.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El doctor Luis E. Cadavid O., presentó ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, denuncio criminal contra los señores Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca, por irregularidades que según él afirma, fueron cometidas por dichos ciudadanos en el ejercicio de sus funciones.

Antes de darle evasión a la mencionada denuncia, la Corte considera indispensable determinar si tiene competencia para juzgar en única instancia a estos funcionarios, pues, de lo contrario, no siéndolo, resultaría inútil cualquier esfuerzo en este sentido.

La jurisdicción especial del trabajo está instituída constitucionalmente en virtud del canon 163 que dice: "La Ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo y podrá crear tribunales de comercio". Este principio de la Constitución impuesto por el Acto Legislativo número 1º de 1945, fue desarrollado por la ley 6ª del mismo año de 1945 en cuyo Capítulo II se establece y organiza la jurisdicción especial del trabajo, se determinan su satribuciones, el engranaje jerárquico de ella, las condiciones que se requieren para desempeñar esas funciones, el período de su duración, las incompatibilidades, y, en general, las reglas propias de esa justicia laboral. Pero, por parte alguna se encuentra en la Ley disposición que determine por qué entidad habrán de ser juzgadas las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados del Tribunal del Trabajo en cualquiera de sus secciones. Tampoco lo dice, ni podría decirlo la Ley 94 de 1938 anterior a la creación de la justicia especial del trabajo. En tales condiciones, no existiendo norma alguna que atribuya a la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Penal— el juzgamiento de estos funcionarios y, siendo la competencia de orden público, no podría por vía de simple interpretación asignarse la Sala la atribución de juzgar a funcionarios públicos determinados sin expreso mandato de la Ley.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se inhibe de conocer del denuncio formulado ante ella contra los Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca y, en su lugar dispone remitirlo a los señores Jueces del Circuito en lo Penal de Bogotá.

Cópiese, notifíquese al señor Procurador y remítase a los señores jueces del circuito en lo penal de Bogotá.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

REQUISITOS DEL AUTO DE PROCEDER

Del contenido del artículo 431 del C. de P. P. y especialmente de lo que estatuye el numeral 3º se desprende que el Juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el NOMEN IURIS que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso enunciarlo discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son: la apropiación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el Juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia pues, entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características del delito por el cual se ha llamado a juicio en forma genérica, sino que es necesario particularizar en la misma parte motiva del auto las características circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el artículo 363 del C. P. que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esa circunstancia en la providencia enjuiciatoria. De otro modo el auto de proceder resultaría incompleto cuando de la prueba existente hasta ese instante se deduce tal circunstancia. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el artículo 404 del C. P., por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el Juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

Por sentencia de 10 de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a Efraín Ruiz y a Cristóbal Ruiz Ramos, a cumplir la pena principal de tres años de presidio y las correspondientes accesorias, como responsables del delito de robo en bienes de propiedad de los esposos Hernando Parra Lleras y Leonor Suescún de Parra Ll.

Oportunamente recurrió en casación el apoderado de Efraín Ruiz contra la anteriormente mencionada sentencia del Tribunal de Bogotá, invocando en su demanda las causales segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del C. P. P. que la Corte pasa a estudiar en el mismo orden en que se propusieron.

Causal segunda.—Mala interpretación de los hechos.

Por tratarse de un proceso en el cual no tuvo intervención el Jurado, y, de conformidad con conocida Jurisprudencia de esta Sala, procede el examen de la causal segunda propuesta, cuya enunciación y fundamento realiza el apoderado en los términos siguientes:

"El H. Tribunal apreció erróneamente la mayoría de los hechos que figuran en el expediente: unos por darles un valor que no tienen y otros porque les negó su valor legal. Todo lo cual sir-

vió de base para que en la sentencia aparezca aplicado indebidamente el artículo 404 del Código Penal".

En seguida, entra el recurrente a hacer una crítica en torno a la estimación dada por el Tribunal a los diversos elementos de convicción que sirvieron para mover su ánimo en el sentido de declarar la responsabilidad de Cristóbal y Efraín Ruiz. Glosa, en primer término, la orientación que se dió a la investigación por haberse abandonado en ésta la pista que inicialmente y por sospechas presentó la denunciante señora Leonor de Parra Lleras. Afirma también que, habiéndose realizado con anterioridad otro robo en la misma casa de los esposos Parra-Suescún, la violencia observada en la diligencia de inspección ocular sobre la casa y bienes dichos no ha de referirse forzosamente al segundo robo sino al primero. Critica las declaraciones rendidas por Publio Cáceres Flórez y Alfonso González y los informes del Cabo Alfonso Ferro y del agente de la policía Enrique Aldana. Critica igualmente el reconocimiento en rueda de presos por ser los reconocedores conocidos de las personas a quienes reconocieron. De este análisis general de la situación, deduce el demandante que la responsabilidad de los condenados no puede considerarse como establecida a plenitud y concluye afirmando que la sentencia del Tribunal en lugar de revocar la de primera instancia, procedió a agravar la sanción, aplicando en forma indebida los artículos 402 y 404 del Código Penal y el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943.

Se considera:

El día 11 de junio de 1945, la señora Leonor Suescún de Parra, formuló denuncia criminal ante la alcaldía municipal de Suba por dos delitos de robo que se habían realizado con algunos días de diferencia entre ellos, en su casa de campo situada en jurisdicción de Suba. La denunciante hizo recaer inicialmente sus sospechas sobre Herminia Barragán de Forero, Manuel Forero y Josefa Forero manifestando que esas personas habían ya robado en la misma casa. Citó como testigos a Publio Cáceres y Alfonso González. Adelantada la investigación, luego de haberse recibido la declaración de Cáceres y González, verificada la diligencia de inspección ocular al sitio del delito, con fecha 21 del mismo mes de junio, la señora de Parra Lleras amplió su denuncio señalando a Cristóbal y Efraín Ruiz como "coautores del robo por cuanto en poder de ellos se hallaron varios de los objetos que se nos perdieron en nuestra casa y los cuales objetos reconocí ayer mismo al localizarlos el señor Alcalde y la Policía en las casas de aquéllos en el barrio "El Prado".

Efectivamente, los objetos hallados en poder de los hermanos Ruiz, fueron los mismos que habían desaparecido de casa de la denunciante y que tanto ella como los testigos Julia y Alfonso Rosas reconocieron como pertenecientes al menaje de la familia Parra Lleras.

De la diligencia de inspección ocular realizada en el propio sitio donde se consumó el delito se establece sin lugar a duda alguna que los ladrones para penetrar a la casa violentaron las cerraduras de la puerta del costado norte, probablemente para entrar por allí a la casa, arrancando además, una ventana de madera y ejecutando otros actos de fuerza sobre los bienes pertenecientes a la casa robada. Se comprobó, por último, que por estar la casa situada en un paraje aislado, no comprendido dentro del área poblada de Bogotá ni de Suba, a un lado de la carretera que de la capital conduce al Club de "Los Lagartos" y que, por el estado y situación en que se encontraba dicho inmueble tenía la apariencia de no estar habitado por sus moradores. (Fls. 25v. y 27 del cuaderno principal).

Las observaciones formuladas por el recurrente en lo tocante á la imperfección que anota sobre la manera como se desenvolvió la investigación inicialmente, por no haberse agotado ésta en el sentido de averiguar por otros posibles coautores del delito, no hace desmerecer en nada la posición jurídica en que se encuentran los dos hermanos Ruiz por cuanto los indicios de que anteriormente se hizo mención son suficientes para incriminarlos como responsables del ilícito y desde este punto de vista no merece reparo alguno la sentencia del Tribunal. Igualmente, la crítica formulada en lo relativo a la violencia que se ejecutó contra las cosas, es inaceptable, primero, porque los testigos Julia y Alfonso Rosas (Fls. 24v. y 28v.), acreditan suficientemente el estado de seguridad en que se hallaba la casa con anterioridad al segundo robo verificado en ella y por el cual se acusó a Efraín y Cristóbal Ruiz y, además, como lo anota la Procuraduría muy sagazmente, porque sería increíble que los dueños de la casa después del primer robo, la hubieran dejado en situación completa de inseguridad, a puerta abierta y franca para ulteriores depredaciones, máxime, cuando por esos días ellos no la estaban habitando.

En realidad, no hubo una prueba directa que sirviese para comprobar la responsabilidad de Cristóbal y Efraín Ruiz, pero, en cambio, hay una su-

ma de indicios en contra de los mismos, entre los cuales, el más grave, consiste en haber sorprendido en su poder gran parte de los objetos robados sin que ni uno ni otro hubieran explicado de modo satisfactorio la forma de adquisición. Al hacer algunas consideraciones sobre el valor probatorio de los diversos indicios acumulados contra los reos, la Procuraduría emite los siguientes conceptos que la Sala comparte en su totalidad:

"En efecto, la técnica probatoria moderna ha llegado a clarificar el concepto, ya expuesto por viejos expositores de derecho, según el cual todas las pruebas se reducen en último término a la llamada de indicios, porque con la confesión, con los testimonios, con los documentos, con las inspecciones oculares, etc., sencillamente se acepta un hecho determinado para inducir a él otro hecho, o sea, el delito y la responsabilidad de su autor o partícipe.

"Tratándose de las infracciones contra el patrimonio, especialmente del hurto y el robo, el delincuente procede con la mayor cautela y seguridad para burlar la vigilancia de las autoridades y de los particulares y vencer los obstáculos que los últimos ponen en juego para proteger la seguridad de sus bienes. Por eso, en esta materia, la prueba más común es la de indicios, y en su apreciación, los juzgadores gozan de una gran amplitud, a tal punto que si no se descubre un error manifiesto o evidente en los juicios valorativos del sentenciador de instancia, la Corte no puede desconocer la convicción que éste haya adquirido en el análisis de la prueba indiciaria.

"En el presente caso, los indicios que enumera la sentencia están probados y establecen un vínculo causal entre el robo investigado y la participación principal de sus autores, de tal suerte que la responsabilidad deducida a éstos aparece como algo lógico e indudable".

Por los argumentos expuestos se ve que no existe base para casar en razón de la causal segunda, la sentencia recurrida.

Causal tercera.—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Sobre esta materia afirma el demandante lo siguiente:

"En efecto: el auto de proceder de fecha 12 de septiembre de 1945, no trata de las agravantes del artículo 404 del Código Penal, como puede verse al través de todo él, como aparece a los fls. 74 a 83 del cuaderno número 1. En memoriales y autos anteriores al de llamamiento a juicio se habló siempre del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 y 402 del C. P., pero nunca ni en ninguna parte se hizo notar la norma del artículo 404 de la misma obra. Es natural que al haber figurado esto en alguno de los considerandos o resultandos, mi poderdante hubiera podido defenderse de dicho cargo alegando, por ejemplo, la prueba de que la casa de donde desaparecieron los objetos robados no está en despoblado o en abandono".

Se considera:

El artículo 431 del C. P. P. establece la manera de dictarse el auto de proceder y dispone que éste debe dividirse en dos partes: la motiva y la resolutiva. Con respecto a la parte motiva dice el artículo que ésta debe contener: 1º Una narración sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, indicando los nombres de los procesados, sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión, si fueren conocidos; 2º El análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado; 3º La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, **con las circunstancias conocidas que lo especifiquen** (subraya la Corte); 4º El resumen de las peticiones de las partes, y si no fueren aceptadas, las razones por las cuales no se aceptan.

Del contenido de la anterior disposición y especialmente de lo que estatuye el numeral 3º se desprende que el Juez al pronunciar el auto de llamamiento a juicio en la parte motiva debe enunciar jurídicamente el **nomen iuris** que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica naturalmente se desprende de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo, es preciso enunciarlo discriminando a base de las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son, la aprobación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el Juez de instancia, llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia, pues, entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características del delito por el cual se ha llamado a juicio en forma genérica, sino que, es necesario particularizar en la misma parte motiva del auto las características circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se

ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el art. 363 del C. P. que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esa circunstancia en la providencia enjuiciatoria. De otro modo, el auto de proceder resultaría incompleto cuando de la prueba existente hasta ese instante se deduce tal circunstancia. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el artículo 404 del C. P., por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el Juez, condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder.

En el caso que ocupa a la Corte se echa de ver con toda claridad que en el auto de proceder dictado contra los hermanos Ruiz solamente se les llamó a responder por el delito de robo, sin mencionar para nada circunstancia alguna de las previstas por el artículo 404 del C. P. En cambio, el Tribunal sentenciador, a pesar de la omisión que antes se anotó, atribuyó a los condenados su delito con la circunstancia específica de haber realizado el robo en despoblado y sobre esta base aumentó la penalidad. Sobre este particular el señor Procurador Delegado en lo Penal se expresa así:

"Por lo tanto, el objeto de ese auto es el de formularle al responsable el conjunto de cargos que le apareja la investigación, para que él sepa de qué debe defenderse, así como también para que el Juez tenga un derrotero cierto y limitado al imponer las sanciones contra el reo. Sin que esto quiera decir que en el término probatorio del juicio no puedan alterarse las imputaciones específicas consignadas en el enjuiciamiento, ni que el Jurado, en su caso, pueda agregar circunstancias diversas a las allí planteadas.

"En tales eventos, la sentencia tendría que ajustarse a esas situaciones procesales ulteriores, conservando, eso sí, la calificación genérica del delito puntualizada en la parte resolutiva del auto de proceder, que es la inmodificable en el fallo definitivo.

"En el presente caso, leyendo el auto de proceder, que no fue apelado, se encuentra que allí no se le formuló al procesado recurrente el cargo por robo con ninguna de las circunstancias específicas de agravación que contempla el artículo 404 del Código Penal. Según los resultandos y considerandos de esa providencia, el delito imputado a los hermanos Ruiz Ramos fue el de robo común a que alude el artículo 402 ibídem.

"Y como en este juicio hubo término probatorio, síguese que las imputaciones del enjuiciamiento no fueron modificadas en ninguna forma, y que la sentencia del Tribunal debió dictarse de conformidad con ellas. Al salirse dicho fallo de ese derrotero, sin motivo justificativo, se puso en claro desacuerdo con el auto de proceder y la causal tercera alegada, debe prosperar. (Véase Casación de Luis Carlos Bustos y otros. Sentencia de 26 de junio de 1945)".

El numeral 3º del artículo 567 del C. P. P. expresa que es causal de casación de la sentencia el no estar ésta en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Y como ya se ha visto, en este error se incurrió en la sentencia del Tribunal y por lo tanto, es preciso declarar que la causal tercera de casación está comprobada y por esa razón deberá casarse la providencia recurrida.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio.

Afirma el demandante que el procesado Cristóbal Ruiz no fue defendido en la audiencia pública por cuanto el defensor de éste, después de haber renunciado al uso de la palabra por primera vez, en la segunda ocasión se limitó a manifestar: "Solamente pido que se aplique la justicia y que si mi defendido merece pena por los delitos que se le imputan se aplique en todo su rigor". Agrega que de conformidad con la sentencia de esta Corte, se ha declarado la nulidad de procesos en los cuales el acusado, como en el presente caso, no ha sido defendido.

Es verdad que en el año de 1943, la Corte decidió declarar la nulidad de un proceso por falta de defensa del procesado, pero es preciso recordar también que aquella jurisprudencia se refiere a un caso en el cual había intervenido el jurado, no era, pues, de simple conocimiento del Juez de derecho como aquí sucede. Además, por último, no siendo recurrente el señor Cristóbal Ruiz, no podría la Corte de manera oficiosa en-

trar a examinar el cargo sobre nulidad atinente a él porque de esta manera invadiría poderes que la Ley no le ha dado. En consecuencia, la causal cuarta no puede prosperar.

Conclusión

Habiéndose aceptado la validez de la causal tercera y, como por mandato del artículo 570 del C. P. P. le corresponde a la Sala invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, es preciso tener en cuenta que, no pudiéndose aplicar circunstancia alguna que agrave la sanción de Efraín Ruiz, ni existe tampoco en el proceso la comprobación de alguna circunstancia de mayor peligrosidad en su contra, la pena que corresponde aplicarle es la mínima establecida por el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 con el aumento que corresponde conforme a lo dispuesto por el artículo 398 del C. P., que será de dos meses más por coincidir la circunstancia 4ª de esa misma disposición.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º Invalídase la sentencia de fecha 10 de octubre de 1946 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que condenó a Efraín Ruiz a cumplir la pena principal de tres años de presidio y las correspondientes accesorias, por el delito de robo consumado en bienes de propiedad de Hernando Parra Lleras y Leonor Suescún de Parra.

2º Condénase al mismo Efraín Ruiz a cumplir la pena de un año y dos meses de prisión como responsable del delito de robo en bienes de propiedad de las personas expresadas en el punto anterior. En todo lo demás, deja en firme la sentencia recurrida con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el término de catorce meses.

Como hay constancia de que el condenado Efraín Ruiz ha cumplido en detención preventiva la pena señalada en este fallo, se ordena ponerlo inmediatamente en libertad.

Cópiese, notifíquese y publíquese .

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SE INHIBE LA CORTE DEL CONOCIMIENTO DE LA APELACION INTENTADA

Los requisitos especialmente exigidos por el Código para los recursos extraordinarios se basan en la necesidad de distinguirlos completamente de una tercera instancia, pues el principio de las dos instancias es cánon fundamental del derecho procesal penal. Inexistente un tercer grado de apelación, tanto dentro del proceso civil como del penal, es obvio que no puede la Corte conocer de la apelación intentada:

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

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El señor Juez Primero Penal del Circuito de Barranquilla dictó una providencia en la cual se declaraba cesado todo procedimiento en contra del señor Oscar Correa, sindicado de un delito contra la propiedad.

Ese fallo subió en consulta al Tribunal Superior de Barranquilla, competente en segunda instancia, quien tramitó el asunto según el procedimiento ordenado por el artículo 192 del C. P. P. para los autos interlocutorios.

Al responder el traslado que ordena el texto aludido, el señor Agente del Ministerio Público solicitó la nulidad del auto de traslado, pues consideró ese funcionario que la consulta del fallo dictado con base en el artículo 153 del C. P. P., debe tramitarse como sentencia y no como auto interlocutorio.

La Sala negó la solicitud del señor Fiscal Segundo del Tribunal, en una providencia bien razonada y jurídica, de la cual apeló nuevamente el Fiscal. El Tribunal concedió la apelación irregularmente y envió copias del incidente a la Corte para que ésta decida de ese recurso.

La Sala observa:

Dice el artículo 42 de la ley procesal penal:

"La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de los asuntos siguientes:

1º De los recursos de casación y revisión en causas criminales;

2º De los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores;

3º De los recursos de hecho contra los autos en que se le niegue por el Tribunal la concesión del recurso de casación o apelación, en asuntos criminales". .....".

Según lo expresado por el numeral 2º del artículo transcrito, la Sala Penal de la Corte tiene competencia privativa y exclusivamente "de los recursos de apelación en asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores".

El principio de las dos instancias es un canon fundamental del derecho procesal penal. A él están sometidas todas las actuaciones que tengan por objeto la administración de la justicia y para asegurar su cumplimiento, la ley de procedimiento estableció varios recursos que son, por decirlo así, el cauce propio para la revisión, por otro funcionario distinto, de toda instancia penal.

Además, con el fin de salvaguardiar los derechos posiblemente vulnerados en las dos instancias, también estableció el código los recursos extraordinarios de casación y revisión, los cuales tienen su radio de acción perfectamente delimitado por la ley y para los cuales, como su nombre lo indica, se requiere que se produzcan especiales condiciones previamente señaladas.

Los registros especialmente exigidos por el Código para los recursos extraordinarios se basan en la necesidad de distinguirlos completamente de una tercera instancia. Inexistente un tercer grado de apelación, tanto dentro del proceso civil como del penal, resulta exótica la concesión hecha por el Tribunal Superior de Barranquilla de un recurso de apelación para ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso contra Oscar Correa, cuya primera instancia se había agotado ante el Juez del Circuito y la segunda ante el propio Tribunal, sin que se abriera la posibilidad de una tercera instancia ante esta Sala.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se inhibe para conocer de la apelación concedida por el Tribunal Superior de Barranquilla al señor Fiscal 2º de la misma Entidad, del auto de fecha agosto cuatro del presente año, por el cual se niega la nulidad de un traslado como trámite del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE Y VEREDICTO CONTRADICTORIO

La Corte, en reiteradas jurisprudencias, ha distinguido siempre entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, señalándole a cada cual su verdadero contenido. Lo contradictorio es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos su contenido sea igualmente imposible de descifrar porque si se acepta uno el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del Jurado. No importa que uno de los dos pensamientos expresados por el Tribunal de conciencia esté de acuerdo con los hechos probados. Si a continuación, dentro del mismo veredicto, se expresa otro pensamiento que por su simple enunciación contradice, niega, anula lo manifestado en el anterior término, entonces existirá un veredicto contradictorio y, por natural consecuencia, inexistente, esto es, al expresar dos pensamientos que se contradicen toda la decisión del Tribunal de conciencia desaparece.

En cambio, el veredicto contraevidente, o injusto, es el que enunciado en una forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo, está en desacuerdo con los hechos probados en las instancias. En tal forma la decisión del Jurado, aunque lógica, clara, uniforme, armónica, está viciada de injusticia al expresar una decisión contraria a la evidencia de los hechos. En otros términos: la contraevidencia se refiere a los hechos del proceso respecto de la definición del Jurado, mientras que en la contradicción no existe esa relación con el proceso y ella se opera únicamente en los términos de lo que el Jurado decide.

2.—Numerosas veces ha dicho la Sala que la causal segunda no es aplicable en los juicios en que ha intervenido el Jurado, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación, que es el juicio sobre la sentencia, sino también porque su conclusión lógica sería la declaración de los hechos, causal esta eliminada del nuevo estatuto procesal.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— Bogotá, noviembre dieciseis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales, en fallo de fecha diciembre siete de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Eladio Henao Arias a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Aura Rosa Gallego, providencia contra la cual interpuso recurso de casación el defensor del reo.

Llenados los trámites de rigor, el señor apoderado del reo, presentó la demanda de casación.

El señor Procurador ha rendido su concepto legal, por lo cual, la Sala entra a decidir el recurso.

La Sala observa:

El demandante plantea las causales primera, segunda y séptima de casación. Para una mejor ordenación del presente fallo, la Sala estudia en primer término la causal séptima.

Causal séptima.—Veredicto evidentemente contradictorio.

Dice el demandante:

"Lo contradictorio, en último análisis, equivale a lo contraevidente.

"En el lenguaje vulgar, la contradicción existe cuando una misma cosa se aprecia en sentido contrario, esto es, cuando se dice que Pedro bajaba por la calle e inmediatamente después se afirma que Pedro subía por la calle misma.

"Pero lo contradictorio, en la filosofía del len-

guaje, es lo que la inteligencia o los sentidos aprecian en forma distinta a la realidad. Hay contradicción en el enfermo de la vista que aprecia como verde lo que es azul; hay contradicción en el magistrado o juez de conciencia que aprecia como asesinato lo que es simple homicidio con circunstancia de intenso dolor.

".....Conozco múltiples jurisprudencias de la Corte en que se hace distinción entre lo contradictorio y lo contraevidente.

"Pero esas jurisprudencias toman lo contradictorio en el sentido común y ordinario; no desde su fuente, donde, como antes digo, lo contradictorio se confunde con lo contraevidente".

En efecto, como bien lo observa el demandante, la Corte en reiteradas jurisprudencias, ha distinguido siempre entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, señalándole a cada cual su verdadero contenido.

Lo contradictorio es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio, es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos, su contenido sea igualmente imposible de descifrar porque si se acepta uno el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del Jurado.

No importa que uno de los dos pensamientos expresados por el tribunal de conciencia, esté de acuerdo con los hechos probados. Si a continuación, dentro del mismo veredicto, se expresa otro pensamiento que por su simple enunciación contradice, niega, anula lo manifestado en el anterior término, entonces existirá un veredicto contradictorio, y por natural consecuencia, inexistente, esto es, al expresar dos pensamientos que se contradicen, toda la decisión del tribunal de conciencia desaparece.

En cambio, el veredicto contraevidente, o injusto, es el que enunciado en una forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo, está en desacuerdo con los hechos probados en las instancias. En tal forma, la decisión del Jurado, aunque lógica, clara, uniforme, armónica, está viciada de injusticia al expresar una decisión contraria a la evidencia de los hechos. En otros términos: La contraevidencia dice relación a los hechos del proceso respecto de la definición del jurado; mientras que en la contradicción no existe esa relación con el proceso y ella se opera únicamente en los términos de lo que el jurado decide.

En el presente caso, el querellante pretende sostener que un veredicto claro y armónico es contradictorio porque no acepta una de las tesis debatidas en la instancia. En el fondo este cargo es el de injusticia o contraevidencia de los hechos.

En efecto, al jurado se le planteó la siguiente cuestión:

"¿El acusado Eladio Henao Arias, mayor, natural de Victoria (Caldas), vecino del Corregimiento de La Pradera, del mismo Municipio; soltero, agricultor, es responsable de los siguientes hechos: haber dado muerte por medio de lesiones que le ocasionó con arma cortante (barbera) a Aura Rosa Gallego, con propósito de matar, aprovechándose de las circunstancias de indefensión o inferioridad de la víctima, como la insidia, la asechanza y la alevosía, y también con sevicia, lo cual tuvo su cumplimiento en el corregimiento del municipio antes citado, a eso de las nueve de la mañana del día quince de agosto del año de mil novecientos cuarenta y tres?"

"El Jurado contestó por unanimidad: **"Sí"**.

En el auto de proceder se le imputó a Henao Arias el delito de homicidio con circunstancias de asesinato —indefensión, inferioridad y sevicia.

En la sentencia del Tribunal se hizo un análisis completo de las pruebas aducidas, de la sustentación jurídica y de hecho del veredicto, de las tesis planteadas a través del proceso y discutidas en la audiencia pública, estableciéndose la claridad del veredicto y su armonía con los hechos probados en las instancias.

De tal manera, se pregunta, ¿en dónde aparece la "contradicción por lo contraevidente" que le asigna el demandante al veredicto del Jurado en el presente negocio?

Al Tribunal de conciencia se le presentó una cuestión clara, acorde, en la cual se expresaban todos los elementos del delito de homicidio específicamente agravado por las circunstancias allí enumeradas y él simplemente contestó con el monosílabo "Sí". ¿Cómo encontrar contradicción en una simple afirmación? ¿Y cómo sostener la contraevidencia, si ante el Jurado y en la audiencia pública se plantearon por el defensor las tesis del artículo 28 del C. P., y no fueron aceptadas por el Tribunal de conciencia?

De consiguiente, los fundamentos presentados por el demandante para sustentar la causal sép-

tima son inválidos, por lo cual ésta debe rechazarse.

Causal segunda. — El demandante, después de hacer un análisis de los hechos que ocasionaron este proceso, discute la jurisprudencia de la Corte, por la cual se sostiene que la causal segunda no juega en los juicios ventilados ante el Jurado.

La Sala se permite transcribir una de sus reiteradas jurisprudencias, en la cual se analiza jurídicamente el fundamento de su decisión.

"La Corte, es evidente, en la época inicial de la vigencia del nuevo estatuto procesal, aceptó —aunque con restricciones cada vez mayores— la aplicación de la segunda causal de casación con la anómala consecuencia de la declaración de notoria injusticia del veredicto, y fue ésta la doctrina —precisamente— que se acogió en la sentencia de 17 de marzo de 1943 y que hoy, para fundar su demanda, invoca el recurrente.

"Mas posteriormente, después de examen a fondo en relación con el contenido jurídico del recurso y mediante el método interpretativo sistemático, la Corte hubo de revisar tal doctrina desde la sentencia de 3 de noviembre de 1944 (G. J., tomo LVII, números 2010-14, página 742), fundada en razones de oportuna referencia en este fallo.

"El carácter y naturaleza de la casación y el carácter y naturaleza de los juicios en que ha intervenido el jurado excluyen la aplicación de la segunda causal a tales juicios, ya que lo contrario conduciría al ejercicio de dos funciones que no competen a la Corte: primera, la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, hoy privativa de los falladores de instancia (artículos 537 y 554 del C. de P. P.), y segunda, la restauración de una causal excluída de nuestro estatuto, es decir, claramente derogada.

"No puede, en consecuencia, prosperar el recurso fundado en la mencionada causal. (Casación de 1º de febrero de 1946)".

Otra jurisprudencia:

"La causal segunda no es aplicable en los juicios en que ha intervenido el jurado, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación, que es el juicio sobre la sentencia, sino también porque su conclusión lógica sería la declaración de notoria injusticia del veredicto, hoy veredicto contrario a la evidencia de los hechos, causal ésta eliminada del nuevo estatuto procesal'. (Casación de 7 de diciembre de 1945).

Otra jurisprudencia:

"Repite la Corte su doctrina de que en los juicios por jurado no es posible admitir dicha causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del nuevo código de procedimiento. Es éste, por tanto un problema exclusivo de las instancias". (Casación de 17 de agosto de 1945).

Otra jurisprudencia:

"La Corte ha resuelto ya en numerosos fallos que la causal segunda sólo puede invocarse en juicio en que el jurado no interviene, porque pedir que se rectifiquen o valoren de nuevo las pruebas que el jurado ya estimó de acuerdo con su íntima convicción y sin sujeción a tarifa probatoria alguna, admitiendo unas y rechazando otras, sería tanto como llegar a la declaratoria de ser contrario el veredicto a la evidencia de los hechos, lo que es objeto de las instancias y no ha sido erigido como causal de casación en el nuevo código de procedimiento". (Casación de 25 de septiembre de 1945).

Por lo antes expuesto, la causal segunda no prospera.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal.

Esta causal es alegada por el demandante como una consecuencia de las dos anteriores, por lo cual tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual se condenó a Eladio Henao Arias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS. — CUESTIONARIO UNICO PROPUESTO AL JURADO

1.—La Corte ha venido sosteniendo en señalados casos la tesis de que los elementos constitutivos de las circunstancias modificadoras generales o específicas taxativamente enunciadas en la ley deben haber sido planteadas en toda su integridad dentro de la respuesta del Jurado para que al recogerlas la sentencia haga la aplicación penal que sea conducente a cada uno de estos casos. La respuesta del Jurado que simplemente hable de riña deja por fuera un elemento fundamental en este fenómeno modificador de la responsabilidad y de la sanción cual es la imprevisión por parte del provocado a la riña que se suscite entre dos o más personas. En consecuencia, no siendo conforme al estatuto penal vigente la riña, como lo era antes, un hecho de por sí constitutivo de delito, su afirmación simple dentro de un veredicto no quita ni pone al hecho sustancial porque apenas queda como una explicación complementaria de éste.

2.—Según doctrina de la Corte, en virtud del cambio establecido por la ley 4ª de 1943, dentro de la cuestión única no es necesario incluír cada uno de los elementos psicofísicos del delito, puesto que con la sola enunciación de la responsabilidad se llena el cometido de la pregunta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero seis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El doctor Aristides D. Rodríguez, en su condición de apoderado de José de la Cruz Barreto, ha presentado demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, que condenó a su poderdante a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Antonio Salcedo.

Son causales invocadas por el demandante, la primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal

El fundamento alegado para sustentar esta causal consiste en la afirmación de que, al haber contestado el Jurado que José de la Cruz Barreto procedió a matar "en riña", la sentencia pasó por alto esta circunstancia sin dar aplicación a lo preceptuado por el artículo 384 del Código Penal, que establece la circunstancia modificadora de la riña imprevista, haciendo, por tanto, una mala aplicación de la ley penal.

Se considera:

Tiene perfecta razón el señor Procurador Delegado en lo Penal al sostener que la causal invocada de acuerdo con el anterior argumento ha debido ser la que se refiere al desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, o sea, la causal tercera del artículo 567.

En realidad de verdad, la imposición de la pena prevista en el artículo 384 no sería factible si por otra parte el veredicto no hubiera recogido o expresado de alguna manera la circunstancia modificadora de la riña imprevista.

Pero no ocurrió así en éste proceso. La respuesta del jurado afirma la responsabilidad del procesado y admite que el homicidio que se causó en la persona de Antonio Salcedo se produjo en riña. La Corte en señalados casos ha venido sosteniendo la tesis de que los elementos constitutivos de las circunstancias modificadoras generales o específicas taxativamente enunciadas en la ley, deben haber sido planteadas en toda su integridad dentro de la respuesta del Jurado para que la sentencia al recogerlos haga la aplicación penal que sea conducente a cada uno de estos casos. La respuesta del jurado que simplemente hable de riña, deja por fuera un elemento fundamental en este fenómeno modificador de la responsabilidad y de la sanción cual es la imprevisión por parte del provocado a la riña que se suscite entre dos o más personas. En consecuencia, no siendo conforme al estatuto penal vigente, la riña como lo era antes, un hecho de por sí constitutivo de delito, su afirmación simple dentro de un veredicto ni quita ni pone al

hecho sustancial porque apenas queda como una explicación complementaria de éste.

En diversos fallos ha venido expresando la Corte que las circunstancias modificadoras para que tengan validez en cuanto a la aplicación de la sanción pertinente, deben ser especificadas con todos sus elementos integrantes dentro de la respuesta del jurado. Así sucede por ejemplo, cuando se trata de la situación prevista por el artículo 28 del Código Penal, o sea el estado de ira. Si el jurado lo admite, es forzoso que en su respuesta agregue que ha sido éste suscitado por provocación injusta y grave por parte del ofendido, pues el solo reconocimiento del estado de ira sin sus elementos complementarios y fundamentales no alcanza a configurar la circunstancia modificadora.

Además, la sentencia como es sabido, debe acomodarse a la respuesta del veredicto por cuanto éste es el antecedente inmediato de aquélla. El Juez no podría rebasar los límites, ni en pro ni en contra, de lo que el veredicto contiene porque esta actitud sería contraria al derecho e invadiría los fueros puramente morales o de conciencia en que se mueve el jurado.

No puede, por consiguiente, prosperar la causal primera.

Causal segunda.—Mala interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante invoca de modo subsidiario la causal segunda de casación sobre la base de que no se tuvo en cuenta la circunstancia modificadora de la riña imprevista y porque se desechó la legítima defensa alegada por el acusado en su indagatoria.

Se considera:

No podía ser objeto de la sentencia demandada la consideración de la riña imprevista y de la causal de justificación, por cuanto una y otra no fueron consideradas en el auto de proceder. En consecuencia, no hubieran podido formularse en las preguntas sometidas a la consideración del jurado, como no se formularon, ni el jurado por su cuenta consideró estas dos circunstancias. Además, es preciso recordar una vez más la improcedencia de la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el jurado por haberlo dispuesto así la Corte desde el año de 1944 por cuanto si se admitiera, habría que llegar a la declaratoria de veredicto contraevidente, función que por la ley no se le asignó a la Corte dentro del recurso de casación.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio

Para impugnar la sentencia del Tribunal, por este aspecto, el señor apoderado afirma que en el cuestionario propuesto al jurado no se interrogó a éste acerca del elemento psicológico del delito, mejor dicho, nada se dijo sobre el dolo específico de matar, pregunta que era necesaria por haberse sostenido en el auto de proceder que el homicidio fue intencional.

Es evidente que existe en este proceso la omisión a que alude el demandante. Sin embargo, según doctrina de la Corte, en virtud del cambio establecido por la ley 4ª de 1943, dentro de la cuestión única no es necesario incluír cada uno de los elementos psicofísicos del delito, puesto que con la sola enunciación de la responsabilidad se llena el cometido de la pregunta.

A este respecto dijo la Corte:

"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.

"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 un estatuto inspirado en el concepto de la responsabilidad como actividad psicofísica, el hecho o hechos materiales 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 constituyen, la deliberación colectiva y la facultad de reconocer otras distintas de las expresadas en el respectivo cuestionario.

"El nuevo sistema 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..."), 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 háyaseles 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 separada o independiente, 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 aquellas 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 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 haberle 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; pero 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 exclusión del propósito, porque ello equivaldría a una descomposición o división inoportuna y arbitraria del concepto de la responsabilidad, sólo aplicable al hombre porque ejerció como hombre una actividad psicofísica prohibida y sancionada por la ley.

"Decir, por lo tanto, que el sindicado es responsable, como lo reconoció el jurado, de haber dado muerte a la víctima, 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 cualificado o agravado 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". (Casación de Manuel González, de 23 de enero de 1947).

En vista de las consideraciones que antes se han hecho, no prospera la causal cuarta.

De consiguiente, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: No se invalida la sentencia de seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José de la Cruz Barreto, como autor del delito de homicidio en la persona de Antonio Salcedo, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO-ASESINATO. — EL ESTADO DE IRA EN LA EJECUCION DEL DELITO.—CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA PREVISTA POR EL ART. 28 DEL C. P.

1.—Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, a que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del Jurado.

2.—Como tantas veces lo ha repetido la Corte, la circunstancia modificadora prevista por el artículo 28 del C. P. contiene elementos constitutivos que no pueden desintegrarse para admitirla: o se encuentran todos reunidos, o no existe.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

El Tribunal Superior de Manizales, condenó a José María Zuluaga Salazar a la pena de quince años y medio de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio-asesinato realizado en la persona del señor Tomás Sánchez, en sentencia de cinco de octubre de 1946.

El procesado interpuso el correspondiente recurso de casación, el cual fue sustentado por medio de su abogado, doctor Manuel Ocampo, en demanda oportunamente presentada. En el libelo respectivo se invocan las causales de casación primera, segunda, tercera y séptima del artículo 567 del C. P. P. por considerar que la sentencia adolece de graves defectos. Dichas causales serán estudiadas en el mismo orden en que las propone el señor Procurador Delegado en lo Penal, por ser el más adecuado al caso presente.

Causal tercera.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto y, en parte, con el auto de proceder.

Para apreciar exactamente el sentido de la acusación que formula el demandante contra la sentencia, respecto de un desacuerdo entre ésta y el auto de proceder, es necesario primero recordar los antecedentes generales del suceso que culminó con la condenación de José María Zuluaga Salazar.

Conforme a las constancias procesales se advierte que el señor Evelio Sánchez, hijo de Tomás Sánchez, tuvo un encuentro personal con Carlos Emilio Zuluaga, hermano del recurrente José María Zuluaga. En este encuentro resultó herido el señor Evelio Sánchez. Con posterioridad y con origen en ese suceso hubo un nuevo choque entre los mismos contendientes, del cual se originó la muerte de Carlos Emilio Zuluaga. Por tales motivos surgió enemistad profunda entre las familias Zuluagas y Sánchez, y fue ésta la causa para que José María Zuluaga atacara al señor Tomás Sánchez, padre de Evelio, como antes se explicó. El origen inmediato de esta última tragedia (muerte de Tomás Sánchez) lo refieren los testigos afirmando que el procesado José María Zuluaga se hallaba el día 5 de marzo en el sitio denominado "El Crucero", y en las horas de la tarde pasó por allí don Tomás Sánchez en dirección a su casa de habitación. Al verlo, José María Zuluaga se dirigió a él, le pidió trabajo en su finca y de modo súbito lo atacó con arma cortante y de peso (peinilla), en tal forma que el señor Sánchez cayó de su cabalgadura, circunstancia que fue aprovechada para causarle varias heridas que le ocasionaron la muerte.

El señor Juez Segundo Superior de Manizales llamó a Zuluaga a responder en juicio criminal por el cargo de homicidio-asesinato por haber sorprendido a la víctima en estado de indefensión. Así planteada la situación jurídica del procesado, la cual se confirmó por el Tribunal Superior, se sometió, con posterioridad, el siguiente cuestionario al Jurado, en las audiencias respectivas:

"¿El acusado José María Zuluaga Salazar, de veintiocho años de edad, natural y vecino del

Municpio de Neira, soltero y agricultor de profesión, es responsable de los siguientes hechos: haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, al señor José Tomás Sánchez aprovechándose del estado de indefensión e inferioridad de la víctima, por medio de heridas que le abrió con arma cortante y de peso (peinilla), lo que tuvo lugar a eso de las cinco de la tarde del domingo cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sitio denominado "El Crucero", de la comprensión del Municipio de Neira, de este Distrito Judicial?"

La respuesta dada a la anterior cuestión, fue como sigue: "Sí, pero en estado de ira proveniente de hechos anteriores al encuentro con el occiso y ajenos a éste".

Con base en la respuesta anterior, los falladores pronunciaron su sentencia condenando a Zuluaga como responsable de homicidio-asesinato y de acuerdo con el artículo 363 a la pena de quince años y seis meses de presidio, incluída en la computación total la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en la existencia de una condenación anterior por "heridas, golpes y malos tratamientos".

El demandante doctor Ocampo sustenta como fundamento de la causal tercera por él invocada, el siguiente razonamiento:

"El Tribunal erró al interpretar el veredicto, sustituyendo la palabra ira que es un atenuante, por la venganza, que es una circunstancia de asesinato, que ni siquiera se atrevieron a formular en el auto de proceder, pero que acogieron en la sentencia los falladores de instancia, violando en esta forma la ley, pues deducen cargos no formulados en el enjuiciamiento, sólo para justificar la interpretación errónea del veredicto del jurado de conciencia. Se violó, pues, nuevamente la ley quitándole al procesado la atenuación del artículo 28 del Código Penal, y, aplicándole a secas el artículo 363 del C. P.".

Entre la sentencia dictada por el Tribunal de Manizales y el auto de proceder con el cual se inició el juicio criminal, existe una perfecta correspondencia que aleja totalmente la posibilidad de un desacuerdo como lo sostiene el demandante. En efecto: El auto de convocación a juicio plantea al acusado la necesidad de defenderse por la imputación de homicidio en la persona de Tomás Sánchez con la circunstancia concreta de asesinato de "haber aprovechado la indefensión de la víctima para eliminarlo". La sentencia, por su parte, consecuente con la respuesta del jurado, que fue afirmativa tanto en lo atañedero al homicidio como a la circunstancia de asesinato, condena de conformidad con el artículo 363, que regula el asesinato dentro de los límites mínimo y máximo que señala la misma norma. Si habló el Tribunal de venganza o retaliación por parte de Zuluaga, ello obedece a una lógica y natural explicación sobre la génesis del delito y no porque se hubiera hecho una sustitución de términos, ira por venganza, con el objetivo de producir consecuencias jurídicas diversas, pues esto sería injurídico. La realidad de los sucesos de acuerdo con lo demostrado en los autos enseña con claridad que el acometimiento de Zuluaga contra su víctima fue una simple explosión de venganza reconcentrada por los anteriores choques que existían entre las dos familias, que ya se relacionaron.

Por lo demás; la afirmación hecha por el jurado acerca de la existencia de un estado de ira por parte de Zuluaga no alcanzó a configurar, por ningún motivo, la circunstancia modificadora prevista por el artículo 28 del Código Penal, pues la respuesta deja por fuera varios de los elementos constitutivos de ese fenómeno jurídico. El señor Procurador Delegado en lo Penal hace sobre el particular la siguiente consideración que es exacta y que la Corte cree conveniente reproducir:

"En efecto, el artículo 28 del Código Penal dice:

"Cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción".

"Conforme a esta norma y al tenor de los principios doctrinarios en que se inspira, para que el estado de ira o de intenso dolor moral pueda considerarse como una circunstancia modificadora de la responsabilidad, es preciso que concurran los siguientes requisitos:

"1º La existencia de una ofensa.

"2º Que la ofensa sea grave e injusta.

"3º Que la ofensa produzca en la persona provocada un estado de ira o de dolor intenso; y

"4º Que la persona ofendida reaccione y cometa el delito por efecto inmediato o directo de esa perturbación anímica que embarga su psiquismo.

"En tal virtud, entre esas diversas fases de la provocación y el resultado criminoso debe existir una relación causal, un nexo necesario; la ofen-

sa grave e injusta suscita, actual o tardíamente, un estado emocional de ira o de dolor en el provocado, y esa carga emocional o pasional determina la resolución y la acción delictivas.

"Bien entendido que no siempre la reacción criminosa se desborda a raíz de la ofensa, sino algún tiempo después, debido a que la ofensa no ha logrado encender en el temperamento del sujeto provocado las llamaradas de la emoción-cólera. Pero lo que sí es esencial en estos casos es que la resolución surja durante el torbellino de la ira o del dolor moral y que, en esas condiciones, se produzca el homicidio o las lesiones en la persona del injusto provocador. El ímpetu de la ira debe dirigir la decisión y el acto del que obra bajo el impulso de la provocación.

"Ahora bien: en los procesos en que interviene el Jurado, corresponde a éste la calificación de los elementos materiales del delito, los atinentes a la responsabilidad de su autor y las circunstancias modificadoras de la sanción, bien porque estén incluídos en el cuestionario, o porque expresamente los agregue en su contestación. El juez de derecho no puede, por lo tanto, llenar los vacíos que voluntaria o involuntariamente dejen los juzgadores de conciencia, porque eso sería tanto como dictar la sentencia en desacuerdo con el veredicto.

"¿En el presente caso, el tribunal popular reconoció la existencia de la provocación en los términos del artículo 28 del Código Penal? En manera alguna.

"El Jurado, como se ha visto, apenas consagró en su respuesta lo que pudiera llamarse el efecto general de la provocación, o sea el estado de ira que produce, pero omitió lo fundamental de ella para que modifique la responsabilidad, esto es, las causas que la motivaron derivadas de una ofensa grave e injusta. Porque —es bueno repetirlo— lo que en tales eventos atenúa específicamente la responsabilidad no es la mera emoción de cólera o de dolor moral intenso, sino la justa causa de ellos. De lo contrario, todo estado de ira o de dolor serviría para disminuír especialmente la sanción, a pesar de que el motivo determinante que impulsó al acusado a delinquir tuviera el contenido más innoble y antisocial que pueda imaginarse, y una tesis tan peligrosa para el interés público, sería inadmisible.

"Además, el Jurado se abstuvo de reconocer la existencia de la ofensa y las características de ella, no de manera inadvertida, sino con conocimiento pleno de la cuestión".

De todo lo dicho antes se desprende con perfecta sencillez que el jurado no proclamó la existencia de un estado de ira ocasionado por grave e injusta provocación por parte del occiso sino que apenas manifestó que el homicidio se produjo por parte de Zuluaga en estado de ira. Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, a que ese mismo estado se manifieste con el complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado. Sobre estas particularidades la Sala Penal de la Corte se ha pronunciado en diversos fallos, algunos de los cuales reproduce en su parte esencial el concepto emitido en este recurso por el señor Procurador.

No prospera, por consiguiente, la causal tercera.

Causal séptima.—Veredicto evidentemente contradictorio.

Para expresar la idea de que el veredicto es evidentemente contradictorio, sostiene el demandante:

"Hay estado de ira en el procesado por provocaciones anteriores, o hechos anteriores capaces de producirla y el delito se comete por esos motivos cuando se encuentra Zuluaga con Sánchez. ¿Cómo pueden ser ajenos a éste? ¿No es contradictorio? ¿No destruye lo primero lo último o lo último lo primero? ¿Cómo puede producir la ira como causa y razón una cosa, y al mismo tiempo no ser la causa y razón? ¿Un hecho ser y no ser al mismo tiempo?"

Este cargo, expresado en forma bastante ambigua, lo entiende la Sala como una afirmación de que hay contradicción entre los propios términos del veredicto.

Si se examinan las palabras que constituyen el veredicto proferido por el Jurado en el presente asunto, se tienen en él dos partes sustanciales. La primera que declara la responsabilidad del acusado Zuluaga como autor de un delito de homicidio con circunstancia constitutiva de asesinato, y la segunda, que expresa que en la producción de ese hecho el homicida procedió **"en estado de ira proveniente de hechos anteriores al encuentro con el occiso y ajenos a éste".** No puede ser más claro el sentido de esta última frase: la ira que causó la muerte de Sánchez se pro-

dujo por acontecimientos anteriores al encuentro con el mismo sujeto, hechos ajenos a éste, es decir al occiso. En otras palabras, se trata de una explicación que hace el jurado sobre las causas que produjeron la ira de Zuluaga, recalcando enfáticamente que el señor Tomás Sánchez es ajeno por completo a la motivación de esa ira. Como antes se ha estudiado y como tantas veces lo ha repetido la Corte, la circunstancia modificadora prevista por el artículo 28 del C. P., contiene elementos constitutivos que no pueden desintegrarse para admitirla; o se encuentran todos reunidos o no existe. En el presente caso solamente hay uno de los elementos de la circunstancia modificadora: la ira. Pero no basta su sola presencia. Es necesario que ella se haya producido por provocación injusta y grave proveniente del ofendido. De otra manera resultaría que en casi todos los procesos en que interviene la ira como estímulo inmediato de la acción homicida, aunque ella no haya sido suscitada por la víctima, aunque ella no tenga un origen grave ni una causa injusta, constituiría por sí misma una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción, lo que sería inaceptable y gravísimo para ejercitar la defensa del derecho y de la sociedad. No hay, pues, términos antitéticos en la respuesta del jurado en este proceso, ni contradicción alguna que permita por este concepto casar la sentencia.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal.

Esta causal ha sido invocada como consecuencia de las afirmaciones sostenidas a través de la demanda de casación, o sea, la no aplicación del artículo 28 del C. Penal.

Pero ya se ha visto cómo esta tesis resulta insostenible ante la claridad del veredicto proferido, según el cual, Zuluaga es autor de un homicidio con una característica de asesinato. En tal virtud, a los falladores no les quedaba otra solución que la de imponer la pena estatuída para el caso por el artículo 363 del C. P. De tal manera, resulta improcedente también la causal primera de casación.

Causal segunda.—Mala interpretación o apreciación de los hechos.

Son idénticas las razones aducidas por el demandante al sustentar esta causal a aquellas sobre las cuales fundamenta en general toda su demanda, o sea la existencia de la circunstancia modificadora del artículo 28 del C. P. Como ya se ha repetido varias veces, esta tesis es insostenible. Además, en forma reiterada la Corte ha venido afirmando la imposibilidad de casar las sentencias de los Tribunales por motivo de la causal segunda, en los procesos en que interviene el jurado. Sin embargo, una vez más, se transcribirá parte del fallo de primero de febrero proferido por esta misma Sala en lo tocante a esta materia:

"El carácter y la naturaleza de la casación y el carácter y naturaleza de los juicios en que ha intervenido el jurado excluyen la aplicación de la segunda causal a tales juicios, ya que de lo contrario se llegaría al ejercicio de dos funciones que no competen a la Corte: primera, la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, hoy privativa de los falladores de instancia (artículos 537 y 554 del C. de P. P.) y, segunda, la restauración de una causal excluída del nuevo estatuto, es decir, claramente derogada".

En mérito de todas las razones expuestas anteriormente, la Sala Penal de la Corte Suprema, 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, **Resuelve:** No se invalida la sentencia de cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual se condenó a José María Zuluaga Salazar a la pena principal de quince años y seis meses de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio-asesinato de que fue víctima Tomás Sánchez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INIDONEIDAD MORAL PARA RENDIR TESTIMONIO

Resumiendo el estudio hecho por la Sala sobre la inidoneidad moral para rendir testimonio se tiene: Primero: No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos cuándo la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado. Segundo: Siempre que el agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica testimonial. Tercero: Toda declaración en favor de los ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, dada por ellos mismos, puede recibirse y valorarse igualmente a la luz de la crítica establecida en el Código.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en fallo de fecha ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Misael León a la pena principal de nueve años y cuatro meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas José de Jesús Medina y José Espíritu León, respectivamente, providencia contra la cual se interpuso recurso de casación.

Llenados los trámites legales de rigor, el señor apoderado del recurrente doctor Jorge Arenas Calvete, presentó la demanda de casación en la cual invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, solicita se case la sentencia recurrida y en su lugar se condene al procesado a la pena de ocho años y cuatro meses de presidio, pues la causal primera invocada prospera en virtud de la mala aplicación de la ley penal hecha por el Tribunal por cuanto aceptó como probada una circunstancia de mayor peligrosidad, inexistente en el proceso.

La Sala considera:

Las causales invocadas son la primera y segunda de casación sustentadas sobre una misma impugnación de la sentencia, o sea, la errada aplicación de la ley penal, "por cuanto se aplicó una pena mayor que (sic) el mínimo señalado en el artículo 362 del Código Penal, sin tener en cuenta el artículo 39 del mismo, y en cambio por haber sí tenido como aplicable el 36 del mismo código por haber interpretado mal el numeral 3º del artículo 37", según dicho del propio demandante.

La causal segunda queda desechada, pues además de ser fundada en el mismo motivo alegado para la causal primera, su invocación en los juicios ventilados ante el Jurado, no es conducente, como lo ha sostenido repetidamente la Sala.

Los argumentos expuestos por el demandante para cimentar la causal primera, son los siguientes:

"Hubo indebida aplicación en la ley penal por cuanto se interpretó mal en la sentencia el motivo determinante de la acción homicida, considerándolo fútil, y por cuanto no apreció sino el motivo final y no los verdaderos motivos causales, sobre el origen de la demanda y los hechos que la originaron. Se incurrió en error en la sentencia por haber aplicado una sanción mayor de la del mínimo señalado por el artículo 362 del Código Penal, con violación del artículo 39 del mismo, que ordena aplicar el mínimo de la sanción, ocho años en el caso presente para el homicidio, y en su lugar se aplicó erróneamente una sanción mayor, de nueve años de presidio para dicho homicidio, interpretando y aplicando mal el artículo 36 del Código Penal".

Y más adelante agrega: "Si tenemos en cuenta la segunda causal alegada, debemos tener presente que en la aplicación de la ley penal el Juez

de derecho, al aplicarla debe tener en cuenta los hechos que estén debidamente comprobados, conforme a la tarifa legal de pruebas, haciendo la crítica del testimonio en forma correcta, sin descuidar las condiciones personales del testigo, dentro de la órbita que los mismos testigos, cuando son atendibles, señalen en su justo valor, o mejor, en el alcance jurídico de la respectiva declaración. Porque si la respectiva declaración o prueba no tiene el alcance de establecer un hecho, en el caso presente el psicológico del verdadero motivo que llevó a delinquir, puesto que a él se refiere especialmente el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, el Juez no puede dar por probado ese hecho porque de dicha prueba o declaración no aparezca el verdadero motivo. En la aplicación de la ley penal debe haber una relación estrecha que equivalga al grado de certeza entre la prueba y el elemento exigido por la ley como necesario para la sanción o determinación del grado en la penalidad, cosa que no ocurrió en la sentencia respecto del motivo que movió al procesado a delinquir, siendo por tanto casable dicha sentencia, según la petición que hago al principio de esta demanda".

Como se observa, el demandante opina que se tuvo en cuenta por el Juez de derecho, una circunstancia de mayor peligrosidad, la de la futilidad de los motivos, que no está probada.

Para desentrañar el problema, es necesario analizar cómo sucedieron los hechos:

El señor José Espíritu León se presentó a la Alcaldía del Municipio de La Paz (Santander) con el objeto de denunciar a su hermano legítimo Misael León por los siguientes sucesos: El día veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, hacia las cinco de la tarde se presentó en su casa de habitación, en la cual se hallaba en compañía de su esposa Clementina Díaz y de su amigo José de Jesús Medina, su hermano Misael, quien llamó a Medina con el objeto de preguntarle a Medina en tono alterado quién le había hecho dirigir una orden de comparendo ante el Alcalde Municipal. Medina contestó en forma negativa. José Espíritu, quien oía a los interlocutores, se apresuró a manifestar que él había sido el peticionario de tal orden. Ante esta declaración Misael se abalanzó con un bordón y un machete en contra de su hermano, al que le infirió dos heridas. Este a su vez extrajo su peinilla y se defendió ocasionándole al atacante igualmente algunas lesiones. En los momentos en que se verificaba el ataque de Misael, José Espíritu requirió a Medina su ayuda diciéndole que cómo podía dejar que lo ultimaran sin defenderlo; ante esta petición José de Jesús Medina se interpuso entre los contrincantes, recrimando a Misael su actitud y haciéndole ver que José Espíritu se hallaba en su casa pacíficamente. Misael ante esta intromisión dirigió sus ataques contra Medina causándole varias heridas que le ocasionaron casi instantáneamente la muerte. Misael se apartó del lugar de los acontecimientos, terminando en esta forma fatal los sucesos de aquel día.

La versión de los hechos se basa en tres declaraciones. La de José Espíritu León, hermano de Misael; la de su esposa Clementina Díaz y la de la madre de los hermanos León, Rosa María Delgado. Misael León en su indagatoria principia por negar enfáticamente los hechos; posteriormente acepta que sí recibió heridas a manos de su hermano y de Medina, quienes lo atacaron en su casa de habitación, pero sin decir nada respecto de la muerte de éste, al cual pretende desconocer, para después citarlo por su propio nombre.

El punto central de esta casación, o sea la aceptabilidad y valor de las declaraciones de José Espíritu León, Rosa María Delgado y Clementina Díaz, hermano, madre y cuñada del procesado, respectivamente, como base para sustentar una circunstancia de mayor peligrosidad, fue estudiado desde la instancia, por los jueces del conocimiento y controvertido en la audiencia pública.

A este respecto, dijo el señor Juez 2º Superior del Socorro, en su auto de proceder, a folios 54 y siguientes:

"Prohibe el artículo 226 del C. de P. P., que se reciba declaración a una persona contra su consorte, sus ascendientes, sus descendientes y sus hermanos. A pesar de esa regla terminante, el instructor llamó a declarar a la madre y la hermana de Misael León. El Juzgado, respetando la orden legal, dejará de tener en cuenta esas exposiciones en cuanto perjudican al sindicado Misael y sólo las contabiliza para efecto de establecer la presanidad de los ofendidos.

"Pero en ninguna parte ha prohibido la ley que el hermano denuncie a su hermano, cuando ha sido víctima de un delito cometido por éste. De manera que nada prohibe el que se tenga en cuenta la denuncia juramentada que presentó

José Espíritu León, con la cual está encabezada esta instructiva.

"Con base en esa denuncia y en la declaración de Clementina Díaz, esposa de José Espíritu León, se hizo la historia de los hechos que se dejó escrita ya".

Respecto de la crítica de las declaraciones rendidas, afirma el mismo funcionario:

"Misael rindió indagatoria al folio 4. En esa pieza dice que no sabe por qué se le interroga sin juramento, que el día y a la hora de los hechos se hallaba en la casa en compañía de su madre y de su hermana, que no sabe quién mató a José de Jesús Medina, ni quien hirió a José Espíritu, y, acto seguido, da denuncia contra éstos por las heridas que presenta. Cuenta entonces que se hallaba cerca a la casa de José Espíritu —olvidando que había dicho que estaba en la suya— y que salió José de Jesús Medina y lo atacó a machete, hiriéndolo en el cuello; que luego llegó su hermano José Espíritu y le tiró un machetazo por una mano; que esos hechos ocurrieron sin que se cruzaran palabras ningunas y que en seguida se fue para su casa, sin saber cómo resultaron heridos los atacantes. Llevado a reconocer el cadáver de Medina (f .15), asegura que no lo conoce".

"Considerandos:

"Basta comparar el relato de José Espíritu con el de Misael para deducir lógicamente que éste mintió y el otro dijo verdad; José Espíritu hace una historia coordinada, en la cual todos los hechos van teniendo su explicación y sus causas inmediatas; Misael empieza negando todo, luego se contradice sobre el lugar en donde se encontraba, y, por último, cuenta que fue víctima de un ataque inexplicable y que de ese ataque sólo él resultó herido, sin haber, a su vez, lesionado a nadie; con la historia de José Espíritu no se presenta ningún vacío ni ninguna incongruencia; con la de Misael todo es inexplicable; la versión de José Espíritu está en un todo de acuerdo con los hechos comprobados por la pericia médica y con los detalles observados en la diligencia de levantamiento del cadáver; la de Misael falla ante la comparación con cualquiera otra pieza procesal; la de José Espíritu tiene el respaldo de un testimonio que, aunque sea de una persona que tiene lazos muy cercanos a él, es, en todo caso, una declaración rendida bajo juramento; la de Misael no encuentra apoyo en ninguna otra pieza del sumario. El denunciante se hallaba en su casa y en ella ocurrieron los sucesos, luego hay que pensar en que estaba desprevenido; Misael se encuentra en escena fuera de su hogar y entonces incurre en el absurdo de asegurar que se le buscó para atacarlo. José Espíritu no tiene miedo a confesar que hirió a su hermano; Misael se quiere presentar como una víctima indefensa, pacífica, sin acordarse de que sobre el campo quedó un muerto y quedó también otro herido que pregonan su extrema peligrosidad. Misael conocía a Medina y lo cita por su nombre en la indagatoria; ¿por qué, entonces, se niega a reconocerlo cuando ya es cadáver?"

En la audiencia pública el señor Fiscal sostuvo lo siguiente:

"Pero es que aquí está la declaración de la propia madre del sindicado, que confirma lo dicho por José Espíritu León. Yo, en mi vista fiscal, estimé que esta declaración no había necesidad de hacerla valer para estructurar la imputabilidad y la responsabilidad de Misael León, por cuanto que la prueba era abundante y porque además, existe una disposición legal que prohibe recibirle declaración al padre contra el hijo, al hermano contra el hermano. Mas en el caso de autos, es el propio familiar el que derrama sangre hermana, su propia sangre, rompe los lazos que lo unen a la familia. Por eso fue que en el caso de autos la madre tuvo que romper ese vínculo familiar y declaró contra su hijo, para hacer brillar la justicia y castigar a quien de manera tan injusta intenta arrebatar la vida a su propio hermano. He ahí por qué considero que es el caso de hacer valer en esta audiencia la declaración de la propia madre del sindicado".

El veredicto del Jurado fue simplemente afirmativo, aceptando la muerte de Medina a manos de Misael León, como homicidio intencional, e igualmente, las lesiones personales en su hermano José Espíritu León.

Respecto de la apreciación de la pena, se dijo en la sentencia condenatoria, por el Juez del conocimiento:

"El homicidio, conforme lo respondió el Jurado quedá colocado dentro de la categoría de los simplemente voluntarios, o sea el que es sancionado por el artículo 362 del Código Penal.

"Como en el caso presente se trata de dos delitos que se juzgan en un mismo proceso, es aplicable el artículo 33 del C. P.

"El delito de lesiones personales carga con las circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en los ordinales 3º y 4º del artículo 37 del

Código Penal, y el delito de homicidio con la prevista en el ordinal 3º del artículo antes citado.

'Aumentada la pena contemplada por el artículo 362, por la circunstancia de mayor peligrosidad aludida serían nueve años, la que a su vez vendría a ser aumentada, conforme a lo dispuesto por el artículo 33, vendría a ser un total de once años de presidio como pena principal para Misael León".

A su vez, el Tribunal, sobre el mismo tema, dijo lo siguiente:

"El Juzgado consideró acertadamente que el procesado tiene a su favor las circunstancias de menor peligrosidad consistentes en su buena conducta anterior y su falta de ilustración y que lo perjudicial le es la de mayor peligrosidad consistente en haber obrado por motivos fútiles. Por esa consideración señaló para el homicidio la sanción principal de nueve años de presidio, señalamiento que es inobjetable porque está dentro de la facultad concedida por el artículo 39 del C. P.

"A esos nueve años de presidio agregó dos más por el delito de lesiones personales, incurriendo en un error que debe ser corregido por el Tribunal y que consiste en lo siguiente: de conformidad con muy conocida jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la acumulación de que tratan los artículos 31 y 33 del C. P. debe hacerse en tal forma que de ninguna manera resulta impuesta una pena superior a la que correspondería si se sumaran las que fueran aplicables a los dos o más delitos, juzgados separadamente. Esa norma de justa interpretación no fue respetada, porque si se estudian las disposiciones aplicables al delito de lesiones personales, con incapacidad de seis días, se verá que el máximo de pena imponible por ese delito y en este caso sería el de nueve meses de arresto, los que, convertidos a presidio, dan un total de cuatro meses de esta pena (artículos 60, 372 y 379 del C. P.). De manera que la sentencia debe ser modificada, según lo expuesto, en el sentido de rebajar a nueve años y cuatro meses de presidio la sanción principal y al mismo tiempo la accesoria sobre interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas.

"En todo lo demás es legal el fallo de la primera instancia".

Como se observa, en el análisis de la penalidad que debía corresponderle a León, el Juez Superior y el Tribunal sólo trataron muy escuetamente lo referente a la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, sin explicar ciertamente la manera de comprobar la existencia de esa circunstancia.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, hace la crítica del fallo del Tribunal en la siguiente forma:

"En la declaración-denuncia de José Espíritu León y la de su esposa, únicos testigos oculares de los sucesos junto con la madre del procesado, se basa el Tribunal para narrar los hechos en la forma transcrita y para deducir el motivo determinante de la tragedia.

"Pero si esa entidad desechó acertadamente la declaración de la madre del procesado, igual cosa ha debido hacer con la del hermano del mismo, al menos en lo referente al homicidio de Medina, pues así lo prescribe terminantemente el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que no sólo rechaza, sino que prohibe recibir a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos'. Tal prohibición está basada en los más altos intereses humanos para mantener la armonía familiar e impedir que los seres a quienes la naturaleza une por los vínculos de la sangre y aquellos otros ligados por el matrimonio, se vean en el duro caso de traicionar sus sagrados sentimientos afectivos, o de faltar a la verdad quebrantando un juramento. En ese dilema torturante, la ley corta sabiamente la dificultad, prohibiendo recibir declaración a tales personas.

"En esta parte, es, pues, ineficaz la declaración de Espíritu León para demostrar la futibilidad de los motivos de ataque hecho por su hermano Misael a Medina. En consecuencia, sólo queda, como única declaración de cargo, la de la cuñada de Misael, ya que éste, durante todo el curso del juicio, negó su responsabilidad. Además, el defensor, en el acto de la audiencia, apenas llegó a conceder que se trataba de un homicidio efectuado en el curso de una riña imprevista para el procesado.

"Lo primero que hay que establecer con relación al móvil es su existencia, para luégo entrar a calificarlo como fútil o innoble. Tal existencia debe comprobarse plenamente, puesto que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son del resorte exclusivo del Juez de derecho y, por lo tanto, están sujetas a la prueba preestablecida por la ley (arts. 159, 203 y 206 y 499 C. de P. P.).

"En el presente caso, como se ha dicho, sólo re-

sulta atendible la declaración de la cuñada del procesado sobre las modalidades de los hechos criminosos; pero como el testimonio único es prueba incompleta para establecer un hecho, síguese que la calidad antisocial del motivo que impulsara a delinquir al acusado no se halla probada con plenitud.

"En tal virtud, el aumento de la pena que hizo el Tribunal sobre la base de la futilidad del móvil, no tiene fundamento sólido en las constancias procesales, y violó, por lo mismo, los artículos 36 y 39 del Código Penal.

"Lo cual quiere decir que la sanción debe adaptarse en su mínimo tratándose del homicidio, pues respecto de las lesiones la pena de cuatro meses que impuso el Tribunal no fue acatada en casación y debe, por consiguiente, quedar en firme.

"Por el homicidio le corresponde a León ocho años de presidio, de acuerdo con el veredicto del Jurado, a los cuales debe agregarse los cuatro meses aludidos.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que invalide la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que ha sido materia del recurso, y, en su lugar, condene a Misael León a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, más las accesorias correspondientes".

La Sala observa:

La cohesión, la armonía, la solidaridad social estimulan en todo ciudadano el deber de coadyuvar con la justicia al esclarecimiento y represión de los delitos. Sin embargo, para no dejar a la maliciosa o arbitraria decisión de los ciudadanos, indiferentes o temerosos, la averiguación de la verdad, el Estado elevó a la categoría de texto legal, la obligación, para toda persona, de rendir testimonio dentro del proceso penal.

En efecto, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 225 establece lo siguiente: "Toda persona está en la obligación de rendir el testimonio que se le pida en el proceso penal, con excepción de los casos expresados por la ley".

Para obtener un testimonio veraz —la veracidad se presume generalmente— es necesario que el individuo haya visto lo verdadero, esto es, que no se haya engañado al percibir la verdad, y segundo, que después de percibirla, quiera expresarla íntegra y sinceramente, es decir, que no quiera engañar al relatarla. De tal manera, puede no ser verdadero el testimonio de un hombre que quiera decir la verdad, cuando por su incapacidad psicológica o física esté en imposibilidad de apreciar nítidamente los hechos. Puede ser idóneo por deficiencia en la percepción de la verdad, el sordo, o el infante, el miope, etc. Igualmente puede no ser verdadero el testimonio de un hombre que haya percibido exactamente la verdad, pero que quiera engañar al relatarla por conveniencias o fuerzas morales. Es inidóneo moralmente, el testigo que por un deber de afecto familiar o profesional, guarda el secreto de un hecho.

Precisamente porque el Estado puede exigir de modo coactivo a un testigo su declaración, no lleva en su fuerza a compeler a aquellos testigos que por un deber moral se sienten inclinados a callar. El Estado no puede obligar a la inmoralidad. Por tanto establece ciertas excepciones a la regla general de la exigibilidad coactiva del testimonio, cuando quiera que se presentan fuerzas morales que inhiban al declarante para deponer la verdad.

La ley procesal colombiana considera dos clases de indoneidad moral para rendir testimonio y por lo tanto autoriza dos excepciones a la coactividad de la declaración: Primera, la inidoneidad por parentesco y la segunda, la inidoneidad por secreta confidencia.

La inidoneidad moral por parentesco está prescrita en los artículos 226 y 227 del Código de Procedimiento Penal que dicen:

"Artículo 226.—No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos".

"Art. 227.—Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

La inidoneidad moral por secreta confidencia está prescrita en el artículo 228 **ibídem**, que dice:

Artículo 228.—No pueden ser obligados a declarar sobre aqquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1º Los ministros de la Religión Católica o de otro culto admitido en la República, y

2º Los abogados, los consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmaceutas, enfermeros, ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la Ley expresamente les imponga la obligación de informar a la autoridad".

Y el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, que comprende las dos clases aludidas dice:

"Artículo 13.—Nadie estará obligado a dar denuncio contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Tampoco estará nadie obligado a denunciar las infracciones que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que impongan el secreto profesional".

¿Cuál es el contenido de los artículos 226 y 227 del Código de P. P. que se refieren a la inidoneidad moral por parentesco? Los lazos de la familia imponen una serie de deberes y afectos que imprimen sobre el ánimo del pariente un estímulo moral dirigido a disculpar las actitudes erróneas de los suyos, máxime cuando éstas pueden acarrear la sanción de la justicia. Estos deberes de vinculación familiar, son los mejores sustentos de esta institución, base de la sociedad, por lo cual el Estado directamente se halla interesado en protegerlos. A la sociedad, le parece natural, lógico y humano, que un pariente trata por afecto y deber moral de disculpar y ocultar los defectos, hechos, erróneos y acciones delictuosas de sus propios allegados. En tal forma, cuando quiera que la verdad le sea desfavorable, el sujeto se verá impulsado a no expresarla y si se le llegare a obligar, es fácil que la relate engañosamente: Por el contrario si alguien depusiere en contra de un pariente, esa declaración repugna a los sentimientos de nobleza y deber familiar, y antes bien, puede ser sospechosa, porque es posible que pasión de odio o de animosidad sofoquen los instintos naturales de protección a quienes están ligados por lazos estrechos de afinidad o de sangre.

Ante esa consideración el Estado estableció como texto legal la norma de no hacer constreñible el testimonio de los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

De consiguiente, la persona puede tener ordinariamente una voluntad contraria a la verdad, cuando se relaciona con hechos que puedan perjudicar a quienes están atados a él por los lazos familiares. Esta voluntad se funda en un deber moral de tutela de la familia. Si se le obliga a declarar, se le sitúa ante una tremenda disyuntiva: o declara la verdad rompiendo los lazos morales de afecto y solidaridad familiar —acto que la sociedad y el Estado no justifican —o declara una mentira incurriendo en el delito de falso testimonio.

Para no vulnerar aquellos principios el Código estableció el artículo 227, contentivo del cánon 25 de la Constitución Nacional —que dice—: "Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo o contra sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

Esta disposición ampara en primer término, la moral y la condición inherente a la naturaleza humana del instinto defensivo, y, en segundo término, los vínculos respetables que ella comprende prohibiendo que se obligue en materia criminal, correccional o de policía a declarar en contra de sí mismo o en contra de un pariente cercano. No se puede obligar a declarar en contra de sí mismo porque en esta forma se coacciona al declarante colocándolo en una alternativa inmoral: o vulnera los fueros de la verdad para evitar la sanción o expresa esa misma verdad aun cuando vaya en contra del instinto de defensa personal. He ahí la causa por la cual la ley prohibe recibir a todo indagatoriado el juramento que se exige a los demás declarantes.

El contenido del artículo 227, puede explicarse en la siguiente forma: Primero. No se puede obligar a nadie a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuge, tíos, sobrinos, yernos, suegros, nueras, cuñados o primos hermanos. Segundo. Pueden declarar en favor de ellos, con el valor entendido que la ley les atribuye conforme a las reglas de la crítica testimonial por reputarse interesados en favorecer al pariente. Tercero. Si voluntariamente y por propia iniciativa las personas indicadas rinden declaración en contra de alguna o algunas de ellas, tal testimonio también debe analizarse a la luz de la crítica testimonial.

¿Cuál es el sentido del artículo 226 que dice: "No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos?". Como ya se observó, en el texto atrás analizado, en que "nadie podrá ser obligado a declarar en contra..." se incluyen parientes como los suegros, yernos, nueras, tíos, sobrinos, primos y cuñados, ligados por un parentesco menos próximo; si declaran voluntariamente su declaración estará sometida a las reglas de la lógica y de la psicología sobre el testimonio. Pero a la luz del artículo 226, se limita el número de parientes y se agrega un elemento imperativo, cual es el de: "no se recibirá..." nadie declarará contra su consorte, ascendientes, descendientes, o hermanos".

¿Cuál es el significado de ese término imperati-

vo limitado exclusivamente a los parientes próximos de la familia?

Esta norma imperativa de prohibición establecida por la ley procesal se fundamenta en las siguientes consideraciones: A nadie se puede obligar a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermano, por inidoneidad moral (art. 227). Si se le obligare, puede declarar una mentira e incurre en falso testimonio, o puede declarar la verdad y se comete por el Estado un acto inmoral al constreñir al pariente a romper los lazos de solidaridad y protección familiar. Si declara en contra voluntariamente, su testimonio se hace sospechoso de parcialidad, animosidad u odio, porque sólo una pasión de esta índole puede allegar los imperativos del afecto y deber familiar, para perjudicar con su declaración al íntimo miembro de su propia sangre. Igualmente, la ley atiende a una razón de orden político o social. La aplicación de la pena por medio del juicio, tiene también como fin, volver a su antiguo estado la tranquilidad social perturbada por el hecho delictuoso. Por tanto, el gesto de un hombre que en contradicción con todos los deberes morales empujase ante el rigor de la justicia el propio pariente, cercano, repugnaría a la conciencia moral de la sociedad y causaría un escándalo o perturbación, incompatible con el ideal de pacificación y equilibrio social que persigue la administración de la justicia. De consiguiente, estas razones de lógica, humanidad y política, impulsan al Estado a excluír imperativamente la recepción de unos testimonios sobre los cuales están en pugna tan tremendas fuerzas morales, y de los cuales, la crítica testimonial no podría por las mismas dificultades sacar alguna conclusión de veracidad.

Por otra parte, teniendo en cuenta el Legislador que con el hecho de aceptar el Estado la declaración de una persona en contra de su pariente se produciría, en primer término, la conmoción social y política del baldón para la tutela de la familia, y en segundo lugar, la tremenda duda para el juez respecto de la crítica de ese testimonio —por las fuerzas morales en pugna sobre él ejercitadas— resolvió de una vez zanjar el problema decidiendo no aceptar en ningún caso la declaración de la persona en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, o hermanos. En esta situación aunque voluntariamente y en forma espontánea se presente alguno de ellos a rendir testimonio, el funcionario —por mandato imperativo de la ley— está autorizado para rechazarlo, y si, por alguna circunstancia obra en el expediente, deberá carecer de toda eficacia o valor probatorio.

Sin embargo, esta regla admite dos importantes excepciones: a) la declaración-denuncia de una persona cuando sobre ella misma se ha ejercitado la acción criminosa de su propio pariente; y b) la declaración como testigo de una persona cuando un pariente ha ejercitado su acción delictuosa sobre otro pariente, correlativo de ambos.

Es radicalmente distinta la declaración de un pariente, como testigo, a la declaración que él mismo puede dar, en su calidad de ofendido, en contra uno de los suyos. La ley presume que la solidaridad emanada del afecto familiar o del vínculo de sangre, se quebranta ante el ataque del pariente cercano y, por tanto, la inclinación antes existente de faltar a la verdad desaparece ante la ofensa de que se es víctima. Por otra parte, si no se recibiera la denuncia del pariente ofendido por su otro pariente, la Ley —al amparar una condición eminentemente moral: la cohesión familiar— al mismo tiempo establecería un fuero delictuoso, puesto que todos los delitos cometidos en el seno de la familia quedarían sin investigación ni sanción posible, lo cual es inaceptable.

Si éste se predica de la declaración-denuncia del pariente que ha sido víctima, igual cosa debe pensarse de las declaraciones de los otros parientes, cuando la ofensa sobre uno de ellos ha llegado a su conocimiento. La voluntad contraria a la verdad, antes existente para favorecer al pariente, se quebranta ante la actitud delictuosa del propio deudo que ofende al ambiente tutelar de la familia. Entonces los lazos de deber y unidad familiar se rompen y la inhibición para perjudicar desaparece, con el objeto de que sancione al pariente que saltando por sobre los frenos morales del afecto, llega hasta vulnerar el propio núcleo sagrado del hogar.

Tampoco, la ley, en este caso, podría servir de instrumento para amparar la peligrosidad de un sujeto que si rompe los lazos de familia, con mayor facilidad puede demostrar su peligrosidad social, lesionando los derechos de los demás asociados.

Resumiendo el estudio hecho, se tiene: Primero: No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos, cuando la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado. Segundo: Siempre que el

agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos, puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica testimonial. Tercero: Toda declaración en favor de los ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, dada por ellos mismos, puede recibirse y valorarse igualmente a la luz de la crítica establecida en el Código.

Con el objeto de aclarar los conceptos esbozados, la Sala se permite transcribir algunos apartes del estudio que sobre este tema ha hecho el autorizado expositor Nicolás Framarino. Al hablar sobre la valuación del testimonio con relación al sujeto, expresa lo siguiente:

"Para que el hombre, como pide la general presunción de la veracidad humana, narre la verdad que ha percibido, es preciso que no se haya engañado al percibirla, y que no quiera engañar al relatarla. He ahí las dos condiciones que deben darse como inherentes al sujeto del testimonio, y sin las cuales no puede inspirar fe. Para que el testigo, pues, tenga derecho a ser creído, es preciso:

"1º, que no se haya equivocado;

"2º, que no quiera engañar.

"El testigo que, por condiciones intelectuales o sensibles, no puede percibir o percibe falsamente, es **inidóneo** por deficiencia en la percepción de la verdad.

"El testigo que, por condiciones morales, se ve casi fatalmente inclinado a engañar, es **inidóneo** por defecto de la voluntad hacia la verdad...

..."Pasemos ahora a hablar de la segunda categoría de **inidóneos,** de los que lo son por deficiente voluntad de decir la verdad. Son inidóneos en tal concepto todos aquellos que **por un deber moral** se sienten llevados a no decir la verdad. Consideramos como causa de inidoneidad ésta tan sólo en este caso, porque cualquier otro impulso para mentir, no sólo no puede tener igual fuerza, sino que cualquiera que esta sea, puede contraponérsele a la coacción legal, con amenaza de la pena por falso testimonio.

"La solidaridad social suscita en todo ciudadano el deber de acudir como conviene, al auxilio de cosa tan importante para la tranquilidad de todos, como la supresión del delito por la pena; en su virtud, el acudir ante los tribunales de justicia a declarar en materia criminal, es un deber cívico, exigible. De aquí el derecho del Estado a constreñir al testigo. Pero este derecho debe detenerse cuando se encuentra ante un deber moral que aconseja callar: el Estado no debe obligar a la inmoralidad: **civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.** El testigo que por un deber moral se sienta llevado a callar, es inidóneo, no constreñible. Hay por lo demás, dos clases de testigos inidóneos de esta especie: por **parentesco** con el acusado, y por **secreta confidencia.**

"Veamos estas dos clases:

"Los parientes del procesado dentro de cierto grado que las leyes deben fijar, en razón del vínculo que el parentesco supone, se sienten muy poderosamente inclinados a disculparlo. La sociedad no puede ni debe contribuír por ese lado a romper los lazos de solidaridad de todo género que una familia supone. El pariente, por el cariño a su pariente, se verá impulsado a mentir cuando la verdad le sea desfavorable. La deposición contra el propio pariente procesado, no se verifica de ordinario porque repugna a la conciencia y aunque se produzca, por su misma singularidad, antes que hacer suponer un culto por la verdad capaz de sofocar los instintos naturales, llevaría a pensar en una animosidad especial, causa de posibles mentiras. De otro lado, la deposición del pariente en favor del procesado no tendrá valor, por suponerla inspirada en el amor de la familia. He ahí las razones de la inidoneidad del pariente para deponer; inidoneidad que es **absoluta** en cuanto a la materia, y relativa en cuanto a la causa; no se puede deponer en modo alguno en la causa de un pariente.

"Pero como complemento, es preciso además observar que la voluntad contraria a lo verdadero como causa de exclusión, considérase generalmente en las legislaciones como no existente, cuando se trata de un delito cometido contra otro pariente, o sobre la persona del mismo interrogado, porque la solidaridad que podría explicar la no admisión del testimonio, resulta rota por las condiciones de la misma del caso.

"Hasta aquí, hemos indicado los motivos **lógicos** de la inidoneidad del pariente; pero la exclusión de éste descansa en una razón más compleja; hay, en efecto, también, la razón **política** que tiene por fin la reafirmación de la tranquilidad social. Ahora bien, el expectáculo de un individuo que impulsase hacia el rigor de la justicia al propio pariente, perturbaría la conciencia social: sentiríase violada, en su ideal de la solidaridad familiar. Aun cuando la razón lógica antes indicada no se

conceptuase suficiente, más que para legitimar una simple **sospecha,** la política legitimaría de un modo indiscutible, la exclusión de semejante testimonio". (Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. - Nicolás Framarino. - Págs. 49, 50, 53, 54).

¿Pero qué nueva situación podría ofrecerse cuando —como en el caso presente— de la misma declaración del hermano ofendido por su hermano, se deduce por la conexidad, cohesión, y naturalidad de ella la relación de dos hechos consecuentes en uno de los cuales él es el ofendido y en el otro hecho la víctima es una persona extraña a la familia del mismo? ¿Cómo poder rechazar, dentro de una declaración, una parte como ineficaz y aceptar otra como verdadera, cuando ella forma una íntima y entrañable unidad? ¿Cómo tener por verdadera la denuncia que hace —en el presente negocio— José Espíritu León contra su hermano Misael, por las lesiones que éste le infirió, e inmediatamente rechazar por ineficaces sus palabras cuando estaba seguro que por separarlos y defenderlo del ataque fratricida, Medina fue muerto por Misael?

Ante tan delicado problema es necesario apelar a una sana exégesis jurídica. Si se confronta esta situación con el mandato del artículo 226 de la ley procesal, debe afirmarse que una declaración —como la que se discute— cuando contiene cargos en contra de un pariente de los allí incluídos, y no se refiere a ataques precisos y directos en la persona del declarante, debe desintegrarse y ser ineficaz para que el Juez de Derecho pueda sustentar una prueba. Sin embargo el mismo testimonio puede llegar a tener un valor diferente ante el Tribunal de conciencia. Sabido es que esta institución no está sometida a la tarifa legal, ni su decisión puede analizarse con sometimiento a la apreciación que hace el Código sobre el valor de las pruebas. El veredicto del jurado se emite, a conciencia y con base en la íntima convicción que la discusión de hechos y pruebas causen en su espíritu. Bajo esta especial apreciación talvez la declaración del pariente en contra de su deudo cercano, pueda tener importancia y el Jurado le dé un valor de verdad. Sin embargo, aún estimada con valor suficiente para sustentar un cargo en contra del acusado, a la luz de la prueba legal —que debe ser valorada por el Juez de Derecho— ¿podría tenerse en cuenta como testimonio válido? La Sala piensa que nó. Si el mandato imperativo del Código, no tiene interpretación diferente, la declaración en contra del ascendiente, descendiente, consorte o hermano, por parte de uno de ellos mismos, ni siquiera puede, —a excepción de los dos casos vistos— recibirse en el proceso, y si llegare a recibirse, consecuencialmente, no tendrá ningún valor, será ineficaz, es decir, se tendrá como inexistente.

Ya se ha visto el contenido del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. Se verá en seguida la aplicación que se le dió en el actual negocio.

Para fundamentar las pruebas en contra de Misael León por el delito consumado en la persona de su hermano José Espíritu, fueron idóneas y rectamente valoradas —según se ha visto a la luz de las razones expuestas— la declaración del ofendido, la de la madre de ambos protagonistas y la de la cuñada del victimario. Pero en relación con el homicidio cometido en la persona de Medina, no son idóneos ni pueden valorarse, los testimonios de la madre de Misael, y de José Espíritu, su hermano. En tal forma, para estructurar el cargo en cabeza de Misael, sólo queda en pie la declaración de su cuñada Clementina Díaz.

Según está establecido en el sistema probatorio de la ley procesal colombiana el informe pericial y el testimonio único son las pruebas incompletas. Por otra parte, un hecho no puede tenerse como probado si no se basa en una plena brueba. ¿Cuál fue la apreciación que del testimonio aludido hicieron los juzgadores de derecho, al estructurar sobre una prueba incompleta; una circunstancia de mayor peligrosidad, la que según el artículo 499 del C. de P. P. son del resorte exclusivo del Juez y, por lo tanto, están sujetas a la prueba establecida por la ley?

La Sala considera que fue una apreciación errónea.

La estimación de la circunstancia de mayor peligrosidad a que se ha aludido sobre la futilidad o innobleza del motivo determinante de la acción criminosa, debe surgir de hechos y elementos de suficiente convicción. Si éstos no aparecen, mal puede el Juez de Derecho declarar la existencia de un fenómeno de esta índole, basado en su exclusiva imaginación o apreciación del caso.

Se ha visto, por la declaración de la cuñada del victimario, cómo éste dió muerte a Medina. Igualmente se ha observado que ese testimonio constituye una prueba incompleta porque no se enlaza con ningún otro hecho o elemento que lo fortifique (art. 206). Para la apreciación del Juez de conocimiento, el móvil y su calidad, no están probados. De consiguiente, la imputación de la circunstancia de mayor peligrosidad de la futibili-

lidad o innobleza del motivo, en cabeza de Misael León, no es legal y debe desecharse.

En tal virtud, la sanción debe ajustarse al mínimo estatuído por el artículo 362 del Código Penal, que establece ocho años de presidio. La pena por causa de las lesiones no ha sido impugnada, por tanto queda en firme.

La sanción a que debe someterse Misael León, será por consiguiente la de ocho años y cuatro meses de presidio. En este sentido se casa la sentencia del Tribunal de San Gil, que ha sido recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley: CASA la sentencia de fecha ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el sentido de condenar a Misael León a la pena de ocho años y cuatro meses de presidio, por los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas, José de Jesús Medina y José Espíritu León, respectivamente, en lugar de nueve años cuatro meses de presidio de que trata la sentencia invalidada. En lo demás queda en firme advirtiendo que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo tiempo de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

CRITERIO DE DETERMINACION DE LA PREMEDITACION Y DE LOS MOTIVOS DEL DELITO

1.—El criterio para determinar la premeditación (dolo premeditado) es la calidad y naturaleza de los motivos determinantes del delito.

2.—Las fuentes seguras —conforme a Ferri— en que el Juez obtiene la prueba de los motivos del delito, son las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y el comportamiento del delincuente, antes, después y en el momento del delito.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Vistos:

El defensor de **Salvador Caro,** éste de diez y nueve años de edad en mil novecientos cuarenta y cuatro, nacido en Buenavista, objetó mediante el recurso extraordinario de casación, la sentencia del Tribunal Superior de Tunja del quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual condenó a Caro a la pena principal de cinco años de presidio por las lesiones causadas (con piedra) a Hernán y Moisés Piraquive, la tarde del domingo tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sitio "La Herradura", Municipio de Buenavista, Departamento de Boyacá.

Formulada oportunamente la demanda, el Procurador Delegado la coadyuvó y, en consecuencia, pidió se casara la sentencia y se redujera a dos años y medio la pena impuesta al procesado; con vista, pues, en las tesis del Tribunal, del Procurador y del recurrente, la Corte examina y decide el recurso en este fallo.

A) **Origen y circunstancias del delito**

Salvador Caro fue procesado por el Juez 1º del Circuito de Chiquinquirá porque en la tarde del tres de Diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sitio de "La Herradura", del Municipio de Buenavista, agredió a piedras a los hermanos Hernán y Moisés Piraquive, por los motivos y en las circunstancias que se refieren adelante, agresión que les produjo las siguientes consecuencias: al primero, una lesión traumática sobre el ojo derecho que, además de las externas, le causó una equímosis interna del mismo, una perturbación funcional permanente de la capacidad visual (disminución de un 50%) y un impedimento de veinte días para el trabajo; y al segundo, una lesión en la ceja izquierda y erosiones y equimosis en el lado izquierdo de la cara y la cabeza, e incapacidad por diez días.

Aunque son contradictorios y confusos los motivos ocasionales que precipitaron, aquel día, el encuentro entre Caro y los Piraquive, no se preocuparon los investigadores por indagar las causas reales de un mutuo resentimiento antiguo, y al cual —muy incidentalmente— se refieren algunos testigos. Vicente Ramírez, por ejemplo, afirma que seis meses antes, en la hacienda de "Santo Domingo", Hernán Piraquive le dijo estar muy ofendido con ese manco (Salvador Caro), "porque le echaba muchas cantas que no le gustaban a él, y que lo que era no se la rebajaba". En el primer incidente, ocurrido a medio día en la tienda ("La Veintiuna") de Carmen Ramos, Caro —según declaró Julián Sánchez— se lamentó de que le hubieran quitado el puñal, y "si nó —se transcribe textualmente lo oído por el testigo— se las había regado a ése (aquí un calificativo ofensivo), que me tiene amenazado hace tiempos", y Manuela Martínez asevera que los Piraquive y Salvador vivían **incordiados,** mejor dicho, enemistados por motivo a que cuando Hernán Piraquive tenía de muchacho en su casa a Salvador Caro, Hernán decía que su mujer Carmen Sánchez tenía de mozo a Salvador Caro", por lo cual —según Piraquive lo dijo a la testigo— tuvo que despacharlo de la casa. Caro —según Epaminondas Ramos— interrogó a Moisés Piraquive, en el momento anterior a la agresión, "si era verdad que los tenía amenazados a él y a su madre para matarlos".

Evidente o no lo expuesto, Caro entró al medio día de aquél tres de diciembre, a la cantina de Carmen Ramos, en la cual se hallaban, entre otros concurrentes, Hernán Piraquive e Isaías

Montañez, persona ésta que no aparece en la investigación, a pesar de la luz que hubiera podido dar para aclarar el origen ocasional de la agresión, ya que si Piraquive afirma que Caro pisó a Isaías, Caro a su vez asevera que éste lo pisó y le arrojó un poco de chicha, incidente no aclarado, que provocó —parece— la intervención de Piraquive, y la tentativa de agresión de Caro (tentativa se dice, porque José Fúquene los separó, desarmó a Caro, no a Hernán, que no se dejó, y aconsejó al agredido se retirase).

Más tarde, de seis a seis y media, y a poca distancia de la cantina de Ramos, cuando los concurrentes, más o menos embriagados, se dirigían a sus casas, surgió entre todos una refriega colectiva de la cual no pocos resultaron lesionados; fué allí y entonces cuando nuevamente se encontraron los Piraquives y Caro, y éste los agredió a piedra, no obstante la intervención de Epaminondas Rojas a quien —según declaró Daniel Castro Ballesteros— Salvador advirtió que Hernán venía a atacarlo a puñal, y presenció el combate a piedra entre los Piraquive —quienes recibieron las lesiones ya descritas— y sus familiares, de una parte, y Caro de la otra.

B) El proceso contra Caro

Estos hechos, así expuestos por los Piraquive en su denuncio, por Caro en su indagatoria y por los testigos en sus declaraciones, promovieron y fundaron la apertura del proceso, dentro del cual se dictaron las siguientes providencias:

a) El auto (no apelado) del 31 de octubre de 1945, por el cual el Juez 1º del Circuito Penal de Chiquinquirá, llamó a Caro a responder en juicio criminal por las lesiones en los Piraquive, sin referencia alguna a circunstancias de agresión, ni a las del art. 37, ni a las del art. 363, uno y otro del Código Penal;

b) La sentencia de primer grado, del siete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual —con base en los arts. 372 (1º) por las lesiones en Moisés, y 374 (2º) por las causadas en Hernán— en consideración a la mala conducta del procesado, a la preparación ponderada del delito, y al lugar y modo de ejecución, se condenó a Caro a la pena de tres años, siete meses y diez días de prisión, así: cinco meses y diez días por el primer delito, y tres años y dos meses por el segundo; y

c) La sentencia de segundo grado, del quince de noviembre del año pasado, que aumentó la pena a cinco años de presidio, en consideración a que —según el Tribunal— Caro cometió otro delito para realizar el de que **Hernán Piraquive fue víctima** y a que ambos fueron ejecutados en forma premeditada y por motivos innobles y fútiles, y cuando los Piraquive se hallaban desarmados, de una parte, y de la otra, en consideración a la fama de "cascarrabias" de que Caro gozaba en la región, a la preparación del delito y a la indefensión de los lesionados.

C) La demanda

La objeción que el demandante hace a la sentencia se concreta a la imputación de circunstancias de mayor peligrosidad no establecidas en el proceso y a la omisión de circunstancias de menor peligrosidad, éstas sí acreditadas, y que —según él— constituyen fundado motivo legal para que prospere el recurso, ya que si en un aspecto, por errada interpretación y apreciación, se dió a los hechos un valor probatorio que no tienen (causal segunda de casación), en el otro aspecto se aplicó indebidamente y se interpuso erróneamente, la ley penal, causando así su violación (causal primera).

En cuanto a la causal segunda —que defiende de preferencia— considera que de ninguno de los testimonios recibidos puede estructurarse legalmente cargos hechos en forma tan categórica y rotunda, tales como los de mala conducta anterior, motivos innobles y fútiles, premeditación y preparación del delito, y que solo una errada apreciación e interpretación de los hechos pudo haber llevado al Tribunal a quitarles el valor que tienen para darles el que no tienen; así, la influencia que el alcohol tiene en su temperamento no significa que sea depravado y libertino; ni el hecho de que hubiera lesionado a las víctimas después del primer incidente presupone la preparación o premeditación del delito, ni la agresión a piedra revela una modalidad grave ni la indefensión de las víctimas.

En cuanto a la causal primera, afirma que el Tribunal violó la ley penal por las siguientes razones: la interpretó erradamente al dejar de aplicar los arts. 38 (numerales 1º, 3º, 5º y 12º art. 39 parte final), y la aplicó indebidamente al deducirle las circunstancias del art. 37 (1ª, 3ª, 5ª, 6ª y 7ª), impugnables según el razonamiento hecho en apoyo de la causal segunda.

La petición del recurrente se concreta —por lo tanto— a que no habiendo circunstancia alguna de mayor peligrosidad que, conforme al proceso,

pueda imputársele, se le fije la pena en el mínimo.

D) Concepto del Procurador

En acuerdo completo con las tesis del recurrente, el Procurador Delegado, como resultado del estudio del proceso frente a las causales invocadas, que considera fundadas, pide se case la sentencia y, con base en los arts. 33 y 374 (2º) del Código Penal, se condene a Caro a la pena principal de dos años y medio de presidio, en vez de cinco de la misma pena que le impuso el Tribunal, y, además, a las acesorias de la ley.

Considera, en efecto, que los cargos relativos a la gravedad y modalidades del delito, a la premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, a la indefensión de las víctimas, y al haber cometido un delito para preparar el otro, no fueron comprobados, ni tampoco —como circunstancias de agravación— deducidas en el auto de proceder; más aún, la situación jurídica del procesado fue aclarada y mejorada durante el juicio, sin que —por lo tanto— tales cargos, frente al proceso mismo, puedan imputársele; a idéntica conclusión llega en el examen de los mismos cargos, considerados ya no en el aspecto de circunstancias modificadoras sino en el de circunstancias de mayor peligrosidad que el Tribunal dedujo con las denominaciones de mala conducta, preparación del delito e indefensión.

En cuanto a la individualización de la pena —opina el Procurador, después de afirmar que el Tribunal se equivocó al no aplicar el mínimo de la sanción— que "la sanción base es la señalada por el inciso 2º del art. 374 del Código Penal, o sean de dos a seis años de presidio, por las lesiones inferidas a Hernán Piraquive. Hay que adoptar el mínimo, por lo ya dicho. A esos dos años —concluye— procede agregar una cuarta parte por las lesiones causadas a Moisés Piraquive, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 33 de la misma obra. Total, treinta meses de presidio".

E) Estudio del recurso

Siendo idéntica la finalidad que se propuso el recurrente al invocar las dos causales, (principal la segunda, subsidiaria la primera), es decir, la reducción de la pena a su mínimo por inexistencia de la prueba de la gravedad del delito y de la peligrosidad del delincuente, a estos temas se concreta el estudio del recurso.

Consideró el Tribunal que Salvador Caro ejecutó su doble delito de lesiones con las circunstancias siguientes:

Como modificadoras del delito, la de que se cometió otro delito para realizar el de que fue víctima Hernán; la de que ambos delitos fueron consumados premeditadamente y por motivos innobles o fútiles y, finalmente, la de que los Piraquives se encontraban desarmados y sin que de parte de éstos hubiera habido ofensa alguna al agresor.

Como circunstancias de mayor peligrosidad, la de su fama de "cascarrabias" de que goza en la región, la preparación del delito, como que Caro corrió en persecución de sus víctimas, y el modo como ejecutó el delito, cuando ellas se hallaban desarmadas y en cierto modo indefensas.

a) Las circunstancias modificadoras

Sin examen alguno, sin referencia a prueba, sin mención en el auto de proceder, el Tribunal acusó a Caro de haber agredido a Moisés para preparar o facilitar la agresión a Hernán, premeditadamente y por motivos innobles y fútiles, sin ofensa de parte de los Piraquives, en ese momento en condiciones de indefensión; pero no aparece en el proceso dato alguno relativo a antecedentes que pudieran explicar o fundar la calidad del motivo, menos la premeditación, como tampoco el propósito de deshacerse de Moisés para agredir al hermano, ni esa condición de seres indefensos en que el Tribunal los presentó; así, si ocasional e imprevisto fue el incidente ocurrido a medio día en la cantina de Carmen Ramos entre Salvador Caro y Hernán Piraquive, sin consecuencias, gracias a la intervención de José Fúquene, quien si desarmó a Caro no logró hacer lo mismo con el otro, más ocasional fue el sucedido por la tarde o principio de la noche, en el sitio de "El Ramal", donde, cuando Caro ya se dirigía a su casa, encontró allí a Moisés y a Hernán (de cuyas amenazas contra Caro hay mención en el proceso) no obstante la insinuación del Inspector Rojas, desde el primer incidente, de que se retiraran a su casa para así evitar se repitiera el choque.

Si el criterio lógico para determinar la premeditación (dolo premeditado) es la calidad y naturaleza de los motivos determinantes, y si "las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y el comportamiento del delincuente antes, después y en el momento del delito, son las fuentes seguras en que el Juez obtiene la

prueba de esos motivos" (Ferri), síguese —aplicando estos principios al delito Caro— que el motivo ocasional (la protesta de Hernán porque Ismael Montañez lo pisó o le regó de chicha su vestido inmediatamente antes al primer incidente) sólo podía dar origen a un dolo deliberado o de ímpetu pero no al dolo premeditado, de características tan peculiares como graves; del período de tiempo transcurrido entre el primer incidente y el delito —tres a cuatro horas—, tampoco puede derivarse la premeditación, porque al salir Caro de la tienda de la Ramos hacia su casa no pudo presumir que los Piraquive se hallaban aún en el camino; y, en todo caso, privado como había sido por Fúquene de la única arma que llevaba aquel día, se habría preparado (armado) y no acudido para atacar a los Piraquive a la piedra que casualmente recogió en el camino. Algunos testigos (Vicente Ramírez y Manuela Martínez entre otros) revelan que Hernán Piraquive había manifestado desde épocas anteriores "no rebajársela" a Caro, por causa de relaciones ilícitas de éste con la esposa de aquél, y ello explica no la agresión a los Piraquive sino las amenazas y provocaciones de éstos a Caro el día del delito, como Ignacio González, Pablo Ramírez y Julián Sánchez lo afirman.

La indefensión e inferioridad, ya sea derivada de un hecho o actividad personal del delincuente, o ya sea el abuso de esa condición inherente a los heridos, y que el Tribunal explica por la carencia de armas de defensa, está contradicha. Epaminondas Ramos, que presenció el conflicto entre Moisés y Salvador, y Daniel Castro, que vio al primero intentar sacar el machete momentos antes de que Caro le atacara a piedra, desvirtúan totalmente la hipótesis de la indefensión por el desarme.

Pero si la premeditación, los motivos innobles y la indefensión apenas sí pueden aceptarse en la esfera de las conjeturas, más deleznable y frágil —por lo ilógico— es que la agresión a Moisés se hubiera ejecutado para preparar o facilitar la de que su hermano Hernán fue víctima, porque ni el propósito delictuoso se dirigió únicamente a Hernán, ni Moisés constituyó obstáculo de su agresión al otro.

b) Las circunstancias de mayor peligrosidad

Con el mismo criterio y además de las circunstancias modificadoras ya examinadas, el Tribunal imputó a Caro otras que calificó de mayor peligrosidad: la fama de "cascarrabias", la preparación del delito y también el modo (al dificultar la defensa) y las cuales, en relación con el proceso, se analizan en seguida.

La belicosidad (acentuada en la embriaguez), que varios testigos atribuyen a Caro, no está catalogada como circunstancia de mayor peligrosidad, y sólo podría servir de criterio en la individualización de la pena, si esa inclinación a la agresión y a —como dice el Procurador— se hubiera manifestado en hechos concretos, tangibles, lesivos de un bien o interés jurídico ajeno y sancionados policial o jurisdiccionalmente; pero como ni siquiera se precisaron esos hechos, menos aún están los fallos mediante los cuales debiera haberse sancionado, aquella tendencia imputada a Caro no puede fundar agravación de la pena.

Sobre el modo de ejecución del delito que —según el Tribunal— dificultó la defensa de los Piraquive, ya la Corte, de acuerdo con el Procurador, explicó cómo Caro lanzó la primera piedra a Moisés cuando éste desenfundaba el machete para atacarlo, y cómo Hernán no estaba inerme, como sí lo estaba Caro; el ataque a los Piraquive, en suma, surgió ocasionalmente en la riña o contienda en que, en aquel sitio y por causa de embriaguez, se empeñaron todos los concurrentes a la cantina de la Ramos.

La persecución de Caro a sus víctimas, que el Tribunal interpretó como preparación (ponderada) del delito, no se realizó; y aunque se hubiera realizado, ello no constituye tal circunstancia, esa sí representativa de máxima peligrosidad y de mayor entidad que la misma premeditación.

F) Decisión del recurso

El anterior estudio demuestra que, como recurrente y Procurador lo afirman, el Tribunal —debido a errada apreciación e interpretación de los hechos— imputó a Caro circunstancias modificadoras y de mayor peligrosidad que no se acreditaron en el proceso, lo que, consecuencialmente, indujo a violación de la ley penal, como que se aplicaron indebidamente normas de los arts. 37 (1ª, 5ª, 6ª) y 363 (2ª, 3ª, 5ª) del Código Penal, y se dejó de aplicar la final del art. 39.

Y como las causales de casación invocadas —primera y segunda— se fundaron, corresponde a la Corte invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo. Descartadas, pues, las circunstancias que el Tribunal imputó al procesado, y adaptando la pena al delincuente en relación con el delito, le corresponden dos años y medio de presidio, según el sistema de la acumulación jurídica, así: dos años, que es la pena mínima del art. 374

(inciso 2º), y seis meses, cuarta parte de ese mínimo, con base en la facultad del art. 33 (inciso 1º del Código 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 concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

A) Invalidar, como en efecto invalida, la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, del 15 de noviembre de 1946, por la cual condenó a Salvador Caro, a la pena de cinco (5) años de predidio por el doble delito de lesiones personales en las personas de Moisés y Hernán Piraquive, cometidos la tarde del 3 de diciembre de 1944, en la vereda "La Herradura", del Municipio de Beunavista (Boyacá);

B) Condenar, como en efecto condena, al mismo procesado Salvador Caro y por el mismo delito a las penas principales de dos años y medio de presidio, y al pago de doscientos pesos de multa al Tesoro Nacional;

C) Condenar, como en efecto condena, al mismo procesado por el mismo delito, a las siguientes penas accesorias: a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, a la publicación especial de la sentencia; y

D) Condenar, como en efecto condena, al mismo procesado, al pago de los perjuicios materiales y morales causados por el delito en la cuantía que se fije en la sentencia que termine el juicio civil correspondiente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL 5ª DE CASACION — CAUSAL 2ª

1.—La Corte, en vista de la entidad puramente técnica del recurso de casación, no puede entrar a examinar la existencia de una causal si el demandante no hace alegación alguna sobre ella, ni explica en qué consiste la violación cometida por el Tribunal.

2.—Acerca de la causal segunda ha dicho la Corte, en jurisprudencia constante, que no puede prosperar en los juicios en que interviene el Jurado.

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

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

Por sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo condenó a Flaminio Correa Cerinza a cumplir la pena principal de doce años de presidio, más las correspondientes accesorias como autor del delito de homicidio perpetrado en la persona del impúber Simón Torres. Contra dicho fallo interpuso el reo el recurso de casación y la correspondiente demanda fue presentada por medio de apoderado inscrito en la Corte.

Como lo advierte el señor Procurador, la demanda no se ajusta de modo estricto a los requisitos de técnica necesarios en esta clase de actuaciones; no obstante, se invocan claramente las causales de casación primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 567 del C. de P. P.

En el orden lógico en que la Procuraduría acomete el estudio de la demanda procederá la Corte.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio.

Fundamento: Dice el demandante: "Acusa también la sentencia, por la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., por haberse adelantado este proceso pretermitiendo la doctrina del artículo 55 de la obra citada, es decir, porque como atrás se dice, el ilícito se cometió fue en el Departamento de Santander, y los jueces competentes eran los de este Departamento y no los de Boyacá. Este hecho es fundamental". Al comienzo de la demanda dice el mismo recurrente: "...en un punto del camino que de la población de Chiscas (B) conduce hacia el páramo de "Las Guerras al llegar al chorro de 'Lomo de Paja' a 171 metros de distancia de la quebrada Curial, punto que aparece más bien quedar haciendo parte del Departamento de Santander y no del de Boyacá como se ha venido afirmando, pues este hecho sólo se estableció por dos testigos boyacenses, que en defensa de su Departamento, bien pudieron afirmar lo que es irreal".

Como lo anota el señor Procurador, el propio demandante expresa su duda de que el sitio del crimen no esté ubicado en el Departamento de Boyacá. Por otra parte, para disipar cualquier duda relacionada con el sitio del crimen para los efectos de la competencia, es conveniente recordar que el auto de la Alcaldía de Chiscas, con el cual se inició la investigación, acoge como sitio del delito el que se comprende del propio denuncio dado ante él por la señora Librada Torres, así como también se deduce de los diversos actos de la investigación, especialmente del croquis que al efecto fue levantado.

No prospera, por consiguiente, la causal cuarta de casación.

Causal tercera.—Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto

Al Jurado se le presentó la siguiente cuestión:

"El acusado Flaminio Correa Cerinza, mayor de edad, hijo legítimo de Balbino Correa y Dionisia Cerinza, natural de Chiscas y soltero, es responsable de haber dado muerte a Simón Torres, de unos doce años de edad, con premeditación y sevicia, según hechos cometidos como entre las doce del día y las dos de la tarde del veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el punto de Chorro de Loma de Paja, entre este Chorro y la quebrada de el Curial, de la jurisdicción de Chiscas, mediante el empleo de arma cortante y punzante que originó los estragos de que habla la diligencia de autopsia?".

Por unanimidad, contestó el Jurado:

"Sí, sin esas circunstancias en cometerlo".

El Tribunal, acogiendo la sentencia de primer grado, con el objeto de aplicar la pena, hace las siguientes consideraciones:

"Dicho ya, una vez que el Jurado no reconoció las circunstancias que se sometieron a su consideración, que el delito de homicidio que se estudia es simplemente voluntario, la disposición penal aplicable para este caso no puede ser otra que la del artículo 362 del Código Penal, es decir de ocho a catorce años de presidio, siendo entonces de obligación para el juzgador determinar la pena según las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que se revelen en el acusado.

"Como circnstancias de menor peligrosidad y que señala el artículo 38 del C. Penal y que, por tanto atenúan la responsabilidad, tenemos que en favor del procesado obran las siguientes: su buena conducta anterior, su falta de ilustración y ser el primer delito por él cometido. Y como circunstancias de mayor peligrosidad, las siguientes señaladas en el artículo 37 de la misma obra: el haber obrado por motivos innobles o fútiles, el instrumento y modo de ejecución del delito, su mayor insensibilidad moral y la inferioridad personal del ofendido.

"....

"El señor Juez sentenciador dentro de la facultad que le confiere el citado artículo 36 del C. Penal, condenó a Flaminio Correa Cerinza a la pena principal de **doce años de presidio,** pena ésta que, a juicio del Tribunal y dadas las modalidades del hecho delictuoso, su gravedad, motivos determinantes y personalidad del agente, sugerían al señor Juez de derecho la conveniencia de no elevar la sanción al extremo máximo.

"..De ahí que, como se ha dicho, la pena de doce años de presidio impuesta a Flaminio Correa Cerinza como autor del delito a juzgar, la estime el Tribunal como justa y en un todo de acuerdo con la ley penal".

El demandante, impugnando la sentencia y los antedichos fundamentos legales de la pena, dice:

"Al Jurado se le sometió en Serie única. Cuestión única, el texto del cuestionario que trae el expediente, y lo contestó: **Sí, sin esas circunstancias.** El Jurado se dejó guiar por el acta de acusación, pero allí no se tuvo en cuenta que el cadáver duró por Santander una noche, y cuando lo levantaron del sitio donde quedó, no se vio sino una herida, pero el Jurado sí debió de tener en cuenta esos motivos y por eso descartó las circunstancias propuestas por el Juez de derecho, y como él no atendió el veredicto expresado por el Jurado, que hizo responsable al presunto homicida, pero sin agravantes de ninguna naturaleza, el Juez no podía hacer más grave la situación del sentenciado, para cargarle sobre sus hombros la pena de doce años de presidio. Conforme al veredicto del Jurado, el hecho, en la remota hipótesis de que se le pudiera hacer responsable a mi cliente, que no lo puedo creer, puesto que no hay prueba plena que lo condene, sería del mínimum, o sea de ocho años; pero esto no es posible, puesto que no existe prueba, y para mí, sigo sosteniendo la inocencia de mi defendido".

Se considera:

Evidentemente, el Tribunal cometió un error al deducirle al procesado un elemento eliminado por el Jurado para computarlo como circunstancia de mayor peligrosidad. Pero como el artículo que aplicó fue el 362 que describe el delito de homicidio intencional y esa misma infracción fue la definida por el Jurado, no se puede afirmar que la sentencia quedó en desacuerdo con el veredicto. Esto hubiera sucedido si el fallador condena por homicidio agravado (asesinato) habiéndose el Tribunal Popular pronunciado por un homicidio simple. Sin embargo, el error anotado pudiera rectificarse en casación de haberse hecho valer la razón correspondiente en la sustentación de la causal primera que es precisamente la que comprende el caso de que se está tratando. Ahora bien, como en la demanda es otra la sustentación de la causal primera, la Sala no encuentra el modo adecuado de subsanar la falta a que se alude.

No es posible atender la solicitud del demandante en cuanto a la aplicación del mínimo previsto por el artículo 362 del C. P. porque la apreciación que hizo el Tribunal sobre los demás factores mensuradores de la pena, de conformidad con el artículo 36, es razonable y no se advierte error alguno diferente del que anteriormente se anotó.

Causal quinta.—No expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados.

Sobre esta materia el demandante apenas se permitió repetir los términos literales de la causal en la misma forma en que lo hace el numeral 5º del artículo 567 del C. P. P. sin que haya razones expuestas para fundamentarla. Es sabido que sobre esta materia, la Corte, en vista de la entidad puramente técnica del recurso de casación,

no puede entrar a examinar la existencia de una causal si el demandante no hace alegación alguna sobre ella, ni explica en qué consiste la violación cometida por el Tribunal. Por tanto, no prospera esta causal.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal.

El fundamento de esta causal, según palabras del demandante, es el siguiente:

"Esta causal, la sustento de la siguiente manera: para aplicar la ley penal, debe estar plenamente demostrado el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado. El primer elemento, o sea el cuerpo del delito, está demostrado, porque existe la extinción de una vida, y por cierto apenas iniciada. Pero el segundo elemento, o sea la responsabilidad localizada en determinada persona, no existe, toda vez que, como se deja demostrado en los fundamentos de hecho, los indicios que tuvieron en cuenta para proferir el auto de enjuiciamiento y la consiguiente sentencia, no constituyen prueba plena y completa, o sea, prueba real, no formal, de que mi defendido haya sido el autor del hecho por el cual se le condena".

Claramente se ve por lo antes transcrito que los argumentos del señor apoderado del recurrente, no indican de qué manera se violó en su aplicación la ley penal. Simplemente, se observa que las afirmaciones anteriores están encaminadas a demostrar la errada apreciación de la prueba sobre el delito y la responsabilidad, cuestión que no es objeto de la causal primera sino de la segunda, la cual, según jurisprudencia constante de esta Sala no puede prosperar en los juicios en que interviene el Jurado.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el señor Procurador delegado en lo penal, resuelve, NO INVALIDAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de fecha veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis que condenó a Flaminio Correa a la pena principal de doce años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona del menor Simón Torres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

CONDICIONES DE APLICACION DE LA PROVOCACION (ART. 28 C. P).

1.—La gravedad y la injusticia son las condiciones requeridas para que la provocación funde la circunstancia modificadora del art. 28, como la sola injusticia caracteriza la de menor peligrosidad del art. 38 (3º).

2.—La omisión, en el veredicto, de la injusticia o de la gravedad, desintegra, pues, el fenómeno del art. 28, pudiendo originar otro como el del art. 38 (3º).

3.—El reconocimiento de una provocación solamente injusta, mas no grave, hecha por el Jurado y acogida por el Tribunal, no funda desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, cuando no se aplica el art. 28.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Vistos:

El abogado doctor José Agustín Noriega, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del doce de noviembre de 1946, por la cual condenó a **Antonio Fuentes** (33 años) a la pena de ocho años de presidio, y a **Serafín Vargas** (19 años) a la de quince, por el delito de homicidio en la persona de **Saúl Afanador Virviescas,** cometido el 18 de febrero de 1945, en la región de "Agua Blanca", Municipio de Barichara.

Cumplidas ya las normas del Código de Procedimiento Penal concernientes al recurso, la Corte lo decide en el presente fallo, con vista en las tesis del Tribunal, del recurrente y del Procurador, no sin previa referencia a las causas, y modalidades del delito y a la decisión del Jurado, en cuya interpretación —precisamente— se funda la demanda.

A) El delito

Román Malagón, parece que en algún día anterior al domingo en que Saúl Afanador fue muerto por Fuentes y Vargas en la región de "Agua Blanca", había agredido y herido, en la cabeza, a Roberto Afanador, hermano del occiso, lo que —como es obvio— creó un resentimiento de Afanador (Saúl) hacia Malagón. Es éste —conforme a lo que va a resumirse— el antecedente que explica la causa remota del drama que dio origen a este proceso.

La tarde del domingo 18 de febrero de 1945, al pasar Eugenio Pérez, Liborio Sarmiento, Rosendo Gómez, Román Malagón, Antonio Fuentes y Serafín Vargas, de regreso de Barichara hacia sus casas, por la cantina de Pedro Elías Jiménez, en "Agua Blanca", fueron invitados —invitación que parece no aceptaron los tres últimos— por Saúl Afanador, quien se hallaba tomando aguardiente con Pedro Elías Sarmiento y Rodrigo Carreño.

Bebido el trago ofrecido, Pérez incitó a sus compañeros a seguir el viaje, pero Afanador respondió que él se quedaría allí "porque había uno —se refería a Malagón— que se quería **tragar** a un hermano"; sin embargo, cuando ya Malagón, Vargas, Fuentes y sus compañeros habían caminado unas dos cuadras, fueron alcanzados por Sarmiento (Pedro (Elías) y Afanador. Este, al unirse al grupo, tropezó con Malagón (casual o intencionadamente) a tiempo que decía: "yo sí vengo borracho", lo que fue motivo para que aquél le diera con su machete varios planazos, agresión que varios de los compañeros impidieron continuara, especialmente Rogerio Carreño, quien —agarrándolo por los brazos— retiró a Malagón.

En este momento, en el que pudo haber terminado el conflicto, Antonio Fuentes, ante la intervención conciliadora de Carreño, atacó también a planazos a Afanador, y como al lanzarle el último, se le zafara el machete detrás de Afanador y éste se inclinara a recogerlo, Fuentes sacó un cuchillo con el cual le causó una profunda herida en el cuello y una consiguiente y copiosa hemorragia producida por la ruptura de la aorta; con esta lesión —calificada de mortal por los expertos— Saúl cayó de bruces al suelo, y en esta posición Serafín Vargas le asestó tres machetazos, uno de los cuales, también mortal, le seccionó parcialmente el cuerpo de la segunda vértebra cervical, acabando así, y por tan baladí motivo, con la vida de Saúl Afanador.

B) El proceso

Entre los autos procesales, que es necesario considerar en el examen y decisión del recurso, deben enumerarse los siguientes:

a) El auto de calificación (no apelado) del sumario dictado por el Juez 1º Superior de San Gil, el 3 de mayo de 1945, en el cual abrió juicio criminal contra Fuentes, como autor de homicidio intencional, y contra Vargas, como autor de homicidio agravado (asesinato), por cuanto "su actividad homicida —se transcribe textualmente— fue acompañada de sevicia: él golpeaba con el machete cuando el agredido estaba caído, es decir, en condiciones de indefensión e inferioridad y con excesiva crueldad";

b) El cuestionario único sometido al Jurado, sobre los hechos materiales y el propósito de matar, para cada uno de los procesados, contestado afirmativamente, pero con la explicación de haber procedido "en estado de ira por injusta provocación", y para Vargas, además, la cuestión relativa a la alevosía y a la sevicia, únicamente aceptada en cuanto a la primera circunstancia, quedando descartada, por lo tanto, la sevicia:

c) La sentencia de primer grado, del 9 de Agosto de 1946, por la cual —con aplicación del art. 28 del Código Penal— les fueron impuestas a los procesados las siguientes penas: treinta y dos meses de presidio para Fuentes y siete años de la misma pena para Vargas; y

d) La sentencia de segundo grado, del 12 de noviembre del mismo año, por la cual —con exclusión del mencionado art. 28— se aumentó a ocho años la pena impuesta a Fuentes, y a quince la impuesta a Vargas, es decir, la mínima fijada en los arts. 362 y 363, respectivamente, que el Tribunal designó como violados.

C) La demanda

Partiendo de la interpretación que el Tribunal dió al veredicto, de que Fuentes y Vargas son responsables, el primero de homicidio intencional (art. 362) y el segundo de homicidio agravado (art. 363), el recurrente afirma que esa interpretación no se acomoda al propósito del Jurado que, al serle presentadas dos tesis opuestas y excluyentes, optó por la del defensor, que si expuesta incompletamente, debe acogerse en su integridad; así, pues, al considerar el Tribunal el "estado de ira por injusta provocación" declarado por el Jurado (razona más o menos), como circunstancia de menor peligrosidad, y no como la circunstancia modificadora del art. 28, puso en desacuerdo la sentencia con el veredicto, fundándose así la tercera causal de casación invocada.

Los argumentos que apoyan su objeción son, en resumen, los siguientes:

a) La discrepancia entre el Fiscal, que pidió al Jurado contestara con un "sí" las cuestiones propuestas, y el defensor que también pidió se contestaran afirmativamente pero con la explicación del estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, colocó al jurado en el dilema de escoger una de las dos tesis, de modo que la no aceptación de la del Fiscal significa que acogió la del defensor;

c) La omisión, en el veredicto, de la gravedad de la provocación, no puede tenerse —en consecuencia— como propósito del Jurado de darle al estado de ira el carácter de circunstancia de menor peligrosidad y, finalmente,

d) Al Jurado, conforme al precepto de la ley 4ª de 1943 (art. 28), no le obliga el uso de frases sacramentales ni a distinguir, sin equivocarse, las circunstancias modificadoras de las de mayor o menor peligrosidad.

D) Concepto del Procurador

No sin antes expresar su conformidad acerca de la interpretación, acertada en su opinión, que el Tribunal dio al veredicto, el Procurador Delegado se opone a la demanda, no solo por causa del carácter jurídico de la función del Jurado, sino también por la naturaleza y condiciones de la provocación regulada por el art. 28 del Código Penal.

Al Jurado corresponde —argumenta más o menos el Procurador— la calificación de los elementos materiales del delito, los de la responsabilidad y las circunstancias modificadoras de la sanción, sea que se hayan incluído en el cuestionario, sea que se hayan reconocido en el veredicto; el Jurado no está obligado, ciertamente, a usar los términos jurídicos que sí usan los especialistas, pero ello no lo exime de precisar en sus respuestas los hechos o expresiones fundamentales que guían al Juez a acomodarlas a las normas penales; porque si aquél —conforme al mandato del art. 480 de la ley procesal— debe dictar su fallo de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los temas materia del debate, no puede llenar los vacíos —que voluntaria o involuntariamente— deje el Jurado, ya que lo contrario equivaldría a dictar el fallo en puro derecho y en desacuerdo con el veredicto.

"En el presente caso —afirma, después de referirse a los presupuestos jurídicos de la provocación, es decir, gravedad e injusticia— los jueces de conciencia apenas reconocieron la injusticia de la provocación, pero no su gravedad. Y ello no por inadvertencia o ignorancia, sino como una determinación motivada de su fuero interno; pues, como lo reconoce el mismo demandante, "en la audiencia pública la pugna entre la Fiscalía y la defensa versó precisamente al rededor de la tesis sostenida por el representante de los acusados y según la cual el homicidio había sido ejecutado en estado de ira causado por grave e injusta provocación. Esta tesis no fue compartida por el señor Fiscal, pero fue la invocada y alegada por el defensor". Realmente, en el acta de la audiencia consta que el señor defensor alegó en favor de sus clientes que ellos y su pariente, Ramón Malagón, recibieron "ofensas graves ante las cuales necesariamente habían tenido que reaccionar". Y agregó: que tales insultos, unidos al perseguimiento para atacarlos, no solo planteaban un **estado de ira causado por grave e injusta provocación** (subraya la Procuraduría), sino la situación exculpativa de la legítima defensa".

Después de anotar que los Jueces de hecho solo atendieron en parte la petición de la defensa de que el reconocimiento de la provocación debía contener los dos requisitos de "grave e injusta", pues omitieron el de la gravedad, el Procurador termina afirmando que "los Jueces de derecho no pueden completar lo que deliberadamente rechazó el Jurado", y, que "ampliar su veredicto, como lo pretende el demandante, sería una arbitrariedad".

E) Estudio del recurso

La objeción que hace el recurrente a la sentencia es que "el estado de ira por injusta provocación" que reconoció el Jurado, es exactamente "el estado de ira causado por grave e injusta provocación" del art. 28 y no "el ímpetu de ira provocada injustamente" del art. 38 (3º), de modo que si —según la dialéctica del recurrente— el Tribunal interpretó el veredicto como circunstancia de menor peligrosidad, y no como circunstancia modificadora, se apartó de la calificación del Jurado y dictó fallo en desacuerdo con ésta, lo que dio origen a la causal tercera de casación invocada.

El tema es, pues, si hay identidad entre la ira injustamente provocada y la ira injusta y gravemente provocada, en un aspecto; o si hay identidad entre la provocación injusta o grave y la provocación al mismo tiempo grave e injusta, en el otro aspecto; la tesis de la Corte es que tal identidad no existe.

La evolución que en su historia ha tenido la circunstancia modificadora de la ira, da a la tesis su mayor y más sólido fundamento; el Código Penal de 1922 (art. 49) de tan corta vigencia, la concretaba en "un arrebato de ira causado por un ultraje o provocación injustos", que la Comisión Revisora de aquel efímero Código la sustituyó, restringiéndola, subordinándola a otras condiciones, entre ellas la de la gravedad, por el "estado de ímpetu de ira o intenso dolor, causado **por grave e injusta provocación".**

La Comisión Revisora (1925) explicó la modificación, con las siguientes razones: "se procedió a estudiar —dice el Acta respectiva— el art. 49 de la ley 109, que la Comisión encontró aceptable en el fondo, de modo que sólo se le hacen modificaciones de forma: por ejemplo, se cambia la expresión de **arrebato de ira** por esta otra: **estado de ímpetu de ira o intenso dolor,** que es más comprensiva; y se agrega la palabra **grave** al tratar de la provocación injusta (palabra que no se halla en el artículo de la ley 109), para evitar que se pueda alegar cualquier ultraje o provocación por pequeños que ellos sean, para obtener una disminución de pena tan considerable como la que el artículo establece".

"Este artículo —expuso la Comisión de 1934 para explicar su adopción en el Código de 1936 vigente— comprende los casos de provocación dentro de una fórmula general para evitar el casuismo en que incurre el Código Penal vigente (el de 1890), especialmente en lo que se refiere al homicidio atenuado".

Esta es, históricamente, la razón de la tesis de que lo que diferencia la circunstancia modificadora del art. 28 y la de menor peligrosidad del art. 38, es la gravedad de la provocación, por cuanto su injusticia es común a una y otra.

La aplicación de estos principios a la calificación que el Jurado dio al homicidio de Afanador ("en estado de ira por injusta provocación"), priva de toda consistencia jurídica la razón en que se apoya el recurso, porque si la provocación sólo constituye circunstancia modificadora cuando ha sido conjunta y simultáneamente grave e injusta, y de menor peligrosidad si sólo ha sido injusta, sin ser grave, le estaba vedado al Tribunal considerar, para la individualización de la pena,

como circunstancia modificadora la que únicamente es de peligrosidad.

Menos validez tiene la hipótesis de que si es al Jurado a quien compete la apreciación de las circunstancias modificadoras y al Juez y Tribunal las de peligrosidad, el reconocimiento de la provocación por el Jurado, aún callando uno de sus caracteres esenciales (la gravedad), debe interpretarse como si la omisión no se hubiera realizado, y fijarse la pena con la reducción que faculta el art. 28; la controversia pública entre el Ministerio Público y el defensor, en efecto, se concretó al tema de la provocación, y si uno y otro precisaron el alcance y extensión de la circunstancia modificadora, no sin hacer hincapié en las características de la injusticia y de la gravedad; si el Jurado guardó silencio sobre la última y optó por la primera, consideró —deliberadamente— que las modalidades y móviles del delito excluían la existencia de la provocación con tanto ardor invocada y alegada por el defensor; el hecho, finalmente, de que el Jurado reconozca, sin ser atribución propia, una circunstancia de peligrosidad (mayor o menor) en cambio de una modificadora, no interfiere en la propia del Juez o Tribunal, ya que éstos pueden reconocerla como en este proceso, o desecharla, como en otros.

No compete a la Corte, por tratarse de tema únicamente controvertible en las instancias, examinar la aseveración de que Afanador sí provocó grave e injustamente a sus victimarios, porque los injurió por su calidad política, los "atropelló de obra" y los persiguió; este examen, como tántas veces se ha dicho, lleva a la apreciación de los hechos, cuya consecuencia podría ser la declaración de veredicto contrario a la evidencia de los hechos, atribución privativa de los falladores de instancia, de que el nuevo Código de Procedimiento Penal exceptuó a la Corte.

No impide ello anotar, incidentalmente, que fue otra la actuación de Fuentes y Vargas —según los testimonios del proceso más dignos de fe ya que el resentimiento que indujo a Afanador a tropezar con Malagón y a éste a reaccionar tan desproporcionadamente (planazos con machete), si no justificó esa reacción, tampoco la de Fuentes que sustituyó a Malagón en ataque, y mucho menos la de Vargas, que atacó Afanador cuando ya estaba bocabajo, desangrándose, por la certera y mortal cuchillada de Fuentes; muy grave delito que, háyase o no cometido merced a la influencia del alcohol, ha sido sancionado, sin consideración al criterio imperativo del art. 36 del Código Penal.

F) Decisión del recurso

Del anterior estudio se derivan conclusiones que han de fundar la parte dispositiva del fallo; son las siguientes:

a) La gravedad y la injusticia son las condicionos requeridas para que la provocación funde la circunstancia modificadora del art. 28, como la sola injusticia caracteriza la de menor peligrosidad del art. 38 (3º);

b) La omisión, en el veredicto, de la injusticia o de la gravedad, desintegra —pues— el fenómeno jurídico del art. 28, pudiendo originar otro como el del art. 38 (3º), y

c) El reconocimiento de una provocación injusta, no grave, hecha por el Jurado y acogida por el Tribunal, no funda el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, ni —por lo tanto— la tercera causal de casación.

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 concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 12 de noviembre de 1946, por la cual condenó a **Antonio Fuentes** a la pena de ocho (8) años de presidio, y a **Serafín Vargas** a la de quince años (15), uno y otro por el delito de homicidio en la persona de **Saúl Afanador Virviescas,** cometido la tarde del 18 de febrero de 1945, en la vereda de "Agua Blanca", territorio Municipal de Barichara.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO FRUSTRADO DE HOMICIDIO

1.—El delito frustrado, forma del delito imperfecto, tiene en Derecho Penal una significación y un contenido ampliamente delimitado y clarificado ya. Puede esa concepción producir inconvenientes en la práctica, debido a la confrontación de determinados casos con la teoría abstracta de esa modalidad jurídica que a veces se ve mutuamente invadida. Pero ello no impide para admitir que dentro del terreno teórico y doctrinario existen límites muy claros de diferenciación que algunas legislaciones, como sucede con la Colombiana, han acogido, no obstante las nuevas tendencias que conducen a la abolición de la diferencia entre tentativa y delito frustrado, con la mira de realizar más expeditamente la defensa social y de obviar las dificultades que en veces conducen a la propia sutileza y ambigüedad ante la experiencia diaria de la apreciación de estos fenómenos. En el artículo 17 del Código Penal se halla acogida toda la explicación que la escuela clásica dio al concepto de delito frustrado.

El proceso de la actuación delictuosa a partir desde la ideación del evento criminoso y pasando por los actos ejecutivos hasta llegar a los de consumación agota subjetiva y objetivamente todo cuanto era necesario para la realización perfecta del acto, con la única excepción de no haberse podido producir el hecho querido por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo. Es, pues, la propia ley la que fija los límites que demarcan la frustración del hecho como otra de las modalidades delictuosas, y cuando en presencia de un hecho que reúne como en el caso que se estudia todos esos atributos exigidos por la ley y, además, refrendados por la declaración de un Jurado de conciencia, no cabe duda alguna del acierto con que el Tribunal correspondiente proclamó la sanción penal dentro de las regulaciones predeterminadas por la misma ley.

2.—Como muy bien lo recuerda el señor Procurador, la Corte en diversos fallos ha afirmado que no solamente rigen como criterio para aumentar o disminuír la penalidad los índices de peligrosidad determinados en el artículo 37 del Código Penal, sino que también deben tenerse en cuenta los factores previstos por el artículo 36 de la misma obra, los cuales con aquellos índices de mayor o menor peligrosidad, sirven al Juez para racionalizar la pena desde el punto de vista de su cantidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en fallo de fecha diez de abril de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Luis Guiza y a Berta Cortés de Avila a cumplir las penas principales de doce y catorce años, respectivamente, como responsables del delito de **asesinato frustrado** en la persona de Hipólito Avila, esposo de la segunda.

Contra el fallo anterior fue interpuesto el recurso de casación por parte de los procesados, y su apoderado doctor Jorge Arenas-Calvete, quien oportunamente presentó la correspondiente demanda. En el memorial respectivo, el señor apoderado invoca las causales de casación segunda, cuarta y primera del artículo 567 del C. P. P. Dicha demanda no está ajustada a los términos técnicos que exige la ley sobre el particular, pues, las causales invocadas no están expuestas en capítulos separados, ni se hace una relación sintética de los hechos delictuosos. De la misma manera, debe considerarse como defectuosa la petición final de la demanda, como se desprende de las siguientes palabras de ella: "Debe, por tanto, casarse la sentencia declarando nulo el proceso desde el auto de proceder, y en defecto en la declaración de nulidad, pido a la H. Corte Suprema que tenga en cuenta los errores de aplicación de la pena a que he hecho alusión".

No obstante los vacíos e irregularidades que antes se anotan, puesto que las causales sí han sido invocadas expresamente, la Corte entra a ocuparse de la demanda para derivar las conclusiones del caso.

Síntesis de los hechos:

Hipólito Avila, residía con su esposa legítima Berta Cortés, en su casa situada en la vereda de "Isacar" correspondiente al Municipio de Suaita. Entre Berta Cortés y Luis Jiménez Guiza existían relaciones de carácter adulterino, situación ésta que era públicamente conocida tanto en la región como por parte del marido de Berta, según relatan diversos testigos.

Según el denunciante Avila, en la noche del veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y tres "hallándose durmiendo en su propia casa de habitación situada en la vereda de "Isacar" de la jurisdicción de Suaita, fue despertado a los golpes de machete que le propinaba un hombre que había logrado penetrar hasta su lecho, habiendo podido distinguir que este hombre correspondía a la persona de su enemigo Luis Jiménez Guiza. Agrega que este sujeto le hizo también un disparo y explica que su enemistad provenía de que él, Jiménez, le había seducido a su mujer, habiéndola convertido en su concubina".

Las lesiones sufridas por Avila fueron las siguientes: Una de disparo de escopeta hecha prácticamente a quemarropa, cuyos perdigones, en número de ocho, se le incrustaron en la mejilla derecha hacia el ángulo interno del ojo del mismo lado; tres de arma cortante y de peso en la cabeza y cinco más de igual arma en los miembros superiores.

Tanto Jiménez Guiza como su concubina Berta Cortés fueron llamados a juicio y el Jurado los declaró responsables como autores de asesinato frustrado, considerando a Berta como cooperadora necesaria en el delito y con circunstancias de las previstas en el artículo 363 del C. P., o sea, de asesinato.

El Tribunal Superior de San Gil, confirmó en todas sus partes la sentencia proferida por el Juez 2º Superior del Socorro.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio.

Tomando, de la desordenada demanda propuesta contra la sentencia del Tribunal de San Gil, los argumentos en que se fundamenta la impugnación atinente a la causal cuarta de casación, se encuentra el siguiente razonamiento del demandante:

"3º Los elementos del cuerpo del delito de homicidio frustrado deben probarse plenamente, desde el auto de proceder, y si se afirma una cosa contraria a la realidad demostrada, o con carencia de prueba, como que está probado el cuerpo del delito de homicidio frustrado, sin estarlo, se incurre en error en la denominación jurídica de la infracción, haciéndose por tanto nulo el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Penal, numeral 8º, y es casable la sentencia en este caso de acuerdo con la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento. Me refiero al hecho tercero, en relación con la causal 2ª de la parte petitoria.

"¿Qué se entiende por denominación jurídica de la infracción? Para que se anule el proceso en que se incurre en tal caso? (sic) Llamar homicidio frustrado lo que solamente es heridas, porque no esté demostrado el cuerpo del delito de homicidio frustrado y solamente las heridas, que no se ha dicho por los peritos sean de naturaleza mortal, y cuya denominación plena no puede suplirse por meras deducciones del encargado de juzgar la prueba, el Juez de Derecho, único que puede hacer el estudio del cuerpo del delito en el auto de proceder.

"Hay también error llamar en el auto de proceder, sin la plena prueba, asesinato premeditado, con cooperación necesaria, un delito de heridas, cuando la cooperación y la premeditación son elementos del cuerpo del delito, y por ser específico el asesinato.

"Al decir el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, numeral 8º, que es nulo el proceso en que se incurre en error en la denominación jurídica de la infracción, por denominación jurídica debe entenderse lo señalado en los numerales 2º y 3º del artículo 431 del Código de Procedimiento, y del parágrafo último del mismo. Y como en la sentencia y en el auto de proceder se incurrió en tal error, el proceso es nulo, y por consiguiente casable, y debe ser casada la sentencia".

La Sala observa:

El demandante considera, en síntesis, que hay desacierto notorio de la sentencia del Tribunal y nulidad del juicio por haberse dictado auto de proceder por el delito imperfecto de homicidio-asesinato, siendo así que el cuerpo del delito de éste fenómeno no está suficientemente acreditado, pues se trata tan sólo de un delito de lesiones personales.

Es perfectamente inoperante la argumentación

del señor defensor en vista de que el Tribunal en su sentencia explica con entera claridad de qué manera está plenamente comprobado el cuerpo del delito imperfecto de homicidio en sus tres elementos esenciales, comprobación ésta que arranca precisamente del auto de proceder en el cual se señala la respectiva prueba de esos asertos. Dice así el Tribunal en la parte correspondiente:

"Los tres requisitos esenciales de la figura jurídica denominada homicidio frustrado aparecen con toda claridad: **la intención homicida** se descubre fácilmente del número y gravedad de las heridas que recibió la víctima; de la clase de armas empleadas en el ataque, naturalmente eficaces para producir la muerte; de las circunstancias de lugar, tiempo y modo que rodearon el hecho. La realización de **todos los actos normalmente necesarios** para la consumación del homicidio, aparece también de una manera indubitable; la gravedad y cantidad de las heridas era, normalmente, suficiente para extinguir la vida de una persona; y todo parece indicar que el procesado no continuó su ataque a machete contra su víctima porque fundadamente creyó que con la tremenda carga a bala y machete que acababa de propinarle, había terminado con la vida de su enemigo. El tercer elemento del homicidio frustrado sí que aparece de bulto: la muerte de Hipólito Avila no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad de Jiménez Guiza; no era posible imaginar que la resistencia física y orgánica de Hipólito Avila saliera indemne de la tremenda prueba a que se le había sometido, mortal en la generalidad de los casos".

El delito frustrado, forma del delito imperfecto, tiene en Derecho Penal una significación y un contenido ampliamente delimitado y clarificado ya. Puede esa concepción producir inconvenientes en la práctica, debido a la confrontación de determinados casos con la teoría abstracta de esa modalidad jurídica que a veces se ve mutuamente invadida. Pero ello no impide para admitir que dentro del terreno teórico y doctrinario, existen límites muy claros de diferenciación que algunas legislaciones, como sucede con la Colombiana, han acogido, no obstante las nuevas tendencias que conducen al abolicionismo de la diferencia entre tentativa y delito frustrado, con la mira de realizar más expeditamente la defensa social y de obviar las dificultades que en veces conducen a la propia sutileza y ambigüedad ante la experiencia diaria de la apreciación de estos fenómenos.

El Código Penal (artículo 17) acoge en esta materia toda la explicación que la escuela clásica dio al concepto de delito frustrado, en los términos siguientes:

"Cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, éste no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuírse hasta en una tercera parte la sanción señalada por el delito consumado".

El proceso de la actuación delictuosa a partir desde la ideación del evento criminoso y pasando por los actos ejecutivos hasta llegar a los de consumación, agota subjetiva y objetivamente todo cuanto era necesario para la realización perfecta del acto, con la única excepción de no haberse podido producir el hecho querido por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo. Es, pues, la propia ley la que fija los límites que demarcan la frustración del hecho como fenómeno jurídico que contiene precisos elementos constitutivos, como cualquiera otra de las modalidades delictuosas, y, cuando en presencia de un hecho que reúne como en el caso que se estudia todos esos atributos exigidos por la ley y, además, refrendados por la declaración de un Jurado de conciencia, no cabe duda alguna del acierto con que el Tribunal correspondiente proclamó la sanción penal dentro de las regulaciones predeterminadas por la misma ley. Con razón entera, dijo esta Sala de la Corte en Casación de 18 de diciembre de 1935, lo que sigue:

"El delito frustrado es como una penumbra entre el delito completamente corporizado, y el acto delictuoso, que, aunque íntegro en el designio, no equivale, por la sustracción de los efectos y actos materialmente necesarios al tipo definitivo. En el derecho clásico, estos actos delictuosos van en la gama de la exteriorización desde la tentativa hasta el delito perfecto. Uniendo estas zonas en que confluyen el ánimo y la acción, se determina la combinación de estos elementos en la siguiente síntesis: **Qui cogitat et agit, sed non perficit.** Mas en el delito frustrado, el agente obra hasta realizar todos los actos materiales de la ejecución; lo que acontece es que los efectos fallan por la interposición de cualquier elemento fortuito. Piensa y obra el agente de manera perfecta, pero no consigue lo deseado. Sucede en ello lo que acontece con la fuerza de gravedad, que no deja de atraer a los objetos aunque éstos se detengan en un punto de su caída, porque se interponga otra fuerza distinta. La escuela penal positiva, con Ferri a la cabeza, considera que si

tanto la tentativa como el delito frustrado constituyen en la ciencia penal un perfeccionamiento notable en la anatomía jurídica del delito, la distinción entre ellas es tan sutil, que es difícil captarla en los fallos, ocasionando equivocaciones lamentables en esta figura criminosa, por lo cual, para los fines de la legislación y de la práctica, es preferible eliminarla de los códigos, dejando en cambio a los jueces la evaluación de los actos ejecutados por el criminal para aplicar en los casos más graves una sanción correspondiente a esa evaluación. Pero en el derecho penal colombiano, en el Código sí existe esa diferenciación. Cumple hacerla a jueces y magistrados para aplicar la ley, que debe obedecer en su integridad. Es mandato de la ley escrita. **Dura lex sed lex**".

¿Cómo podría admitirse que dadas las regiones vulneradas por Jiménez Guiza en el cuerpo de Avila, dados los instrumentos de muerte que se emplearon para el ataque, las condiciones de indefensión previamente escogidas por el actor y todas las demás que rodearon el acontecimiento desde su causa misma, pudieran admitirse como un simple propósito de causar unas lesiones sin importancia? ¿Sobre qué base podría edificarse, en presencia de semejantes antecedentes, la hipótesis de que el cuerpo del delito frustrado de homicidio no se comprobó en este proceso? No es posible para la Corte admitir entonces el cargo de nulidad del juicio que el señor apoderado quiere alegar.

Tampoco está por demás afirmar aquí como se ha hecho en muchos otros casos por la Sala, que las nulidades alegadas durante el recurso de casación, sin que previamente lo hayan sido en las instancias, no pueden considerarse sino en casos sumamente excepcionales como aquellos a que se refiere el señor Procurador en su vista fiscal y que la Corte muy raramente ha admitido.

En consecuencia, la causal cuarta de casación no prospera.

Causal segunda.—Mala interpretación y apreciación de los hechos.

Con diversas razones ataca el demandante la sentencia en relación con la causal segunda, especialmente, en cuanto se refiere a la prueba indiciaria que sirvió de base para concretar la responsabilidad de Berta Cortés de Avila como cooperadora necesaria del delito. Pero, la Corte ha resuelto en muchísimos fallos que la causal segunda de casación no es desviable en los procesos en que ha tenido intervención el jurado, motivo por el cual no se entra a estudiar este aspecto de la demanda.

Causal primera. — Mala aplicación de la ley penal.

Para fundamentar esta causal, dice el recurrente:

"Al decir el artículo 17 del Código Penal que para que se estime un delito como frustrado se exige que se ejecuten todos los actos a la consumación del delito, al tratarse del homicidio, que se define en el artículo 362, se requiere que la muerte haya sido una necesidad por sí misma, como consecuencia de los actos ejecutados por el agente y no que esa muerte haya sido presumible por la intención, o que ésta no haya tenido lugar solamente por errores o faltas del agente, porque tales errores o faltas demostrarían por sí mismas que sus actos no fueron todos los necesarios que se exigen en el artículo 17 del Código Penal. Esa demostración debe ser plena, de acuerdo con lo dicho por el artículo 429 del Código de Procedimiento. Y como en la sentencia se erró en tal apreciación, es casable y debe ser casada".

Más adelante se agrega:

'Está dicho en la sentencia que no existen contra los sentenciados circunstancias de mayor peligrosidad, y sin embargo aplicó una sanción mayor que la del mínimo fijada en el artículo 363 del Código Penal. Con ello se violó el artículo 39 del Código Penal, porque una circunstancia de asesinato no es circunstancia de mayor peligrosidad".

Al verificarse el estudio de la causal cuarta se advirtió que el tema de la nulidad no era adecuado en el actual recurso, por tratarse de una cuestión no debatida en las instancias. Además, se vio claramente que la apreciación hecha por el Tribunal, respecto del cuerpo del delito frustrado de homicidio, se ajusta a los antecedentes del proceso y se configura de conformidad con las pruebas presentadas. Ahora bien, la aplicación de la pena hecha de conformidad con el veredicto del jurado corresponde perfectamente a lo expresado por la ley para esa situación, y no se ve que haya habido mala o indebida aplicación de la misma, dadas las circunstancias de asesinato que se calificaron en forma debida.

En lo concerniente a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, la apreciación de la sentencia también resulta justificada, pues no reconociéndose circunstancias de mayor peligrosi-

dad y solamente de menor peligrosidad, era lógico que habría de aplicarse el mínimo de la sanción prefijada por la ley. Pero como muy bien lo recuerda el señor Procurador, la Corte en diversos fallos ha afirmado que no solamente rigen como criterio para aumentar o disminuír la penalidad los índices de peligrosidad determinados en el artículo 37 del Código Penal sino que también deben tenerse en cuenta los factores previstos por el artículo 36, de la misma obra, los cuales son aquellos índices de mayor o menor peligrosidad, sirven al juez para racionalizar la pena desde el punto de vista de su cantidad. Siendo esto así, no encuentra lá Sala que haya existido violación del artículo 29 del Código Penal.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, en un todo de acuerdo con el concepto rendido por el señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve: No invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha diez de abril de mil novecientos cuarenta y seis, por medio de la cual se condenó a Luis Jiménez Guiza y Bertha de Avila a la sanción principal de doce y catorce años de presidio, respectivamente, y a las accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio frustrado cometido en la persona de Hipólito Avila.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITO DE VENTA DE BIEN AJENO O EMBARGADO

I.—En la venta de bienes ajenos o gravados — como especie de la estafa — hay un provecho ilícito en perjuicio del comprador, que consiste en la entrega del precio, para obtener el cual provecho el vendedor usó del artificio o engaño de aparecer como dueño en el primer caso, y de presentar como libre el bien vendido en el segundo.

III.—Celebrado, pues, el contrato y recibido el precio —háyase o no entregado la cosa vendida— esto es, obtenido el provecho ilícito, queda consumado el delito, trátese de contratos solemnes como el de venta de inmuebles, o de no solemnes como el de venta de muebles.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Sala Penal de la Corte decide aquí la colisión de competencias, de carácter negativo, suscitado entre los Jueces Superiores de Buga y Manizales, en relación con el conocimiento del proceso que, por estafa (venta de cosa embargada o ajena) se inició contra Juan de la Rosa Cadavid en la Inspección de Policía del Corregimiento La Plata, del Municipio de Palestina, Departamento de Caldas.

A) Antecedentes

Como precisas de la decisión que se adopte, se enumeran las siguientes:

a) Por causa de la muerte del señor Joaquín Cadavid González, ocurrida en Palestina (Caldas) el siete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, el señor Joaquín Cadavid, su padre y único heredero —según dice el auto de apertura de la sucesión— mediante escritura número 61 de 15 de enero del año de 1946 otorgada ante el Notario 1º de Cartago y registrada el 17 del mismo año— confirió poder general al señor Juan de la Rosa Cadavid, no sólo para que proveyera al juicio de sucesión de Joaquín Cadavid, sino también para que vendiera la finca (gravada con crédito hipotecario cedido a Roberto García Gómez) que éste poseía en el paraje "El Berrión", en el Corregimiento de La Plata, del Municipio de Palestina.

b) El apoderado, mediante escritura número 1178 del 17 de septiembre del dicho año y registrada el 21 de enero del siguiente (1947) otorgada ante el Notario 1º de Cartago, vendió la finca de "El Berrión" a los señores Rubén Ramírez y Manuel Monsalve, por la suma de dos mil pesos que el vendedor declaró haber recibido de contado y hecho la correspondiente entrega real y material del inmueble vendido el día del otorgamiento de la mencionada escritura;

c) El 20 de febrero de 1947, es decir, treinta días después del registro de la escritura de venta, el cesionario del crédito hipotecario Roberto García Gómez demandó ejecutivamente la sucesión de Joaquín Cadavid González, solicitó el embargo de la finca de "El Berrión", ejecución y embargo que fueron decretados el día 24 de los mismos mes y año.

d) El día nueve (9) de octubre del año pasado el señor Nacianceno García Giraldo (secuestre de la finca según algunos testigos) denunció ante el Inspector de Policía de La Plata al señor Juan de la Rosa Cadavid, como responsable de estafa, en la figura del artículo 409 del Código Penal, porque "estando iniciado o mejor, cursando el juicio de sucesión, aquél enajenó o vendió el bien de la sucesión como si se tratara de cosa propia, venta que hizo no de acción y derecho, sino de cuerpo cierto y determinado", y, además, porque "hizo dicha venta de cosa ajena, sólo con el fin de evadir el pago de unos créditos personales que se están cobrando ante la justicia ordinaria (Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales), y poderse apropiar así ilícitamente del inmueble referido y que constituye el patrimonio de la sucesión en cuestión, la que aún no se ha liquidado ni tan siquiera se han elaborado sus inventarios".

B) La colisión

Iniciada la investigación y realizadas las primeras diligencias, el Inspector de Policía de La Plata, envió el proceso al Juez 1º del Circuito Penal de Manizales, y éste —a su vez— al Juez 1º Superior del Distrito del mismo nombre, quien mediante auto del 15 de diciembre del año pasado, dispuso remitir el expediente al Juez Superior del Distrito del mismo nombre, quien mediante auto del 15 de diciembre del año pasado, dispuso remitir el expediente al Juez Superior de Buga, en atención a que es a éste (por haberse realizado allí la venta) y no al de Manizales, a quien corresponde el conocimiento, tesis que el de Buga no aceptó, fundado en que si la escritura se otorgó en su Distrito, hubo de registrarse en Manizales; tales tesis se transcriben, en sus partes esenciales, a continuación.

La del Juez 1º Superior de Manizales, expuesta en su primer auto (15) de diciembre de 1947), es la siguiente: "Los hechos denunciados por el señor Nacianceno García en contra de Juan de la Rosa Cadavid González se sucedieron en la ciudad de Cartago ante el señor Notario Primero de dicho Circuito el día diez y siete de septiembre del año de mil novecientos cuarenta y seis. Por razón del territorio, le corresponde el conocimiento de este negocio al señor Juez Superior del Distrito Judicial de Buga, como también por razón de la cuantía (artículos 45 y 55 del Código de Procedimiento Penal).

La del Juez 1º Superior de Buga, en su auto del 4 de febrero del presente año, está expuesta así: "Estando ubicado el inmueble en el Circuito de Manizales la inscripción del título correspondía necesariamente hacerla en la Oficina de Registro de dicha ciudad; como este requisito fue cumplido en forma legal, como se deduce de la copia visible a folio 25, desvirtúase la consideración hecha por el señor Juez 1º Superior, por cuanto que si la compra-venta de ese inmueble fue lo que constituyó el motivo para denunciar a Juan de la Rosa Cadavid, la tradición se perfeccionó, el delito se consumó, al hacer la inscripción del título en dicha Oficina de Registro, de acuerdo con el principio legal contenido en el artículo 756 del Código Civil, en su Capítulo 3º, Título 6º, del Libro 2º que dice: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos"; es decir, que si el delito se consumó, la circunstancia del otorgamiento no alcanza sino a la categoría de un acto preparatorio para tal consumación".

El Juez 1º Superior de Manizales no aceptó la tesis del de Buga, y en su auto del día veinte del pasado mes, ordenó remitir el expediente a esta Sala de la Corte para dirimir la competencia suscitada con el señor Juez 1º Superior de Buga, auto que fundó entre otras, en las siguientes razones, que la Corte transcribe: "La estafa, dice, es un delito que se perfecciona cuando mediante engaños se llega a la disminución patrimonial sufrida por quien acepta de buena fe la actividad dolosa del contratante" y "el acto de la inscripción de la escritura pública no es otra cosa que la legalización de un acto de la vida civil absolutamente independiente de los hechos que dieron lugar a la perpetración del delito de estafa que se investiga en este expediente" y "el hecho del otorgamiento de la escritura, en la forma como se hizo, pagando el comprador de manera inmediata el valor del inmueble, es —termina el Juez Superior de Manizales— razón suficiente para concluír que no fue un acto preparatorio de la comisión del delito, sino la configuración total del hecho delictuoso, porque además de lo dicho no consta el que el pago de la propiedad se hubiera condicionado al registro del instrumento que contiene el contrato".

C) La decisión

Siendo así que la discrepancia entre el Juez Superior de Manizales y el de Buga se ha presentado por motivo de la interpretación del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, que fija el criterio de la competencia según el territorio, en relación con el artículo 409 del Código Penal, que determina los elementos de la venta de bienes ajenos o gravados como especie de la estafa, la Corte estudia dos cuestiones: la naturaleza de los componentes de esta infracción y, especialmente, los requisitos de su consumación, con el propósito de señalar el Juez a quien corresponde su conocimiento.

Si se parte de la noción de la estafa, genéricamente considerada, esto es, de un provecho ilícito en perjuicio ajeno, obtenido mediante artificios o engaños que indujeron en error al perjudicado, se concluye —que en la venta de bienes ajenos o gravados como especie de la estafa— hay un provecho ilícito (pago del precio) en perjuicio del comprador, y que para obtener ese provecho el vendedor usó del artificio o engaño de aparecer como dueño en el primer caso, y de

presentar como libre el bien vendido en el segundo; se infiere de aquí, pues, que celebrado el contrato y recibido el precio —háyase hecho o no entrega de la cosa— esto es, obtenido el provecho ilícito, queda consumado el delito, trátese de contratos solemnes como el de venta de inmuebles, trátese de no solemnes, como el de venta de muebles.

Esta conclusión tiene su apoyo en las tesis de los tratadistas de todas las escuelas, según se expone en seguida.

Comentando la norma del Código toscano (404) relativa al delito de quien "induce a otro, mediante artificios, a comprarle una cosa que no es suya o gravada a favor de otra", Carrara afirma poder sostenerse que "cuando se ha conducido a una persona engañada a la **estipulación del contrato**, el delito queda consumado aunque el engañado no haya entregado ni el dinero ni la cosa, sino que solamente haya contraído una obligación que puede, una vez descubierto el engaño, ser dejada sin efecto".

Aún más, después de sostener que "el solo hecho de haber contraído una obligación, para libertarse de la cual deberá someterse a un pleito, constituye un daño efectivo, no potencial", el mismo expositor asevera que "en sustancia, una entrega, verdadera o simbólica, un despojo, sea de cosa o de derechos, son necesarios para la consumación de este delito".

Para Manzini (neoclásico), el momento consumativo se cumple inmediatamente que el culpable haya obtenido el provecho injusto (ilícito) con daño o perjuicio ajeno (aquí del comprador), y según la noción positivista (Ferri) "cuando en el hecho delictuoso se tienen todos los elementos constitutivos del delito establecidos en la norma penal (sujeto, objeto, acción, daño)".

Aceptado que es el daño o provecho ilícito (entrega del precio) lo que causa u origina la consumación del delito de venta de bien ajeno como propio del vendedor, la tesis del Juez Superior de Buga de que aquélla se realiza con la inscripción del título, no es sostenible en materia penal.

El contrato civil de venta de inmuebles, que crea para el vendedor la obligación de entregar en forma material la cosa inmediatamente después de su celebración o en la época en él prefijada, y para el comprador la de pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados o contrariamente en el lugar y sitio de la entrega, se reputa perfecto ante la ley —el contrato— desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio y, respecto a la venta de bienes raíces, al otorgarse la correspondiente escritura pública; el objeto de la inscripción del título en el registro es, pues, servir de medio de tradición del dominio de esos bienes, ya que sin ese requisito, el título no transmitiría ese dominio ni daría la posesión efectiva de tal derecho, ni haría fe en juicio ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público.

Así, pues, sea que se vincule la consumación del delito a la perfección del contrato por el otorgamiento de la escritura, sea a la obtención del provecho ilícito (pago del precio), es al Juez Superior de Buga al que corresponde conocer del proceso contra Juan de la Rosa Cadavid, ya que fue en Cartago donde se otorgó la escritura y donde el vendedor recibió del comprador el precio de la venta.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que es el Juez Primero Superior de Buga, y no el de Manizales, el competente para conocer de este proceso, y ordena enviarlo al de Buga, por conducto del de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COMPETENCIA

Por razón del lugar donde debe tramitarse el proceso es competente el juez del territorio en que se cometió la infracción (artículo 55 C. de P. P.). La dificultad consiste en determinar ese lugar cuando el desarrollo de la acción considerada ilícita se ha realizado en sitios pertenecientes a distintas jurisdicciones. Pero ya la Corte tiene resuelto el problema en el sentido de que cuando se ha recibido una cosa a título no traslaticio de dominio debe conocer del proceso penal que se adelante el juez del lugar donde la cosa o su valor debía entregarse, pues las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiarse indebidamente lo recibido. En cambio, en aquel lugar en que debe entregarse la cosa o su valor, según el caso, la intención adquiere realidad objetiva por la indebida apropiación de lo que no se ha recibido por título traslaticio de dominio, que es lo que constituye el delito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Juzgado 4º Penal del Circuito de Bogotá remite a la Corte el proceso contra N. N. con el fin de que se dirima la colisión de competencia que ha surgido entre ese despacho y el Juzgado 1º Penal del Circuito de X y a ello se procede; (artículos 42, ordinal 4º, y 67 del Código de Procedimiento Penal).

Por razón del lugar donde debe tramitarse el proceso, es competente el juez del territorio en que se cometió la infracción (artículo 55 ibídem). La dificultad consiste en determinar ese lugar cuando el desarrollo de la acción considerada ilícita se ha realizado en sitios pertenecientes a distintas jurisdicciones, como aquí sucede.

Pero ya la Corte tiene resuelto el problema, en el sentido de que cuando se ha recibido una cosa a título no traslaticio de dominio, debe conocer del proceso penal que se adelante el juez del lugar donde la cosa o su valor debía entregarse, pues las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiarse indebidamente lo recibido. En cambio, en aquel lugar en que debe entregarse la cosa o su valor, según el caso, la intención adquiere realidad objetiva por la indebida apropiación de lo que no se ha recibido por título traslaticio de dominio, que es lo que constituye el delito.

En este proceso se le hace a N. N. el cargo de que, siendo constructor del Hospital de X, obtuvo del pagador de la obra en aquella ciudad una suma de pesos con el fin de comprar unos metros de baldosines de porcelana, que debían ser colocados en el edificio, baldosines que compró a una casa comercial y con destino a la obra de que era director como ingeniero. Pero compró también a otra firma comercial otras cajas de baldosines, de las cuales envió cincuenta para el hospital.

Estos hechos hacen fijar a X. como territorio jurisdiccional del proceso, porque en ese lugar debía entregar los baldosines que el ingeniero había recibido la comisión de comprar para el desarrollo de la obra. No es el lugar y momento en que recibió el dinero para la compra de materiales, ni el lugar y momento en que llevó a término dicha compra, los que fijan la competencia sino aquellos en que en vez de cumplir con lo que debía, no lo hizo, sino que entregó una cosa semejante, pero de cantidad y precio diferentes de los convenidos.

"El **ánimus tenendi** —ha dicho la Corte— se transforma, pues, en el **ánimus rem sibi habere,** en el momento en que no se cumple la obligación de entregar, y no en el tiempo anterior en que la infracción no se manifestó en acto externo alguno significativo de realización sometible a penalidad.

"Caracteriza esta conclusión el hecho de que la responsabilidad sólo se configura, jurídicamente, en el momento en que el proceso volitivo se exteriorizó en el acto básico de la apropiación que es lo que constituye el delito". (Fallo de 29

de marzo de 1944, G. J. números 2006-09, página 202).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la competencia entre el Juzgado 4º del Circuito Penal de Bogotá y el Juzgado 1º del Circuito Penal de X., resolviendo que le corresponde a éste último el conocimiento del presente negocio, que debe remitírsele, dando cuenta previamente al Juzgado de Bogotá ya nombrado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL—REINCIDENCIA

1.—No basta citar los motivos de casación, sino que es necesario presentar las razones de hecho y de derecho en que se fundan, para que haya materia de estudio para la Corte.

2.—Para tener a una persona como reincidente es necesario traer al proceso las copias de las condenas anteriores, según se ha exigido por la doctrina de la Corte y de los Tribunales en forma reiterada. La objeción del recurrente, según la cual es necesario para la reincidencia que se haya cumplido una condena y que después se haya delinquido, no es admisible. La ley no exige sino dos condiciones para que exista la reincidencia: que haya habido una sentencia condenatoria y que se cometa un nuevo delito antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia de condena (artículo 34 del C. P.). Es que, como lo anota el Ministerio Público, el condenado con las solemnidades del procedimiento que vuelve a delinquir, aunque no haya sido privado de su libertad por cualquier causa, demuestra la persistencia o tenacidad en las actividades antisociales, que lo hacen peligroso y merecedor de represión más severa, y esa es la base o razón de la figura jurídica de la reincidencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

Adán Gómez o Benavides o Cruz (alias El Piojo), recurre en casación contra la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, de 31 de octubre de 1946, por la cual fue condenado a, la pena principal de cuatro años y medio de presidio y la accesoria de relegación a una colonia agrícola penal por cinco años, por el delito de robo.

Su apoderado invoca las causales quinta, segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal quinta: No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Dice el recurrente sobre esta causal que el fallo no expresó en forma nítida los hechos que estima demostrados y, además, dio por acreditados "hechos hipotéticos, sin fundamento legal".

Sobre este escueto enunciado no puede prosperar la causal, porque, como tantas veces se ha dicho, no basta citar los motivos de casación, sino que es necesario presentar las razones de hecho y de derecho en que se fundan, para que haya materia de estudio para la Corte.

Por otra parte y, como lo anota el Ministerio Público, la sentencia, aunque es un poco sintética, sí explica de qué delito se trata, cómo está probada la responsabilidad, cuáles son las disposiciones penales aplicables, e indica qué pruebas sirven de respaldo a sus afirmaciones.

Causal segunda: Errada interpretación de los hechos.

Alega el actor que la cuantía del robo es la de $ 34.86, porque no se concibe que un abogado hubiera estado negociando con oro guardado en su oficina, el compañero de labores de la víctima nunca le vio ese metal en ella, las declaraciones que aseguran la propiedad y preexistencia de las monedas son por demás sospechosas, y al sindicado no se las hallaron las autoridades cuando a los pocos días del ilícito lo aprehendieron.

Se considera:

Este proceso pasó al conocimiento del Juez Superior, por competencia, y allí fue fallado por el jurado, circunstancia que hace inadmisible la alegación de dicha causal, como reiteradamente lo ha dicho la Corte.

Por eso arguye la Procuraduría:

"Debe, pues, rechazarse el cargo, mayormente cuando los juzgadores tuvieron en cuenta varios testimonios importantes sobre la propiedad y preexistencia de los objetos robados, y en la apreciación de esa prueba aquéllos gozan de una gran amplitud, de una libre persuasión, al tenor de los

artículos 312 y 313 del Código de Procedimiento Penal.

"A esto hay que agregar que fue el propio jurado quien aceptó en su veredicto que el delito de robo consistió en la sustracción de varias prendas de vestir, objetos de cama, una máquina de escribir marca "Royal", **una cantidad de oro amonedado, alhajas** y demás objetos de propiedad de los doctores Rafael Molano Osorio y Benedicto Rincón".

"Y contra esa decisión no quedaba otro recurso que el de declaratoria de veredicto contraevidente, que sólo es propio de las instancias del juicio y no del recurso extraordinario de casación (artículos 537 y 554 del C. de P. P.).

"Finalmente —concluye la Procuraduría— si el señor apoderado quiso plantear una incompetencia de jurisdicción basada en la cuantía del delito, ha debido invocar y sustentar oportunamente la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, concerniente a la nulidad del juicio, cosa que no hizo. Y esa omisión inhibe a la H. Corte para estudiar el tema, conforme al artículo 568 del código citado".

Por tales razones, la causal segunda no puede prosperar.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal.

Alega el recurrente que ha debido aplicarse al procesado el artículo 402 del Código Penal y no el 404; que no ha debido tenérsele tampoco como segundo reincidente (artículo 34 del C. P.); que se omitió abonarle algunas circunstancias de menor peligrosidad (artículo 38 ibídem); y que no está acreditada la existencia de las monedas de oro, ni de las joyas.

a) Aplicación del artículo 404 del Código Penal.

A Gómez se le hizo el cargo de haberse apoderado, mediante violencia, de unas monedas de oro o libras esterlinas, de varias alhajas, de algunos objetos de uso personal y prendas de ropa y de una máquina de escribir, bienes que pertenecían a los abogados Benedicto Rincón y Rafael Molano. Los hechos se realizaron en la noche del 24 al 25 de diciembre de 1940, en la población de Santa Rosa de Viterbo. El doctor Rincón estimó la cuantía de lo perdido en más de mil pesos; el doctor Molano no hizo apreciación al respecto (fls. 2 y 136 del cuaderno principal).

El Juez y el Tribunal le aplicaron al procesado el artículo 404 del Código Penal, porque según comentario del primero, una parte del local estaba destinada a habitación y el candado que lo guardaba fue violentado por medio de llaves o ganzúas, lo cual encaja dentro de la circunstancia del ordinal 3º del mentado artículo.

"No sólo porque esos hechos se hallan demostrados en el expediente —comenta la Procuraduría— sino porque el demandante descuidó atacar razonadamente ese pasaje de la sentencia recurrida (que lo admite, aclara, la Corte) habrá que mantener en pie la aplicación del artículo 404 del Código Penal, pues el simple aserto que se hace en el libelo, de que debió aplicarse el artículo 402 de la misma obra, sin demostrar la razón de ello, es propio de un alegato de instancia y no del recurso extraordinario de casación".

De esta manera y, empleando la expresión del ministerio público, no hay materia para un estudio de fondo sobre la cuestión propuesta.

b) Reincidencia.

Alega la demanda que la sentencia que obra al folio 274 del cuaderno 1º no consta que hubiera sido notificada, ni que esté ejecutoriada, ni que haya sido cumplida la pena impuesta. Y, admitiendo que ese fallo esté ejecutoriado, la pena fue de diez meses de arresto y la que correspondería al delito que ahora se sanciona sería en su máximo de tres años, tres meses y diez días, pero sin el aditamento de la relegación a colonia agrícola penal, pues no se trata de una segunda reincidencia.

En este aparte se acepta la razón del demandante, siguiendo el concepto de la Procuraduría, pues el Tribunal consideró que el procesado era reincidente por tercera vez y para ello tuvo en cuenta los fallos que obran al folio 272 del cuaderno primero, y dicha circunstancia no puede deducirse con certeza.

En efecto, en providencia de 30 de abril de 1938, el Juzgado del Circuito de Miraflores condenó a Adán Gómez a cuarenta meses de reclusión, por las heridas que le causó a Melquisedec Bohórquez, providencia que fue reformada por el Tribunal de Tunja en la de 19 de agosto del mismo año. El Juzgado dijo que Gómez "es reincidente", pero sin especificar si es por primera vez o por segunda, y la sentencia del Tribunal no aclara el punto, porque apenas se adujo copia del encabezamiento y de la parte resolutiva.

Además, no se trajeron al proceso las copias de las condenas anteriores que le hubieran servido al Juez de Miraflores para considerar al procesado como reincidente, según se ha exigido por la

doctrina de la Corte y de los Tribunales en forma reiterada.

De esta suerte, apenas puede considerarse a Gómez como reincidente por primera vez, por haber cometido el delito de robo que ahora se sanciona después de haber sido condenado antes por otro delito y dentro de los diez años posteriores a la anterior sentencia.

No es admisible la objeción del recurrente de no estar notificada esa sentencia anterior, pues si es verdad que no se trajeron las copias de las notificaciones, el Secretario del Juzgado de Miraflores certifica que el proceso fue archivado "y hay constancia de que fue puesta en ejecución la pena" (fls. 271 del c. 1). Además, el mismo procesado confiesa en su indagatoria que pagó "una condena de diez meses (que fue la impuesta) ahí mismo en Miraflores por el Juzgado del Circuito" (f. 19).

La otra objeción del recurrente, de que es necesario para la reincidencia que se haya cumplido una pena y que después de ello se haya delinquido, tampoco es admisible. La ley no exige sino dos condiciones para que la reincidencia exista: que haya habido una sentencia condenatoria y que se cometa un nuevo delito antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia de condena (artículo 34 del C. P.). Y es que, como lo anota el ministerio público, el reo condenado con las solemnidades del procedimiento que vuelve a delinquir, aunque no haya sido privado de su libertad por cualquier causa, demuestra la persistencia o tenacidad en las actividades antisociales, que lo hacen peligroso y merecedor de represión más severa, y esa es la base o razón de la figura jurídica de la reincidencia.

c) Omisión de circunstancias de menor peligrosidad.

"La acusación no tiene importancia práctica —comenta la Procuraduría— porque tanto el Juzgado como el Tribunal aplicaron el artículo 404 en su mínimo, pues el pasado judicial de Gómez lo tuvieron en cuenta para agravarle la sanción por concepto de reincidencia. No jugaron, pues, en la individualización de la pena, ninguno de los factores contemplados en el artículo 36 del Código Penal, entre ellos la circunstancia de mayor y menor peligrosidad, para aumentarle la medida represiva".

d) En fin, lo referente al último motivo alegado sobre esta causal, esto es, que no está acreditada la preexistencia de las monedas de oro ni de las joyas, ya quedó analizado anteriormente al decir que en tratándose de un juicio por jurado es éste el encargado de calificar los hechos y la responsabilidad.

De las anteriores consideraciones se concluye que la causal primera prospera por haberse computado indebidamente la reincidencia, como tercera, no estando probadas las anteriores.

La disposición penal aplicable —según el veredicto del jurado— es el artículo 404 del código, que señala de tres a catorce años de presidio para el robo agravado.

Según las constancias del prontuario que obra al folio 46 v. del cuaderno principal, confirmadas a los folios 19, 105, 107, 108, el procesado aparece como un delincuente habitual, sobre todo en delitos contra la propiedad, es decir, que su personalidad se revela como muy peligrosa.

Además, el delito que ahora se sanciona lo llevó a término con la complicidad previamente concertada de Lilia Sánchez y de Emeterio Alvarez, que también fueron condenados en este proceso, lo cual constituye la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 9º del artículo 37 del código sustantivo. Esta circunstancia, unida a la personalidad especialmente peligrosa del acusado, impiden que se aplique el mínimo de la sanción, qué parece bien fijarla en cuatro años, como lo pide la Procuraduría.

Y como se trata de una primera reincidencia comprobada, es forzoso añadir una tercera parte, lo cual da un total de cinco años y cuatro meses de presidio.

Pero se ha de excluír la condena accesoria a colonia agrícola penal, según lo dispuesto en el artículo 34 del citado código, por tratarse de la primera reincidencia.

Anota la Procuraduría y así lo resolvió ya la Corte en otro caso semejante, que si bien la pena principal antes indicada es superior a la que trae la sentencia recurrida, y en casación no es admisible la **reformatio in pejus**, tal condena resulta más favorable al procesado, puesto que al adoptarla se le quitan los cinco años de relegación a colonia agrícola penal a que fue condenado.

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 el fallo recurrido y en su lugar condena a Adán Gómez, o Benavides, o Cruz (alias El Piojo) a la pena principal de cinco años y cuatro meses de presidio, más las accesorias correspondientes a ésta, o sea, a la interdicción

del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, a la pérdida de la patria potestad durante el tiempo de la condena y a la publicación especial de la sentencia. Queda en firme lo relativo al resarcimiento de los perjuicios, que no ha sido objeto del recurso.

En consecuencia, si ya hubiere cumplido la pena anterior, y no hubiere otro motivo para continuar detenido, póngase en libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS. — QUE SE ENTIENDE POR "INTERES EN EL PROCESO"

El interés a que se refiere la ley procesal en la causal de recusación anotada por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda obtener de la prosecución o desenlace del litigio. Este interés se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real como integrante de la parte civil, por ejemplo, o como coadyuvante en la defensa o persecución del procesado, siempre que el provecho o utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan determinar un error en la certeza y equidad del fallo de la justicia.

El interés puede ser de orden moral o material y tiene como término subjetivo siempre la persona. Es interés material el que expresa la parte civil en un proceso penal, en cuanto mira exclusivamente a la tasación monetaria de los perjuicios sufridos por el hecho delictuoso. Es interés moral el de los parientes de la víctima y victimario en un proceso, cuando quiera que su ánimo esté inclinado a demostrar, en cada caso, la inocencia, o irresponsabilidad o impureza o rectitud moral de la conducta de cada uno de los actores del hecho investigado para deducir de ella la aceptabilidad o reputación social o la memoria honesta o vituperable de sus respectivos parientes envueltos en el suceso delictuoso. En esta forma la persona se rodea de atributos de orden moral o material que trata de defender, por su utilidad física o por su provecho social. Si por algún aspecto el acto delictuoso ha vulnerado la esfera de sus intereses, el ofendido de hecho queda colocado dentro del núcleo de personas que tienden a inclinar su ánimo con mayor o menor vehemencia a resarcirse del daño ocasionado, ya sea obteniendo la retribución material o moral, o coadyuvando en la sanción del agresor.

El pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad siempre estará interesado moral y materialmente —por los vínculos familiares— en el desenlace de la acción. Sin embargo, existe otra esfera de interés moral, ya no establecida exclusivamente por los vínculos familiares o materiales, sino por la responsabilidad de representación de una persona jurídica. Un gerente tiene alrededor de su persona un complejo de deberes y responsabilidades en la conducción eficiente de la sociedad que representa. Cualquier falla en la administración de aquélla recae sobre su persona.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El doctor Benjamín Iragorri Díez, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, se ha declarado impedido para conocer del proceso en contra de Nicolás Pereira Urdaneta y otros por los delitos de falsedad, estafa y abuso de confianza.

Dice el doctor Iragorri Díez:

"Es el suscrito Magistrado, hermano de don Jorge Alonso Iragorri Díez, quien como Gerente de la Caja Agraria en Popayán, por la época de los hechos a que se contrae el informativo, emitió conceptos y dio consejos para salvaguardiar los intereses de la institución lesionada (fs. 95, cuaderno número 6).

"Manifestada esa situación por el señor Iragorri Díez al Juez de la causa, para que se le relevara del cargo de perito en el avalúo de daños y perjuicios, el Juez puso en conocimiento de las partes el impedimento, éstas lo allanaron, y el perito rindió su dictamen, estimando los perjuicios en cuarenta y un mil quinientos doce pesos, con setenta y cinco centavos ($ 41.512.75) (cuaderno número 6, folio 103).

"Establecido que el señor Iragorri Díez, tenía interés en el proceso, por ser miembro de la Caja de Crédito Agrario e Industrial; que el suscrito Magistrado lo vio asesorando a los funcionarios

de esa institución, y que, además, ha sido perito, concurre la causal establecida en el numeral 1º del artículo 73 del Código de Procedimiento Criminal".

Los Conjueces del conocimiento rechazaron el impedimento, dando como razones, las siguientes:

"Corresponde, pues, a los Conjueces sorteados en este asunto calificar tal impedimento. El Magistrado doctor Iragorri Díez, alega la causal primera del artículo 73 del C. de P. P. para fundamentar su impedimento, pero ocurre que las razones por él dadas, no corresponden al interés de que habla la disposición aludida, porque ese interés, en opinión de los Conjueces calificadores del impedimento, debe ser un interés personal, y el señor Jorge Alonso Iragorri Díez, no lo tenía para su persona particular, sino como representante de una entidad pública.

"En este caso, la actuación del señor Jorge Alonso Iragorri Díez, es parecida, en cuanto a interés, al de los Agentes del Ministerio Público, que, como dice la Corte "no se mueven en sus dictámenes por los intereses particulares, sino por el interés de la sociedad o de la entidad que representan", a quienes la Corte declara hábiles para actuar como Jueces.

"Si en este proceso fue declarado legal el impedimento de otro Magistrado, por ser pariente de otra persona que figura en él, lo fue por razones distintas de la considerada".

La Sala considera:

El numeral primero del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, referente a las causales de recusación, dice:

"Tener el juez, el magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso".

El interés a que se refiere la ley procesal en la causal anotada significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda obtener de la prosecución o desenlace del litigio. Este interés se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real —como integrante de la parte civil, por ejemplo— o como coadyuvante en la defensa o persecución del procesado, siempre que el provecho o utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan determinar un error en la certeza y equidad del fallo de la justicia.

El interés puede ser de orden moral o material, y tiene como término subjetivo siempre la persona. Es interés material, el que expresa la parte civil en un proceso penal, en cuanto mira exclusivamente a la tasación monetaria de los perjuicios sufridos por el hecho delictuoso. Es interés moral el de los parientes de la víctima y victimario en un proceso, cuando quiera que su ánimo esté inclinado a demostrar, en cada caso, la inocencia, o irresponsabilidad o impureza o rectitud moral de la conducta de cada uno de los actores del hecho investigado, para deducir de ella, la aceptabilidad o reputación social o la memoria honesta o vituperable de sus respectivos parientes envueltos en el suceso delictuoso.

En esta forma, la persona se rodea de atributos de orden moral o material que trata de defender, por su utilidad física o por su provecho social. Si por algún aspecto el acto delictuoso ha vulnerado la esfera de sus intereses, el ofendido de hecho queda colocado dentro del núcleo de personas que tienden a inclinar su ánimo con mayor o menor vehemencia a resarcirse del daño ocasionado ya sea obteniendo la retribución material o moral o coadyuvando en la sanción del agresor.

El pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre estará interesado moral y materialmente—por los vínculos familiares — en el desenlace de la acción.

Sin embargo, existe otra esfera de interés moral, ya no establecida exclusivamente por los vínculos familiares o materiales, sino por la responsabilidad de representación de una persona jurídica. Un Gerente, tiene alrededor de su persona un complejo de deberes y responsabilidades en la conducción eficiente de la sociedad que representa. Cualquier falla en la administración de aquélla, recae sobre su persona.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: Es legal el impedimento manifestado por el doctor Benjamín Iragorri Díez para conocer del proceso por falsedad y otros delitos en contra de Nicolás Pereira Urdaneta, en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Popayán.

Cópiese, y envíese el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA EMBRIAGUEZ EN LA EJECUCION DEL HECHO DELICTUOSO.—CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—La ley penal considera la ingestión de bebidas alcohólicas, ya como productora de un estado transitorio o accidental, que constituye una circunstancia de menor peligrosidad "cuando el agente no ha podido prever sus consecuencias delictuosas" (artículo 38, ordinal 5º), ora como causa de un estado crónico o permanente de intoxicación, que obliga a que se apliquen medidas de seguridad (artículo 29). Pero el hecho de haberse cometido un delito por el influjo del alcohol, bien sea la embriaguez accidental o bien constituya un estado de intoxicación permanente, no justifica ni excusa de la responsabilidad, aunque sí conduce a hacer el debido señalamiento de las sanciones. A ese fin tiende el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal.

2. — Son numerosas las veces en que la Corte ha dicho que la causal segunda no puede alegarse en los juicios en que ha intervenido el Jurado, porque el nuevo Código de Procedimiento no incluyó entre los motivos de casación el ser el veredicto injusto o contrario a la evidencia de los hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 3 de marzo del año pasado, confirmó la del Juzgado 1º Superior de este mismo Distrito, por medio de la cual Tiberio Camacho fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de la muerte de Luis Arturo Camargo.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el procesado, que sustenta ante la Corte su defensor, con base en las causales segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para una mayor claridad de las cuestiones que debe estudiar la Sala, conviene reproducir la respuesta que el jurado reunido para calificar los hechos dio a la pregunta que se le formuló sobre el homicidio, pregunta y respuesta que son del tenor siguiente:

"¿El acusado Tiberio Camacho es responsable de haber dado muerte a Luis Arturo Camargo por medio de heridas causadas con arma de fuego, hechos ocurridos en las horas de la tarde del día 16 de agosto de 1942, en esta ciudad de Bogotá, de la comprensión de este Distrito Judicial "

El jurado contestó: **"Sí, pero en estado de embriaguez".**

Causal cuarta: Nulidad del juicio.

No dice expresamente el libelo cuál sea la causa de la nulidad, pero del contexto de la demanda se deduce que en ella se incurrió por no haber dado cumplimiento al artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, que ordena detener preventivamente al sindicado en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, cuando éste se encuentre en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, o padezca de otra grave anomalía psíquica.

La embriaguez puede ser accidental o transitoria, o también patológica o atípica, caso este último en que el alcohol sirve "como vehículo o plataforma para poner en movimiento la personalidad patológica del sujeto". Y puesto que no se cumplió con lo establecido por el artículo 388 citado, "se desnaturalizó en el proceso la raíz informativa de los hechos y por ausencia de aplicación de un artículo de la ley, se llevó al jurado a una errada interpretación o apreciación" de los mismos.

Se tiene en cuenta:

Es evidente que la ley penal considera la ingestión de bebidas alcohólicas, ya como productora de un estado transitorio o accidental, que

constituye una circunstancia de menor peligrosidad "cuando el agente no ha podido prever sus consecuencias delictuosas" (artículo 38, ordinal 5º), ora como causa de un estado crónico o permanente de intoxicación, que obliga a que se apliquen medidas de seguridad (artículo 29). Pero el hecho de haberse cometido un delito por el influjo del alcohol, bien sea la embriaguez accidental o bien constituya un estado de intoxicación permanente, no justifica ni excusa de la responsabilidad, aunque sí conduce a hacer el debido señalamiento de las sanciones.

A ese fin tiende el artículo 374 del Código de Procedimiento, que dice:

"Si el funcionario descubriere en el procesado indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa, lo someterá inmediatamente a la observación de facultativos en el establecimiento en que se hallare detenido, o en un manicomio adecuado si fuere más a propósito o si el procesado estuviere en libertad.

"Sin perjuicio de este reconocimiento, el funcionario recibirá información del estado psíquico del procesado a las personas que pudieren dar detalles más precisos por razón de sus circunstancias especiales o de las relaciones que hayan tenido con aquel procesado, antes y después de haberse ejecutado el hecho".

Ya se puede decir, pues, que el recurrente incurrió en un error al citar el artículo 388 como de obligado cumplimiento, puesto que tal precepto se refiere a la "detención preventiva" de los anormales. Sin embargo, lo que en el fondo alega la demanda es que el juez no cumplió con el deber de darse cuenta de la personalidad normal o patológica del procesado que, de acuerdo con el espíritu del código, es la base de la represión penal. Y tanto es ello verdadero, piensa la Sala, que la ley ordena al funcionario de instrucción "practicar todas las investigaciones necesarias para apreciar el carácter y la conducta anterior del procesado, conocer sus antecedentes personales y de familia, el ambiente en que ha vivido, las relaciones que ha mantenido o cultivado, y, en general, **todo lo que pueda descubrir su personalidad y los motivos que lo han inducido al delito**" (artículo 375 del C. de P. P.).

Pero es obvio que un proceso, por deficiente que haya sido el allegamiento de pruebas, no cae por lo general bajo la sanción de nulidad, sino en los términos del ordinal 4º del artículo 198 del Código de Procedimiento, esto es, si informadas las partes por el juez de que podían pedir la práctica de todas las probanzas conducentes al pleno esclarecimiento del delito y de la responsabilidad y personalidad de su autor, no la solicitaron en tiempo oportuno.

En el caso en estudio no se pidió el examen psíquiátrico del procesado, ni en el expediente se encuentra dato que induzca a pensar que el Juez hubiera debido ordenar dicho examen, porque ni sus antecedentes, que son muy buenos (folios 58, 59, 64 a 69, 72, 88, 97 v., 142, etc.), ni el modo de ejecución del hecho, podían sugerir la posibilidad de hallarse frente a un anormal. Camacho mismo dice que no ha sido aficionado a las bebidas embriagantes y que no ha sufrido de enfermedades mentales, el hecho se perpetró en estado de embriaguez ocasional, y ninguno de los declarantes afirma circunstancia que haga colegir la enajenación, la intoxicación crónica producida por el alcohol o la grave anomalía psíquica. Por eso en la sentencia recurrida se lee: "La personalidad del acusado, es la de un individuo carente de ilustración, persona de cierta influencia entre los artesanos del barrio donde habitaba, de profesión albañil. Se dice en varias declaraciones traídas a los autos, que es hombre de buena conducta, cumplidor de sus deberes y hombre de hogar. Tiene una sindicación por el delito de lesiones personales, aunque se ignora la suerte que haya corrido la investigación. De otro lado, es un sujeto sano de mente y que al tiempo de cometer el hecho no se hallaba en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia ni en estado de grave anomalía psíquica".

De esta suerte, la causal invocada no puede prosperar.

Causal segunda: Errada apreciación de los hechos.

Se apoya lo alegado respecto de esta causal, en lo dicho anteriormente, esto es, en que habiéndose practicado el examen detenido de la personalidad del procesado, los jueces de conciencia hicieron errada apreciación de los hechos en su veredicto. Estos afirmaron que el hecho se había cometido en estado de embriaguez, o "por culpa" de la embriaguez, palabras éstas últimas que tacharon, pero que demuestran que estuvo vacilante, pues es distinto que un delito se consume en embriaguez accidental, que en estado de intoxicación crónica. Se violó, pues, la ley penal.

por haberse dictado la sentencia "sobre un veredicto evidentemente contrario a la evidencia de los hechos", pues si el juez hubiera conocido la personalidad psíquica de Camacho, posiblemente hubiera tenido que aplicar el artículo 29 del Código Penal.

Se considera:

Son ya numerosas las veces que la Corte ha dicho que la causal segunda no se puede alegar en los juicios en que el jurado ha intervenido, porque el nuevo Código de Procedimiento no incluyó entre los motivos de casación el ser el veredicto injusto o contrario a la evidencia de los hechos. Y es así como, desde la casación de 3 de noviembre de 1944, dijo la Corte:

"La notoria injusticia del veredicto, como causal de casación, fue insinuación de la ley 118 de 1931, y que apenas rigió durante la vigencia de ésta. En efecto, ni la ley 78 de 1923, que creó este recurso extraordinario, ni la ley 94 de 1938, que adoptó el nuevo estatuto procesal y reglamentó, en consecuencia, toda la materia, incluyeron la notoria injusticia del veredicto entre las causales del recurso.

"La Comisión redactora de aquel estatuto atribuyó privativamente a los falladores de instancia la declaración de notoria injusticia del veredicto, atribución consignada en los artículos 537 y 554, según los cuales, si el veredicto fuere contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, debe serlo así declarado y ordenarse, en consecuencia, la convocatoria de un nuevo jurado".

La Corte cita luego las siguientes palabras de la Comisión:

"Hemos dicho que no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto, tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia".

Y terminaba así la Corte:

"Es evidente que en un juicio de éstos podría suceder el caso extraordinario de que, como lo anotó la Comisión en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal, "el juzgador se empeñe en no tomar en cuenta hechos fundamentales del proceso a pesar de estar debidamente acreditados en el proceso", pero tal riesgo se previene si se consideran los múltiples y diversos recursos y derechos que la ley concede al procesado en las instancias, suficientes para poder subsanar en su oportunidad los eventuales errores en que los falladores de instancia hayan podido incurrir, entre ellos el de alegar la contradicción entre el veredicto y la evidencia de los hechos, la nulidad, la apelación y reposición del enjuiciamiento, la práctica de pruebas en el sumario y en el juicio, la apelación de la sentencia de primer grado y, posteriormente, la casación y la revisión, recursos éstos que tienden, el primero a subsanar los errores de derecho y el segundo, errores de hecho". (G. J. número 2010-14, página 745).

En consecuencia, esta causal tampoco puede prosperar.

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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

EN QUE CONSISTE LA DEPRAVACION.—CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD.—COMPLICIDAD. — BUENA CONDUCTA ANTERIOR.

1.—La calidad de depravado envuelve, como lo ha dicho la Corte, "la negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social, o como lo afirma la Procuraduría, demuestra una "atrofia profunda y casi absoluta de la moralidad, de tal suerte que el sujeto libertino y depravado es un ser corrompido en grado máximo, que sólo vive para el mal y de él se alimenta; es algo despreciable, cuyo comportamiento es una carga para la sociedad y una piedra de escándalo para ella".

2.—La indigencia y la falta de ilustración son circunstancias que solamente pueden computarse en favor de un procesado en cuanto hayan influído en la ejecución del hecho. La falta de ilustración se toma indebidamente como circunstancia de menor peligrosidad a favor de toda persona que no sabe leer y escribir, sin tener en cuenta que, si no ha influído en la determinación criminal, se convierte el analfabetismo, en un medio como el nuestro, en la patente de corso más expedita para la delincuencia. En los delitos de sangre será muy difícil admitirla porque, como lo advierte el Tribunal, hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito.

3.—No es necesaria la co-participación material para que se diga que ha habido complicidad previamente concertada. Basta el hecho de ser varios, siquiera dos, los participantes en el delito, pues el designio criminoso tomado en forma principal, indica la peligrosidad común a los autores del hecho ilícito, aunque la forma o modo de llevarla a término sea distinta. El previo acuerdo se predica, pues, de la pluralidad de sujetos, y no de las circunstancias antecedentes y concomitantes al delito.

4.—No basta la carencia de antecedentes judiciales o de policía, que es lo que pudiera llamarse una buena conducta negativa, para decir que una persona ha sido de buena conducta, sino que es necesario que el proceder del acusado haya sido de tal naturaleza que lo haga acreedor a la benevolencia de la sociedad y de los jueces.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

V i s t o s :

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 2 de mayo de 1947, condenó a Mercedes Martínez de Cotrino, entre otros, a la pena principal de veinte años de presidio, como responsable del asesinato perpetrado en la persona de Pedro Moreno, sentencia contra la cual interpuso su defensor el recurso de casación, con base en la causal primera del artículo 567 del código de procedimiento.

Hechos.—Mercedes Martínez de Cotrino, casada con Raimundo Cotrino, vivía en la vereda de San Carlos, municipio de Quipile (Cundinamarca), consagrada al laboreo de unas fanegadas de tierra, pero, sin saberse por qué, se había separado de su marido. Según lo declara ella misma, había cultivado relaciones amorosas con Jesús Navarrete y con Pedro Moreno, con éste último por más de un año. Moreno abandonó a la Martínez y se dirigió a la región del Quindío y, pasado algún tiempo, regresó a Quipile y reanudó sus antiguas relaciones. Parecía que su vida sexual con aquélla marchaba normalmente, pero lo cierto es que la mujer se propuso eliminarlo, sin que aparezcan comprobados los motivos.

Hay alguna prueba de que primero recurrió a un espiritista para que le suministrara a su amante una pócima, pero luego resolvió recurrir más bien a Nepomuceno Huertas, trabajador del predio en que vivían, quien se asoció con Luis Antonio Ramírez para que coadyuvara en la perpetración del crimen.

Y fue así como en la noche del 19 de octubre de 1940, en la vereda de "Las Delicias", en el "Alto del Paraguas", de la jurisdicción de San Juan de Rioseco, Pedro Moreno pereció a manos de sus victimarios, que le causaron varias heridas de machete en la cabeza y el cuello. La Martínez les había dado las instrucciones del caso sobre el sitio y hora propicios para la consumación del asesinato, y retuvo en su casa a la víctima para que pasara por ese punto en el momento oportuno.

El Juzgado 4º Superior llamó a juicio criminal a Mercedes Martínez como autora intelectual o instigadora del homicidio y a Huertas y Ramírez como autores materiales del mismo, enjuiciamiento que fue confirmado por el Tribunal.

El Jurado declaró a la Martínez como responsable de haber determinado a Nepomuceno Huertas para que cometiera el homicidio, mediante actos positivos, y que en ello había procedido con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, con asechanza, alevosía y cogiendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, pero negó que hubiera determinado a Ramírez, a quien consideró como cómplice no necesario.

El Juzgado le impuso a la procesada, como pena, la de veinticuatro años de presidio, pero el Tribunal consideró que algunas de las circunstancias de mayor peligrosidad eran constitutivas de asesinato y, como no podían computarse doblemente, redujo la pena a los veinte años de que se habló al principio.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal.—El recurrente alega los siguientes motivos de indebida aplicación de la ley penal:

a) En primer lugar el Tribunal estimó como circunstancia de asesinato y, al mismo tiempo como de mayor peligrosidad, el haberse valido de la actividad de su hijo menor Miguel Cotrino (ordinal 6º del artículo 363 y ordinal 8º del artículo 37);

b) En segundo lugar, tuvo por acreditado la depravación o libertinaje de la Martínez, que no puede considerarse como tal, porque no indica ánimo depravado o libertino la circunstancia de que hubiera vivido con dos hombres con los cuales no estaba ligada por los vínculos del matrimonio, sin tener en cuenta la forma sucesiva de vida sexual, ni el ignorar si fue la mala conducta del marido la que la obligó a la separación, ni el ambiente social de la protagonista.

c) En fin, el Tribunal no tuvo presentes, en cambio, ni su buena conducta anterior, ni su pobreza y falta de ilustración.

De esta suerte, la pena que a la Martínez de Cotrino le corresponde es el mínimo señalado en el artículo 563 del Código Penal, o sea, la de quince años de presidio.

Se considera:

Es cierto que el Tribunal dedujo como circunstancias de mayor peligrosidad contra la procesada, tanto sus antecedentes de depravación y libertinaje, por haber tenido relaciones ilícitas con dos hombres distintos de su marido, como el haberse valido de su menor hijo Miguel Antonio para llevar a término el delito (ordinales 1º y 8º del artículo 37 del Código Penal), y es exacto que no encontró en favor de la misma ninguna circunstancia indicadora de menor peligrosidad.

Por ello "y teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y demás factores establecidos en el artículo 36 del Código Penal para el señalamiento de la sanción —dice— tenemos que, dadas las circunstancias de mayor peligrosidad exhibidas por Mercedes Martínez de Cotrino y que no han sido constitutivas ni modificadoras del delito, y la ausencia total de circunstancias de menor peligrosidad, a esta procesada corresponden veinte años de presidio".

La primera circunstancia de mayor peligrosidad no es pertinente, porque la calidad de depravado envuelve, como lo ha dicho la Corte, "la negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social", o como lo afirma la Procuraduría, demuestra una "atrofia profunda y casi absoluta de la moralidad, de tal suerte que el sujeto libertino y depravado es un ser corrompido en grado máximo, que sólo vive para el mal y de él se alimenta; es algo despreciable, cuyo comportamiento es una carga para la sociedad y una piedra de escándalo para ella".

La investigación en este proceso, en lo relativo a la personalidad de la acusada, es muy deficiente, pues habiendo datos que la hubieran puesto de relieve, no se esclarecieron en la medida necesaria. Es muy poco lo que se sabe de sus antecedentes de familia, del comportamiento del esposo, de los motivos que hubieran hecho romper los lazos matrimoniales, de su conducta con Navarrete y Moreno, de sus actividades con sus semejantes. Lo único que está probado con su confesión es que llevó vida marital con estos últimos, pero no en forma simultánea, sino sucesiva.

En tales condiciones, el adulterio no alcanza a destacarla como mujer licenciosa en el grado que envuelve la depravación, de tal suerte que su carencia de sentido ético hubiera hecho que las gentes sintieran repugnancia o repudio por ella.

En cuanto a la segunda circunstancia, no es exacto que se hubiera tomado como constitutiva de asesinato y como de mayor peligrosidad, sino solamente con este último carácter (f. 31 del cuaderno 2º). Ahora bien, consta que Miguel Cotrino estuvo con los asesinos antes y después del delito, sabía que se iba a perpetrar, y prestó el concurso de su presencia en la casa de su madre para que la víctima se alejara de ella y acudiera al sitio en que había de ser ultimada.

Verdad es que los términos del código, "valerse de la actividad de menores, significa que el agente del delito haya obligado o inducido al incapaz, por actos positivos y valiéndose de su poder o influencia moral, para hacerlo tomar parte en forma directa o indirecta en la perpetración del acto ilícito. Pero esto último cuenta con respaldo procesal y el recurrente lo acepta por probado.

La indigencia y la falta de instrucción que el demandante alega no deben ser tenidas en cuenta, porque esas circunstancias solamente pueden computarse en favor de un procesado en cuanto hayan influído en la ejecución del hecho, y aquí no se ve que esos factores hayan sido móviles determinantes del homicidio.

La indigencia, porque no es la procesada una persona de tales condiciones que hubiera sido llevada a hacer eliminar a Moreno por necesidad, por hambre o miseria, para mejorar de situación. Al contrario, consta que sus condiciones materiales de vida eran, si no muy desahogadas, por lo menos suficientes para no convertirse en trauma precipitador de un crimen como el de que ahora se trata.

La falta de ilustración se toma indebidamente como circunstancia de menor peligrosidad a favor de toda persona que no sabe leer y escribir, sin tener en cuenta que, si no ha influído en la determinación criminal, se convierte el analfabetismo, en un medio como el nuestro, en la patente de corso más expedita para la delincuencia. En los delitos de sangre será muy difícil admitirlo, porque, como lo advierte el Tribunal, hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito.

Viniendo ya al caso concreto, conviene recordar que el jurado declaró que el delito lo había hecho cometer la Martínez de Cotrino con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con asechanza, alevosía y cogiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

Son dos, pues, las circunstancias constitutivas de asesinato, porque la asechanza, la alevosía y el haber sorprendido a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad vienen a ser una sola. La realidad es que el homicidio se hizo cometer —fuera de haberse premeditado— habiendo hecho pasar a la víctima por el lugar donde lo esperaban sus victimarios para recibir la muerte estando desprevenida e indefensa. Asechanza, esto es, artificio o engaño, alevosía, que vale lo mismo que a traición y sobreseguro, e indefensión e inferioridad no son sino especificaciones de la misma circunstancia, que es la que se deja señalada.

Es preciso tener presente, también, que la infracción se perpetró con una complicidad previamente concertada (artículo 37, ordinal 9º, del Código Penal), que el Tribunal no tuvo en cuenta y que la Procuraduría alega, y ya que al señalar la pena debe obrar la Sala como tribunal de instancia. En efecto, como ya se ha dicho en esta entidad, no es necesaria la coparticipación material para que se diga que ha habido complicidad previamente concertada. Basta el hecho de ser varios, siquiera dos, los participantes en el delito, pues el designio criminoso tomado en forma principal, indica la peligrosidad común a los autores del hecho ilícito, aunque la forma o modo de llevarla a término sea distinta. El previo acuerdo se predica, pues, de la pluralidad de sujetos, y no de las circunstancias antecedentes y concomitantes al delito.

Pero lo que no puede tenerse en cuenta es el hecho de que la Martínez obtuvo la complicidad de los victimarios materiales por precio o promesa remuneratoria, porque sobre dicha circunstancia no se le preguntó al jurado (artículo 363, ordinal 8º, del Código Penal), ni éste la declaró (artículo 29 de la ley 4ª de 1943), y en los juicios en que interviene es el tribunal popular el encargado de calificar las circunstancias especificadoras o modificadoras del delito (artículo 480 del Código Penal).

En cambio, no hay circunstancias de menor peligrosidad, pues la buena conducta anterior de la procesada, que el recurrente alega, no se halla demostrada. No basta, en este particular, la carencia de antecedentes judiciales o de policía,

que es lo que pudiera llamarse una buena conducta negativa, para decir que una persona ha sido de buena conducta, sino que es necesario que el proceder del acusado haya sido de tal naturaleza, que lo haga acreedor a la benevolencia de la sociedad y de los jueces). Sobre el particular dijo la Corte en casación de 10 de mayo de 1947:

"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 y en forma 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 probadamente mala, no habrá de agravarse la pena, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia".

Así, pues, teniendo en cuenta aquellas circunstancias constitutivas de asesinato y la mayor peligrosidad que aparece probada, en una palabra, la gravedad y modalidades del hecho y la peligrosidad de la acusada, cree la Corte que la pena principal señalada puede rebajarse a diez y ocho años, en vez del mínimo que solicita el recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo en parte 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 Mercedes Martínez de Cotrino a la pena principal de veinte años de presidio, y en su lugar la condena a la de diez y ocho años de la misma pena. En lo demás queda en firme el fallo, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar un período igual al de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

FALSEDAD

El Código Penal considera como falsedad el hecho de suprimir, destruír u ocultar documentos públicos o privados (artículos 231, 233 y 240), porque esas maniobras van en contra de la función probatoria de tales documentos y afectan la verdad y la fe pública, como observa la Procuraduría. La vista del Ministerio Público trae una interesante cita de Carrara, según la cual, el fin del delito es una ofensa a la verdad, pero que se debe decir que hay falsedad por SUPRESION y no falsedad por SUSTRACCION, "porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de SUPRIMIR el documento. Este criterio, deducido totalmente del fin del agente, es lo que determina la noción de falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, en providencia de 26 de abril del año pasado, sobreseyó definitivamente en favor de Gerardo Sierra Londoño, providencia que debe revisar esta Sala de la Corte, por apelación interpuesta por el Fiscal 2º del mentado Tribunal.

En el Juzgado del Circuito de Santa Rosa de Osos cursaba un juicio de alimentos promovido por Mariano Sánchez contra su hijo Francisco de Paula, que trajo como consecuencia un serio disgusto entre las partes, debido a que el demandado se expresó en términos ofensivos contra su padre.

Pero luego, arrepentido de su conducta, resolvió más bien apoderarse del expediente. Y, como no lograra que el Secretario, Jesús Agudelo, se lo facilitara (f. 4 v.), acudió al Juez, Sierra Londoño, quien le manifestó que se lo entregaría por petición de ambas partes y le elaboró un borrador de memorial con ese objeto. El Secretario rechazó el memorial, porque le faltaba la firma de una de las partes (de Mariano), pero es lo cierto que el expediente le fue entregado a Francisco de Paula, según explica el funcionario acusado, en calidad de préstamo, y mediante la gestión de algunas personas.

El Juez acusado dice así en su indagatoria:

"..... El señor Vicario de la Diócesis, el padre Juan de la Cruz Lopera y Lisandro Díaz me intrigaron para que le atendiera al señor Francisco de Paula Sánchez y le prestara un negocio que su padre había entablado contra él, en la semana de Pascua del año pasado (1941) y luego de atenderle la entrevista a Sánchez, conocer el negocio, leerlo y estudiar la ley, se lo presté bajo la responsabilidad verbal e íntima del mismo señor Vicario y autorizado por la ley, a más de que el negocio para mi entender no valía nada legalmente cuando sí moralmente por lo que él me dijo y se leía en uno de los memoriales firmados por él, máxime si se tiene en cuenta que Sánchez —Francisco— me decía que no lo querían absolver siendo así que lo estaba viendo comulgar diariamente. Preguntado. ¿Sabe usted cuál fue el hombre que a sabiendas de la responsabilidad que tenía en lo relacionado con los asuntos del Juzgado, traspapeló el juicio anómalo sobre alimentos de Mariano Sánchez contra Francisco de P. de igual apellido? Respuesta: Francisco de Paula Sánchez a quien yo lo presté bajo la responsabilidad que antes manifesté y teniendo en cuenta lo que él me decía que no era sino para él copiarlo, mostrárselo a su padre y delante de un sacerdote pedirle perdón porque ya estaba para morirse, como en efecto murió, exigencia que le había hecho un sacerdote para absolverlo, quedar él tranquilo y poderse casar sin remordimiento de ninguna clase, y para no mostrarle desconfianza no quise atender la exigencia que él me hacía de firmar en el libro de recibos el préstamo hecho. Preguntado :¿Sabe usted quién o quiénes son autores o partícipes del delito de "extravío de un juicio civil" que se investiga en este sumario? Respuesta: Autor Francisco de Paula Sánchez y creo que no haya par-

ícipes de ninguna clase". (F. 20).

Francisco de Paula niega que el Juez le hubiera entregado el expediente, pues hace el siguiente relato:

"Al Juez doctor Gerardo Sierra Londoño le hice yo algunas preguntas y solicitud para la entrega de ese expediente, en forma verbal por encargo o recomendación de mi padre ya fallecido, señor Mariano Sánchez. Le pregunté verbalmente al expresado doctor si nos podía entregar a mi padre y a mí un expediente relativo a ciertas diferencias que habíamos tenido y de las cuales ya mi padre estaba arrepentido. El doctor me respondió que sí me lo entregaba o que me hacía entregar el expediente siempre que mi padre y yo lo solicitáramos de acuerdo y presentáramos un memorial en la misma forma que el doctor y conforme a un borrador que me redactó y entregó escrito de su puño y letra. Mi padre y yo hicimos el memorial en papel sellado y de conformidad con el borrador, pero esa solicitud no fue atendida porque el señor Secretario de la oficina le encontró defectos o deficiencias y le insinuó al señor Juez que debía negar lo pedido, como así se hizo devolviéndome el memorial. Después de esto, el señor Juez me prometió entregarlo o hacerme entregar dicho expediente en forma legal según él, pero sucedió que en esos mismos días se le ocurrió conseguir un dinero prestado y me exigió que lo fiara ese efecto (sic), cosa que yo no pude acceder por falta de responsabilidad o capacidad y porque el prestamista seguramente me rechazaría. Así se lo manifesté al expresado doctor, quien se mostró disgutado conmigo y ya no sólo me retiró la promesa de conseguirme el expediente, sino que me exigió en forma imperiosa que le devolviera el borrador que días antes me había dado y como yo no quise devolvérselo ni tener más cuenta con ese señor, esto le ocasionó mayor disguto conmigo hasta el punto que la autoridad de policía tuvo que intervenir y conminarnos para que guardáramos la paz... Al prometerme o en vista de la promesa que me hizo el doctor Sierra Londoño de entregarme eso, le dije a Lisandro Díaz que si podía hablar con él haber (sic) si le era fácil cumplirme lo prometido; al padre Urrea le dije lo mismo que en vista de las promesas hechas por Sierra y del borrador que él me había dado para ese memorial, me hiciera el favor de hablar con él haber (sic) si me cumplía lo prometido. Respecto del negocio nada hablé con el finado Pbro. Lopera....., yo no he recibido ningún expediente, lo único que he recibido fue el borrador que me dio el doctor Sierra, el cual presentaré oportunamente para que se agregue a las diligencias junto con el memorial que presenté al Juzgado con el auto negativo de lo que yo pedía, o mejor, no tiene auto ninguno, ya que el rechazo que se me dio fue verbal... y prueba de que no había recibido expediente es el que no me haya requerido el Juez por ser competencia de él y se valió del Alcalde que no tenía qué ver conmigo para enredar más los líos". (F. 22).

El presbítero Urrea, a quien alude Sánchez, afirma:

"1º Es absolutamente falso el que el expediente o juicio de que se trata haya llegado a mis manos y nunca lo he visto. 2º Recuerdo que un día el doctor Gerardo Sierra Londoño me habló acerca de un expediente que creo sea el de que habla, pero no recuerdo en qué tiempo tuvo lugar esta conversación. 3º Ya en parte constado en número anterior. Es absolutamente falso que el doctor Sierra me haya reclamado lo que yo no tenía, ni siquiera conozco, ni tenía por qué tener. Por lo demás, protesto contra la osadía de quienes hayan invocado mi nombre en esta cuestión. No es esta la manera indicada para defender una causa al acudir al nombre de quien por su dignidad y por el ejercicio constante de su ministerio, no se ocupa sino en hacer el bien". (F. 4).

El presbítero Lopera no dio su declaración, por haber fallecido.

Con lo dicho por Emilio Pérez quedó confirmada la afirmación de Francisco de Paula de que el doctor Sierra Londoño lo había presentado como su fiador en un préstamo de dinero por dos mil pesos. (F. 5 v.).

Afirma la Procuraduría, y la Corte lo acepta, que aunque no hubo testigos ni se expidió recibo, la entrega del expediente por parte del Juez a Francisco de Paula Sánchez resulta indudable, porque así lo demuestran las siguientes pruebas:

a) El Juez, con fecha de 19 de junio de 1941, le dirige un oficio al Alcalde de Santa Rosa, pidiéndole que conmine con una multa a Sánchez "para que entrege un negocio que en calidad de préstamo le entregué y que contra él siguió en este despacho su padre Mariano Sánchez". (F. 2).

b) El Alcalde conminó a Sánchez con multa de veinte pesos para que devolviera el expediente. (F. 2).

c) Sánchez le pidió reposición por considerar que el competente para el requerimiento era el Juez del conocimiento. (F. 2 v.).

d) El Juez insiste ante el Alcalde (27 de junio) para obtener la devolución del proceso, exigiéndole mayor actividad y severidad. (F. 1 v.).

e) Emilio Pérez afirma:

Que el doctor Sierra Londoño le había relatado que "Sánchez ya no lo fiaba por haber tenido un disgusto con él, pues que por conducto del Vicario Monseñor Jesús María Urrea le había prestado un juicio sobre alimentos que Sánchez tenía en el Juzgado en que era actor su padre Mariano Sánchez y que cuando se lo había reclamado, se había negado a entregarlo y que había tenido palabras de donde resultaba una enemistad entre ellos por esa causa". (F. 5 v.).

f) Marcelino Sánchez dice:

Que había visto posteriormente al doctor Sierra "con un agente de policía cuyo nombre ignoro... cerca a la casa de Sánchez y alguien me informó —no recuerdo quién— que era en busca de un expediente que Sierra le había prestado a Sánchez en calidad de Juez de este Cto., en esa época". (F. 6).

g) Carlos S. Arrubla expresa:

"Lo único que sé respecto a lo que se investiga es que, días antes de entregar el Juzgado del Circuito en lo Civil, el entonces Juez doctor Gerardo Sierra Londoño, presencié y oí que el citado Sierra Londoño le reclamaba al señor Francisco Sánchez un expediente o juicio pero sin mencionar referente a qué. Esta entrevista la tuvieron Sierra Londoño y Sánchez en la calle del medio crucero con la calle Colombia". (F. 8. v.).

h) Alejandro Ramírez, portero del Juzgado Civil del Circuito, declara:

"Recuerdo que en el mes de julio último (1941) cuando desempeñaba el puesto de Juez...., con el fin de que le solicitara que enviara un juicio contra Francisco de P. Sánchez, instaurado por el señor Mariano Sánchez..., y la respuesta del doctor Gerardo Sierra Londoño fue la siguiente: "Que el mencionado expediente estaba en poder del citado Francisco de P. Sánchez, porque yo lo ví un jueves de feria conversando con un abogado en la puerta del Hotel Ideal, acerca de que le preguntaba Sánchez qué tenía necesidad de hacer para no entregar ese expediente y como el diálogo se extendía, yo me retiré y no supe en qué pararía". (F. 10).

i) El doctor Pedro J. Berrío G., asevera:

"Cuando el doctor Sierra estaba empeñado en conseguir los dos mil pesos ($ 2.000.00) me manifestó el mismo doctor Sierra que le había entregado el juicio sobre alimentos referidos a don Francisco y que éste se había quedado con él y como el doctor Sierra fuera personalmente a reclamárselo a la casa de aquél, el asunto produjo escándalo y entre los comentarios que me llegaron fue el del doctor Hernando Cuartas M., quien me dijo que a él en la Estación El Hatillo, del Ferrocarril de Antioquia, le había manifestado don Francisco que cómo le parecía el que el doctor Sierra le hubiera ofrecido entregarle el expediente si le servía de fiador con don Emilio Pérez para éste prestarle dos mil pesos..." (F. 14).

j) El doctor Alfonso Cuartas relata:

"En uno de los meses de junio o julio del corriente año (1941), pero sin recordar la fecha ni el día, fue cierto que el señor Francisco de P. Sánchez solicitó mis servicios profesionales consistentes en haber recibido un expediente en calidad de préstamo de manos del señor Juez del Cto. en lo Civil, en ese entonces doctor Gerardo Sierra Londoño. Sólo puedo afirmar, guardando la reserva profesional sobre las confidencias que pudo hacerme Sánchez, que el doctor Sierra L., le reclamaba directamente la devolución del expediente y después por medio del señor Alcalde". (F. 16 v.).

k) El señor Martín Olano Ll., a quien, en su calidad de Alcalde le tocó conminar a Sánchez para la devolución del expediente, dice lo siguiente:

"A mediados del mes de junio de 1941, cuando desempeñaba el puesto de Alcalde Municipal en el Distrito de Sta. Rosa de O., un día cualquiera se presentó a la Alcaldía el doctor Gerardo Sierra Londoño, quien ocupaba el cargo de Juez del Cto. en lo Civil en la misma población a exigirme que le ayudara con Mariano Sánchez (sic) para que le entregara un expediente que le había prestado y que hacía algunos días venía envolatándolo en lo de la entrega. Yo le dije que él era autoridad competente para reclamar ese expediente, pero que no obstante yo tenía (sic) inconveniente en llamar a Sánchez, para ver si quería entregarlo, pero él que contestó que ese expediente lo había prestado el doctor Sierra al señor Vicario General de la Diócesis y que se había envolatado. Como el doctor Sierra estaba muy ofuscado, yo me limité a conminarlo con Sánchez para que guardaran la paz y allí terminó el negocio". (F. 27 v.).

Dadas estas pruebas, ¿cabe deducirle responsabilidad al señor Juez del Circuito de Santa Rosa de Osos, por el extravío del expediente, y por la elaboración del memorial?

De dos infracciones cabe hablar en este caso, esto es, de abusos de autoridad consistentes en haber entregado un expediente de su despacho, sin facultad legal para ello, y de haber elaborado el memorial a las partes con el fin de solicitarlo, y, además, de una falsedad por sustracción de documentos públicos.

Los primeros están prescritos, dada la pena y el tiempo transcurrido.

En cuanto al segundo, se anota que el código penal considera como falsedad el hecho de suprimir, destruír u ocultar documentos públicos o privados (artículos 231, 233 y 240), porque esas maniobras van en contra de la función probatoria de tales documentos y afectan la verdad y la fe pública, como observa la Procuraduría.

La vista del Ministerio Público trae una interesante cita de Carrara, según el cual, el fin del delito es una ofensa a la verdad, pero que se debe decir que hay falsedad por **supresión** y no falsedad por **sustracción,** "porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de **suprimir** el documento. Este criterio, deducido totalmente del fin del agente, es lo que determina la noción de la falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir".

Admitiendo, pues, que pueda hablarse de falsedad en este caso y, siguiendo el pensamiento del Ministerio Público, no es posible afirmar con seguridad el dolo. En otros términos, aquel fin o propósito no está comprobado en este proceso, más claro, no se acreditó que el Juez hubiera destruído, suprimido u ocultado el proceso, ni se lo facilitó al señor Sánchez para que lo destruyera, suprimiera u ocultara, sino que se lo "prestó" con otros fines.

"El hecho de haber desarrollado el Juez todos los medios que creyó convenientes, inclusive recurriendo a la autoridad, para hacerse devolver el juicio, hasta el extremo de romper relaciones amistosas con Francisco de Paula, así como la circunstancia de haber hecho público que Sánchez no quería entregarle el proceso, son datos muy significativos para pensar que el propósito del sindicado no fue el de que los autos fueran destruídos, suprimidos u ocultados, a menos que esa actitud enérgica la tomara cuando ya vio perdidas sus esperanzas de que Sánchez le sirviera de fiador en el préstamo de los dos mil pesos, como lo sugieren algunos declarantes. Pero esto apenas surge en el campo de las hipótesis y sobre ellas no puede edificarse un delito ni la consiguiente responsabilidad penal.

"En todo caso, hay una duda muy grave sobre el cuerpo del delito de falsedad que, si bien no justifica el sobreseimiento definitivo decretado por el Tribunal, tampoco autoriza el llamamiento a juicio del procesado, como lo solicitó el señor Fiscal apelante. Porque en esta materia del cuerpo del delito, el juzgador no puede recurrir al sistema de los cálculos, aproximaciones o términos medios, sino a la plena prueba de la existencia del hecho punible.

"Mas lo anterior no obsta para que este Despacho deje la expresa constancia de que la lectura del proceso causa una impresión muy desfavorable al decoro y rectitud del Juez acusado, doctor Sierra Londoño, pues en las páginas del informativo se alcanza a entrever que algo turbio y deshonesto agitaba al sindicado cuando, subrepticia e ilegalmente, entregó el expediente a Francisco de Paula Sánchez, después de haberle exigido que le sirviera de fiador. Además tiene antecedentes judiciales.

"Desde luego esa entrega indebida del expediente, a espaldas del Secretario del Juzgado y sin recibo alguno, podría al menos justificar un auto de proceder por abuso de autoridad; pero ocurre que, dado el transcurso del tiempo —más de cinco años— la acción penal prescribió ya.

"El otro cargo que se le hace al Juez doctor Sierra Londoño y que aparece establecido con suficiencia, es el haber elaborado un borrador de memorial para que los señores Mariano y Francisco de Paula Sánchez le solicitaran la entrega del expediente que luego desapareció.

"Ese hecho encaja a cabalidad en el artículo 179 del Código Penal, que prohibe a los empleados del orden judicial y a los Agentes del Ministerio Público, entre otras cosas, abogar en asuntos judiciales o administrativos y aconsejar a cualquiera de las partes litigantes, que fue lo que hizo aquí el Juez doctor Sierra Londoño en un asunto que tenía pendiente en su Juzgado.

"Pero como la infracción se consumó en el año de 1941, los cinco años necesarios en este evento para la prescripción de la acción penal, están ya agotados desde el año pasado.

"Por consiguiente, en esta parte, debe aplicarse el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal".

Las consideraciones del Ministerio Público las encuentra la Corte ajustadas a la realidad y por eso las acoge como fundamento de su resolución.

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, resuelve:

1º Revócase el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, que ha sido objeto de la apelación, en cuanto hace al delito de falsedad de documentos públicos, y en su lugar se sobresee temporalmente, con el fin de que se continúe la averiguación, en los términos del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal;

2º Declárase prescrita la acción penal en lo que hace a los delitos de abuso de autoridad de que se habla en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello E., Secretario.

EN QUE CONSISTE EL DELITO DE PREVARICATO. — ABUSO DE CONFIANZA

1.—Soler, siguiendo a Carrara, afirma que el elemento específico del prevaricato está en el elemento subjetivo, esto es, en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho conocido. No basta, pues, que se muestre la incorrección jurídica de una sentencia —dice—: será preciso mostrar la incorreción moral del juez. Y así puede concluírse que no son suficientes el descuido ni la negligencia, pues no hay prevaricato por culpa, y que ni siquiera el error o la ignorancia le sirven de fundamento. "El prevaricato consiste en el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es". (Soler, Derecho Penal Argentino). El Código Penal Colombiano, a más del A SABIENDAS, exige la comprobación del motivo, sentimiento o pasión que debe haber inspirado la providencia judicial, o sea, la simpatía o animadversión a una de las partes.

2.—Para deducir que existe un delito de abuso de confianza sólo se necesita que aparezca acreditado que una persona ha recibido cosas muebles ajenas por un título no traslaticio de dominio y que se las ha apropiado en beneficio propio o de un tercero. (Artículo 412, C. P.). Pero para llegar a esa deducción no puede pedirse a los jueces que tengan en cuenta unas pruebas u otras, sino las que llevan natural y necesariamente a ese resultado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. — Debe calificar la Corte las presentes diligencias adelantadas para averiguar los delitos de prevaricato y detención arbitraria de que acusa el doctor Pablo Alzate Fernández a los magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga, doctores Elberto Téllez Camacho, Domingo Arenas Serrano y José J. Amaya M.

La relación de los hechos puede hacerse en la siguiente forma:

El señor Leonidas Alzate López había celebrado un negocio con el Consorcio de Cervecerías Bavaria, de Bogotá, con el fin de dar al consumo los productos de esta empresa en la ciudad de Armenia. Ese contrato fue de cuenta corriente, al principio, pero luego se cambió y Alzate López vino a quedar al frente de la agencia que Bavaria estableció en aquella población.

Pero desde 1937 se vinieron notando faltas de envases o de dineros que debían figurar en las cuentas y ya en las postrimerías de 1941 decidió la empresa de Bavaria suspender al señor Alzate en su cargo y acusarlo ante las respectivas autoridades, por el alcance que resultaba en contra suya y que pasaba de los noventa mil pesos.

El Juzgado Superior de Pereira llamó a juicio criminal al señor Alzate López, por abuso de confianza realizado entre septiembre de 1933 y diciembre de 1941 (folio 29).

Pero el Tribunal revocó el auto de proceder y en su lugar sobreseyó definitivamente en favor del acusado, en providencia que lleva fecha de 26 de octubre de 1946 (f. 29), de la cual pidió reposición la parte civil.

Por resolución del Gobierno Nacional, de 5 de diciembre del mismo año, se radicó el proceso en el distrito judicial de Bucaramanga, y el Tribunal, en providencia de 1º de agosto del año pasado, revocó el sobreseimiento dictado por el de Pereira, y en su lugar llamó a juicio al señor Alzate López por abuso de confianza. Y ese ha sido el origen del presente proceso.

Los cargos que el doctor Alzate Fernández le hace a los Magistrados del Tribunal son dos: que cometieron un prevaricato, por amistad con el apoderado de la parte civil, doctor Jorge Orduz Ardila, o por interés manifiesto hacia el Consorcio de Cervecerías Bavaria, o por enemistad con una de las partes; y que cometieron una detención arbitraria al ordenar, como consecuencia del enjuiciamiento, que se privara de su libertad al procesado.

El prevaricato. Según el artículo 168 del código penal, comete prevaricato el funcionario o empleado público que, a sabiendas, dicte sentencia, resolución, o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

Soler, siguiendo a Carrara, afirma que el elemento específico del prevaricato está en el elemento subjetivo, esto es, en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho reconocido.

No basta, pues, que se muestre la incorrección jurídica de una sentencia —dice—: será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y así puede concluírse que no son suficientes el descuido ni la negligencia, pues no hay prevaricato por culpa, y que ni siquiera el error o la ignorancia le sirven de fundamento.

"El prevaricato consiste en el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es". (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo V, páginas 224 y siguientes).

El Código Penal colombiano, a más del **a sabiendas,** exige la comprobación del motivo, sentimiento o pasión que debe haber inspirado la providencia judicial, o sea, la simpatía o animadversión a una de las partes.

Alega el denunciante que como la investigación fue iniciada el 29 de diciembre de 1941, la acción quedó prescrita a los cinco años, o sea, el 29 de diciembre de 1946, cuando el expediente se hallaba en Pereira, y de esta suerte, el Tribunal de Bucaramanga no podía sino declarar que se había operado ese fenómeno de la prescripción. Pero no obró así, sino que siguió actuando y llamó a juicio al señor Alzate López.

El Tribunal desconoció, además, el documento de cuenta corriente, que había sido aceptado por el Consorcio de Bavaria y que no había sufrido tacha alguna, con lo cual quebrantó lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil.

No tuvo en cuenta tampocò el Tribunal que el Consorcio se negó, de acuerdo con sus abogados "a exhibir los libros de cuentas corrientes que llevaban con Leonidas Alzate López".

En fin, agrega el denunciante, "la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga desechó las razones, descabaló las pruebas, violó las disposiciones que consagraban derecho o situación favorable del procesado, mientras que se decidió a dar acogimiento a todas las aducidas por Consorcio únicamente. Jamás una parcialidad más notoria se había visto".

Respecto a la prescripción explica el magistrado ponente, doctor Téllez Camacho, por qué no se declaró en la providencia que dio base para que se acusara a sus autores, en la siguiente forma:

"Al estudiar los hechos constitutivos de la infracción, el ponente, y con él la Sala, encontró que el delito caía bajo la denominación de abuso de confianza, por haberse apropiado en provecho suyo el sindicado, bienes muebles ajenos, entregados a título no traslaticio de dominio y que, por lo mismo, la pena sería de tres años de prisión. Esta pena determinaba y señalaba el tiempo de la prescripción, que era el de cinco años, según el artículo 105 de la misma obra.

"Pero como el hecho se había cometido abusando de las funciones de mandatario —y el señor Alzate López era un mandatario comercial— la pena se aumentaba hasta en la mitad, según el 413, y entonces el máximo de la sanción sería la de cuatro años y medio, y por lo mismo, la acción penal prescribiría en el mismo término de cinco años, término que ya estaba cumplido cuando ese negocio llegó al Tribunal de Bucaramanga.

"Pero existe otra disposición penal, la contenida en el artículo 414, que establece un aumento hasta en otro tanto a la señalada en el 413, cuando la cuantía del ilícito pasa de diez mil pesos, caso en el cual la acción prescribe o prescribiría en un término igual al máximo imponible, es decir, nueve años, tiempo éste que aún no se ha cumplido".

La Sala no puede conceptuar sobre si la prescripción de la acción penal se había consumado. Pero las razones del Magistrado ponente de la providencia, en el Tribunal de Bucaramanga, dejan ver que la providencia no es expresa o manifiestamente injusta, como lo exige el código penal para que exista delito, y del expendiente no se deduce lo contrario.

Los demás fundamentos que le sirven al denunciante para sustentar su acusación de prevaricato, no tienen solidez ninguna. Porque eso de afirmar que el Tribunal desechó razones, descabaló pruebas, acogió las probanzas favorables a la empresa y desechó las que demuestran la inocencia del procesado, resulta inadmisible, pues habría que partir de una presunción absurda: que todas las resoluciones de los funcionarios son injustas y arbitrarias, y la lógica más elemental indica lo contrario, esto es, que hay que partir

de la base de que ellas se ajustan a la ley. Los cargos de abuso de autoridad o de prevaricato tienen que ser pues, concretos y, además, han de aparecer plenamente demostrados.

En este caso, los únicos cargos concretos, o sea, que la compañía cervecera no exhibió sus libros de cuentas y que el Tribunal desechó el contrato de cuenta corriente, carecen de toda seriedad. Para deducir que existe un delito de abuso de confianza, en efecto, sólo se necesita que aparezca acreditado que una persona ha recibido cosas muebles ajenas por un título no traslaticio de dominio y que se las ha apropiado en beneficio propio o de un tercero (artículo 412 del C. P.). Pero para llegar a esa deducción no puede pedirse a los jueces que tengan en cuenta unas pruebas u otras, sino las que lleven natural y necesariamente a ese resultado. Y sin embargo el Tribunal no desechó ni subestimó probanza alguna, sino que del voluminoso acervo sacó las conclusiones que lo llevaron al enjuiciamiento.

El Tribunal admite que hubo una cuenta corriente, pero que ese contrato se cambió para convertirse el procesado en mandatario que recibía los productos de la empresa para venderlos por cuenta y bajo la dirección de ésta, y que el dicho mandatario se apropió indebidamente de los bienes que había recibido para manejar en nombre del Consorcio de Bavaria. Y ese es el análisis detenido y minucioso que hacen los Magistrados de Bucaramanga: Las pruebas, según inspección ocular practicada por la Corte, fueron ciento ocho; el estudio "de los fundamentos legales y de hecho que sirven de base a las conclusiones del auto de proceder del Juzgado Superior de Pereira", comprende del folio 159 al folio 165; y la última parte, que es un estudio de derecho, contempla el contrato de cuenta corriente, la novación que pudo haber y que no encontró probada, el mandato comercial y la comparación de los contratos, para concluír que sí cometió el señor Alzate López el delito por el cual lo ha llamado a juicio. No sobra advertir que la prueba que lleva el número 97 es un "concepto del perito único designado para hacer un estudio sobre los libros y documentos de contabilidad relacionados con el negocio entre el Consorcio y Alzate López". (F. 49 vuelto).

De manera que lo que debe concluírse es que la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga "es una pieza ampliamente motivada —como afirma la Procuraduría—. Sus doscientas cinco páginas —dice— están demostrando que se trató de hacer un estudio lo más completo posible de las pruebas que obraban en pro y en contra del sindicado, llegando a la conclusión de que debía confirmarse el enjuiciamiento dictado por el señor Juez Superior de Pereira y revocarse el sobreseimiento dictado por el Tribunal Superior de la misma ciudad".

Ya pudiera, pues, concluírse, que no existió el prevaricato de que sindica el doctor Alzate Fernández a los Magistrados Téllez Camacho, Arenas Serrano y Amaya. Pero para hacer ver la sinrazón del denunciante, conviene decir que no está probado, ni con el más leve indicio, que hubieran proferido su decisión por amistad con el abogado de Consorcio en Bucaramanga, ni por interés con el representante de Bavaria en la misma ciudad, ni por enemistad con el procesado o su representante.

Sobre el particular dicen los funcionarios acusados:

"El suscrito Téllez Camacho apenas conoce al doctor Orduz Ardila desde hace unos tres meses, al venir a esta ciudad a tomar posesión de su cargo de Magistrado del Tribunal de Bucaramanga y no ha tenido oportunidad de trabar amistad con el doctor Orduz, y muchísimo menos amistad íntima. Apenas existen entre los dos las relaciones propias de dos personas bien educadas, recientemente presentadas o relacionadas.

"Los suscritos Amaya y Arenas son conocidos con el doctor Orduz Ardila desde hace bastante tiempo y tienen con él relaciones de amistad, pero no íntima. Precisamente por eso no se declararon impedidos para conocer del negocio". (Fls. 37 y 52).

El doctor Orduz Ardila asegura que es apenas relacionado con el magistrado Téllez Camacho y con los magistrados Arenas y Amaya tiene amistad, pero no íntima. (F. 73).

En fin, el denunciante propuso un incidente de recusación contra los mentados funcionarios, incidente en que no logró convencer a la Corte de que entre el apoderado de la parte civil y los magistrados de Bucaramanga reinaba una amistad que hiciera temer de la suerte del proceso. (F. 52).

El interés de los magistrados por Consorcio se deduce del hecho de que, habiéndose presentado en el Tribunal el ahora denunciante, solicitó audiencia del doctor Arenas Serrano y éste manifestó que en el momento no podía atenderlo porque estaba hablando con el Gerente de Bavaria en Bucaramanga, don Mario Sánchez Castro.

El señor Sánchez Castro manifiesta que, aunque ha concurrido varias veces al Tribunal a tratar asuntos de carácter personal, nunca ha tenido con el magistrado Arenas Serrano ni con los demás "conferencias especiales sobre ningún asunto, y muchísimo menos sobre procesos que se encuentren a su estudio". (F. 70).

Uno de los empleados, el señor Saúl Villabona, afirma que el doctor Arenas Serrano manifestó al comunicarle que el doctor Alzate quería hablar con él, "que apenas se desocupara tendría mucho gusto en atenderlo".

Y el propio doctor Arenas Serrano explica que sí fue cierto que en el día a que se hace alusión estaba hablando con el señor Sánchez Castro, antiguo conocido suyo, y que al decirle que unos abogados de Pereira deseaban hablar con él, tal cosa no fue posible, porque al saber que estaba conversando con el citado Sánchez Castro "salieron corriendo a denunciarme por prevaricato —dice gráficamente el acusado doctor Arenas Serrano— y cuando yo salí a buscarlos ya no los encontré". (F. 72).

Pero da a entender el denunciante que existe enemistad entre él y sus denunciados. Mas, como dijo esta misma Sala al resolver el incidente de recusación que propuso, eso de que haya comenzado a sentir los hervores de "una grave enemistad naciente con ellos", no da pie para juzgar que los magistrados experimenten el mismo sentimiento, que han negado enfáticamente y del cual no existe probanza en el proceso.

Por lo demás, el propio denunciante asevera que no ha tenido ni tiene relaciones ningunas con los funcionarios a quienes ahora acusa, pues apenas conoce al magistrado Téllez. Y el procesado Alzate López declaró que no ha tenido relaciones con los magistrados del Tribunal de Bucaramanga y que ni siquiera los conoce.

Por eso es forzoso aceptar las deducciones de la Procuraduría en su concepto, esto es, que la lectura del expediente deja ver que "el doctor Alzate Fernández recurrió a la acusación contra los aludidos magistrados, con el fin de separarlos del conocimiento del sumario seguido a Leonidas Alzate López", pero que "no hay ni el más leve indicio de que... hubieran dictado su fallo por simpatía hacia una de las partes o animadversión hacia otra".

Este recurso aparece poco airoso, porque acredita en quien lo emplea desconfianza en la justicia de su causa y un menguado concepto de la amistad y de la rectitud de los administradores de justicia; y resulta inútil, además, porque la poca fe que le merecen al denunciante los jueces y magistrados que fallan en forma desfavorable a sus pretensiones, tiene que extenderse a los otros que pudieran reemplazarlos y a los que conocen de la acción criminal que contra aquéllos ha promovido.

Un punto no tratado aquí hasta ahora, es la acusación que se hace al magistrado de la Corte, doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, que es impertinente, inoportuna y vana: impertinente, porque no se ve el nexo que haya entre la circunstancia de que como abogado hubiera emitido un concepto, cuando el proceso se hallaba en Pereira, si el Tribunal de esa ciudad decidió el negocio sobreseyendo en favor de Alzate López; inoportuna, pues el denunciante no puede ignorar que de las acusaciones contra los magistrados de la Corte, que como a tal se las hace también, no conoce esta Sala, sino solamente el Congreso de la República; y vana, porque si lo que pretende el abogado acusador ahora es separar del conocimiento al magistrado, ha perdido su esfuerzo, pues cuantas veces ha subido a esta entidad algún negocio relacionado con el Consorcio de Bavaria, se ha declarado impedido, como lo ha hecho en este mismo asunto.

La detención arbitraria consistió, según el denunciante, en haber aplicado arbitrariamente el numeral 17 del artículo 406 del código de procedimiento, que prohibe excarcelar a los procesados en los casos de abuso de confianza que contemplan los artículos 413 y 414 del código sustantivo.

"Pero el Tribunal consideró —dice la Procuraduría— que no era aplicable al caso el artículo 412, sino los artículos 413 y 414 del código penal, por cuanto Alzate López era un mandatario del Consorcio de Bavaria y por ser la cuantía del delito superior a diez mil pesos. Así lo dice en su declaración indagatoria el doctor Elberto Téllez Camacho, magistrado ponente del auto que dio base a la denuncia. En esas condiciones, la prescripción era inadmisible y debía cancelarse el beneficio de excarcelación de que estaba gozando el sindicado, de acuerdo con el numeral 17 del artículo 406 del código de procedimiento penal".

Bastan estas reflexiones del Ministerio Público para concluír que tampoco hubo la detención arbitraria de que fueron acusados los funcionarios de Bucaramanga.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y adminis-

trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de los magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga, doctores Elberto Téllez Camacho, Domingo Arenas Serrano y José J. Amaya M. por los delitos de prevaricato y detención arbitraria de que los acusó el doctor Pedro Alzate Fernández.

Sáquese copia de lo conducente y remítase a las autoridades competentes para que averigüen las falsas imputaciones hechas ante las autoridades de que pueda ser responsable el denunciante.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Carlos Arturo Díaz, Con juez—**Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.,** Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior de Buga, en fallo de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, dictó auto de proceder en contra del doctor Bernardo Ospina Duque, en su carácter de Juez Penal de ese Circuito, por los delitos de detención arbitraria y prevaricato. En el mismo auto se sobreseyó definitivamente en favor del acusado por el delito de violación de la reserva del sumario.

Cuando el negocio se hallaba ante la Corte, para el estudio de la apelación interpuesta, se allegaron al expediente las pruebas legales pertinentes (folios 62 y 63) de las cuales se desprende la muerte del acusado.

Por tal motivo se dio traslado del negocio al señor Procurador Delegado en lo Penal, para que conceptuara si era el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal que ordena cesar todo procedimiento en concordancia con el artículo 100 del Código Penal, cuando la acción penal se extingue por la defunción del procesado.

El señor Procurador hace referencia a su primer concepto rendido en este proceso en el cual solicitaba se confirmara el auto de llamamiento a juicio por el delito de detención arbitraria y se sobreseyera definitivamente por el delito de prevaricato, pues consideraba —a raíz de un prolijo y acertado estudio— inocente al doctor Ospina Duque de tal ilícito.

Por tal motivo y consecuente con su pedimento anterior, el señor Agente del Ministerio Público en su actual concepto opina que debe declararse extinguida la acción penal por el delito de detención arbitraria a causa de la muerte del procesado, pero que respecto del delito de prevaricato que no existe, la solución ecuánime no es la de declarar cesado el procedimiento, sino la de dictar sobreseimiento definitivo para que quede a salvo de esta vejatoria imputación la memoria del muerto.

Dice el señor Procurador:

"La Procuraduría, en vista rendida el 11 de agosto de 1947 hizo un estudio pormenorizado de ese proceso, y llegó a la siguiente conclusión: que el delito de prevaricato no está demostrado; que tampoco lo está el cargo por violación de la reserva del sumario; y que el enjuiciamiento por detención arbitraria sí se justifica. En consecuencia, pidió a la H. Corte que se confirmara el auto de proceder en lo referente a esta última infracción; que asimismo se confirmara el sobreseimiento por violación de la reserva del sumario; y que se revocara el llamamiento a juicio por prevaricato para, en cambio, sobreseer definitivamente en favor del doctor Ospina Duque por esa grave imputación.

"Sobre el prevaricato, este Despacho sintetizó así su pensamiento:

"Pues bien: La Procuraduría no encuentra demostrados los elementos b) y c) del prevaricato atribuído al doctor Ospina Duque (o sea haber dictado sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y haber procedido en ello a sabiendas, esto es, con conocimiento pleno de que actuaba en forma ilegal, arbitraria e injusta), por la sencilla razón de que el auto que dictó privando de la libertad al señor Montaño no es evidentemente contrario a la ley, ni expresa o manifiestamente injusto, ya que los fundamentos en que se basó el Alcalde para detener a dos ciudadanos, según ya se dijo, se prestan a interpretarlos como abusivos, o al menos como de muy dudosa legalidad. Y en ese caso, el Juez tenía un margen respetable para considerar como atentatorias de la libertad individual las Resoluciones dictadas por el Alcalde, y, a su vez, ordenar la detención de éste como infractor del artículo 295 del Código Penal.

"Y como la ley penal requiere en esta materia que el acto no sólo sea ilegal, sino "expresa o manifiestamente injusto", lo que vale decir — siguiendo a la H. Corte — que cause "un perjuicio

evidente sin motivo ni explicación razonable", en el caso **sub judice** sí aparecen consignados en el auto de detención proferido por el Juez los motivos razonables que él adujo en esa providencia para privar de su libertad al ex-Alcalde señor Montaño.

"Y ese contenido de legalidad que se descubre en el auto mencionado, descarta también las malas intenciones —dolo específico— que inspiraran esa decisión del funcionario.

"Faltando, pues, dos de los requisitos esenciales del prevaricato, éste carece jurídicamente de existencia, y no hay entonces para qué entrar a examinar lo relativo a la enemistad que se dice mediaba entre el Juez y el señor Montaño.

"...Estas consideraciones le bastan al Ministerio Público para concluír que el prevaricato no está probado, o al menos sobre él surge una duda inquietante en la mente del juzgador. En consecuencia, el auto de proceder por ese cargo no se justifica".

"Hallándose el negocio al estudio de la H. Corte ocurrió la muerte del procesado doctor Bernardo Ospina Duque en la región de Congal, Municipio de Sevilla (Valle), el 31 de diciembre de 1947, según la aprtida de defunción que obra al folio 62 de este último cuaderno.

"En vista de tal suceso, la H. Corte dispuso, en auto de 27 de febrero del año en curso, que el expediente pasara a la Procuraduría para que manifieste "si es el caso de dar aquí aplicación al artículo 153 del C. de P. P."

"El Ministerio Público opina que, en verdad, debe aplicarse la norma antes citada, pero solamente en cuanto al delito de detención arbitraria, por ser el único cargo que se halla demostrado y cuya acción penal queda extinguida por la muerte del procesado. (Artículo 100 del C. P.). Pero no ocurre lo mismo con respecto al prevaricato y a la violación de la reserva del sumario, imputaciones éstas que justifican el sobreseimiento definitivo, por no tener existencia legal, al tenor del amplio análisis que hizo la Procuraduría en oportunidad debida.

"En efecto, la muerte del procesado como la prescripción, son medios extintivos de la **acción penal;** lo que quiere decir que esos fenómenos presuponen la existencia, más o menos comprobada, del cargo o cargos que dieron motivo a la iniciación del proceso, pues no se extingue en el campo legal lo que no tiene vida jurídicamente.

"Por lo tanto, si a pesar de la muerte del procesado o de la prescripción de la acción penal, aparece en el proceso que los hechos investigados no constituyen delito, o que ellos no se realizaron o que la inocencia del sindicado está claramente demostrada, un elemental deber de justicia indica que, en tales situaciones, debe optarse por la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, o del artículo 437 de la misma obra, según el caso, fundando la providencia respectiva en esas circunstancias, en vez de recurrir a la cesación del procedimiento por muerte del procesado o por la prescripción, ya que cualquiera de estas dos hipótesis deja sobre la memoria del sindicado una sombra o una duda acerca de su comportamiento y honorabilidad. No sería justo que quien obró conforme a derecho o en forma indiferente al ministerio penal quede libertado del proceso por virtud de una providencia en que no se le reconoce esa favorable situación de honestidad, sino en que se le dice que un obstáculo legal —muerte o prescripción— vino a hacer imposible el deducirle las consecuencias jurídico-penales que sus actos merecían ante la sociedad, dejando con ello latente una especie de responsabilidad.

"Y este punto de vista de la cuestión no es nada nuevo. Tiene su abolengo jurisprudencial en viejas decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia.

"Realmente, desde el 24 de septiembre de 1886, esa ilustrada Corporación sentó que si al revisar ella un auto de cesación de procedimiento criminal por prescripción, encuentra que no hay plena prueba de la existencia del delito, o que no se ha obtenido la suficiente prueba de quién es su autor, debe dictar auto de sobreseimiento (Tomo I, número 3818, página 893); que en derecho, el sobreseimiento por falta de pruebas y la prescripción de la pena son cosas enteramente diferentes, porque el primero "lleva consigo la idea de inocencia en el presunto reo, o a lo menos la de no existencia de las pruebas jurídicas necesarias para proceder contra él"; mientras que la prescripción en asuntos criminales "significa que el reo se liberta, merced solamente al transcurso del tiempo, de la pena en que había incurrido por su delito" (Auto de 14 de enero de 1891. Tomo I, número 3821, página 894); y, que, aunque por razón del transcurso del tiempo, estuviere prescrito el procedimiento debe declararse de preferencia el sobreseimiento, si fuere el caso, "porque así lo ordenan la equidad, el derecho y la jurisprudencia, puesto que el sobreseimiento implica el reconocimiento de la inocencia del sin-

dicado o la falta de comprobantes para proceder contra él". (Sentencia de 23 de junio de 1926. Tomo III, número 3802, página 871).

"Igual doctrina ha sentado la actual Sala Penal de la Corte, como puede verse en el fallo de 22 de noviembre de 1946 (proceso por responsabilidad contra el doctor Juan W. Acosta), y en fallo de 4 de marzo de 1947 (proceso por responsabilidad contra el doctor Teodomiro Calderón Domínguez).

"Y eso mismo cabe hacer aquí con el doctor Ospina Duque en lo concerniente al delito de prevaricato y a la violación de la reserva del sumario, porque, como ya se dijo, tales infracciones no se configuran jurídicamente.

"A este respecto, lo indicado es dictar sobreseimiento definitivo y no la sentencia del artículo 153 de la Ley 94 de 1938, porque ya la investigación está cerrada y se encuentra al estudio de la H. Corte para revisar la providencia de fondo que calificó el mérito del sumario, por lo cual tiene aquí aplicación preferente la norma especial del artículo 428 del Código de Procedimiento Penal, que indica cuál es el fallo que debe pronunciarse cuando ya el proceso se halla en tales circunstancias, fallo que no es otro que el auto de proceder o el sobreseimiento definitivo, según el caso.

"En cambio, como el llamamiento a juicio del doctor Ospina Duque por detención arbitraria es inobjetable y seguramente la Corte habría de confirmarlo, respecto de esta imputación sí cabe dictar la sentencia del 153.

"Por las razones expuestas, la Procuraduría, en ese nuevo concepto, pide atentamente a la Honorable Corte Suprema:

"**Primero.**—Que confirme el auto de sobreseimiento consultado en lo referente al cargo por violación de la reserva del sumario;

"**Segundo.** — Que revoque el auto de proceder dictado contra el doctor Bernardo Ospina Duque por el delito de prevaricato, y, en su lugar, sobresea definitivamente por dicha infracción; y

"**Tercero.**—Que ordene cesar todo procedimiento criminal contra el mismo doctor Bernardo Ospina Duque por el delito de detención arbitraria, en virtud de hallarse extinguida la acción penal por muerte del procesado".

En vista del acertado pedimento del señor Agente del Ministerio Público, la Corte Suprema, no encuentra ningún inconveniente para dictar su fallo de acuerdo con él.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE: Primero, confirmar el auto consultado de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en cuanto se sobresee definitivamente en favor del doctor Bernardo Ospina Duque, por el delito de violación de la reserva del sumario; segundo, revoca el mismo auto en cuanto llama a juicio al doctor Ospina Duque por el delito de prevaricato, y en su lugar sobresee definitivamente en su favor por el mismo ilícito; tercero, ordena cesar todo procedimiento en contra del doctor Ospina Duque, por el delito de detención arbitraria, en virtud de su fallecimiento y de acuerdo con los artículos 100 del Código Penal y 153 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

Puede decirse que los delitos de responsabilidad son los que cometen los empleados y funcionarios públicos por abuso en el ejercicio de sus funciones oficiales o por incumplimiento de los deberes propios de su cargo. (Artículo 20 de la Constitución Nacional). Y así, parece fácil entender que los juicios de responsabilidad se refieren solamente a las infracciones cometidas por exceso o defecto en el desempeño de los menesteres propios de un empleo o cargo público, de suerte que, conocidas las funciones inherentes al empleo o cargo, podrá decirse si hubo ilicitud por extralimitación u omisión en su ejercicio. Como regla práctica, puede sentarse la de que constituyen delitos de responsabilidad los que el Código considera como propios y exclusivos de los empleados o funcionarios públicos, pues si no son tales, serán delitos comunes. Lo que pasa es que en ocasiones el hecho o circunstancia constitutivo del exceso o defecto en el ejercicio de un cargo oficial es considerado en el Código como delito aparte, y sin embargo, no es posible separarlo de la función misma. Y por eso es necesario examinar en cada caso si tal hecho o circunstancia ha tenido su influencia en el acto oficial en que se realiza, ha formado una entidad con él determinando sus consecuencias, para poder decir si se trata de un cargo de responsabilidad o no.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 6 de noviembre del año pasado, que por consulta debe revisar la Corte, sobreseyó definitivamente en favor del Juez 4º Superior de este distrito judicial, doctor Humberto Ardila, por los delitos de falsedad, injuria y calumnia, de que lo acusó el doctor Pedro Nel Rueda Uribe.

Según el denunciante, tales delitos los cometió el funcionario en el proceso seguido para averiguar el homicidio cometido en Francisco A. Pérez (alias Mamatoco), al dictar el auto de 10 de agosto de 1944.

La falsedad se hace consistir en haber dicho el Juez que el doctor Rueda Uribe había querido hacerle creer al Congreso, en un memorial que le dirigió, que había sido probable que Pérez había podido ser "**fusilado** por un rayo", siendo así que lo afirmado por el doctor Rueda Uribe había sido que la investigación adelantada por el homicidio marchaba con tal descuido, que a la fecha del escrito no se sabía si la víctima había sucumbido "**fulminada** por un rayo" o víctima de armas manejadas por manos oficiales.

La injuria y la calumnia consistieron en haber dicho el Juez que el doctor Rueda Uribe había actuado dolosamente, como abogado, en el proceso por el homicidio de Pérez, con el fin de buscar determinados fines, y que había querido que el testigo Mariano Clavijo acusara a una persona inocente.

Pero antes de estudiar el negocio a fondo, se hace preciso examinar si los cargos son de responsabilidad o si se trata de delitos comunes, pues de los primeros debe conocer el Tribunal en primera instancia y la Corte en segunda, mas de los segundos deben conocer los jueces ordinarios.

Puede decirse que los delitos de responsabilidad son los que cometen los empleados y funcionarios públicos por abuso en el ejercicio de sus funciones oficiales o por incumplimiento de los deberes propios de su cargo (artículo 20 de la Constitución Nacional).

Y así, parece fácil entender que los juicios de responsabilidad se refieren solamente a las infracciones cometidas por exceso o defecto en el desempeño de los menesteres propios de un empleo o cargo público, de suerte que, conocidas las funciones inherentes al empleo o cargo, podrá decirse si hubo ilicitud por extralimitación u omisión en su ejercicio. Como regla práctica, puede

sentarse la de que constituyen delitos de responsabilidad los que el código considera como propios y exclusivos de los empleados o funcionarios públicos, pues si no son tales, serán delitos comunes.

Lo que pasa es que en ocasiones el hecho o circunstancia constitutivo del exceso o defecto en el ejercicio de un cargo oficial, es considerado en el código como delito aparte, y sin embargo, no es posible separarlo de la función misma. Y por eso es necesario examinar en cada caso si tal hecho o circunstancia ha tenido su influencia en el acto oficial en que se realiza, ha formado una entidad con él determinando sus consecuencias, para poder decir si se trata de un cargo de responsabilidad o no.

La falsedad, la calumnia y la injuria —de las que aquí se trata— pueden realizarlas los particulares o los funcionarios.

Pero si éstos las ejecutan en una función propia de su oficio, si alteran la verdad material o intelectualmente, o si emiten conceptos mendaces y lesivos de la honra ajena que van a desembocar o influír en la resolución de un negocio judicial; es claro que no se les puede quitar el carácter de cargos de responsabilidad a la falsedad o a las afirmaciones injuriosas o calumniosas, aunque el código las tipifique como delitos independientes.

En este proceso no es posible separar los cargos de la función propia del juez, no solamente porque se le hacen en su carácter oficial, sino porque, de estar probados y de tener la eficacia que el denunciante les atribuye, con ellos hubiera querido el funcionario, torcer la verdad de las pruebas del proceso.

Dilucidado este punto, se hace preciso analizar los cargos y a ello se procede.

La falsedad se hace consistir en el siguiente párrafo de la providencia de 10 de agosto de 1944:

"Y en cuanto al asunto de la ignorancia demostrada por el Juez recusado, creo que el menos llamado a llamar (sic) la atención sobre tal asunto es el doctor Rueda Uribe, quien en memorial dirigido a la Cámara sobre este mismo particular, quiso hacerle creer a tan alta corporación la probabilidad de que un individuo fuera **fusilado** por un rayo".

Es enteramente falso —dice el denunciante— que en el único memorial que en su vida ha dirigido a la Cámara de Representantes, como ciudadano, hubiera hecho esa declaración.

Y así es, puesto que en dicho memorial lo que se afirma es que, en la fecha en que se escribió, se ignoraba todavía si Francisco A. Pérez había sido "**fulminado** por un rayo, sino por puñales afilados en casa de gobierno y manejados por brazos oficiales".

Sin embargo, como lo piensan el Tribunal y la Procuraduría, no hubo delito de falsedad en este caso, porque admitiendo que el Juez estaba seguro de que afirmaba algo que no era cierto, esto es, que el doctor Rueda Uribe había sostenido la posibilidad de que un individuo pudiera ser "fusilado" por un rayo, no lo dijo para crear un documento de cuyo contenido se derivara la existencia de un derecho o de una relación jurídica, ni menos con el fin de lesionar la fe pública, sino únicamente como un desahogo por las críticas de parcialidad que le habían hecho los representantes de la parte civil. No se puede olvidar que es el documento en su eficacia probatoria procesal o extrajudicial el bien jurídico tutelado en estos eventos, y no se ve cómo esa eficacia hubiera podido sufrir mengua alguna con la frase que se considera falsa en la providencia del Juez.

Los apartes de la providencia que el denunciante considera como injuriosos o calumniosos son los siguientes:

"...Pero esa circunstancia no era del agrado de los abogados de la parte civil y de ahí que la recusación reviviera con toda la fuerza con que se había iniciado, y que había quedado en suspenso a base de hechos que ellos estimaban convenientes a sus intereses...

"...Se dice que el Juez obró parcialmente al tomar la declaración del testigo Mariano Clavijo porque intervino para evitar que éste señalara, en los retratos que se le pusieron de presente, al capitán Roque Vicente Díaz como uno de los sujetos que estuvieron en el anfiteatro el 15 de julio en la madrugada; convenciendo al testigo o alegando ante él que por este sistema necesariamente se equivocaría. Solamente al doctor Rueda Uribe se le puede ocurrir tan estrafalaria intención. Si el testigo no reconoció a ninguno de los que estaban en el retrato como la persona que él hubiera visto en el anfiteatro, era sencillamente porque no conocía entre los fotografiados al sujeto que el doctor Pedro Nel Rueda Uribe quería que le señalara. Posteriormente se practicó la prueba con las formalidades legales y en las mejores condiciones posibles para que el testigo no se equivocara y cometiera en esa forma una injusticia. Para el doctor Rueda Uribe, que

no es Juez ni le interesa la inocencia de un individuo, no tiene ninguna importancia el que se sindique a una persona equivocadamente y se le haga responsable sin la suficiente prudencia y precaución que tan tremenda responsabilidad debe asumir...".

El funcionario acusado confiesa haber escrito los anteriores conceptos, que explica por la atmósfera de apasionamiento y suspicacia en que se tramitó el proceso para averiguar el homicidio de Francisco A. Pérez, pues los abogados de la parte civil lo atacaban por la prensa cuando sus providencias no estaban de acuerdo con sus pretensiones.

Fácil es deducir que no hubo delito de calumnia o injuria, porque los apartes que se dejan transcritos no contienen la imputación para el denunciante de un hecho personal concreto que la ley considere como delito o que le hubiere aparejado animadversión por lo deshonroso o inmoral. Y es que la lectura cuidadosa de la providencia deja ver que lo que el Juez quiso fue defenderse de cargos que se le hacían y que él consideraba lesivos de su rectitud como funcionario, pues contiene tres conceptos principales: que "se dice que el Juez obró parcialmente"; que no se le puede ocurrir "tan estrafalaria intención" sino a quien le hace tal cargo; para concluír afirmando que el funcionario debe proceder con suma prudencia y precaución, pues considera de una "tremenda responsabilidad" decidir sobre la inocencia o culpabilidad de una persona, responsabilidad que no tiene quien es apenas abogado y no Juez.

De otro lado, ese ambiente de suspicacia que rodeó la instrucción del proceso tantas veces mencionado, que se traduce con evidencia, hace explicable que se hubieran proferido conceptos agrios, aunque no puedan considerarse convenientes en providencias judiciales.

Y, en fin, las expresiones lesivas del amor propio fueron mutuas, de suerte que ni suponiendo que encerraran conceptos injuriosos o calumniosos podrían dar lugar a responsabilidad, según el artículo 342 del código penal, vigente en la época de los sucesos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS.—LA DEMANDA COMO BASE DE LA SENTENCIA

La demanda es la pauta obligada del juicio, y ella limita el pronunciamiento del fallador, hasta el punto de que todo abandono o desviación de su contenido conduce al fenómeno jurídico de la ULTRA PETITA procesal.

El Juez está dotado de libertad de interpretación, pero no puede desatender el contexto mismo del libelo en forma que conduzca a una mutación de él, sin que importen las insinuaciones que las partes formulen durante la instancia. Por eso concluye el artículo 471 del Código Judicial que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", disposición que recoge el aforismo latino: "ULTRA ID QUOD IN IUDICIUM DEDUCTUM EST, POTESTAS IUDICIS EXCEDERE NON POTEST". De ahí que limitado el QUANTUM de la indemnización la sentencia no puede abarcar una cuota mayor, y en esto radica la razón y el sentido de la disposición citada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna)

Francisco Estrada Ruiz, por medio de apoderado promovió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el incidente previsto en el artículo 553 del Código de Procedimiento, para determinar el monto de los perjuicios sufridos como consecuencia del accidente automoviliario de que fue víctima el día 24 de junio de 1938, cuando una camioneta del Departamento de Antioquia, lo arrolló violentamente ocasionándole "una fractura subtrocanterina, con desprendimiento del pequeño trocánter del fémur derecho".

Con este propósito, el doctor Luis G. Lopera Montaño, mandatario judicial del lesionado, formuló, previas extensas consideraciones, una liquidación cuyo monto ascendió a la suma de cuarenta y tres mil cuatrocientos veinticinco pesos ($ 43.425.00) distribuídos de la siguiente manera:

"Del 24 de junio de 1938 al 24 de diciembre del mismo año, hubo una incapacidad **absoluta y total**, luego el lucro cesante (primer daño material) se computa totalmente o sea el 100% y da así: 180 días o sean seis meses, a $ 1.080.29 cada mes, da la suma de $ 6.481.74.

"La incapacidad relativa de por vida, partiendo de la base de que la vida laboriosa plena de Estrada dura 24 años contados desde el día del accidente, o sean 23½ años por ya haberse computado el primer semestre como indemnizado al 100%, da 279 meses hasta el día en que Estrada debiera cumplir 55 años de edad; y como cada mes se indemniza valorado en una décima parte o 10% de $ 1.080.29, tenemos que cada mes se indemniza con $ 108.29.00 y los 279 meses valen $ 30.137.58.

"Y este guarismo representa el segundo y más considerable lucro cesante o daño material.

"Tenemos después otros siete años de incapacidad relativa de por vida, que por las fechas del cumpleaños y del accidente, dan 84 meses hasta el día en que según los cálculos ya Estrada desaparece o se hace totalmente inhábil. Estos siete años u ochenta y cuatro meses se computan indemnizando siempre el 10% de la capacidad adquisitiva; pero como según el dictamen de los médicos, estos siete años ya no los trabaja Estrada con la misma capacidad adquisitiva por estar viejo, pues pasa de los 55 años de edad, los mismos peritos médicos dictaminan que tal capacidad se reduce en un veinticinco por ciento. Así las cosas, esta última operación se ejecuta así:

el 10% del 75% de $ 1.080.29 es $ 81.02 por cada mes, y como son 84 meses, multiplicando, da $ 6.805.68, que viene a ser el tercer guarismo parcial.

"Sumando estos tres guarismos parciales tenemos:

"Primero.	$ 6.481.74
"Segundo	30.137.58
"Tercero	6.805.68
"Suman	$ 43.425.00"

De esta liquidación se dio oportuno traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien la objetó en su totalidad, por lo cual se abrió el incidente a pruebas, término que fue aprovechado por el actor para producir una copiosa documentación encaminada a determinar el monto de los perjuicios correspondientes.

En providencia de fecha 30 de abril de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior de Medellín decidió la controversia en los siguientes términos:

"Por lo expuesto el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, fija en ocho mil quinientos pesos la suma que el Departamento de Antioquia debe pagar a Francisco Estrada Ruiz y a Ignacio Lopera M., éste como cesionario de aquél y en la proporción de tres cuartas partes para el primero y una cuarta parte para el segundo, como valor de los perjuicios materiales y morales objetivados que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Negocios Generales) ordenó tasar en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, pago que se hará dentro de los tres días siguientes al de la notificación de este auto".

Ambas partes interpusieron la alzada, propiciando el conocimiento de esta Superioridad, en donde se encuentran satisfechas las exigencias que preceden a su decisión.

Se considera:

La sentencia de la Corte que ordenó la liquidación de los correspondientes perjuicios, sentó las siguientes bases en la forma como lo previene el artículo 480 del Código Judicial:

"En la apreciación de la capacidad productora de Estrada Ruiz, se tendrán en cuenta los siguientes elementos: el capital de Estrada Ruiz, siguiendo los datos, para calcularlo, de las oficinas de catastro, de las facturas de comercio, de las cuentas bancarias, de los documentos de crédito, etc.; su ganancia y prosperidad en los negocios, examinadas en los libros de comercio y en las tres últimas declaraciones de renta y patrimonio; siendo de advertir aquí que los testimonios que obran en el expediente no son elementos de prueba atendibles; la edad y salud del señor Estrada, calificadas desde dos puntos pertinentes: por el rendimiento económico que según ellos pudiera estar produciendo en el momento del accidente; y por el probable tiempo de vida laboriosa que se le supone; la familia que vive a su costa y las condiciones que le proporciona, para apreciar no el mayor perjuicio que pudiera recibir cada una de las personas dependientes de Estrada, sino como índice de su esfuerzo productivo.

"Todos estos elementos, bien examinados, darán la capacidad de trabajo, con relación a la cual se apreciará el diez por ciento disminuído y que debe indemnizarse, estimándolo por meses y años".

Teniendo presente la pauta trazada por la Corte, el actor allegó una documentación, integrada por escrituras, pólizas de seguro, constancias sobre consignaciones en el Banco Alemán Antioqueño de Barranquilla, facturas, extractos, liquidaciones, declara cupón de renta, certificados, etc., etc., que analizó detenidamente en su escrito de 30 de septiembre de 1942, y mediante lo cual sacó las conclusiones atrás expuestas.

Con todo, el Tribunal abandonó estos lineamientos teniendo presente que en la demanda hubo de concretarse el pedimento en la forma siguiente:

"Estrada Ruiz —dice el **a quo**— demandó por medio de apoderado al Departamento de Antioquia, en libelo de 19 de septiembre de 1938 (fs. 2 C. 1) para que se declarara civilmente responsable de los daños y perjuicios que sufrió por motivo del atropello de que fue víctima (**petición primera**); para que se ordenara pagar mil quinientos pesos valor del lucro cesante (**petición segunda**); más seiscientos pesos, valor de hospital, clínica, drogas, asistencia médica, etc. (**petición tercera**), y ocho mil pesos, por concepto de indemnización de daño emergente (**petición cuarta**), o, en subsidio, de las anteriores sumas, la de diez mil pesos, o la que fijen peritos, "por concepto de los daños y perjuicios de toda índole, sufridos con ocasión y causa del accidente automoviliario" (**petición quinta**)".

El proceder del Tribunal es acertado, porque la demanda es la pauta obligada del juicio, y ella limita el pronunciamiento del fallador, hasta el punto de que todo abandono o desviación de su

contenido, conduce al fenómeno jurídico de la **ultra petita** procesal.

El Juéz está dotado de libertad de interpretación, pero no puede desatender el contexto mismo del libelo en forma que conduzca a una mutación de él, sin que importen las insinuaciones que las partes formulen durante la instancia. Por eso concluye el artículo 471 del código judicial diciendo que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", disposición que recoge el aforismo latino: "ultra id quod in judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest".

De ahí que limitado el **quantum** de la indemnización, la sentencia no puede abarcar una cuota mayor, y en esto radica la razón y el sentido de la disposición citada.

Por eso dijo la Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia de 9 de julio de 1937: "Sobre la base del artículo 205 del C. J., el Legislador da ciertas normas dentro de las cuales pueden moverse tanto las partes como el juzgador; por lo que atañe a las primeras, corrigiendo la demanda, aclarándola, enmendándola, ejercitando varias acciones en un mismo libelo, proponiendo demanda de reconvención, etc.; por lo que se refiere al segundo, declarando sólo lo que resulte de autos, condenando en menos cuando las pretensiones del actor se extralimiten de lo justamente debido y probado, deduciendo de oficio las excepciones perentorias que aparezcan comprobadas, salvo la prescripción.

"Todo lo anterior significa que no es una regla rígida e intocable la que se da al juzgador en la demanda, como base de un juicio, como tampoco que sea un criterio mecánico el que debe guiar al Juez no sólo en la aplicación de la ley sino en la interpretación de la demanda; por eso en muchos fallos ha dicho esta Corte que una demanda es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya. Es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales, lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo el más simple error de detalle en una demanda, prevalecería sobre el derecho demostrado en el juicio.

"Enfrentadas las partes en un litigio, el juzgador tiene el deber de reconocer el derecho hasta donde se haya probado o de absolver si esa demostración no ha sido suficiente en autos. La única limitación que existe al respecto es la línea señalada por el actor, la cual quiere decir **que aun cuando aparezca, por ejemplo, que le asiste un mayor derecho en el quantum, el juez no puede pasar de la petición o intención expresada en la demanda y fijada por el mismo actor.** Por el contrario, cuando ese derecho o ese **quantum** es menor que el señalado por el demandante, el reconocimiento se impone, porque de no ser así equivaldría a imponerle al actor una sanción, la pérdida del pleito, por haber demandado en más, lo cual no se justifica ni ante los textos legales, ni ante los principios de equidad.

"El artículo 210 del C. J. es muy claro al respecto: se funda en los principios que acaban de expresarse y en él el Legislador no hizo, como no podía hacer, ninguna diferencia entre obligaciones de género y de especie, diferencia, además, que no está autorizada por ningún texto y a la que no puede llegarse por vía de interpretación.

"En esta materia no ha habido nunca la menor vacilación en la doctrina, y por eso al referirse la Corte, en sentencia de 5 de mayo de 1926, al artículo 273 del antiguo Código Judicial, exactamente igual al 210 del Código de Procedimiento hoy vigente, dijo:

"No existe ni puede existir disposición que ordene que la sentencia se ajuste a los términos precisos de la demanda. Si así fuera se llegaría a la conclusión absurda de que el fallo tiene que ser adverso al actor, desde que no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, aunque resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda". (**Gaceta**, Tomo XLV, pág. 307, n. 1926). (Subraya esta Sala de Negocios Generales).

Apenas habrá que agregar que la doctrina anteriormente transcrita tiene no sólo aplicación cuando en la petición principal se propone un monto determinado, sino también cuando queda sujeta la cantidad a "la fijación que hagan peritos". Esto es obvio, toda vez que no se trata de demandas subsidiarias en las que se proponen remedios contrarios, sino de una misma solicitud revestida de la modalidad que entraña la petición subsiguiente.

De otro modo, la doctrina jurisprudencial se vería notoriamente quebrantada al interpretar el aditamento de "lo que se fije por peritos" en el

sentido de que comprendería una ilimitada cantidad. No. El querer del legislador es muy otro. Probado un **quantum** superior, no puede, tampoco, rebasar aquel límite inicial.

Con respecto al incidente, es indubitable que éste forma un todo jurídico con el juicio principal. El sólo dice relación al cumplimiento mismo de la sentencia y de ahí las previsiones de los artículos 480 y 553 del C. J. De otro modo, no tendría razón de ser el contenido del artículo 263 del mismo código que estatuye que "el poder otorgado para un juicio se entiende conferido para el de la ejecución de la sentencia que puede subseguir". Ello no obsta a las modalidades que uno y otro procedimiento revisten. El incidente es sólo una secuela del juicio principal, en que nada importan —se repite— las peculiaridades de una y otra actuación.

En presencia de estas consideraciones, la Sala entra a determinar el **quantum** de la indemnización correspondiente a los perjuicios sufridos por el actor Francisco Estrada Ruiz.

Quantum de la indemnización

Durante el término probatorio del incidente de liquidación, a solicitud de la parte demandante, se practicó una inspección ocular, con intervención de peritos, sobre las facturas y demás documentos allegados al proceso por el demandante.

En el dictamen que posteriormente rindieron los peritos que intervinieron en la dicha diligencia, se avaluaron los perjuicios sufridos por Estrada Ruiz en la suma de $ 49.118.52, que se descompone así:

Seis meses de incapacidad total a mil doscientos doce pesos con ochenta y dos centavos ($ 1.212.82) ..... $	7.276.92
Veintitrés y medio (23 ½) años, o sean doscientos ochenta y dos meses (282), es decir, hasta los 55 años de edad, a razón de ciento veintiuno con veintiocho pesos ($ 121.28) o sea el 10 % restantes de su capacidad mensual adquisitiva, a razón de noventa con noventa y seis pesos ($ 90.96) mensuales	7.640.52
Total ..... $	49.118.52

El dictamen no fue objetado por ninguna de las dos partes, y la parte demandada no produjo prueba alguna en contrario.

Por su parte, el Tribunal, en el auto que se revisa, al tratar de la estimación de los perjuicios sufridos por Estrada, se expresa así:

"Haciendo cuentas con base en el último peritazgo respecto a la capacidad de producción de Estrada R., normalmente hasta los cincuenta años conforme a la determinación del primer peritazgo, o sea el practicado en el juicio principal, disminuída en .50% durante los últimos doce años, el resultado sería el siguiente:

"1.—Según partida de bautismo tenía Estrada R., el 24 de junio de 1938, día del accidente, 31 años, 7 meses, 18 días. Le faltaban, pues, para llegar a los 62 años que se le han fijado de vida probable, 30 años, 7 meses, 12 días;

"2.—Los años de supervivencia probable se descomponen así: hatsa completar 50 años, con capacidad 100% para trabajar, 18 años, 7 meses, 12 días; y de los 50 a los 62 con capacidad de 50%, doce años, y

"3.—Para establecer el verdadero resultado de la adquisición mensual de Estrada por su trabajo, tenemos: suma de los capitales con que principió a trabajar en los años 1936, 1937 y 1938, $ 30.137.42; monto de las utilidades que obtuvo en esos tres años, $ 43.661.73; de aquellas utilidades se deduce el 12% como producto de capital, según querer de la parte actora, $ 3.616.49. Quedan $ 40.045.24. Dividiendo esta última suma por 36 meses, tenemos como adquisición mensual por trabajo, $ 1.112.37. El 10 % de esta suma, $ 112.24 se multiplica por los 96 meses, es decir los 12 años de los 50 a los 62 y da $ 5.339.52, o sea un total de perjuicios de $ 30.190.58".

De todo lo expuesto se concluye, sin mayor dificultad, que cualesquiera que sean los cálculos que se hagan, siempre se obtendrá una suma mayor a la reclamada en la demanda, y que por tanto, los perjuicios sufridos por Estrada deben fijarse en el monto en que fueron estimados en el libelo con que se inició el juicio, de conformidad con lo que se ha dicho en esta providencia acerca de la influencia de la demanda sobre el incidente de liquidación, y de la imposibilidad consiguiente de condenar a una suma mayor de la reclamada.

Por eso obró acertadamente el Tribunal, cuando teniendo en cuenta únicamente el monto total reclamado, señaló el valor de los perjuicios a regular dentro de este incidente, y de los cuales trata el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia de la Corte, en la suma de ocho mil quinientos pesos, saldo resultante de deducir del

total reclamado en la demanda, el que asciende a nueve mil quinientos pesos, a más de los gastos que ya se ordenaron pagar, y de que habla la petición tercera del libelo, la suma de un mil quinientos pesos, que la Corte dispuso se pagaran como parte de los mismos perjuicios, por concepto del daño moral objetivado que sufrió el actor.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto apelado.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P., Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS—CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS—INTERESES — SUS DIVERSAS CLASES — DOCTRINA SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

1.—Un contrato caducado es un contrato terminado, por lo cual no sería procedente ejercitar las acciones alternativas y las acciones sobre indemnización de que trata el artículo 1546 del C. C., ya que en tales condiciones no habría materia sobre la cual dichas acciones pudieran recaer. Mas ello no sería obstáculo para una acción directa de perjuicios en ciertas circunstancias, sin necesidad de acumularla a las acciones principales de que se ha hecho mención. No siendo la caducidad otra cosa que el fenecimiento del contrato, es claro que ella mira hacia el futuro, sin que por este fenómeno sufran alteración alguna las relaciones jurídicas emanadas de la convención en el lapso de tiempo anterior a la caducidad. Cuando la Corte comparó en algunos fallos la caducidad con la resolución prevista expresamente en los contratos entre particulares, no ha querido decir que la caducidad extingue el contrato retroactivamente desde su celebración, sino que obra a la manera de la resolución, pero hacia el futuro.

2.—De conformidad con los preceptos positivos imperantes existen tres clases de intereses: el legal, el corriente y el convencional, toman la modalidad de moratorios, compensatorios o usurarios, según la causa que los origina o la medida en que son cobrados. En tratándose de cantidades de dinero, nuestra ley consagra únicamente los moratorios, con lo que establece una excepción a los principios generales sobre ejecución de los contratos.

3.—Muchos expositores sostienen la igualdad de los contratos administrativos con los civiles, afirmando que la contratación que se opera obedece a un acto como persona de derecho privado por parte de la administración, y que cuando actúa como persona o entidad de derecho público sólo cumple un simple ejercicio del poder. Pero la manera como se ajusta el contrato, con privilegios, para la administración, sometiendo a la otra parte a requisitos de forma y solemnidades especiales; el fin que guía esta clase de negociaciones, cual es la ejecución de una obra o servicio público, hasta el punto de que la concepción del contrato administrativo gravita en torno al interés general, implican una distinción notoria entre una y otra contratación, sin abandonar, es obvio, los principios de justicia y equidad que configuran toda clase de estipulaciones. Los contratos administrativos revisten una doble modalidad, según se concluyan previa autorización del Parlamento o se efectúen sin mediar esa autorización o apartándose de ella, sujetos entonces a la aprobación o improbación del Congreso. Por lo que respecta a los Departamentos o Municipios, median también autorizaciones de sus cuerpos colegiados. Como etapa previa a la negociación, existe, por lo general, la licitación, pues sólo en contratos de reducida cuantía o de carácter especial, se omite este requisito. La almoneda o licitación puede ser pública o privada. La primera es la más comúnmente aceptada por las garantías que brinda a la negociación, toda vez que el número de oferentes es más copioso. La licitación privada, denominada también concurso, se rige por fines distintos, pues se tiene presente la calidad de la persona con quien se contrata, los medios que posee, la mercancía que tiene y un cúmulo de condiciones más. Viene a ser un término medio entre la contratación directa y la subasta pública.

4.—Los principios consignados en el artículo 1608 del Código Civil sufren notoria excepción en tratándose de cantidades de dinero. Por eso rige el artículo 1617 del mismo estatuto, que da caracteres especialísimos a los perjuicios provenientes de esa deuda, y rompe ese precepto, como lo anotó la Corte, la armonía existente en el título sobre el efecto de las obligaciones. La condena a intereses requiere una cantidad lí-

quida. La misma ley actúa una vez que la mora existe, pues se rechaza toda indemnización compensatoria, ya que ésta supone la conversión de la obligación inicial en la de satisfacer en dinero, lo cual supondría que aquélla no tuviese por contenido el numerario.

5.—Uno de los medios de defensa a que puede acudir el demandado consiste en hechos exceptivos que van encaminados a extinguir la pretensión del demandante, o bien a hacerla ineficaz o inexigible por lo menos como la pretensión se haya presentado en el juicio. Desde este punto de vista las excepciones perentorias podrían considerarse dirigidas al fondo, aunque algunas de ellas podrían denominarse excepciones perentorias de forma, en atención a que su ineficacia hace baldío el juicio. Tal ocurre, por ejemplo, con la de petición de modo indebido, que mata, por decirlo así, el juicio, dejando vivo el derecho para un proceso adecuado. Las excepciones perentorias deben deducirse oficiosamente cuando aparecen claramente comprobadas en la litis, con excepción de la de prescripción, de conformidad con el artículo 343 del C. J. La Sala de Casación Civil ha creído también que la de compensación, de acuerdo con el artículo 1719 del C. C., debe proponerse o alegarse.

Aunque la reconvención y la compensación, por sus fines, tienen puntos de contacto, no deben confundirse. La segunda requiere, al tenor del artículo 1715 del C. C., entre otras condiciones, la de que ambas sean líquidas.

6.—El artículo 256 de la ley 167 de 1941 tiene su imperio en los contratos de la Administración nacional. Ante las disposiciones constitucionales y legales son las Ordenanzas las que determinan las normas especiales a que han de someterse los contratos de los Departamentos, relativos a obras en que éstos inviertan sus recursos, cuya administración les corresponde con toda independencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El Departamento de Cundinamarca contrató la construcción de un trayecto de la carretera Troncal del Guavio, comprendido entre el kilómetro 69-300 y la población de Gachetá, previa licitación en la que resultó como adjudicatario el ingeniero doctor Eduardo Aparicio Jaramillo.

Como culminación de las negociaciones se suscribió el contrato de fecha 14 de abril de 1937, entre los señores doctor Jaime González Ortiz, en representación del Departamento de Cundinamarca, y el doctor Eduardo Aparicio Jaramillo.

El contrato está concebido dentro de las siguientes cláusulas, cuya transcripción ha de hacerse para enfocar con más claridad el negocio:

"**Primera**—El Contratista se obliga a construír el trayecto de la carretera del Guavio, comprendido entre el k. 69-300 y la población de Gachetá, de acuerdo con los planos que autorice el Departamento. Los trabajos que debe ejecutar el Contratista comprenden: la explanación, obras de arte definitivas, inclusive dos puentes metálicos, afirmado y en general todos los planos de localización que apruebe la Dirección de Obras Públicas del Departamento.

"**Segunda.**—El Contratista se obliga a someterse a las especificaciones técnicas y a la organización administrativa que determine la Dirección de Obras Públicas del Departamento, y a seguir en todo las instrucciones que reciba de dicha Dirección. Las obras de arte se ejecutarán de las dimensiones y clases que se especifiquen en los planos de la localización, de acuerdo con las especificaciones del Departamento; la banca tendrá un ancho de siete (7) metros y se macadamizará en una zona de cinco metros de ancho, con una profundidad de veinticinco centímetros, con piedra triturada de primera clase que pase por una criba de setenta y cinco milímetros.

"**Tercera.**—El Contratista se obliga a entregar la obra materia de este contrato definitivamente concluída en condiciones de ser dada al servicio y a entera satisfacción del Departamento, en el término de quince meses contados desde la fecha en que se inicien los trabajos.

"**Cuarta.**—El Contratista queda obligado a extraer por su propia cuenta los derrumbes que ocurran en los sectores no recibidos. Si al final de la construcción se presentan derrumbes que justifiquen una demora en la entrega de la obra, el Departamento podrá ampliar a su juicio, y por término fijo, el plazo, estipulado en la cláusula anterior.

"**Quinta.**—El Contratista podrá entregar trayec-

tos continuos de la obra, sin solución de continuidad y a partir del k. 69-300, no menores de un kilómetro, cuando tales trayectos estén completamente terminados. Para tal efecto el Contratista dará por escrito aviso oportuno a la Dirección de Obras Públicas de que el sector correspondiente está listo para la entrega, y dicha Dirección tendrá .....
.....
.....

"**Sexta.**—El Contratista se compromete a dar principio a los trabajos a más tardar treinta (30) días después de la fecha que quede perfeccionado este contrato, y se compromete igualmente a no interrumpir la ejecución de la obra por más de treinta días, salvo casos excepcionales comprobados satisfactoriamente ante la Gobernación.

"**Séptima.**—El Contratista se obliga a cumplir todas las leyes sobre sanidad, seguro colectivo, accidentes de trabajo y en general las disposiciones existentes sobre protección social de los trabajadores, gastos que se consideran incluídos en el costo general del contrato de acuerdo con la cláusula 10ª.

"**Octava.**—Corresponde al Contratista el suministro de los materiales de construcción y el pago de todos los demás gastos de la obra. El Departamento se compromete a verificar inmediatamente que se perfeccione este contrato, el pedido de las estructuras metálicas para los puentes, para cuyo pago se harán las reservas de dinero correspondientes, y suministrará además al Contratista, en calidad de préstamo, las siguientes maquinarias y herramientas: una cilindradora, cuatro volquetas, un tractor, un compresor de aire con sus accesorios y la herramienta que está actualmente en la vía, todo lo cual entregará por riguroso inventario. El Contratista se obliga a devolver al Departamento tanto la maquinaria como las herramientas una vez entregada la obra, en perfecto buen estado, salvo el deterioro natural causado por el uso legítimo.

"**Novena.**—El Contratista se obliga a llevar la contabilidad y estadística de las normas, de conformidad con las obras que prescriba el Departamento y en forma que pueda ser conocida fácilmente por éste, el progreso de los trabajos, costos unitarios, etc., y suministrará al Departamento un informe mensual sobre las inversiones hechas y sobre la marcha de los trabajos.

"**Décima** — El Departamento se compromete a reconocer al Contratista como valor de la obra de que trata el presente contrato y de los gastos que ocasione el cumplimiento de la cláusula 7ª, la suma de noventa y un mil ochocientos cincuenta pesos ($ 91.850), la que se pagará así: $ 14.000 durante los meses que queden de la actual vigencia fiscal, deduciendo por cuenta del Contratista el valor de las estructuras, prorrateados por mensualidades iguales a partir del mes en que se perfeccione el presente contrato; $ 50.000 durante la vigencia 1937-1938 y el saldo en la vigencia 1938-1939 igualmente partidos por mensualidades iguales, pero si a juicio del interventor, la obra realizada por el Contratista no corresponde a los dineros recibidos por éste, teniendo en cuenta el presupuesto que se tiene para la construcción, el Departamento podrá suspender estas entregas parciales de fondos.

"**Undécima.** — El Contratista se compromete a suministrar al Departamento el dinero que falta para terminar la obra dentro del plazo estipulado, dinero que el Departamento recibe en calidad de préstamo conforme a las autorizaciones contenidas en la Ordenanza número 47 de 1936. Por el valor de los saldos que salga a deber el Departamento después de cada entrega hecha por el Contratista, aquél expedirá un pagaré que ganará hasta un siete por ciento (7%) anual hasta su respectiva amortización con los dineros que reciba conforme a lo previsto en la cláusula anterior. Es entendido que si el Departamento pudiera hacer una anticipación en los plazos estipulados en la cláusula décima, los dineros que reciba el Contratista se dedicarán a amortizar los pagarés que tenga en su poder.

"**Duodécima.**—El Contratista se obliga a poner en la dirección de la obra un ingeniero graduado de reconocida competencia y a satisfacción de la Dirección de Obras Públicas del Departamento.

"**Décimatercera.** — El Departamento se compromete a entregar por su cuenta las zonas necesarias para la construcción y a construír las cercas correspondientes.

"**Décimacuarta.** — El Departamento se obliga a entregar oportunamente al Contratista la localización de la vía sobre el terreno y los planos y perfiles correspondientes, antes de la fecha en que deban principiarse los trabajos en cada kilómetro.

"**Décimaquinta.** — Si el Departamento pudiese obtener un precio especial para algunos materiales de construcción tales como cemento, gasolina, etc., el Contratista podrá hacer uso, por su conducto, de tales concesiones o precios, siempre que para ello no haya dificultad por parte de los suministradores de esos elementos.

"**Décimasexta.**—El Departamento se reserva el

derecho de inspeccionar, corregir la construcción de la obra y en general supervigilar el cumplimiento de este contrato por medio de un interventor, ya sea que este empleado se nombre especialmente para estas funciones, o que ellas se asignen a alguno de los ingenieros de su dependencia. En caso de divergencia entre el Interventor y el Contratista, decidirá la Dirección de Obras Públicas del Departamento.

"**Décimaseptima.**—Los contratistas ocuparán de preferencia personal colombiano. La proporción de colombianos de dicho personal no será menor del noventa y ocho por ciento (98%), tratándose de obreros y de noventa por ciento (90%) tratándose de personal directivo o de técnicos. El Contratista se obliga a retirar el personal directivo o de trabajo que la Gobernación considere inconveniente para la disciplina y buena marcha de la obra, sin que el Contratista, por esta causa, tenga derecho a reclamo o indemnización de ninguna especie.

"**Décimaoctava.**—En caso de incumplimiento de este contrato, el Contratista pagará al Departamento una multa de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda legal, que el Departamento podrá hacer efectiva por sí mismo.

"**Décimanovena**—Son causales de caducidad del presente contrato las siguientes: a) la muerte del Contratista en los casos que éste deba producir la terminación del contrato conforme al Código Civil; b) la quiebra del mismo judicialmente declarada, y c) el incumplimiento por parte del Contratista de alguna o algunas de las estipulaciones del presente contrato.

"**Vigésima.**—Es entendido que las obligaciones que el Departamento contrae quedan subordinadas a lo establecido en el artículo 32 de la Ordenanza 36 de 1935, respecto del certificado de reserva que debe expedir la Contraloría General del Departamento sobre apropiación de fondos para atender a su cumplimiento; y que las sumas de dinero por concepto de dichos compromisos quedan sometidas a la apropiaciones que de tales sumas se hagan en el presupuesto de la respectiva vigencia, según lo dispone el artículo 34 de la citada Ordenanza y el artículo 12 de la Ordenanza 29 de 1929.

"**Vigésimaprimera**—Para garantizar el fiel cumplimiento de este contrato y de las obligaciones contraídas por el Contratista, éste da como fiador mancomunado y solidario al Banco de Colombia, entidad domiciliada en esta ciudad, según documento de fecha 30 de marzo del presente año firmado por dicho Banco, que se agrega a este contrato y que se transcribe a continuación: "Yo, Roberto Michelsen, mayor de edad y vecino de Bogotá, en mi carácter de Gerente del Banco de Colombia, entidad domiciliada en esta ciudad, hago constar por el presente documento que el Banco de Colombia se constituye fiador mancomunado y solidario del señor Eduardo Aparicio J. para garantizar el cumplimiento del contrato que celebrará éste con el Departamento de Cundinamarca para la construcción de la carretera departamental del Guavio en el sector comprendido entre el kilómetro 69-300 y la población de Gachetá, y para responder por la maquinaria, herramientas y demás elementos que el Departamento le facilite, en calidad de préstamo, según estipulaciones contenidas en dicho contrato, el Banco otorga por el presente documento a favor de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca una garantía por la suma de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda legal colombiana, que el Departamento podrá cobrar en cualquier tiempo siempre que el Contratista no cumpliere sus compromisos para con la entidad departamental por razón de dicho contrato. Esta fianza o garantía serán válidas desde la fecha de este documento hasta que el Contratista haya entregado la obra contratada y la maquinaria y elementos facilitados a entera satisfacción del Departamento, o sean quince meses, de acuerdo con lo especificado en el contrato de construcción respectivo. Se advierte expresamente que el Banco pagará como fiador solidario de Eduardo Aparicio J. hasta la cantidad de $ 5.000 al recibir la comunicación en que el Departamento exija el pago, sin entrar a discutir las razones que tenga el Departamento para hacer efectiva la fianza, razones que discutirá el señor Aparicio con aquella entidad oficial, sin responsabilidad alguna para el Banco. En constancia se firma este documento hoy treinta de marzo de mil novecientos treinta y siete.—**Roberto Michelsen**".

"**Vigésimasegunda.**—Este contrato necesita para su validez de la aprobación del señor Gobernador del Departamento. En este estado del presente contrato, el Contratista ha convenido en dejar a opción del Departamento el disponer que uno de los puentes metálicos de que antes se ha hablado, el puente **Elisio,** se construya más bien en concreto de cemento, por dar este último material mejores garantías de duración, siendo entendido que si resultara alguna economía entre el presupuesto detallado que tiene la Secretaría de

Obras Públicas para dicho puente y el costo efectivo que muestre la contabilidad y estadística que según este contrato debe llevar el Contratista, esta economía será para el Departamento.

"Para constancia se firma en Bogotá a catorce de abril de mil novecientos treinta y siete.—**Jaime González Ortiz—Eduardo Aparicio J.** Cédula número 1.352.525, de La Calera".

Conforme a lo previsto en la cláusula vigésimasegunda, el Gobernador del Departamento de Cundinamarca le impartió la aprobación requerida **con fecha 13 de mayo de 1937.**

Transcurrido un lapso apreciable dentro del cual se estimó que el ingeniero doctor Eduardo Aparicio no había dado cumplimiento a las obligaciones que en el contrato se había impuesto, el Departamento, por medio de la Secretaría de Obras Públicas, profirió la Resolución número 7 de 28 de octubre de 1938, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato, en desarrollo de la facultad estipulada en la cláusula décimanovena de la negociación.

En las consideraciones de la Resolución, se dijo lo siguiente:

"Que con fecha catorce de abril de mil novecientos treinta y siete el Departamento celebró con el doctor Eduardo Aparicio J. un contrato para la construcción del trayecto de la carretera del Guavio, comprendido entre el kilómetro 69-300 y la población de Gachetá, contrato que fue aprobado con las formalidades legales el día trece de mayo del mismo año y que corre publicado en el número 5545 de la **Gaceta de Cundinamarca**;

"Que en virtud de ese mismo contrato el doctor Aparicio, en su calidad de Contratista, se obligó a dar comienzo a los trabajos de construcción dentro de los treinta días siguientes al perfeccionamiento del contrato, es decir, el 13 de junio de 1937, a más tardar, y se obligó a entregar la obra completamente terminada, en condiciones de ser dada al servicio y a entera satisfacción del Departamento, en el término de quince meses a partir de la fecha en que fueron iniciados los trabajos, término éste que venció el 13 de septiembre del año en curso;

"Que el Contratista aseguró el cumplimiento de este contrato con fianza hasta por la suma de $ 5.000 moneda legal que fue prestada por el Banco de Colombia en documento de 30 de marzo de 1937 y se comprometió bajo la multa de $ 5.000 moneda corriente, que el Departamento podrá hacer efectiva por sí mismo, a cumplir todas y cada una de las cláusulas del referido contrato, el cual, al tenor de la cláusula décimanovena, puede ser caducado administrativamente por incumplimiento de alguna o algunas de sus estipulaciones;

"Que de acuerdo con informes frecuentes y sucesivos del ingeniero interventor de la obra, el Departamento pudo adquirir con anterioridad a la expiración del plazo la certidumbre de que el Contratista no cumpliría lo pactado por la manera como llevaba los trabajos y el retardo de ellos, de todo lo cual se le dieron avisos repetidos solicitándole el cumplimiento del contrato y noticiándole de que la demora o no cumplimiento le harían acreedor a las sanciones previstas;

"Que en comunicaciones repetidas el Concejo de Gachetá y las autoridades pidieron a la Gobernación en vista del incumplimiento del Contratista, que declarara caducado el contrato o procediera a hacerlo cumplir en alguna forma;

"Que en el mes de junio de este año se celebró en los salones de la Gobernación una junta a la cual asistió el Contratista junto con los miembros del Concejo de Gachetá y las autoridades y con presencia del Gobernador, los Secretarios de Gobierno y Obras Públicas e Ingeniero Interventor, en la cual se demostró que el incumplimiento del contrato hasta esa fecha era imputable a culpa del Contratista, quien en presencia de todos propuso y obtuvo un acuerdo de honor en el cual se comprometió a intensificar los trabajos en el sector de la Estación Sueva a Puente Elisio, aumentando el número de trabajadores a fin de entregar el sector en el transcurso de treinta días;

"Que a pesar de lo anterior y de las facilidades que el Departamento le ofreció, el Contratista no entregó ni ha entregado la obra contratada, cuyo plazo está vencido, incumpliendo en forma manifiesta el contrato a que se ha hecho referencia;

"Que notificado de este hecho el Contratista propuso al Departamento una prórroga, la cual el Departamento estuvo dispuesto a pactar y la cual se acordó en sus términos y condiciones por el Contratista Aparicio y por su abogado doctor Rafael Escallón, con el Secretario de Obras Públicas;

"Que acordadas las bases y las estipulaciones de tal prórroga y cuando ya se iba a suscribir, el doctor Aparicio hizo nuevas exigencias inadmisibles en un todo, puesto que la intención del Departamento al conceder un nuevo plazo fue la de proveer por medios equitativos, amigables, la terminación de la obra reclamada ya con urgen-

cia, sin ánimo en ese caso de hacer efectivas las sanciones estipuladas;

"Que en ese evento la Secretaría de Obras Públicas propuso al Contratista la liquidación del contrato en forma amigable, en subsidio de la aceptación de lo acordado inmediatamente antes y de la declaratoria administrativa de caducidad;

"Que aceptada la forma de liquidación amigable por el Contratista, según acta firmada con el Secretario de Obras Públicas el 24 de septiembre pasado se hizo la liquidación por el Interventor y por el Contratista y se suscribió el inventario el 30 del mismo mes de septiembre; y

"Que listo para firmarse el acuerdo que declaraba la liquidación amigable del contrato, el Contratista (rechazó la póliza del Departamento) presentó en su lugar otra que contiene nuevas exigencias y otra liquidación inaceptable desde todo punto de vista, con lo cual se rompió la negociación y se puso al Departamento en el camino de declarar la caducidad administrativa haciendo efectivas las sanciones estipuladas en el contrato, en sus cláusulas décimaoctava y décimanovena".

Consecuencialmente se dispuso hacer efectiva la sanción acordada en la cláusula décimaoctava del convenio, y para ese propósito se procedió contra el Banco de Colombia en su calidad de fiador del contratista.

Frente a tal estado de cosas, el doctor Aparicio promovió, en su propio nombre, demanda ordinaria contra el Departamento de Cundinamarca, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, concretada en diez y ocho hechos, para impetrar del expresado Tribunal la condena del Departamento al pago, a favor del Contratista, de "la cantidad de setenta mil pesos ($ 70.000) o la que determinen peritos", en que estima las sumas de dinero que esta entidad le debe por las siguientes razones:

'A) Por los perjuicios, consistentes en el lucro cesante y el daño emergente, que me causó con el cumplimiento tardío y de modo indebido de algunas y el incumplimiento total de otras de las obligaciones que el Departamento contrajo para conmigo en el contrato de la construcción de un trayecto de la carretera al Guavio, celebrado con todas las formalidades legales y que corre publicado en el número 5545 de la **Gaceta de Cundinamarca,** de fecha trece de mayo de mil novecientos treinta y siete;

"B) Por los perjuicios materiales y morales causados por la Resolución número 7, originaria de la Gobernación, en la cual declara caducado el contrato citado, caducidad dictada sin tener en cuenta que el mismo Departamento me había colocado, con su incumplimiento, en imposibilidad física de cumplir con mis obligaciones;

"C) Por el valor de la fianza que en forma de multa y sin haberla impuesto, el Departamento cobró del Banco de Colombia, o sea la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000) y los perjuicios morales y materiales causados por este cobro efectuado de modo prematuro e indebido;

"C) (sic) Por el valor de las sumas de dinero, que el Departamento me está debiendo de plazo cumplido y que son: cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200) que figuran en unas cuentas debidamente visadas por el Interventor de la carretera, correspondientes a los trabajos y gastos del mes de junio del mismo año, para el caso de que estas sumas no las pueda hacer efectivas de otra manera; y finalmente por los perjuicios morales y materiales que me ha ocasionado el Departamento con no haberme pagado esas sumas de dinero a su debido tiempo;

"D) Por el valor de una gran cantidad de materiales que dejé o quedaron sobre la línea cuando declaró caducado el contrato, de mi exclusiva propiedad y que los empleados del Departamento se incautaron, a pesar de aviso oportuno de mi parte;

"E) Por el valor de las herramientas y de otros elementos que los empleados de la Gobernación se incautaron siendo de mi exclusiva propiedad; por el valor de varios trabajos que hubo necesidad de ejecutar, no constantes en el contrato, para corregir defectos de los planos, para cumplir órdenes de la misma Gobernación, tales como replanteo de la línea, hechuras de filtros, y en fin varios otros que no han sido reconocidos ni pagados por el Departamento; y

"F) Por el valor de los perjuicios morales y profesionales que me irrogó el Departamento por el hecho de haber declarado caducado el contrato, sin base jurídica fundamental para dictar dicha providencia". (Fs. 23—23 v. cuaderno principal).

Recibida la demanda dióselé la tramitación de rigor, y se corrió traslado de ella, por auto de 17 de marzo de mil novecientos treinta y nueve (fs. 27 ibídem), al señor Gobernador del Departamento y al señor Fiscal del Tribunal, quienes con fecha 6 de mayo del mismo año constituyeron procurador del Departamento en la persona del doctor Jorge López Posada (fs. 165 ibídem), en

uso de la atribución conferida por el artículo 173 del C. Judicial.

A su turno el doctor Aparicio Jaramillo (fs. 186), nombró como apoderado al doctor Eduardo Aparicio, y tanto al del demandante como al del Departamento se les reconoció personería oportunamente.

Tanto el señor Fiscal del Tribunal (fs. 29 ibídem) como el apoderado del Departamento, doctor López Posada (fs. 169 ibídem), evacuaron el traslado de la demanda, de manera uniforme, oponiéndose a las pretensiones del demandante doctor Aparicio, aceptando unos y negando otros de los hechos referidos en el libelo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, desató la litis en los términos siguientes:

"**Primero.** — Son infundadas las acciones sobre resarcimiento de daños materiales y morales que el demandante doctor Eduardo Aparicio J. deduce contra el Departamento de Cundinamarca en las peticiones a), b) y f) del libelo que encabeza este pleito. En consecuencia, se **absuelve** a la entidad demandada de todos los cargos allí contenidos.

"**Segundo.**—El Departamento de Cundinamarca deberá reintegrar al demandante doctor Aparicio J., ejecutoriado este fallo, lo siguiente:

"Primero—Del monto de cinco mil pesos (5.000) que percibió en concepto de multa impuesta al Contratista la parte proporcional que corresponde al sector de carretera cuya entrega la aceptó el demandante;

"Segundo.—La mitad del costo de construcción y materiales de la pila que se demolió en el río Sueva.

"Parágrafo.—El monto de estas condenas se fijará al ejecutarse el presente fallo de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del C. J.

"Tercero.—El Departamento de Cundinamarca debe y pagará al demandante doctor Aparicio, con imputación al valor total de los trabajos, que es de cuarenta y tres mil quinientos cuarenta y nueve pesos con ochenta y nueve centavos ($ 43.549.89) moneda corriente, las siguientes cantidades:

"a) Ocho mil trescientos pesos ($ 8.300) moneda colombiana corriente y sus intereses a la rata del siete por ciento (7%) anual, desde el veintisiete (27) de julio de mil novecientos treinta y ocho (1938), hasta el veinticinco (25) de julio de mil novecientos treinta y nueve (1939), y desde el veintiseis (26) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939) en adelante, hasta cuando se verifique el pago o extinción de la deuda;

"b) Cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200) moneda corriente y sus intereses al (sic) rata del siete por ciento (7 %) anual, a contar del día veintiseis (26) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939) en adelante, hasta cuando el pago o extinción de la deuda se lleve a efecto.

"Cuarto.—El demandante doctor Eduardo Aparicio J., reintegrará al Departamento de Cundinamarca, ejecutoriado este fallo, la cuota proporcional del precio de compra y transporte pagados por el Departamento, de las estructuras metálicas para los puentes denominados "Elisio Medina" y el "Guavio". La determinación de esta cuota se hará en la ejecución del presente fallo, sobre las bases dadas en la parte motiva y con arreglo al artículo 553 del C. J.

"Quinto.—No es el caso de acceder a ninguna de las demás peticiones de la demanda.

"Sexto.—No se hace condenación de costas en la instancia".

Contra esta decisión ambas partes interpusieron el recurso de apelación, y es llegado el momento de entrar a su estudio, surtidas como se encuentran las ritualidades inherentes a esta segunda instancia.

Aquí no se hizo uso del término dentro del cual era dable aducir nuevas pruebas, y sólo se presentaron extensos estudios de los cuales el del apoderado del actor, como resumen de las alegaciones orales de la audiencia, abarca todo el expediente ante esta Corte.

En el caso **sub examine,** la situación es, pues, idéntica en cuanto al acervo de pruebas presentadas, y la Sala entra en el análisis de los hechos del libelo originario de esta controversia, a fin de proceder con método en su pronunciamiento, previas algunas consideraciones generales.

Un contrato caducado es un contrato terminado, por lo cual no sería procedente ejercitar las acciones alternativas y las acciones sobre indemnización de que trata el artículo 1546 del C. C., ya que en tales condiciones no habría materia sobre la cual dichas acciones pudieran recaer. Mas ello no sería obstáculo para una acción directa de perjuicios en ciertas circunstancias, sin necesidad de acumularla a las acciones principales de que se ha hecho mención.

No siendo la caducidad otra cosa que el fenecimiento del contrato, es claro que ella mira hacia el futuro, sin que por este fenómeno sufran

alteración alguna las relaciones jurídicas emanadas de la convención en el lapso anterior a la declaración de caducidad.

El Tribunal de Bogotá, con toda claridad, ha encarado este aspecto en la siguiente forma:

"Es cierto que el decreto de caducidad terminó unilateralmente el contrato por parte del Departamento y canceló sus efectos para lo porvenir. Pero no puede sostenerse que las etapas cumplidas de esa convención quedan extinguidas por virtud del simple decreto de caducidad: desde el punto de vista del derecho privado, la caducidad administrativa es algo así como una causal de resolución prevista en la convención y otorgada en el derecho público en favor de las entidades de derecho administrativo; pero no porque una entidad de derecho público sea parte contratante, dejan sus compromisos de crear derechos perfectos para la otra, ni dejan por ello de nacer obligaciones recíprocas que deben regirse por los principios generales de la contratación; los derechos adquiridos por el contratista con anterioridad a la caducidad administrativa deben subsistir enteramente...".

Cuando la Corte en algunos fallos comparó la caducidad con la resolución prevista expresamente en los contratos entre particulares, no ha querido decir que la caducidad extingue el contrato retroactivamente desde su celebración, sino que obra a la manera de la resolución, pero hacia el futuro.

Por lo que respecta a la caducidad, es verdad que la demanda actual no se dirige a obtener una revisión de la resolución respectiva. La acción que en ella se invoca, aunque no de una manera formal muy técnica y precisa, busca su base en el contrato, porque se piensa que por incumplimiento de la parte demandada, la susodicha caducidad carece de fundamento jurídico y no puede, por tanto, producir efecto alguno.

Con estas premisas liminares, puede entrarse ya a analizar el libelo.

Hecho primero

El hecho primero del libelo se halla concretado en los siguientes términos:

"**Primero.**—El día 14 de abril de 1937 se firmó un contrato entre el señor Jaime González Ortiz, en su carácter de encargado de la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, debidamente autorizado por el señor Gobernador, y el peticionario. Este contrato fue aprobado por el señor Gobernador el día trece (13) de mayo del mismo año y publicado en el número 5545 de la **Gaceta de Cundinamarca,** el mismo día; por medio de él, el suscrito se comprometió a construír un trayecto de la carretera del Guavio, comprendido entre el kilómetro 69-300 y la población de Gachetá y se le había adjudicado en anterior licitación verificada en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, como al mejor postor".

Este hecho no lo niega la parte demandada, y tanto el señor Fiscal del Tribunal (fs. 29, C. 1) como el apoderado del Departamento, doctor López Posada (fs. 169 ibídem), reconocen ser cierta la celebración del contrato a que se refiere el hecho mencionado, pero dicen que "en cuanto a sus detalles así como a la causa para que se le hubiera hecho la adjudicación al demandante", se atienen a lo que refleja el mismo contrato y la correspondiente acta de licitación.

Para la comprobación del contrato y demás circunstancias que precedieron a la celebración, la parte demandante trajo un ejemplar autenticado de la **Gaceta de Cundinamarca** de fecha 13 de mayo de 1937, correspondiente al número 5545, y acompañó, además, una comunicación del doctor Joaquín Emilio Cardoso, donde se le hace saber al doctor Aparicio que le fue adjudicada la licitación para la construcción del trayecto de la carretera del Guavio, dentro de la comprensión del kilómetro 69-300 y la población de Gachetá. Igualmente obra en el expediente una carta dirigida por el Contratista al doctor Cardoso, donde avisa recibo de la comunicación en referencia, sienta su conformidad con la Resolución de la Junta General de Hacienda del Departamento sobre todos sus puntos, y se allana, en consecuencia, a perfeccionar el contrato.

Las alegaciones de instancia, producidas por las partes, son uniformes en lo tocante al hecho primero (Aparicio, fs. 190, C. 1), pero cualificadas por el apoderado del Departamento, en la forma como quedó relacionada, al contestar la demanda, en el punto en referencia (fs. 202 ibídem).

La Corte transcribe los razonamientos del Tribunal, cuando dice:

"El juzgador presume (presunción simple) que ese contenido reproduce fielmente el documento privado original en que se extendió aquel contrato, en vista de que los periódicos oficiales son órganos de publicidad de las autoridades, y los actos de ellas son auténticos (artículos 632 y 634 del C. J.). A continuación se inserta en el citado número de la **Gaceta de Cundinamarca,** el certi-

ficado número 220 de 21 de abril de 1937, expedido por la Sección de Control Previo de la Contraloría Departamental, sobre reserva de fondos con destino al cumplimiento del aludido contrato, y se inserta también la atestación de fecha 13 de mayo de 1937, suscrita por el Gobernador doctor Parmenio Cárdenas y por el Secretario encargado del Departamento de OO. PP., señor Jaime González Ortiz, referente a la aprobación gubernamental del contrato. Esta aprobación es acto de autoridad pública y su inserción en la Gaceta oficial hace presumirla auténtica". (Fs. 267 v. y 268 del cuaderno número 1).

La explicitud de las disposiciones citadas por el Tribunal, artículos 632 y 634 del C. J., releva a la Sala de ahondar en más consideraciones, aceptando, en consecuencia, la existencia del contrato.

Hecho segundo

El segundo de los hechos que fundamenta la demanda, atañe al cumplimiento de la cláusula sexta de la negociación, donde fue prevista la iniciación de los trabajos por parte del Contratista, "a más tardar treinta días después de la fecha en que quede perfeccionado el contrato".

Su tenor literal es el siguiente:

"**Segundo.**—En cumplimiento a las obligaciones que el peticionario contrajo en virtud de la celebración del contrato citado en la cláusula o numeral anterior, el peticionario dio comienzo a los trabajos de construcción del trayecto de carretera con la debida oportunidad".

La parte demandada negó la anterior aseveración, con el fin de que se probara en el curso del juicio y afirmó ser cierta la iniciación de los trabajos, pero sin aceptar existiera constancia de que hubiera sido hecha en la debida oportunidad. (Fs. 29 y 169 ibídem).

Adujéronse al efecto las siguientes probanzas:

Declaración del señor Bernardo Uribe Rosas, quien era Inspector Almacenista de la carretera del Guavio. Son estas sus palabras:

"Es verdad y me consta por haberlo visto y presenciado en mi calidad de Inspector Almacenista que el doctor Aparicio dio comienzo a la obra de la carretera aproximadamente ocho días después de la primera entrega de la herramienta, es decir, entre el 10 y el 12 de junio de 1937". (Fs. 84 v. cuaderno 2).

También se presenta la declaración de Francisco Antonio Pecha (fs. 113 ibídem), quien en forma aproximada relata el comienzo de los trabajos para la misma época a que se refiere Uribe Rosas.

El doctor Hernando Bazzani (fs. 91 ibídem) se expresa de la siguiente manera:

"Es verdad que supe y tuve conocimiento de que los ingenieros Aparicio y González comenzaron sus trabajos en la carretera del Guavio desde los primeros días del mes de junio de 1937, pues en aquella época trabajaba yo como ingeniero de las Obras Públicas del Departamento".

Contra estos testimonios se ensaña el apoderado del Departamento. "Las declaraciones de Bernardo Uribe y Francisco Antonio Pecha, folios 85 y 113, cuaderno número 2 —dice el doctor López Posada en su alegato de conclusión (fs. 202 del cuaderno número 1)— no son contestes como lo afirma el demandante y, por el contrario, carecen de toda precisión respecto a la fecha en que se dio comienzo a los trabajos, la que indican con referencias vagas a otras fechas, fechas éstas últimas que no aparecen tampoco precisadas".

De la relación de los gastos efectuados en la carretera del Guavio durante el período comprendido entre el 13 de junio de 1937 y el 30 de septiembre del mismo año (fs. 49 v., cuaderno número 2), se puede colegir la iniciación de los trabajos en la época estipulada.

Todas estas circunstancias antecedentemente estudiadas, permiten aceptar como acreditado el hecho segundo de la demanda, y la Sala está conforme con la apreciación del sentenciador **a quo.**

Hecho tercero

Punto de especial consideración es el hecho tercero de la demanda, y cuyo tenor literal es como sigue:

"Según lo estipulado en la cláusula octava del referido contrato, el Departamento de Cundinamarca se obligó a suministrar al peticionario para la construcción de la carretera "...la herramienta que está actualmente en la vía...". El Departamento no entregó al peticionario la herramienta que estaba en la vía; entregó parte de ella y las entregas fueron casi siempre con demoras injustificadas, es decir, no hizo la entrega completa y en tiempo oportuno. La falta de entrega de herramientas y el hecho de no haber sido en tiempo oportuno, ocasionó que los trabajos no marcharon con la rapidez científicamente calculada con anterioridad y que el peticionario tuviera que comprar herramientas de su propio peculio. Esta falta de cumplimiento tuvo lugar a pesar de re-

petidos requerimientos hechos en tiempo oportuno por el peticionario".

Descorriendo el traslado de la demanda, el Procurador del Departamento se pronunció contra este hecho en términos absolutos:

"No es cierto —dice el referido representante—. El Departamento hizo entrega al contratista demandante de toda la herramienta que se hallaba en la vía conforme a lo estipulado en el contrato y no sólo de esa herramienta sino que se le entregó además herramienta que se hallaba en el almacén de la Zona del Guavio y en la Zona de Bogotá, según orden de traslado dada por el Ingeniero Interventor, es decir le entregó más herramienta de la que se obligó a suministrarle por la cláusula octava del contrato. El Departamento no se obligó a suministrar al contratista toda la herramienta que él estimara necesaria sino "la herramienta que está actualmente en la vía", la que el Contratista se obligó a su turno, "a devolver en perfecto buen estado, salvo el deterioro natural causado por el uso legítimo". Si los trabajos no marcharon con la rapidez científicamente calculada con anterioridad, otras serán las causas, y si el demandante compró herramienta de su propio peculio esa compra no tiene que ver nada con el suministro a que se obligó el Departamento.

"Acompaño los recibos dados por el Contratista o demandante de la herramienta que le fue suministrada por el Departamento y un cuadro comparativo de ese suministro y lo recibido por el Departamento con intervención de la Alcaldía de Gachetá". (Fs. 173, cuaderno número 1).

El Tribunal, al referirse a este hecho, dijo lo siguiente:

"...Todos estos datos del proceso indican que no hubo incumplimiento por parte del Departamento en la entrega de herramientas al Contratista doctor Aparicio, lo que se viene a confirmar leyendo el inventario de ellas, visible a fs. 60 a 63 del cuaderno 1º. Hubo sí y es natural, ligeras demoras que fácilmente se explican, y abstención por parte de la Secretaría de Obras Departamentales en atender totalmente algún pedido exorbitante e imprevisto de herramienta que hizo el Contratista hacia fines del año de mil novecientos treinta y siete, hecho que no cabe analizar dentro del contrato de construcción que no previó esa entrega extraordinaria de herramientas". (Fs. 272 del cuaderno número 1).

Para la comprobación de los asertos del demandante, éste produjo las siguientes piezas:

Comunicación dirigida por el Contratista al Interventor doctor Araújo Cuéllar, con fecha 14 de octubre de 1937, donde afirma ser insuficiente la herramienta por lo escaso del número y su desuetud (fs. 11 del cuaderno número 1).

En idéntico sentido se encuentran concebidas las cartas dirigidas por el Contratista al Secretario de Obras Públicas del Departamento y al Interventor, las que llevan fechas 19 de enero de 1938 (fs. 152, cuaderno número 2), y 22 de los mismos mes y año, respectivamente (fs. 29, cuaderno número 2).

Obra, también, un mensaje del doctor Aparicio al Interventor de la obra, dirigido el 3 de mayo de 1937 (fs. 21 del cuaderno número 2), donde invoca el cumplimiento de la cláusula octava del contrato.

Alude asimismo a la declaración del señor Bernardo Uribe R. (fs. 84, cuaderno 2), para concluír que la herramienta fue separada por éste, reteniendo para el Almacén la de mejor calidad, y que, además, un señor Caldas, contratista también del Departamento, poseía considerable número de implementos, los que al devolverse no fueron entregados al doctor Aparicio, como ha debido hacerse, para así dar cabal cumplimiento a la estipulación de la mencionada cláusula octava (fs. 11, C. número 1).

Frente a estos datos, el Tribunal se pronunció en los términos siguientes:

"...Basta leer el contenido de las respuestas, confrontarlo con las cartas de pedido del contratista y con los recibos en que consta la entrega de las maquinarias, para reducir sin esfuerzo que el Departamento atendió inicialmente dentro de plazos razonables el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la supradicha estipulación octava del contrato". (Fs. 271, cuaderno principal).

Para contrarrestar la imputación que se analiza, el Departamento exhibió una copiosa documentación, de donde se deduce la atención prestada por él al cumplimiento de la controvertida cláusula.

A folios 38 y siguientes del cuaderno principal, aparece un cúmulo de documentos aducidos por la entidad demandada, los cuales patentizan la entrega de diversos implementos para la construcción de la carretera en el sector del Guavio. En esos documentos consta el recibo de villamarquinas, palustres, plomadas, patecabras, barrenos, garlanchas, garlanchines, barras, zapapicas, carretillas, etc., etc., y se hallan ellos suscritos por el

propio doctor Aparicio. Aparte de esto, el demandante, en carta suscrito el 14 de octubre de 1937, se expresa en términos que no dan lugar a duda sobre la entrega de herramientas efectuada por el Departamento. Otra cosa muy diferente, es lo atienente al alcance de los términos de la expresada cláusula octava, cuando en ella se dice "y la herramienta que está actualmente en la vía".

La Sala estima, en consonancia con la opinión del Tribunal, que esa cláusula no puede tener los alcances absolutos que quiere darle el demandante, para incluír dentro de ella, al propio tiempo, la herramienta restante al terminarse el contrato con el ya nombrado señor Caldas. El Departamento necesitaba atender a la construcción de diversos sectores de la carretera, y mal podría, entonces, dársele la expresión que pretende el doctor Aparicio a la mencionada cláusula.

Bernardo Uribe Rosas (fs. 84 v. C. número 2) se expresa así:

"Es verdad que conforme a la reglamentación de las obras públicas del Departamento existe una división de varias zonas y también es verdad que la llamada zona del Guavio comprende las carreteras troncal del Guavio, La Cabaña, La Calera, Salitre, Sopó, La Diana, Tres Esquinas, Guatavita, Sesquilé, Santa Cecilia y además todos los caminos de herradura entre los municipios de la región extendiéndose hasta el punto llamado "Naguaya" en las bocas del río Umea, municipio de Medina".

En otros apartes de su declaración, manifiesta el exponente cómo es verdad que la herramienta que se mantiene en la zona del Guavio, está destinada "en su uso para la conservación de todos los caminos y carreteras que forman la dicha zona del Guavio", y que mal podría, por consiguiente, admitirse los alcances exclusivistas que pretende el demandate para la transcrita expresión. No resultaba, pues, procedente que "una vez que el Departamento rescindió el contrato con dicho señor (refiérse el doctor Aparicio al señor Caldas), esta herramienta se le hubiera debido entregar, para cumplir la cláusula en referencia" (fs. 11 del cuaderno número 1).

Es apenas lógico, pues, interpretar la cláusula, en la expresión que se comenta, como dotada de un contenido restringido y circunscrito a los términos en que se entendió por el Departamento.

Uribe Rosas atestigua la entrega de la herramienta; alude a la reserva de cierta cantidad y observa que la existente en el Almacén del Guavio está destinada a todas las carreteras de dicha zona. Esta explicación es racional y verosímil, como lo dice el Tribunal, y determina aún más el alcance de la estipulación sobre suministro de herramientas.

Todas estas documentaciones fueron estudiadas en los memoriales finales de las partes.

En el "resumen" de las alegaciones orales presentado por el doctor Ernesto Aparicio, apoderado del contratista, se puede leer lo siguiente:

"En el análisis de esta cláusula **octava** del contrato, hemos visto cómo el Departamento de Cundinamarca no satisfizo conforme al contrato, la obligación de entregar al contratista las máquinas y las herramientas fijadas como indispensables para la ejecución de los trabajos del contrato". (fs. 52 del cuaderno ante la Corte).

Esta conclusión la deduce el apoderado del contratista al través del análisis que hace en relación con la mencionada obligación, pues estima que el Departamento se comprometió a suministrar la herramienta que está actualmente en la vía, y que conforme a la interpretación que dieron las partes, se entendía que era toda la necesaria para la construcción; que no hay dato en el expediente para conocer cuál era la herramienta "existente en la vía", toda vez que ni siquiera había inventario de ella, y por consiguiente el Departamento carecía de documentos para saber cuál era la que debía entregar; que el Departamento se reservó lo mejor de ella; que no siempre entregó al contratista los elementos que éste solicitó, aunque es verdad lo atinente a la provisión de las herramientas a que se refieren los recibos visibles a fs. 39 a 44 inclusive del cuaderno principal.

El alcance y órbita de la cláusula de que se trata no puede tener la amplitud que pretende el demandante, como queda dicho.

Respecto al no hallazgo de los inventarios que permitieran conocer la herramienta "existente en la vía", la documentación que invoca el demandante es bien explícita al manifestar que no aparece libro que registre el movimiento de la Zona del Guavio, pero que en cambio "los inventarios de esa época comprendían las existencias de todos los elementos que tenía el Departamento en la zona destinados a prestar servicio en la carretera troncal del Guavio", y en las transversales, lo que resulta lógico, supuesto que la comprensión de la mencionada carretera era bien amplia, y no se circunscribía la zona del Guavio en la forma en que lo interpreta el demandante,

pues ésta comprendía las carreteras Troncal del Guavio, La Cabaña, La Calera, Salitre, Sopó, La Diana, Tres Esquinas, Guatavita, Sesquilé, Santa Cecilia, y además otros caminos de herradura dentro de los municipios de la región.

Como corroborante de todo lo anterior puede verse el inventario obrante al folio 57 y siguientes del cuaderno principal.

La Sala, como el **a quo**, considera que el hecho tercero (3º) cuestionado es preciso enfocarlo de acuerdo con las precedentes y razonables interpretaciones de la respectiva cláusula del contrato.

Hecho cuarto

El hecho cuarto de la demanda es como sigue:

"**Cuarto.**—Según la cláusula octava, ya citada, el Departamento se obligó a "...verificar inmediatamente se perfeccione el contrato, el pedido de las estructuras metálicas para los puentes..." El departamento no cumplió con esta obligación a su debido tiempo. Para el montaje de los puentes, uno de ellos esencial para el paso de las máquinas, técnicamente ha debido entregar la localización de los ponteaderos y los proyectos y los planos de las obras que debían ejecutarse para el montaje (cláusula 14). Estas obligaciones no las cumplió el Departamento, a pesar de numerosos requerimientos por parte del peticionario". (Fs. 24, c. principal).

El Procurador del Departamento lo contestó negativamente en traslado que se le hizo del libelo. Son estas sus palabras:

"**Al cuarto.**—No es cierto. La cláusula octava del contrato fue modificada por la cláusula vigésimasegunda así: "En este estado el presente contrato, el contratista ha convenido en dejar a opción del Departamento el disponer que uno de los puentes metálicos de que antes se ha hablado, el puente "Elisio", se construya más bien de concreto de cemento, por dar este último material mejores garantías de duración, siendo entendido que si resultare alguna economía entre el presupuesto detallado que tiene la Secretaría de Obras Públicas para dicho puente y el costo efectivo que muestre la contabilidad y estadística que según este contrato debe llevar el contratista, esta economía será para el Departamento".

La estructura metálica para el puente grande sobre el río Gachetá, se pidió inmediatamente y se perfeccionó el contrato, y el 21 de mayo de 1937, es decir, ocho días después de perfeccionado el contrato, se le hizo entrega de los planos de montaje y coronación de estribos. Desechada por el Departamento la propuesta del contratista demandante para la construcción en concreto de "Puente Elisio", y fijada de común acuerdo la localización y luz del puente metálico que se adoptó, se hizo inmediatamente el pedido de la estructura.

"Tan no era esencial el montaje del primer puente o sea el llamado "Puente Elisio" para el paso de las máquinas como lo afirma este hecho, que el Departamento, con posterioridad a la declaratoria de caducidad, al continuar los trabajos de la carretera directamente, pasó por el río las máquinas y adelantó trabajos del otro lado hacia Gachetá sin que se hubiera verificado el montaje, y es así, que apenas actualmente lo está verificando el Departamento, y las máquinas han estado y están trabajando con toda eficacia en la prolongación de los trabajos que van muy cerca de Gachetá. En relación al pedido de la estructura metálica para el puente grande sobre el río Gachetá y a la entrega de los planos de montaje y coronación de estribos del mismo puente, acompaño en dieciseis (16) fojas útiles documentos relacionados con ese pedido y con esa entrega que demuestran que el pedido se hizo en la debida oportunidad, antes del término fijado en el contrato y que el contratista intervino en el mismo pedido desde el 15 de abril de 1937 al día siguiente de firmarse el contrato y antes de ser aprobado por el señor Gobernador y que recibió los planos mencionados el 21 de mayo, es decir, ocho días después de esa aprobación.

"En relación al pedido de la estructura metálica para el puente Elisio acompaño en tres (3) fojas útiles la carta original del doctor Aparicio J., fecha 22 de marzo de 1937 hecha ya la adjudicación del contrato pero aún no firmado, en que el mismo contratista pide la suspensión del pedido de esa estructura y propone la construcción del puente en concreto reforzado, la carta del mismo doctor Aparicio de fecha 9 de mayo de 1938 en que manifiesta la solución de una estructura rígida de acero para el puente acordada por él con el Ingeniero Interventor y solicita el pedido correspondiente y el oficio número 1269 de 25 de mayo de 1938 en que la Secretaría de Obras Públicas le manifiesta su acuerdo con la solución adoptada y le comunica que se ha constituído la reserva correspondiente y se ha hecho el pedido de la estructura.

"En relación al paso de las máquinas por el río oportunamente presentaré la prueba testimonial

con citación contraria". (Fs. 175 del cuaderno principal).

En idéntico sentido se encuentra concebida la contestación dada por el señor Fiscal del Tribunal. (Fs. 31 ibídem).

En relación con este punto existen en el expediente las siguientes piezas agrupadas en el cuaderno primero (fs. 60 a 78):

Una comunicación dirigida por el Secretario de la Junta General de Hacienda al señor Director técnico de Obras Públicas, en la que informa sobre el escogimiento de la propuesta presentada por el señor Manuel Toro para el suministro de la armadura "de 41 mts. de luz para la carretera del Guavio", no obstante resultar un poco más gravosa, con un plazo de entrega más reducido. Este mensaje está fechado el 30 de marzo de 1937.

Una carta suscrita por el Director Técnico, doctor Joaquín Emilio Cardoso, en la que se avisa al proveedor del Departamento que el pedido a la United States Steel P. Co. queda sujeto a la inspección por parte del agente o casa que designe el Departamento (fs. 61 ibídem). A este efecto se libró, igualmente, comunicación al señor Luis María Gutiérrez Solano, representante de la Casa R. W. Hunt Company, acompañada de un ejemplar del pedido hecho por la Proveeduría por conducto del señor Toro (fs. 62).

Carta del doctor Aparicio al Secretario de Obras Públicas del Departamento en la que insinúa la adquisición de los U. S. $ 3.495, valor de la estructura metálica para el puente, como prevención para una posible alza de divisas extranjeras (fs. 63). Dicha solicitud fue atendida, y con fecha 16 de abril se autorizó al Tesorero General del Departamento para verificar esta operación. (Fs. 64).

El Secretario de Obras Públicas envió despacho telegráfico al Embarcador Oficial de Barranquilla, solicitando informe sobre el arribo de la estructura despachada por la United States Steel para el puente Guavio (fs. 67). Seguidamente aparecen en el expediente los respectivos conocimientos o recibos que constatan la remisión de la estructura desde Barranquilla hasta Bogotá (fs. 68 a 75).

Al folio 3 del cuaderno número 3 figura la nota suscrita por el Secretario de Hacienda del Departamento donde se certifica sobre la reserva de la suma correspondiente para atender el pedido hecho a la United States Steel Co. Al folio 5 y siguientes, aparece también una documentación atinente a la estructura, y en el folio 8 se encuentra la respectiva nota de pedido, con todos sus pormenores.

El Tribunal hizo el siguiente análisis del punto que se cuestiona:

"Por la cláusula **primera** se obligó el contratista, entre otras cosas, a levantar dos puentes metálicos; por la **octava,** el Departamento se obligó a verificar el pedido de las estructuras metálicas de los dos puentes, una vez perfeccionado el contrato. Mas, por la cláusula **vigésimasegunda,** se modificaron las dos anteriores así:

"En este estado el presente contrato, el contratista ha convenido en dejar a opción del Departamento el disponer que uno de los dos puentes metálicos de que se ha hablado, el puente "Elisio", se construya más bien de concreto de cemento...".

"A esta opción se acoge el Departamento para justificar la demora en el pedido de la estructura metálica del primer puente, llamado "Elisio", agregando, además, que la falta de construcción de este primer puente no era obstáculo insalvable para que el contratista hubiera podido pasar por el río "Sueva", en el sitio del puente, las máquinas con que trabajaba en el sector comprendido entre el punto denominado "Salítrico" y el dicho puente, puesto que en mayo de 1939 el doctor Federico Rodríguez y el señor Guillermo Peraza pasaron esas máquinas con los trabajadores a sus órdenes, utilizando armaduras provisionales de madera. Los testigos Marco Julio Hidalgo y Roberto Duarte Camacho (fs. 145 y 146 del Cdno. 3º) deponen acordes sobre dicho paso de máquinas, efectuado antes de la construcción del puente Elisio, con el fin de continuar los trabajos de la carretera en el sector comprendido entre el río "Sueva" y el río "Guavio".

"Agrega el señor apoderado del Departamento que desechada por esta entidad la propuesta del contratista demandante para la construcción en concreto del "Puente Elisio", y fijada de común acuerdo la localización y luz del puente metálico que se adoptó, se hizo inmediatamente el pedido de la estructura del puente llamado "Elisio". Los documentos de folios 80, 81 y 82 del cuaderno número 1º, acreditan en verdad que entre el contratista y el Departamento se convino primero en **suspender** el pedido de la estructura metálica para este puente en vista de la posibilidad que había para construírlo en concreto reforzado.

"Cuanto a la estructura metálica para el puente grande sobre el río Guavio, en la contestación de la demanda afirma el Departamento haber he-

cho el pedido inmediatamente que se perfeccionó el contrato, con intervención del contratista, y dice también que el 21 de mayo de 1937, apenas ocho días después de perfeccionado el contrato, entregó al contratista los correspondientes planos de montaje y coronación de estribos. Los documentos que presentó en el escrito de contestación, visibles a folios 64 a 79 inclusive del cuaderno número 1º, demuestran suficientemente esta afirmación de la entidad demandada, y además, que el precio de la estructura y de su transporte hasta esta ciudad fue cubierto oportunamente por el Departamento. La estructura llegó en los últimos meses de mil novecientos treinta y siete y es obvio pensar que si para esa fecha hubieran estado concluídos los estribos y demás obras de ingeniería, el montaje del puente no se habría demorado por causa de la entrega de la estructura metálica.

Los datos examinados son suficientes para estimar infundada la causal de incumplimiento alegada por el demandante en el hecho **cuarto** del libelo" (fs. 272 v., 273 del cuaderno número 1).

El apoderado del demandante en su alegato de primera instancia no ofrece consideración alguna sobre este particular, y pasa así del hecho tercero al quinto (fs. 191, cuaderno número 1).

En cambio, en el resumen de las alegaciones orales, durante esta segunda instancia, expone su pensamiento sobre esta cuestión. Su razonamiento, sucintamente puede concretarse así:

Por la cláusula **octava** el Departamento se obligó al pedido de las estructuras metálicas, lo que lógicamente implica "la de entregar tales estructuras al contratista". Esta obligación incumplida, motivó el hecho cuarto del libelo. Para descartarse de esa acusación, la mencionada entidad invocó la cláusula 22 de la estipulación como modificatoria de la 8, siendo así que, en verdad, ella no entraña una mutación del primitivo espíritu del contrato sino una **opción** a favor del Departamento, la que sólo significaría cambio o alternabilidad de la cláusula 8, en el evento de que el Departamento la utilizara, pues la ley 51 de 1918, en su artículo 23, determina claramente el alcance de esta facultad. Si el Departamento no hizo uso de la opción, es claro que el contratista no podía negarse a construír el puente en armadura metálica. La supracitada cláusula 22 sólo sirve para disculpar al Departamento de no haber hecho inmediatamente el pedido de la estructura, cuando lo hizo para el puente grande sobre el río Guavio, pues aquélla autorizaba una suspensión hasta tanto el Departamento tomaba alguna resolución, suspensión que el propio contratista solicitó.

La queja contra el Departamento está no propiamente en haber omitido el pedido de las estructuras, sino en no haberlo hecho a su debido tiempo u oportunidad (fs. 56, cuaderno ante la Corte). La estructura para el puente Elisio sólo fue solicitada el 9 de marzo de 1938, fecha que lleva el pedido número 52, visible al folio 8 del cuaderno número 3, y tal demora no tiene explicación distinta de la indecisión del Departamento. Esta actitud injustificada (fs. 58 v.) de la entidad mencionada la hace responsable por varias razones, tales como, porque habiéndose encontrado insuficiente la luz proyectada para el paso de las aguas del río Sueva, el Departamento ordenó la construcción de una **pila** para complementar el puente con un aproche de 5 metros de luz, y después ordenó la suspensión de ella; porque acordada la solución, tardíamente desde luego, no se preocupó por el suministro de las especificaciones técnicas complementarias, colocando así al contratista en ostensible inferioridad. La estructura, en síntesis, no fue entregada al contratista, como ha debido serlo, ya que pedida el 9 de mayo, su embarque sólo se operó el 1º de julio de 1938, aproximándose a Barranquilla el 19 de agosto del mismo año.

Concluye, pues, el expresado apoderado del actor, considerando demostrado el cargo formulado.

Ante todo, como lo advierte el Tribunal, resulta evidente que lo apuntado en el hecho cuarto de la demanda con respecto a que de los puentes uno de ellos era necesario o esencial para el paso de las máquinas, carece de respaldo, y antes, por el contrario, las declaraciones de Marco Julio Hidalgo y Roberto Duarte Camacho atestiguan lo contrario.

No es menos cierto que el pedido de la estructura para el puente grande sobre el río Guavio tuvo su realización, como se desprende de la documentación allegada, la cual se integra, principalmente, por instrumentos emanantes de funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos.

En lo concerniente a la opción o escogimiento, resulta demasiado especiosa la argumentación del apoderado del actor, cuando afirma que no existe razón para estimar modificada la cláusula octava por la veintidós.

La cláusula principal se encuentra como suspendida y por eso el mismo apoderado afirma que la mencionada cláusula veintidós "había de-

jado la puerta abierta para que esa obligación (el pedido de la estructura paralelamente a la solicitada para el puente grande sobre el río Guavio), quedara en suspenso, mientras el Departamento resolvía si el puente debía construírse como lo prevenía el contrato o como lo proyectaba el contratista". El mismo doctor Aparicio pidió al Departamento que se suspendiera el pedido de esa estructura (fs. 76 del cuaderno principal).

Se comprometió el contratista a colocar un puente, pero su obligación se tornó en alternativa en virtud de la cláusula veintidós, por la cual el cumplimiento de la prestación se sometía al escogimiento o derecho de opción que tenía el Departamento. Siendo ello así es claro que la cláusula veintidós introducía una reforma a la cláusula octava.

De todo esto se concluye que mientras la entidad oficial no hiciese la elección no podía imputarse la mora que el demandante pretende.

Hecho quinto

El hecho quinto del libelo propuesto por el doctor Aparicio es del siguiente tenor:

"**Quinto.** — Según lo estipulado en la misma cláusula octava del contrato, el Departamento de Cundinamarca es obligó a entregar al peticionario las siguientes máquinas: "una cilindradora, cuatro volquetas, un tractor, un compresor de aire con sus accesorios". De la maquinaria citada solamente entregó a su debido tiempo una volqueta, otra la entregó con una demora mayor de un año, las otras dos no las entregó nunca; la cilindradora la entregó con una demora aproximada de un año; el compresor y el tractor con retardos de bastante significación, a pesar de los frecuentes requerimientos del peticionário. Por la falta de la entrega de las herramientas y la maquinaria de la manera debida y en el tiempo en que se necesitaban, los trabajos se demoraron, fallaron todos los cálculos, científicamente elaborados con anterioridad, causando con ello los perjuicios de alzar enormemente el costo de la obra, la consiguiente pérdida de tiempo de los Directores y trabajadores y finalmente colocando al peticionario en imposibilidad física de dar cumplimiento a la entrega de la obra en el plazo fijado" (fs. 24, 24.v. cuaderno número 1).

Tanto el señor Fiscal del Tribunal (fs. 31 ibídem), como el apoderado especial del Departamento (fs. 175 ibídem) contestaron negativamente este punto. Anotan cómo el Departamento se obligó al suministro de la maquinaria especificada en la cláusula octava del contrato, en calidad de préstamo, sin determinación de fecha especial para la entrega, correspondiendo, por tanto, hacerla a medida que le fuera exigida por el contratista.

El último de los mencionados señores se expresa así:

"...Al iniciarse los trabajos solicitó una volqueta y le fue entregada inmediatamente; lo mismo sucedió al solicitar una segunda volqueta. El compresor y el tractor le fueron entregados tan pronto los solicitó, y la cilindradora se le despachó igualmente tan pronto como fue solicitada, sufriendo daños en el camino, por lo cual demoró en llegar al sitio de los trabajos, y es de anotarse que en dicho sitio duró algún tiempo sin ser utilizada por el contratista. Cuando se trató de una prórroga pedida por éste para la entrega de trabajos, a virtud de no poder verificarlos dentro de los términos acordados, habló de la necesidad de las otras dos volquetas en caso de acordarse la prórroga y se le pusieron inmediatamente a su orden a pesar de que para ello hubo que suspender varios trabajos en la sabana de Bogotá. Si los trabajos se demoraron y los cálculos científicos elaborados con anterioridad fallaron, culpa es únicamente del Contratista, así como las consecuencias de esa demora y de esa falla".

La cláusula octava que el Contratista dice se violó por parte del Departamento, es como sigue:

"Octava. Corresponde al Contratista el suministro de los materiales de construcción y el pago de todos los demás gastos de la obra. El Departamento se compromete a verificar inmediatamente se perfeccione este contrato, el pedido de las estructuras metálicas para los puentes, para cuyo pago hará las reservas de dinero correspondientes, y suministrará además al Contratista, en calidad de préstamo, las siguientes maquinarias y herramientas: una cilindradora, cuatro volquetas, un tractor, un compresor de aire con sus accesorios y la herramienta que está actualmente en la vía, todo lo cual entregará por riguroso inventario. El Contratista se obliga a devolver al Departamento tanto la maquinaria como las herramientas, una vez entregada la obra, en perfecto buen estado, salvo el deterioro nátural causado por el uso legítimo".

En el hecho tercero de la demanda se estudió lo concerniente a la herramienta de que en la supracitada cláusula octava se hace mención.

Sobre la maquinaria enumerada en la misma estipulación, se formuló el hecho que se estudia.

El apoderado del Departamento asevera que "en relación a la entrega de maquinarias están presentados en el legajo de recibos referente al hecho tercero los correspondientes a la entrega". Anota, igualmente, cómo era de irregular el uso que se hizo de la aludida maquinaria, y acompaña, para este aserto, los odificios números 2382 y 2446, dirigidos al contratista por el doctor Eduardo Wiesner Rozo, ingeniero interventor en esa época, y obrantes al folio 79 y 80 del cuaderno principal.

En el alegato presentado por el apoderado del doctor Aparicio ante el Tribunal Superior de Bogotá, se leen estas consideraciones atañederas al punto que se cuestiona:

"Por la misma cláusula octava del contrato, el Departamento se comprometió a entregar al Contratista, la siguiente maquinaria: cuatro volquetas (4), un compresor de aire; una máquina cilindradora, un tractor con sus accesorios. Esta obligación la debía cumplir inmediatamente, pero dándole la aplicación que le da el señor apoderado del Departamento, cuando el contratista lo hubiera exigido...

"Es el caso que no es cierto que el Departamento hubiera hecho la entrega de las máquinas, excepción hecha de la primera volqueta, cuando se le pidieron, como lo demuestro, entre otras muchas pruebas con las siguientes: el compresor fue pedido el 3 de mayo de 1937, en oficio de esa fecha (fs. 21, C. número 2), entregado el 28 de septiembre. En esa misma comunicación el contratista solicitó la entrega de las otras tres volquetas, de las cuales una entregó tardíamente y las otras no las entregó nunca. **Aplanadora**. Fue pedida el día 29 de noviembre de 1937, en el mismo oficio en que se pidió, se exigió la entrega de las otras volquetas. De éstas una entregó a su debido tiempo, otra tarde y las otras dos nunca. La aplanadora se recibió el 15 de febrero de 1938; se pidió como ya se vio.

"Hay recibos en que consta la entrega de la maquinaria, así: El compresor se recibió el día 28 de septiembre de 1937 —recibo número 154, fl. 54, C. número 1—; el tractor, 30 de abril de 1938, recibo fl. 55, C. número 1. La aplanadora se pidió en diversas ocasiones, fue entregada con graves daños y sólo fue puesta al servicio el día 25 de febrero de 1938. Esta máquina fue pedida especialmente el 14 de octubre de 1937 (fl. 54, C. número 1). Con estos comprobantes se comprueba, hasta la saciedad, que el Departamento no cumplió con la entrega material de las máquinas en ningún tiempo ni del modo debido. Fuera de las pruebas precisas anotadas, hay muchas, comprobadas en el expediente, que confirman las ya anotadas y hay muchas que prueban hasta la saciedad dicho incumplimiento. (Véanse comprobantes fl. 54, C. número 1, diciembre 11, contestación fl. 69 mismo cuaderno) (fls. 191, cuaderno principal).

De una manera más extensa, hace idénticas consideraciones en el resumen de las alegaciones orales presentadas ante esta Corporación. (Fs. 42 y sigs. del cuaderno ante la Corte).

El Tribunal Superior analiza muy sucintamente lo relativo a este punto, y aunque, por íntima vinculación que guarda con el hecho tercero, hace, dentro de éste, consideraciones sobre la maquinaria.

Dice allí aquella entidad:

"En cuanto a maquinarias, recalca el hecho **quinto** de la demanda que el Departamento dejó de entregarle al contratista dos (2) de las volquetas previstas en la cláusula **octava.** Y en verdad en el proceso solamente consta que le entregó dos de las cuatro que se obligó a suministrarle, como ya se ha visto. La prueba pericial es la llamada a determinar la influencia que la falta de estas dos máquinas pudo tener en el incumplimiento del Contratista" (fs. 272 del cuaderno principal).

Conforme a las constancias existentes en el expediente, se puede destacar, en lo concerniente a la cilindradora, lo siguiente:

Con fecha 14 de octubre de 1937 aparece, al folio 11 del cuaderno principal, una comunicación del doctor Aparicio en la que éste solicita se impartan las órdenes para que se le entregue la aplanadora. Esta solicitud guarda íntima relación con la carta visible al folio 15 del mismo cuaderno, suscrita por el Ingeniero de la Zona doctor Eduardo Araújo Cuéllar, en la cual se manifiesta que han sido dadas las órdenes para que se opere la entrega de la máquina solicitada. Posteriormente a este mensaje obra el oficio del 11 de diciembre de 1937 en el cual se reitera lo referente a la entrega de la cilindradora, pero se anota que ha sufrido algunos desperfectos que motivaron el retardo que ha venido experimentando la solicitud formulada con fecha 14 de octubre.

Y ello encuentra su corroboración en la carta suscrita por Aparicio, con fecha 29 de noviembre de 1937, y dirigida al señor Interventor (fs. 26,

cuaderno número 2). Al folio 42 del mismo cuaderno no se alude a que la máquina aplanadora aún no ha sido recibida, por los desperfectos que se han mencionado. Esto aparece de las copias compulsadas por la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá (fs. 38 y sigs.).

Los informes que preceden permiten advertir cómo el retardo en la entrega de la cilindradora tuvo incidencias que lo justificaron. Por eso, en diciembre 13 de 1937, se quejaba de ese retardo, ante el Secretario de OO. PP. del Departamento, el Contratista (fs. 175 del C. número 2).

Frente a estas cosas podría aceptarse una ligera morosidad por parte de la entidad demandada en el cumplimiento de la entrega de la máquina. Pero, como muy bien lo advirtió el Tribunal, esa demora y ese retardo resultan bien explicables y hasta naturales.

Al folio 47 del cuaderno principal, está el recibo de la cilindradora, suscrito por el propio contratista, fechado en Guasca el 30 de diciembre de 1937, sólo pocos días después de haber sido pedida, habida consideración de los retardos que naturalmente encuentran fácil explicación. Aceptando como fecha de recibo de la referida máquina la anotada por el contratista, es decir el 25 de febrero de 1938, se colige claramente que ello obedeció a los tropiezos que surgieron con posterioridad, pues el Departamento estuvo listo a obviar en lo que le fue dable, todos los inconvenientes. Por eso el Tribunal, confrontando la nota suscrita por el doctor Aparicio con fecha 15 de febrero de 1938 (fs. 42 del cuaderno número 2), en la que el contratista indica que se abstuvo de recibirla por "encontrar en la máquina daños que no han sido reparados y que es necesario hacerlos para que el Contratista pueda responder de la bondad de la obra", con la visible al folio 187 del mismo cuaderno en la que anota como fecha de recibo de la aplanadora el 25 de los mismos, se expresa de esta suerte:

"En la relación enviada por el contratista a la Secretaría de OO. PP. con fecha 15 de marzo de 1938 (fs. 57) (sic), sobre el desarrollo de los trabajos durante el mes de febrero anterior, da cuenta que recibió la aplanadora el 25 de febrero, o sea, con solo diez días de retardo en relación con la nota en que comunicaba a la Secretaría de OO. PP. el daño de la máquina" (fs. 272, c. principal).

En el inventario obrante al folio 56 y sigts., y que el Tribunal cita bajo la foliación 60 a 63 del cuaderno principal, se relaciona igualmente, la cilindradora "Fowler" número 17473.

Asimismo aparece la declaración del doctor Federico Rodríguez (fs. 97 v. y sigs. del cuaderno número 2) en la que, al referirse a la cilindradora, afirma sobre el hecho de la entrega al contratista que "tan pronto como se la entregué la trajo sin dificultad el señor Peña al campamento de Sueva, residencia del contratista".

No hubo, pues, incumplimiento por parte del Departamento en la entrega de la aplanadora, pero sí mediaron tropiezos y dificultades atinentes a la entrega de la misma, por los cuales resultaría exagerado imputarle violación de la tantas veces mencionada cláusula octava, en relación con esta máquina.

En cuanto a las volquetas, se hace la siguiente relación: Se expresa así el apoderado del actor:

"Porque en relación con las cuatro (4) volquetas señaladas en la cláusula, es un hecho muy claro como ahora voy a demostrarlo que de ellas sólo una entregó el Departamento en condiciones normales, es decir, cuando él se la solicitó, que otra de ellas la recibió pero con un retardo mayor de 180 días, y que las dos últimas volquetas no las entregó el Departamento al contratista". (Fs. 46, c. ante la Corte).

Conviene destacar, antes de analizar los comprobantes respectivos, lo expresado en la alegación presentada por el apoderado del Departamento:

"Me permito llamar la atención, como ya se hizo en la contestación de la demanda, a las notas de 24 de julio y 5 de agosto de 1937, folios 83 a 85 del c. número 1, dirigidas al contratista por el Interventor doctor Wiesner Rozo, que hacen ver la interpretación del Departamento en la finalidad del suministro de máquinas y el uso extracontrato de la volqueta en aquella época suministrada, llegando hasta estrellarla en un viaje de Sueva a Bogotá, interpretación no contradicha por el doctor Aparicio. Mal podría éste pedir en mayo de 1937 tres volquetas, cuando la ya suministrada no la utilizaba en los trabajos de la carretera, y, por ello, el Interventor doctor Wiesner Rozo, le exigía su entrega, por demostrar el referido uso, no necesitarla para los servicios de la obra contratada, en su nota de 24 de julio que termina así: "Cuando la construcción que usted adelanta justifique el envío de las máquinas a que se refiere el contrato, le ruego se sirva solicitarlas por escrito para entregárselas, si es el caso" (fs. 210 del cuaderno principal).

Al folio 49 del cuaderno primero obra suscrito

por el contratista, un recibo, que lleva fecha de junio 4 de 1937, en el cual se reseña una volqueta Chevrolet, motor número 183258. Al folio 48, del mismo cuaderno, consta suscrito por el doctor Aparicio el recibo de febrero 9 de 1938, en el cual, entre otros implementos, se hace referencia a una volqueta marca "Graham", motor número B-27628, modelo de 1927.

A estas dos volquetas, con sus accesorios, se refiere, en la parte correspondiente, el inventario de "herramientas, elementos varios, y maquinaria suministrados al contratista doctor Eduardo Aparicio J.", obrante al folio 58 y 59 del cuaderno principal.

La primera de estas máquinas fue entregada en oportunidad, hecho que no desconoce el apoderado del contratista.

En lo que respecta a la segunda, que fue solicitada por el contratista con fecha 29 de noviembre de 1937 (fs. 25, c. número 2), su entrega se hizo en los primeros días de febrero, como queda visto, lo que, en sentir de la Sala, no puede interpretarse como hecha en forma extemporánea, pues es razonable la dilación que pudo mediar, atendidas las exigencias y los requisitos que surgen de las gestiones con entidades de derecho público.

En lo que toca con las otras dos volquetas, es verdad que ellas fueron solicitadas por el contratista. Al folio 22 del cuaderno número 2, puede verse una nota del doctor Aparicio, sin fecha, en la que se mencionan "las otras tres máquinas volquetas". De éstas, una está comprendida en la entregada en febrero de 1938. Más adelante (fs. 175, 176 ibídem), con fecha 13 de diciembre de 1937, se habla de las "otras dos máquinas volquetas para el acarreo del material". Confrontando la fecha de entrega de la última de las volquetas con la que lleva esta solicitud, resulta que no hubo desatención para su pedimento, y que si no fueron entregadas todas las volquetas acordadas en la contratación, ello obedeció al uso indebido, por parte del contratista, de una de ellas y de que atrás se habló. En la nota que no lleva fecha, y que obra al folio 22 del cuaderno número 2, el contratista acepta la observación qué se le hizo por medio de los oficios números 2382 y 2446 (fs. 79, 80, cuaderno principal).

Dadas estas consideraciones, resultaría demasiado drástica la apreciación que pretende el apoderado del contratista sobre la entrega de las volquetas.

Tractor.—Otra de las máquinas a que se hace referencia en la cláusula octava de la negociación es el tractor.

"En cuanto se refiere a las otras dos máquinas —dice el apoderado del doctor Aparicio (fs. 47 v. c. ante la Corte—, el tractor y el compresor de aire, sí cabe hacer una observación distinta a la que hasta ahora hemos dicho en relación con las demás máquinas, esto es que el **tractor** sí se entregó al contratista, no digo tan pronto como lo solicitó el contratista, pero sí con una demora no tan larga como la que produjo la entrega de la cilindradora y de las dos primeras volquetas, pues lo cierto es que habiendo solicitado el contratista la entrega del tractor el 5 de abril de 1938, el Departamento se lo entregó veinticinco días después, es decir el 30 de abril siguiente, lo cual frente a la gran demora en la entrega de las otras dos máquinas, abona el interés que el Departamento puso para no causar mayor perjuicio al contratista".

Al folio 22 del cuaderno número 2 es visible una comunicación, sin fecha, suscrita por el contratista, en donde se hace alusión a esta máquina. En el folio 19, c. número 1, se encuentra una carta del Ingeniero Interventor para el doctor Aparicio, con fecha 5 de abril de 1938, y en ella se dice: "Igualmente comunico a usted que se ha dado la orden al Taller respecto al tractor que solicita".

Efectivamente, en el cuaderno principal —fs. 51— se puede ver el recibo de esta máquina, con otros implementos complementarios, que tiene por fecha el 30 de abril de 1938.

Huelga, pues, una más extensa consideración sobre este particular, para sacar la conclusión de que no ha habido violación de la tantas veces mencionada cláusula octava del contrato.

La última de las máquinas enumeradas en la estipulación, es "un compresor de aire con sus accesorios". Al respecto, en los términos que seguidamente se transcriben, el apoderado del actor dice:

"...esta máquina —refiriéndose al compresor de aire— no la entregó el Departamento sino el 28 de septiembre de 1937, es decir, con una demora de 107 días, ya que su entrega había sido solicitada por el contratista el día 3 de mayo de 1937" (fs. 48, cuad. ante la Corte).

Efectivamente, al folio 21, del cuaderno número 2, suscribe el contratista la comunicación de fecha mayo 3 de 1937 en la que pide al Interventor de la obra el compresor de aire. Como el propio apoderado lo reconoce, el pedido resulta

apresurado ya que los trabajos de la carretera no han debido comenzar sino el día 13 de junio de 1937 (fs. 48, cuad. ante la Corte). Pero más adelante, con fecha 28 de agosto de 1937, reitera el pedido de la máquina, y del contexto de este mensaje (fs. 9 del cuad. principal) se deduce que el acondicionamiento y reparación influyeron en la demora que hubo de existir para su entrega. Esta tuvo su realización el 28 de septiembre del mismo año, un mes después de la comunicación supracitada, como se desprende del recibo visible al folio 14 del cuaderno número 2, en donde se lee: "Compresor 'Ingersoll-Rand', motor número 158.288, número de orden 03, funcionando correctamente".

El doctor Aparicio conceptúa qué su primera solicitud debió ser atendida no obstante que los trabajos sólo debían comenzar el día 13 de junio, toda vez que "para poder romper la roca existente en la vía de la carretera este compresor era indispensable (fs. 48, cuad. ante la Corte).

Esta aseveración carece de respaldo frente a las respuestas dadas por los peritos José Gómez Pinzón, Benjamín Arévalo C. y Helí Gómez Gómez (fs. 225 y sigts. del cuaderno número 2) a los cuestionarios propuestos por las partes.

Al referirse al cuestionario del Departamento, los dichos expertos se expresan así:

"No era absolutamente indispensable el compresor para mover la afloración de roca referida y el trabajo se podía hacer con taladro de mano. No era compacta ni continua esa primera afloración de roca, pues tenía intercalados esquistos arcillosos (fs. 225 ibídem).

Carece, por tanto, de fundamento la violación alegada contra el Departamento en el hecho quinto del libelo, y las demoras que surgieron obedecen a incidencias que en manera alguna, como lo apuntó el Tribunal, pueden conducir a una drástica y rigurosa interpretación de la cláusula octava de la negociación.

Hechos sexto y séptimo

El hecho sexto del libelo es el que a continuación se reproduce:

"**Sexto.**—Según lo estipulado en la cláusula décima del aludido contrato, el Departamento de Cundinamarca debía pagar al peticionario los trabajos ejecutados y las obras hechas, por mensualidades, para lo cual se presentaban las cuentas respectivas visadas por el Interventor de la carretera, para su aprobación al señor Secretario de Obras Públicas del Departamento; una vez aprobadas por esa Superioridad, pasaban a la Secretaría de Hacienda para su ordenación y pago. En las cuentas correspondientes a los trabajos y gastos causados en el mes de junio de 1938, por la suma de ocho mil trescientos pesos ($ 8.300) se llenaron los requisitos de visa y ordenación por el Interventor doctor Araújo Cuéllar y el Secretario de OO. PP. doctor González Trujillo, en ese entonces Secretario; una vez que se llenaron estas formalidades pasaron a la Secretaría de Hacienda para su ordenación y pago. Estando las mencionadas cuentas en la Secretaría de Hacienda el doctor Jorge Peña Polo, sucesor de González Trujillo en la de Obras, es incautó esas cuentas, las que desaparecieron y para volver a adquirirlas, tuvo el peticionario que recurrir a diversas autoridades superiores. Estas cuentas hasta la presente fecha no han sido cubiertas. Con la falta de cumplimiento del pago de estas cuentas a su debido tiempo el Departamento causó al peticionario enormes perjuicios, pues con ello hubo un paro efectivo en los trabajos y lo imposibilitó para terminar la obra a su debido tiempo".

El Departamento refutó los cargos formulados en el punto anterior por medio del señor Fiscal del Tribunal y del apoderado especialmente constituído (fs. 32 y 176 del cuaderno principal), en la forma siguiente:

"**Al sexto.**—No es cierto. Los pagos debían hacerse por el Departamento al contratista de conformidad con las estipulaciones del contrato y cumpliéndose la tramitación general al respecto. Las cuentas a que se hace referencia en este hecho pasaron por esa tramitación; el cobro o no cobro de las órdenes de pago correspondientes es acto voluntario del contratista y sin su presentación para el efecto, mal puede afirmarse que el Departamento no haya verificado su pago. Estando las cuentas en la Secretaría de Hacienda, presentadas para su cobro, previo giro de las órdenes de pago, fueron retiradas por el demandante a petición suya y según recibo dado por él mismo, en forma que no hubo lugar por voluntad del demandante a que se girara la orden de pago correspondiente".

La cláusula décima que se invoca, dice:

"Décima. — El Departamento se compromete a reconocer al Contratista como valor de la obra de que trata el presente contrato y de los gastos que ocasione el cumplimiento de la cláusula 7ª, la suma de noventa y un mil ochocientos cincuenta pesos ($ 91.850), la que se pagará así:

$ 14.000 durante los meses que quedan de la actual vigencia fiscal, deduciendo por cuenta del Contratista el valor de las estructuras, prorrateados por mensualidades iguales a partir del mes en que se perfeccione el presente contrato; $ 50.000 durante la vigencia 1937-1938 y el saldo en la vigencia 1938-1939 igualmente partidos por mensualidades iguales, pero si a juicio del Interventor, la obra realizada por el Contratista no corresponde a los dineros recibidos por éste, teniendo en cuenta el presupuesto que se tiene para su construcción, el Departamento podrá suspender estas entregas parciales de fondos".

El hecho séptimo de la demanda, íntimamente vinculado al anterior, fue formulado en los siguientes términos:

"**Séptimo.**—El Departamento de Cundinamarca también se negó a pagarme las cuentas correspondientes al mes de julio de 1938, a pesar que ellas están visadas por el señor Interventor de la carretera doctor Eduardo Araújo Cuéllar, único requisito legal o contractual obligatorio, por un valor de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200). Con la repetición de la falta de cumplimiento del pago de lo debido a su tiempo, se causó al contratista perjuicios muy graves".

Este hecho fue negado por el Departamento en el libelo de contestación, de la manera siguiente:

"**Al séptimo.**—No no es cierto. Las cuentas a que se refiere este hecho no han sido siquiera presentadas a la Secretaría de Hacienda del Departamento" (fs .177, c. número 1).

El fallo del Tribunal enfocó los dos hechos que se acaban de transcribir, en los términos que se exponen en seguida:

"En los puntos **sexto** y **séptimo** de los hechos plantea el demandante una cuestión acerca de la cual ya se ha ocupado el Tribunal, al decidir por medio de su auto de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta (c. número 4), las objeciones propuestas por el señor apoderado del Departamento al dictamen pericial, en relación con los perjuicios de que se queja el contratista por falta de pago oportuno de las cuentas correspondientes a los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 1938.

"Se vio antes que la petición c) del demandante recae sobre el valor de cuentas de cobro debidamente visadas por el Interventor de la carretera, correspondientes a los meses de junio y julio de 1938.

El auto precitado adelantó estos conceptos:

"En la petición c) de la demanda reclama el actor el pago de esas dos cuentas, como de plazo cumplido, y a su vez pide el pago de los perjuicios morales y materiales que le ha ocasionado el Departamento con no haberle pagado esas sumas a su debido tiempo. Parte de los perjuicios materiales son los intereses **moratorios** sobre el capital de tales cuentas, que los peritos computan desde el perfeccionamiento de ellas, y que el señor apoderado del Departamento sólo acepta a partir de la fecha en que las vuelva a presentar el contratista, para su cobro, al Departamento.

"Se observa que en los contratos civiles para la confección de obras materiales hay lugar a la reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución (artículo 2056 del C. C.); y, examinando la naturaleza misma del contrato celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y el doctor Aparicio sobre construcción de un sector de la carretera del Guavio, independientemente de la persona de Derecho Público (Departamento) y del objeto en vista del cual se concluyó, se descubre en él un contrato **bilateral** y **conmutativo** de estricto derecho civil y de ejecución sucesiva, en el sentido de que cada entrega de obra por el Contratista al Departamento, con aprobación del Interventor, causaba a cargo de dicha entidad la obligación correlativa de cubrir al Contratista el precio correspondiente.

'Por consiguiente, si el Contratista ha probado con las propias cuentas visadas por el Interventor el cumplimiento de sus obligaciones durante el período que ellas comprenden, es lógico y legal deducir que el Departamento está en mora de pagarlas desde su perfeccionamiento, como lo afirman los peritos, en virtud del principio legal que contiene el artículo 1609 del Código Civil. En otras palabras: entiende la Sala de Decisión que la verdadera **causa** de los intereses moratorios es la ejecución contractual por parte del Contratista de sus compromisos, durante el período que abarcan las cuentas aprobadas por el Interventor, y el retardo culpable del Departamento en cubrirlas, conforme al contrato...".

"Se tuvo en cuenta además, en esa providencia, que el Contratista presentó las cuentas en las Oficinas del Departamento para su pago, pero luego, como se demorará tal pago, las retiró antes de que se le cubriera el valor correspondiente.

"Así que en el fallo de objeciones, quedó resuelto lo siguiente:

"Primero. Es **fundada** la objeción de "error

grave", propuesta por el señor apoderado del Departamento demandado en este juicio, contra la estimación de intereses moratorios de las cuentas por valor de ocho mil trescientos pesos ($ 8.300) y cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200), hecha por los peritos con relación al tiempo, subsiguiente a su retiro de las oficinas departamentales. En consecuencia, sólo deben computarse los intereses moratorios que a ellas correspondan, desde su perfeccionamiento hasta la fecha de su retiro, según las constancias de autos.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal, en Sala de Decisión Civil, **adiciona** el numeral "Primero" de su anterior resolución fechada el veinte de febrero del corriente año, reservando para la sentencia definitiva de esta causa el **decidir** si el Departamento demandado debe pagar al demandante intereses moratorios sobre las cuentas por $ 8.300 y $ 4.200, desde la notificación de la demanda en adelante...

"Con estos antecedentes, se procede a considerar la cuestión en definitiva.

"A folios 61, 62 y 63 del cuaderno número 2 figuran en copias debidamente autenticadas las relaciones sobre inversión de fondos presentadas por el Contratista doctor Aparicio con fechas 26 de julio de 1938, y 26 de agosto del mismo año correspondientes, según ellas, a los meses de **junio** y **julio** del expresado año de 1938, por las cantidades de $ 5.439.55 y $ 4.299.99, respectivamente; también aparecen allí las notas de 26 y 27 de julio del citado año con que el Contratista remitió esas relaciones al Interventor para su aprobación, conforme al contrato. Y figura asimismo, al folio 64, una relación adicional referente a la inversión de fondos durante el mes de agosto y hasta el 24 de septiembre de 1938, por la cantidad de $ 4.979.64.

"Indudablemente esas relaciones sirven de causa a las cuentas de cobro que figuran al folio 3 del cuaderno número 5. (Pruebas del Departamento en la articulación de objeciones), las que están concebidas en estos términos:

"1º El Tesoro Departamental de Cundinamarca a Eduardo Aparicio J., Contratista de la construcción de la carretera del Guavio en el sector comprendido entre el K. 69-300 y la población de Gachetá..... (Certificado de reserva N..... Vig. 1938-1939) .....
.....DEBE:

"Por valor de la primera y segunda mensualidades de la vigencia 1938-1939 del contrato celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y el suscrito, para la construcción del trayecto de la carretera Troncal del Guavio, en el sector comprendido entre el K. 69-300 y la población de Gachetá, y de acuerdo con la cláusula décima del referido contrato.....$ 8.300, SON OCHO MIL TRESCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE. Bogotá, julio 27 de 1938. Vº Bº El Ingeniero Interventor (fdo.) E. Araújo Cuállar—Es corriente. El Secretario de Obras Públicas, J. González Trujillo. — Recibí, Eduardo Aparicio J. Contratista. Cédula Nº 1352525 de La Calera.—(Hay un sello que dice: República de Colombia — Gobernación de Cundinamarca—Secretaría de Obras Públicas. Bogotá".

2º El Tesorero del Departamento de Cundinamarca a Eduardo Aparicio J., Contratista de la construcción de la carretera del Guavio en el sector comprendido entre el K. 69-300 y la población de Gachetá... (certificado de reserva Nº..... Vig. 1938-1939).....DEBE: "Por el resto del valor de la segunda mensualidad y parte del valor de la tercera mensualidad de la vigencia 1938-1939, del contrato celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y el suscrito, para la construcción del trayecto de la carretera Troncal del Guavio, en el sector comprendido entre el K. 69-300 y la población de Gachetá, y de acuerdo con la cláusula décima del referido contrato... $ 4.200..... SON CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE..... Bogotá, agosto 26 de 1938. Vº Bº El Ingeniero Interventor (fdo.) E. Araújo Cuéllar—Es corriente. El Secretario de Obras Públicas. (No aparece firma)—Recibí, (fdo.) Eduardo Aparicio J. Contratista. Cédula Nº 1352525 de La Calera".

"Conforme a la cláusula décima del contrato, en relación con la cláusula décimasexta, el Interventor de la carretera tenía las funciones de verificar si la obra realizada por el Contratista correspondía a los dineros recibidos por éste, y, en general, la de supervigilar el cumplimiento del contrato. Por consiguiente, al aprobar con su firma las anteriores cuentas, el Interventor testifica que el Contratista cumplió sus compromisos durante el período a que se refiere, o sea, en las dos primeras mensualidades y parte de la tercera mensualidad de la vigencia 1938-1939.

"La **caducidad** administrativa del contrato fue decretada por Resolución de 7 de octubre de 1938, cuando las cuentas ya estaban perfeccionadas con el visto bueno del Interventor y eran exigibles, por ello, del Departamento.

Y aquí cabe repetir lo dicho por la Sala en su

auto de diez y seis (16) de marzo de mil novecientos cuarenta:

'Es cierto que el Decreto de caducidad terminó unilateralmente el contrato por parte del Departamento y canceló sus efectos para lo porvenir. Pero no puede sostenerse que las etapas cumplidas de esa convención quedaran extinguidas por virtud del simple Decreto administrativo de caducidad; desde el punto de vista del derecho privado, la caducidad administrativa de un contrato es algo así como una causal de **resolución** prevista en la convención y otorgada en el derecho público en favor de las entidades de derecho administrativo; pero, no porque una entidad de derecho público sea parte contratante, dejan sus compromisos de crear derechos perfectos para la otra, ni dejan por ello de nacer obligaciones recíprocas que deben regirse por los principios generales de la contratación; los derechos adquiridos por el contratista con anterioridad a la caducidad administrativa del contrato deben subsistir íntegramente porque no sería posible borrar el trayecto de construcción que les sirve de causa; se trata, en resumen, de un contrato de **ejecución sucesiva,** y cumplido en parte antes de la caducidad, y por esta razón no puede aceptarse que los efectos de esa providencia de la administración departamental se produzcan con plena retroactividad".

El propio señor apoderado del Departamento acepta que, cancelada la reserva presupuestal hecha con imputación al contrato Aparicio, "se hizo una nueva reserva para pagar al contratista el valor del saldo a su favor por trabajos sí realizados, de conformidad con el acta de liquidación hecha de común acuerdo por el Interventor y el Contratista...., reserva que comprende cantidad suficiente para pagar los trabajos realizados".

"En la liquidación amigable del contrato, verificada con fecha 30 de septiembre de 1938, la cual consta en documentos visibles a folios 147 a 150 del cuaderno número 1, se deduce un valor a cargo del Departamento y a favor del contratista por la suma de $ 41.476.09, como precio total de la obra realizada por éste hasta el 24 de septiembre de 1938.

"Y según el proyecto de póliza visible a folios 152 a 157 del mismo cuaderno, el Contratista no recibió del Departamento todo ese valor de la obra que realizó y tiene un saldo a su favor que el Departamento no le ha cubierto, sobre cuya cuantía discrepan las partes.

"Estos datos corroboran el aserto de que las cuentas en estudio tienen causa jurídica y corresponden a trabajos que el Departamento adeuda al Contratista, por lo cual ha de ordenarse su pago en este fallo". (Fs. 273 v. a 276 del cuaderno principal).

Se ha transcrito lo anterior, aún a riesgo de hacer más extensa la providencia, para enunciar unos lineamientos más comprensivos del problema y facilitar el análisis en que más adelante se empeñará esta Sala de la Corte.

Las constancias procesales, pertinentes a este punto, arrojan los siguientes datos:

En el cuaderno primero, a folios 82 y 83, obran una copia de la carta suscrita por el doctor Aparicio, dirigida al Secretario de Hacienda del Departamento, en la que el contratista solicita la devolución de las cuentas cuyo monto asciende a $ 8.300 y que correspondían a los trabajos ejecutados durante el mes de junio de 1938, y un mensaje del Secretario de Hacienda al Secretario de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, en el que se alude a la manera como fue atendida la anterior epístola del doctor Aparicio. Este tiene como fecha el 28 de febrero de 1939, y aquélla la de febrero 25 del mismo año.

El original de la carta del Contratista se encuentra visible al folio 1 del cuaderno número 3, y allí mismo aparece la correspondiente nota de recibo bajo la fecha indicada. La certificación jurada del Secretario de Obras Públicas de Cundinamarca (fs. 218 v. del cuaderno número 2) contribuye a corroborar lo que se analiza y que, de otro lado, se ofrece en forma indubitable.

Por solicitud del Procurador del Departamento, doctor Jorge López Posada, al referirse a la articulación sobre objeciones al dictamen pericial, aparecen en el cuaderno número 5, en copia, las cuentas formuladas por el doctor Aparicio por valor de $ 8.300 y $ 4.200, y cuyo texto fue incorporado en la sentencia del Tribunal, atrás transcrita.

De las dos cuentas en referencia, la última, que corresponde a los $ 4.200, no fue presentada para el cobro y tramitación, aunque sí sufrió la previa aprobación del Interventor como fluye del oficio número 349 dirigido por el Secretario de Hacienda del Departamento al señor Procurador de la misma entidad, y que consta en el folio 3 del cuaderno número 3, con el valor probatorio que conlleva, en armonía con el artículo 632 del C. Judicial.

Estos son, a grandes rasgos, los antecedentes que sirven de fundamento a los hechos que se

vienen contemplando, pero la contención se ha situado, predominantemente, en lo atinente a los intereses que implican las cuentas presentadas por el Contratista doctor Aparicio.

En el memorándum enviado a la Procuraduría por el apoderado del Departamento doctor López Posada, y que esta entidad transcribe al folio 11 y sigts. del cuaderno ante la Corte, se afirma haberse interpuesto el recurso de apelación, respecto al ordinal 3º de la parte resolutiva, por cuanto en ese numeral "se condena al Departamento al reconocimiento y pago de intereses sobre sumas relacionadas en tal ordinal, así: sobre ocho mil trescientos pesos ($ 8.300) moneda colombiana corriente, al siete por ciento (7%) anual desde el 27 de julio de 1938 hasta el 25 de febrero de 1939 y desde el 26 de abril de 1939 en adelante hasta que se verifique el pago o extinción de la deuda; y sobre cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200) moneda corriente, al siete por ciento (7%) anual, a contar del día 26 de abril de 1939, hasta cuando el pago o extinción de la deuda se lleve a efecto".

Se razona así en el aludido escrito, bajo el epígrafe de **"Intereses de Mora"**:

"El Tribunal Superior de Bogotá al ordenar pago de intereses sobre las dos cuentas formuladas por el Contratista y demandante doctor Aparicio, tiene como base, para una y otra, la fecha de la notificación del traslado de la demanda, 26 de abril de 1939, estimando que "la demanda judicial es uno de los medios legales para constituir en mora al deudor que falta al cumplimiento de su obligación exigible, cierta y líquida"; y para la del valor de $ 8.309, además, el tiempo transcurrido del 27 de julio de 1938 al 25 de febrero de 1939, o sea desde el día que la presentó para su pago hasta el día en que voluntariamente la retiró.

"Pero para ello olvidó el Tribunal la estipulación de la cláusula vigésima del contrato, que dice textualmente:

"Es entendido que las obligaciones que el Departamento contrae quedan subordinadas a lo establecido en el artículo 32 de la Ordenanza 36 de 1935, respecto del certificado de reserva que debe expedir la Contraloría del Departamento sobre apropiación de fondos para atender a su cumplimiento; y que las entregas de las sumas de dinero por concepto de dichos compromisos quedan sometidas a las apropiaciones que de tales sumas se hagan en el presupuesto de la respectiva vigencia, según lo dispone el artículo 34 de la citada Ordenanza y el artículo 12 de la Ordenanza 29 de 1929".

"Aparte de las explicaciones amplísimas que sobre este particular se encuentran en las contestaciones dadas a la demanda por el Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá y el apoderado especial del Departamento demandado, así como el alegato de éste último, que reproduzco en todas sus partes, pidiendo al señor Magistrado se tenga en cuenta sus tesis y argumentaciones, explicaciones que demuestran plenamente la falta absoluta de culpa por parte del Departamento para el no pago de las referidas cuentas, no presentada una siquiera para su cobro y retirada la otra cuando se adelantaba la correspondiente actuación administrativa, indispensable para el efecto, como que se trata de una entidad de derecho público, sujeta al cumplimiento de formalidades de carácter fiscal y administrativo para erogar fondos del Tesoro Público, la cláusula transcrita demuestra que no se trata de una obligación exigible, cierta y líquida, por lo menos hasta tanto no esté demostrado su cumplimiento en todas y cada una de sus partes y así no puede tenerse la simple notificación del traslado de la demanda como medio legal que constituyó en mora de pago al Departamento de Cundinamarca.

"Ante el Tribunal Superior de Bogotá intentó el doctor Aparicio J. el cobro ejecutivo de dichas sumas, y aún llegó a proponer embargo preventivo. Fracasado en su acción por estas mismas razones, auto de 14 de junio de 1939, suscrito por los Magistrados Gualberto Rodríguez Peña, Luis C. Vásquez y Daniel Anzola.

"El Departamento de Cundinamarca ha manifestado estar listo al pago del valor de tales cuentas, deducción hecha de la suma a cargo del demandante por el pago hecho por aquél de gastos a cargo de éste, lo que reconoce el Tribunal y lo ordena de conformidad, y culpa suya no lo es la renuencia del doctor Aparicio J. para la presentación de sus cuentas y la expedición de las respectivas órdenes de pago, cumplida la tramitación administrativa de cumplimiento obligatorio, como ya se dijo.

'Si la Corte no acepta estas razones, al menos debe, en tal caso modificarse la sentencia, condenando igualmente al demandante, al pago de intereses por la cantidad que salga a deber al Departamento, según lo dicho, desde que éste hizo pago de obligación a su nombre y por su cuenta".

El fallo del Tribunal concretó en los siguientes términos lo relacionado con este problema:

"Se discute únicamente lo relacionado con los intereses que deba pagar el Departamento sobre las cantidades correspondientes, con base en los hechos que analizó detenidamente la Sala en las providencias citadas de veinte de febrero y diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta, a saber:

"a) Que la cuenta por $ 8.300 quedó perfeccionada el veintiseis de julio de 1938 con la firma del Interventor; que fue presentada a la Secretaría de Hacienda para el giro de la orden de pago correspondiente; que luego fue retirada de dicha oficina por el interesado doctor Aparicio, antes de que el Departamento le girara la orden de pago y sin dejar en esta dependencia ni siquiera un duplicado que sirviera de base al trámite administrativo de la cuenta, retiro que ocurrió el veinticinco (25) de febrero de 1939, según los documentos que forman los folios 86 y 87 del cuaderno número 1;

"b) Que la cuenta por valor de $ 4.200 aparece visada por el Interventor desde el veintiseis de agosto de mil novecientos treinta y ocho, pero no hay constancia de que el interesado doctor Aparicio la presentara siquiera a las oficinas de la Gobernación, en vía de obtener la orden de pago correspondiente".

Y más adelante, después de exponer los motivos que alega el actor como justificativos del retiro de las cuentas de la Secretaría de Hacienda, prosigue el fallo del Tribunal:

"Con todo, la Sala insiste en su punto de vista relativo a la imposibilidad en que el retiro y no presentación de las cuentas colocó al Departamento para pagárselas oportunamente al Contratista, cualquiera que haya sido el motivo de ese retiro, hechos que justifican el fenómeno jurídico llamado purgación de la mora, al menos hasta la fecha en que el Departamento fue notificado de la demanda con que se inició este pleito, porque sabido se tiene que la demanda judicial es uno de los medios legales para constituír en mora al deudor que falta al cumplimiento de su obligación exigible, cierta y líquida".

Alude luego el fallo del Tribunal a una excepción perentoria que declara probada de conformidad con el artículo 343 del C. J. Finalmente sintetiza así las motivaciones respectivas:

"1º El Departamento adeuda al Contratista la suma de **ocho mil trescientos pesos** ($ 8.300) moneda colombiana corriente, valor de la cuenta perfeccionada que se presentó para su cobro a la Secretaría de Hacienda, y que luego retiró de allí antes del pago, junto con los intereses legales de esa suma, fijados en el contrato a la rata del siete por ciento (7%) anual, así: desde el veintisiete (27) de julio de 1938 hasta el veinticinco (25) de febrero de 1939; y desde el veintiseis (26) de abril de 1939 (fecha de notificación de la demanda), hasta cuando se verifique el pago o extinción de la deuda.

"2º El Departamento debe al Contratista la cantidad de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200) moneda colombiana corriente, por valor de la obra, cuenta visada por el Interventor de la carretera, cuenta que el Contratista no presentó para su cobro a la Gobernación, según las constancias de autos, junto con los intereses legales de esta suma a contar del día veintiseis (26) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939), en adelante, hasta cuando el pago o extinción de la deuda se lleve a efecto". (Fs. 278, 278 v., cuaderno número 1).

El apoderado del Contratista, después de determinar que el retiro de las cuentas por parte de su mandante fue hecho con un lapso de más de seis meses entre el expresado retiro y la fecha en que fueron formuladas, concluye afirmando la culpabilidad del Departamento e impetrando no sólo el valor de tales cuentas que "es de $ 8.300, sino también sus intereses desde la fecha, hasta el día en que se verifique el pago, a la rata fijada en el contrato que fue del 7 % anual" (fs. 66 y sigts. del cuaderno ante la Corte). La misma tesis expone con respecto a las demás cuentas, para las que indica, como fecha desde la cual deben correr los intereses, el 26 de agosto de 1938, en que sufrieron la visación correspondiente, y de no, desde la fecha en que se notificó la demanda al Departamento, hasta que el pago se efectúe (fs. 69 v. id.).

De conformidad con los preceptos positivos imperantes existen tres clases de intereses: el legal, el corriente y el convencional, los que toman la modalidad de moratorios, compensatorios o usurarios, según la causa que los origina o la medida en que son cobrados.

En tratándose de cantidades de dinero, nuestra ley consagra únicamente los moratorios, con lo que establece una excepción a los principios generales sobre ejecución de los contratos.

En sentencia de casación de fecha 18 de mayo de 1938, dijo la Corte, resumiendo admirablemente el pensamiento dominante sobre este particular:

"El código al tratar de la obligación de pagar una cantidad de dinero consagró un estatuto peculiar y excepcional contenido en el artículo 1617, cuyas características jurídicas especiales para tal régimen podrían sintetizarse así: a) Cuando es procedente la indemnización en dinero, asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria; b) La ley no impone la necesidad de probar la existencia de perjuicios, que se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; c) Es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables demanda ni requerimiento".

Con estos antecedentes, incumbe, principalmente, para el caso **sub judice,** determinar la época en que deben comenzar a correr los intereses pactados en el contrato, cuya rata asciende al 7 % anual, de conformidad con la cláusula once de la estipulación.

Al efecto, pueden contemplarse la fecha del perfeccionamiento de las cuentas, la del retiro de ellas y la de la presentación de la demanda.

Primeramente, no debe perderse de vista la circunstancia de que el contrato ajustado con la Administración se encuentra revestido de características peculiares que determinan una situación jurídica diferente entre los contratantes. Las prerrogativas y preeminencias de que disfruta la entidad de derecho público, tienen su lógica explicación en la modalidad que caracteriza sus actos, los que deben estar encaminados al bienestar y la seguridad colectivos.

Muchos expositores sostienen la igualdad de los contratos administrativos con los civiles, afirmando que la contratación que se opera obedece a un acto como persona de derecho privado por parte de la administración, y que cuando actúa como persona o entidad de derecho público, sólo cumple un simple ejercicio del poder.

Pero la manera como se ajusta el contrato, con privilegios, para la administración, sometiendo la otra parte a requisitos de forma y solemnidades especiales; la finalidad que guía esta clase de negociaciones, cual es la ejecución de una obra de servicio público, hasta el punto de que la concepción del contrato administrativo gravita en torno al interés general, implican una distinción notoria entre una y otra contratación, sin abandonar, es obvio, los principios de justicia y equidad que configuran toda clase de estipulaciones.

Los contratos administrativos revisten una doble modalidad, según se concluyan previa autorización del Parlamento o se efectúen sin mediar esa autorización o apartándose de ella, sujetos entonces a la aprobación o improbación del Congreso. Por lo que respecta a los Departamentos o Municipios, median también autorizaciones de sus cuerpos colegiados.

Como etapa previa de la negociación, existe, por lo general, la licitación, pues sólo en contratos de reducida cuantía o de carácter especial, se omite este requisito.

La almoneda o licitación puede ser pública o privada. La primera es la más comúnmente aceptada por las garantías que brinda a la negociación, toda vez que el número de oferentes es más copioso. La licitación privada, denominada también concurso, se rige por finalidades distintas, pues se tiene presente la calidad de la persona con quien se contrata, los medios que posee, la mercancía que tiene, y un cúmulo de condiciones más. Viene a ser un término medio entre la contratación directa y la subasta pública.

Estas mismas características dominan en la negociación que generó la controversia que se dilucida.

Por este motivo el Departamento sometió a una tramitación especial las cuentas que formulara el Contratista por el trabajo que fuera desarrollando.

Por la cláusula quinta del contrato, la entrega de trayectos no menores de un kilómetro, quedaba condicionada al juicio que emitiera el Interventor sobre que dicho trayecto reuniera las condiciones estipuladas. Por la cláusula décima de la misma negociación, el juicio del Interventor podría determinar la suspensión de las entregas parciales de fondos, conforme a las previsiones allí contempladas.

Las cuentas en estudio ascienden a la suma de $ 12.500, integrada por una de $ 8.300, y otra de $ 4.200.

La cuenta de $ 8.300 corresponde a la primera y segunda mensualidades de la vigencia 1938-1939 del contrato y fue formulada con fecha **veintisiete de julio de 1938.** Ostenta también las firmas del Interventor de la obra, doctor E. Araújo Cuéllar, y del Secretario de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, doctor J. González Trujillo.

Conforme a las incidencias que atrás se señalaron, la susodicha cuenta fue retirada con fecha **25 de febrero de 1939,** según aparece del recibo visible al folio I del cuaderno número 3. Posteriormente, sobrevino la demanda que encabezó este pleito y que tiene por fecha el **14 de marzo**

de 1939, la cual fue notificada al señor Gobernador del Departamento con fecha **26 de abril de** 1939, según aparece visible al folio 28 del cuaderno primero.

El Tribunal señala para esta cuenta como fechas desde las cuales deben correr los intereses a la rata estipulada, o sea el siete por ciento (7%) anual, las siguientes: desde el 27 de julio de 1938 hasta el 25 de febrero de 1939, y desde el 26 de abril de 1939 hasta que el pago se realice.

La Sala considera:

El perfeccionamiento de la cuenta, surtida toda la tramitación que le precede, le da el carácter de exigible y su no solución desde esa fecha implica mora por parte del Departamento. Resulta, pues, ajustada a derecho la sentencia en cuanto anota la expresada fecha como punto de partida de los intereses moratorios.

Por lo que respecta a la otra época contemplada por el Tribunal, se observa lo siguiente:

Los principios consignados en el artículo 1608 del Código Civil en torno a la mora, sufren notoria excepción en tratándose de cantidades de dinero. Por eso rige el artículo 1617 del mismo estatuto, que da caracteres especialísimos a los perjuicios provenientes de esa deuda, y rompe ese precepto, como lo anotó la Corte en la sentencia que se transcribió antes, la armonía existente en el título sobre el efecto de las obligaciones.

La condena a intereses requiere una cantidad líquida. La misma ley actúa una vez que la mora existe, pues se rechaza toda indemnización compensatoria, ya que ésta supone la conversión de la obligación inicial en la de satisfacer en dinero, lo cual supondría que aquélla no tuviese por contenido el numerario.

En sentencia de que fue Magistrado ponente el doctor Miguel Moreno Jaramillo, la Sala de Casación Civil de la Corte dijo:

"No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios. Basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse. La ley los presume suponiendo que todo capital en dinero gana intereses y que el acreedor no lo recibiera oportunamente, lo ha privado de inversiones lucrativas. Tampoco el deudor es oído si pretende probar que su mora no ha perjudicado a su acreedor o le ha traído beneficio. Esta derogación del derecho común se explica por la dificultad de avaluar el daño imputable a la tardanza. ¿Cómo había empleado su dinero el acreedor si lo hubiese recibido oportunamente? ¿Cuáles habrían sido los productos del nuevo empleo? Imposible saberlo con exactitud. Por eso los intereses se deben sin tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante. Basta la mora. **Tampoco se exigen demanda ni requerimiento".** (Casación, septiembre 24 de 1937).

La única etapa que gobierna la condena a intereses en la cuenta que se estudia, es la de su perfeccionamiento, y como tal obra la fecha del 27 de julio de 1938. Su retiro no debería producir alteración, pues de lo contrario implicaría perturbar la exigibilidad que aquélla conlleva.

Para el Tribunal, el retiro y no presentación de las cuentas colocó al Departamento en imposibilidad de efectuar el pago, "hechos que justifican —según él— el fenómeno jurídico llamado purgación de la mora, al menos hasta la fecha en que el Departamento fue notificado de la demanda con que se inició este pleito, porque sabido se tiene que la demanda judicial es uno de los medios legales para constituír en mora al deudor que falta al cumplimiento de su obligación exigible, cierta y líquida".

Efectivamente, la mora se purga si el acreedor, una vez hecha la oferta por el deudor, se niega a recibir, y esto no ha ocurrido en el caso que se ventila. Podría decirse que igual fenómeno se verifica cuando el deudor queda colocado en imposibilidad de pagar por fuerza mayor o caso fortuito.

El retiro de la cuenta no parece encajar en las circunstancias que se dejan descritas.

Sin embargo, aquí se presenta un particularismo que va a analizarse:

En el incidente de objeciones al dictamen pericial, el Tribunal decidió que era fundada "la objeción de 'error grave', propuesta por el señor apoderado del Departamento demandado en este juicio, contra la estimación de intereses moratorios de las cuentas por valor de ocho mil trescientos pesos ($ 8.300) y cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200), hecha por los peritos con relación al tiempo subsiguiente a su retiro de las oficinas departamentales. En consecuencia, sólo deben computarse los intereses moratorios que a ellas corresponden, desde su perfeccionamiento hasta la fecha de su retiro, según las constancias de autos".

Esta providencia fue apelada, pero posteriormente, el apoderado del doctor Aparicio desistió del recurso y pidió fuera declarada en firme, como lo hizo el Tribunal en auto de 1º de abril de 1940.

Dada esta circunstancia, el asentimiento que ello implica determina a la Sala a acatar tal decisión, por lo cual no ahonda el problema de la purgación de la mora, para confirmar lo resuelto por el **a quo.**

La cuenta de $ 4.200 tiene por fecha el 26 de agosto de 1938, y alcanzó apenas a recibir el visto bueno del Interventor de la carretera, doctor Araújo Cuéllar. Corresponde al valor de "la segunda mensualidad y parte del valor de la tercera mensualidad de la vigencia 1938-1939, del contrato celebrado entre el Departamento de Cundinamarca" y el doctor Aparicio.

El Tribunal, en el fallo que se revisa, anotó como punto de partida para el pago de los intereses, con imputación al valor total de los trabajos, la fecha de la notificación de la demanda, es decir el 26 de abril de 1939.

Son estas la conclusiones del **a quo:**

"b) Cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200) moneda corriente y sus intereses a la rata del siete (7%), a contar del día veintiseis (26) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939) en adelante, hasta cuando el pago o extinción de la deuda se lleve a efecto".

La cuenta en estudio tuvo un principio de perfeccionamiento, toda vez que la etapa inicial —la aprobación que debía impartir el Interventor de la obra en la forma prevenida en las cláusulas décima y décimasexta del contrato— fue satisfecha.

La visación que debía recibir posteriormente del Secretario de Obras Públicas era de carácter más secundario, pues a quien incumbía un control completo de los trabajos, para ver si se ajustaban a las prescripciones que la técnica aconsejaba, era al Interventor. De ahí que la Sala acepta, sobre este particular, las consideraciones de la sentencia, y reproduce, una vez más, los siguientes apartes del fallo de aquella entidad:

"Por consiguiente, si el Contratista ha probado con las propias cuentas visadas por el Interventor el cumplimiento de sus compromisos durante el período que ellas comprenden, es lógico y legal deducir que el Departamento está en mora de pagarlas desde su perfeccionamiento..."

'En otras palabras: entiende la Sala de Decisión que la verdadera **causa** de los intereses moratorios es la ejecución contractual por parte del Contratista de sus compromisos, durante el período que abarcan las cuentas aprobadas por el Interventor, y el retardo culpable del Departamento en cubrirlas, conforme al contrato...

"Se tuvo en cuenta, además, en esa providencia, que el Contratista presentó las cuentas en las oficinas del Departamento para su pago, pero luego, como se demorara tal pago, las retiró antes de que se le cubriera el valor correspondiente".

Y más adelante se expresa de este modo:

"Conforme a la cláusula décima del contrato, en relación con la cláusula décimasexta, el Interventor de la carretera tenía las funciones de verificar si la obra realizada por el Contratista correspondía a los dineros recibidos por éste, y, en general, la de supervigilar el cumplimiento del contrato. **Por consiguiente, al aprobar con su firma las anteriores cuentas, el Interventor testifica que el Contratista cumplió sus compromisos durante el período a que se refieren,** o sea, en las dos primeras mensualidades y parte de la tercera mensualidad de la vigencia 1938-1939". (Subraya la Sala; fls. 275 v., c. principal).

Dentro del análisis que hace la sentencia del Tribunal de los hechos de que se está hablando, alúdese a una excepción perentoria alegada por el apoderado del Departamento y se estima probada.

Razona así el **a quo:**

"Aquí cabe considerar, con la facultad que al juzgador otorga el artículo 343 del C. J., la excepción perentoria que el señor apoderado del Departamento alega en su escrito de conclusión, diciendo:

"El valor de la estructura metálica de 'Puente Elisio' deberá en todo caso descontarse o deducirse de la acreencia a favor del Contratista doctor Aparicio.

"Sobre el particular se observa que según las estipulaciones octava y décima del contrato, el Departamento se obligó a pedir dos estructuras metálicas para puentes, una vez quedara perfeccionado el contrato, haciendo las reservas de dinero correspondientes para efectuar el pago. El valor de esas estructuras debía deducirse de la cantidad de noventa y un mil ochocientos cincuenta pesos ($ 91.850) a que el Contratista tenía derecho como precio total del contrato, en la proporción a prorrateo que previó la cláusula décima del convenio de construcción. Ello estaba de acuerdo con el sentido general de la estipulación **octava** que disponía que el suministro de todos los materiales de construcción corría a cargo del Contratista. En carta de veintidós (22) de marzo de mil novecientos treinta y siete (1937), el Contratista doctor Aparicio J. ratifica esta interpre-

tación contractual, diciendo al doctor Joaquín Emilio Cardoso, Director Técnico de la Secretaría de Obras Públicas:

"Según las estipulacionse del pliego de cargos del mencionado contrato el Departamento pedirá **a mi costa** (se llama la atención) las estructuras metálicas para los puentes de 'Elisio' y 'El Playón', obras comprendidas dentro de mi contrato". (Fs. 80 del cuad. número 1)". (Parte del fallo a fls. 227 del cuad. primero).

Luego prosigue el Tribunal analizando el monto a que asciende todo lo concerniente a la estructura y deduce la cantidad de siete mil ciento cinco pesos con ocho centavos ($ 7.105.08), de los documentos obrantes a los folios 64, 67, 68, 75, 76, 77, 78, 79, del cuaderno principal, que constatan lo referente al transporte, derechos de aduana, y conducción dentro del país, y del documento visible al folio 3 del cuaderno número 3, sobre la orden de pago y letra girada a favor de la United Steel Products Company por parte del Departamento.

Concluye así lo concerniente a este punto:

"En conclusión el Contratista demandante adeuda al Departamento demandado la cuota proporcional que corresponde a la obra que le fue pagada, en relación con el precio total del contrato que fue de $ 91.850 moneda corriente, y de acuerdo con el prorrateo que prevé la cláusula décima del misco convenio.

"Igualmente resulta probado en autos que en definitiva se convino entre el Contratista y el Departamento el pedido de otro puente metálico de doce metros de luz, con destino al río Sueva, sitio denominado 'Puente Elisio'. El pedido se hizo por conducto del mismo señor Toro a la mencionada casa americana, bajo el número 52 de fecha 9 de mayo de 1938, por un precio de mil trescientos ochenta y seis dólares (U. S. $ 1.386). El cargamento llegó a Puerto Colombia el 9 de julio de 1938 y fue reexpedido de Barranquilla a Puerto Salgar por vapor 'Amazonas' en su viaje número 32, y fue recibido en la carretera por el ingeniero doctor Francisco Rodríguez en un todo de acuerdo con la factura de la casa exportadora (c. número 3). El pedido fue ordenado de acuerdo con el Contratista (carta fs. 81, c. 1). No hay datos en el proceso acerca del precio del transporte desde Puerto Colombia a Bogotá. Tampoco se acreditó el pago del valor indicado de la estructura por el Departamento, pero como a dicha entidad corresponde en todo caso hacerlo a la casa exportadora, si ya no lo hizo, es fundado decir que se descuente también el precio proporcional de la estructura de 'Puente Elisio', del monto del crédito que el Contratista tiene contra el Departamento conforme a la estipulación **décima** del contrato y al hecho de haber percibido el Contratista del Departamento la mayor parte del precio de construcción de la obra". (Fs. 278, cuaderno primero).

Sintetiza así su motivación el Tribunal:

"El Contratista debe al Departamento de la suma líquida de siete mil ciento cinco pesos con ocho centavos ($ 7.105.08) moneda colombiana corriente, valor del precio de compra y transporte del puente para el río Guavio, la cuota proporcional arriba indicada.

"El Contratista debe al Departamento del precio de compra y transporte del puente denominado 'Elisio', sobre el río Sueva, cuyo precio fue convenido con la casa exportadora en la suma de un mil trescientos ochenta y seis dólares (U. S. $ 1.386) la misma cuota proporcional a la parte del precio del contrato que recibió.

"El tipo de cambio que regirá su conversión a moneda colombiana corriente, habrá de fijarse al tiempo de ejecutar el presente fallo, teniendo en cuenta el vigente al tiempo en que el Departamento haya hecho el pago o deba hacerlo". (Fs. 278 v. ibídem).

Por último en la parte resolutiva de la sentencia, bajo el numeral cuatro, se condena al doctor Aparicio a reintegrar al Departamento de Cundinamarca "la cuota proporcional del precio de compra y transporte pagados por el Departamento, de las estructuras metálicas para los puentes denominados 'Elisio Medina' y 'El Guavio'. La determinación de esta cuota se hará en la ejecución del presente fallo, sobre las bases dadas en la parte motiva y con arreglo al artículo 553 del C. J."

El apoderado del Departamento, doctor Jorge López Posada, en el memorándum que autoriza la firma del señor Procurador Delegado en lo Civil (fs. 11 y sigts., cuaderno ante la Corte), se manifiesta conforme con lo resuelto por el Tribunal en cuanto a las cantidades deducidas a favor del Departamento, pero solicita que se modifique en el sentido de condenar, igualmente, al demandante doctor Aparicio, "al pago de los intereses por la cantidad que salga a deber al Departamento, según lo dicho, desde que éste hizo pago de obligación a su nombre y por su cuenta".

Por su parte, el doctor Ernesto Aparicio, mandatario general del Contratista, en el "resumen

de las alegaciones orales", hace la siguiente glosa al respecto:

'Por una parte no he podido entender por qué el Tribunal Superior de Bogotá, no habiéndole solicitado el Departamento sino la devolución del precio de Puente Elisio, ordenó en la sentencia que el Contratista le devolviera el precio de las dos estructuras metálicas, la pedida por el Departamento o sea la citada de Puente Elisio, y la del Puente Guavio; y para ordenar esa devolución, ideó una cuota proporcional entre el valor total del contrato y la suma fijada como obra ejecutada por el Contratista, según un inventario completo que obra en el expediente y que sirvió de base para discutir las condiciones de liquidación del contrato, propuesta por el Departamento de Cundinamarca", y por otra "no encuentro justo que la sentencia haya tomado como base para fijar las prestaciones de las partes, el inventario a que hemos hecho referencia, desde luego que la liquidación proyectada no pudo llevarse a cabo, y por tanto el contrato celebrado entre las partes, quedó intacto, no obstante el proyecto de liquidación que estuvo discutiéndose". (Fs. 70, cuaderno ante la Corte).

En desarrollo de los dos puntos que anota, describe primeramente la naturaleza del contrato ajustado entre el Departamento de Cundinamarca y el doctor Aparicio J., y lo cataloga dentro del capítulo 8, Título 26 del Libro 4 del C. C. que trata "de los contratos para la confección de una obra material", en cuya virtud "unas veces participa de las características del contrato de **compraventa,** otras de las del contrato de **arrendamiento,** y las más de las veces de las características del contrato de **mandato**". (Fs. 70 v., cuaderno ante la Corte).

Analiza, entonces, el contrato a la luz del artículo 1976 del C. C. (sic) —debe de referirse al 1973 ibídem— y concluye que entraña una recíproca obligación entre las partes, de las cuales la una se obliga a ejecutar una obra (su mandante) y la otra (el Departamento) a pagar un precio determinado, y como tal era la entidad departamental a quien incumbía cubrir todos los gastos que demandara la ejecución del contrato.

Afirma, más adelante, que el contrato sólo en presencia de la naturaleza del contrato —confección de una obra material— sino también en virtud de las cláusulas que lo configuran, correspondía al Departamento atender el pago de las estructuras. Si es verdad, prosigue, que por la cláusula **octava** se dijo que "correspondía al Contratista el suministro de los materiales de construcción y el pago de todos los demás pagos de la obra", en la misma cláusula se estableció una excepción consistente en que en cuanto se refería a las estructuras metálicas para los puentes que debían instalarse en la carretera, su suministro correspondía hacerlo al **Departamento.** (Fs. 71 ibídem). Que por eso mismo la cláusula advirtió "cómo debía hacerse el pago y dijo que **"para cuyo** —el Departamento— **hará las reservas de dinero correspondientes"**.

En segundo término, para explicar por qué no encuentra justo que la sentencia haya tomado como base para fijar las prestaciones de las partes el inventario que ellas hicieron, manifiesta que esa liquidación no fue ley para las partes, y que si bien es cierto que ellas fijaron, en un acta previa, las bases para avaluar el trabajo realizado por el Contratista, el desacuerdo surgido posteriormente, que motivó, justamente, la resolución administrativa de caducidad, no tuvo diferente origen a que "el Contratista consideraba que ese monto era mayor, tal como aparece en la minuta que redactó su abogado el doctor Aguilera Camacho" y que el Departamento consideró inaceptable.

Finalmente agrega:

"Pero podrá decirse que una cosa es la liquidación del contrato y otra su resolución, porque la primera fija el resultado final de las obligaciones a cargo de las partes, en nuestro caso la obligación final del Departamento de pagar al Contratista esta o aquella suma, este o aquel saldo, viene luego la resolución unilateral de caducidad a establecer nuevas prestaciones a cargo de una de las partes, como fue la de pagar la suma de $ 5.000 de multa, que la resolución de caducidad dedujo a cargo del Contratista.

"Porque una de dos, o la liquidación fue ley del contrato, y entonces ella debe tenerse en cuenta para fijar las pretensiones a cargo de las partes como consecuencia de esa liquidación, y entonces la resolución de caducidad es por demás arbitraria por ilegal y violatoria del pacto de liquidación; o ella no fue ley del contrato, desde luego que ni el Departamento ni el Contratista la aceptaron en todas sus partes, como se advierte en los considerandos de la resolución de caducidad y en la inconformidad manifestada por el Contratista, desde luego que hizo nuevas exigencias al Departamento, y entonces no puede tenerse en cuenta para fijar la responsabilidad de las partes, ni sus mutuas prestaciones en este jui-

cio, tal como nosotros lo hemos sostenido y esperamos habrá de aceptarlo la honorable Corte, al dictar su fallo en esta segunda instancia". (Fs. 73 v., 74 ibídem).

Se considera:

Uno de los medios de defensa a que puede acudir el demandado consiste en hechos exceptivos que van encaminados a extinguir la pretensión del demandante, o bien a hacerla ineficaz o inexigible por lo menos como la pretensión se haya presentado en el juicio.

Desde este punto de vista las excepciones perentorias podrían considerarse dirigidas al fondo, aunque algunas de ellas podrían también denominarse excepciones perentorias de forma, en atención a que su ineficacia hace baldío el juicio. Tal ocurre, por ejemplo, con la de petición de modo indebido, que mata, por decirlo así, el juicio, dejando vivo el derecho para un proceso adecuado.

Las excepciones perentorias deben deducirse oficiosamente, cuando aparecen claramente comprobadas en la litis, con excepción de la de prescripción, de conformidad con el artículo 343 del C. Judicial.

La Sala de Casación Civil ha creído también que la de compensación, de acuerdo con el artículo 1719 del C. C., debe proponerse o alegarse.

En el caso que se estudia, el Tribunal afirma que existe una excepción perentoria que no denomina, pero que parece concretar en la de compensación, puesto que se ordena deducir, del monto de la suma reclamada, un derecho del Departamento, que éste ha podido hacer efectivo por medio de una contrademanda.

Aunque la reconvención y la compensación, por sus finalidades, tienen sus puntos de contacto, con todo no deben confundirse. La segunda requiere, al tenor del artículo 1715 del C. C., entre otras condiciones, la de que ambas sean líquidas. Y esta particularidad no la tiene la deuda que se trata de deducir a favor del Departamento.

Por otra parte no es legal afirmar la existencia de una excepción en abstracto, puesto que en el evento actual, el mismo Tribunal ha enviado al demandado a un incidente de liquidación, propio para la compensación de una deuda que se opone como excepción. Es que para declararse probada una excepción sólo se atiende a la calidad compensable de la deuda; pero nada se dice sobre la legitimidad del derecho, que podría solicitarse en una demanda de reconvención.

En estas circunstancias habrá de reformarse el fallo en el sentido indicado, dejándole al Departamento a salvo el derecho que crea tener para que lo haga valer en debida forma.

Hechos octavo y noveno

En los hechos octavo y noveno de la demanda se agrupa todo lo relacionado con la obligación que el Departamento contrajo con respecto a las zonas necesarias para la construcción, y que fue objeto de la cláusula **décimatercera** de la estipulación.

Dicha cláusula dice así:

"El Departamento se compromete a entregar por su cuenta las zonas necesarias para la construcción, y a construír las cercas correspondientes".

Los reparos que el demandante enfila para justificar el incumplimiento o quebranto que de la transcrita convención alega, son del tenor siguiente:

"**Octavo.**—Según lo pactado en la cláusula trece del contrato tantas veces citado, el Departamento de Cundinamarca se obligó a 'entregar por su cuenta las zonas necesarias para la construcción...' La entrega de esas zonas, como es natural y lógico, debía hacerse con la debida anticipación, para lo cual debía habérselas negociado o expropiado de la misma manera. El Departamento no cumplió con esa obligación y los propietarios de las zonas, en muchos casos, se opusieron a la ejecución de los trabajos, mientras el Departamento no las negociara y pagara el valor de las zonas y hubo necesidad de suspender los trabajos en algunos sectores. El Contratista para que no se paralizara el trabajo en general, se vio obligado a comprar por su cuenta zonas pagándolas y cuando el Departamento pagaba dichas zonas, los propietarios le reembolsaban su dinero; aún conserva en su poder la propiedad de algunas zonas que se vio obligado como se dijo a comprar. El Departamento causó enormes perjuicios al peticionario con su falta de cumplimiento de la obligación citada'. (Fs. 25, c. número 1).

En el hecho noveno, íntimamente vinculado al anterior, se expresa así el libelista:

"**Noveno**—Con el incumplimiento por parte del Departamento a entregar las zonas a su debido tiempo, algunos propietarios se opusieron colectivamente a la continuación de los trabajos y el peticionario tuvo que suspender los trabajos en ocasiones. Esta falta de cumplimiento se debió, según confesión escrita de funcionarios del Departamento, al hecho de haber dispuesto en otras

cosas de las partidas apropiadas al efecto y ocasionó que no se entregaran las zonas sino en parte, colocando al peticionario en la imposibilidad física y absoluta de entregar la obra en el plazo estipulado en el contrato". (Fs. 25 ibídem).

El Fiscal 2º del Tribunal Superior, primeramente (fs. 32, 33, c. número 1) y luego el Procurador del Departamento (fs. 177, 178 ibídem), negaron las aseveraciones contenidas en los hechos que se acaban de transcribir, afirmando que las zonas comprendidas en el primer sector de la carretera hasta el puente "Elisio" fueron entregadas al Contratista en mayo de 1937, y otorgadas en el mismo mes las escrituras de compra correspondientes. En lo relativo al segundo sector de Puente Elisio-Gachetá, también fue objeto de entrega al Contratista la mayor parte de las zonas, en noviembre y diciembre del mismo año.

En cuanto a la adquisición que el Contratista tuvo que hacer directamente, de las expresadas zonas, se expresan así los representantes del Departamento, en la parte final de la contestación al hecho octavo de la demanda:

"A instancias del Contratista el Departamento accedió a aceptar una variante por él propuesta a condición de que las zonas comprendidas en esa variante fueran de su cargo, ya que el Departamento no podía estar comprando dobles zonas en un mismo sector, condición que aceptó el Contratista. El Ingeniero - ayudante de la zona, doctor Federico Rodríguez, celebró la negociación de tales zonas y la escritura se hizo directamente al contratista en virtud del arreglo dicho, pero no por incumplimiento del Departamento en la entrega de las zonas que debía entregar conforme al contrato".

El hecho noveno fue contestado así:

"No es cierto. Los propietarios de zonas presentaron al Departamento dificultades para su negociación, pero el Departamento, a pesar de estas dificultades, no permitió nunca que por falta de entrega de zonas se interrumpiera la marcha de los trabajos; por el contrario, el Contratista recibió muchas zonas y las dejó en abandono sin adelantar en ellas ningún trabajo".

En uso del traslado para alegar de conclusión durante la primera instancia (auto de 22 de abril de 1940, fs. 188, c. número 1), el apoderado del Contratista doctor Aparicio, hizo las siguientes consideraciones:

"Con fecha 25 de noviembre de 1937, el Ingeniero delegado doctor Rodríguez, comunica al Contratista que la víspera había entregado unas promesas de venta de zonas (fl. 6, c. número 2); con fecha 28 del mismo mes, el mismo delegado, avisa al Contratista que el señor Milcíades Cortés no permite la construcción y manifiesta: "Creo que la única solución posible será arreglar de una vez todas las zonas..." (Fl. 4, c. número 1). El 13 de febrero de 1938 el mismo delegado, comunicaba: "Dejé arreglado con el abogado y cajero el día en que bajarán ellos a firmar escrituras. Yo mientras tanto procuraré contratar nuevas zonas y adelantaré la elaboración de las escrituras con el Notario. Siempre fue que hablé con el Gobernador. Le alcancé a decir que usted va sufriendo perjuicios por la ausencia constante del Interventor" (fl. 5, c. número 2). Lo dicho por el señor delegado aparece corroborado con las comunicaciones de los propietarios de los terrenos que figuran a los fls. 10, 15 del mismo cuaderno; el día primero de julio de 1937 el señor Secretario de Obras Públicas comunicaba al Contratista que ya están en poder del Departamento todas las zonas entre el Salítrico y Puente Elisio (fls. 109, c. número 1), pero hasta el día 26 de febrero no fue dueño el Departamento de esas zonas como consta en el telegrama de esa misma fecha puesto por el delegado del Departamento (fls. 112, c. número 1).

"Con fecha 28 de abril de 1938 el Interventor comunica que ya pueden emprender trabajos en nuevas zonas adquiridas, allí enumeradas, pero en las cuales hay varias soluciones de continuidad (fls. 114, c. número 1). Con fecha 28 de mayo el Contratista asegura que no podrá dar cumplimiento a la entrega de los trabajos en la fecha fijada, por la falta de entrega de las zonas (1938). Esto motivó la diligencia que puso el señor Interventor, como lo manifiesta en comunicación dirigida al señor Secretario de Obras Públicas en oficio del mismo día. Se hace constar que estas entregas tuvieron lugar diez meses después de empezado el contrato.

"Se podrían citar muchas comunicaciones en que el Contratista pide a los empleados de la Gobernación, con ahinco, la entrega de las zonas; que los dueños de ellas embarazan los trabajos, ocasionando, como es natural, molestias y demoras injustificadas, de las cuales es responsable el Departamento por no haber entregado las zonas de terreno a su debido tiempo.

"Se debe tener también en cuenta que el Departamento dispuso de la partida apropiada para la compra de zonas y que esto sucedía en el mes de enero de 1938, es decir, siete meses después de

principiados los trabajos; evidentemente el señor delegado del Interventor, en comunicación de 9 de febrero de ese año, avisa al Contratista que el señor Gobernador "redujo primero a $ 800.00 la partida de $ 1.000.00 y luego prohibió que se autorizara el gasto..." fs. 21, c. número 1". (Fs. 193, 194 del cuaderno principal).

Durante esta segunda instancia, en el resumen de las alegaciones orales, el mismo apoderado hizo consideraciones más extensas sobre tales puntos, las que pueden compendiarse así:

Las cláusulas octava y trece integran la materia que en la confección de una obra debe suministrarse al artífice. Como se trata de una obligación de hacer a cargo del demandado, corresponde a éste, conforme a reglas elementales de procedimiento, demostrar el cumplimiento de su obligación, para lo cual debe estudiarse el doble aspecto que se presenta, advirtiéndose **cómo ha debido** el Departamento dar cumplimiento a esta obligación, consignada en la cláusula décimatercera, y la manera **como cumplió, efectivamente,** las prestaciones respectivas.

Por el aspecto primero, dentro del espíritu general del contrato, se fijó el plazo máximo de 15 meses para que el Contratista entregara la obra (cláusula 3), y por ello el Departamento ha debido poner a su disposición las zonas de una manera apta para que aquél pudiera atender ese compromiso. La cláusula cuarta estatuyó que el Contratista debía entregar trayectos continuos, sin rebajar de un kilómetro, y para tal finalidad el Departamento ha debido atender la entrega de las zonas en una forma que facilitara, por parte del Contratista, las entregas previstas en la referida cláusula cuarta. La obligación, además, no se limitaba para el Departamento a negociar las fajas de terreno y aceptar las escrituras correspondientes, sino a entregar materialmente las zonas indispensables. Las escrituras —sigue afirmando el referido apoderado— no acreditan sino que el Departamento **inició** las gestiones, y como prueba de ello resulta el que zonas negociadas en 1937 sólo fueron puestas a disposición del Contratista en los meses de marzo y abril de 1938 (fs. 32 y sigts. del cuaderno ante la Corte).

En lo tocante al modo como el Departamento cumplió su obligación, consta lo que sigue: en la propia contestación de la demanda se habla de haberse entregado en mayo de 1937 las zonas del primer sector, y en su mayor parte las del segundo. El primero de estos hechos lo acredita el Departamento con la carta de fecha 1º de junio de 1937, dirigida al Secretario de Obras Públicas y que puede verse al folio 105 del cuaderno principal; pero en sentir del apoderado del demandante, esta carta "sólo pone a disposición del Contratista las zonas de terreno, tal como ella lo dice, pero ella no indica su entrega material" (fs. 35 v. cuad. ante la Corte). Con todo, el susodicho apoderado acepta que dicha entrega hubiera tenido ocurrencia, no obstante que "en el mes de julio de 1938, es decir, un año después de verificada la entrega simbólica, si así pudiéramos llamarla, el Contratista encontró oposición por parte de los propietarios de la zona comprendida entre las abcisas k. 72 900 a k. 73, para poder adelantar los trabajos de construcción de la carretera", oposición que se menciona en el folio 19 del cuaderno número 2, y cuyo único origen radica en que el Departamento no había pagado a sus propietarios el valor de los perjuicios que iban a recibir con la construcción de la vía.

En cuanto a la variante proyectada por el Contratista y autorizada por el Departamento, es de advertir también, que la entidad debía entregar las fajas correspondientes, no obstante el acuerdo conforme al cual el Contratista debía pagarlas, acuerdo que se detalla en los fols. 106 y 107 del cuaderno principal.

Sin embargo, en carta suscrita por el ingeniero ayudante del Interventor, doctor Federico Rodríguez, y que lleva por fecha la del 26 de noviembre de 1937 (fs. 4 del cuad. número 1), se manifiesta al Contratista doctor Aparicio que "Milcíades Cortés no permitirá los trabajos en su zona mientras no le pague esa y la de arriba" (fs. 36, cuad. ante la Corte).

Todo lo anterior se refiere al primer sector de la carretera y donde el mandatario del doctor Aparicio dice aceptar que cumplió el Departamento con la obligación que contrajo en la cláusula décimatercera.

Pasando a la zona siguiente, cuya comprensión se halla entre el k. 73-600 o Puente Elisio y la población de Gachetá, o k. 79-612, "cuya longitud es por consiguiente de seis kilómetros, o sea el sector de mayor longitud de la carretera (fs. 36 ibídem), se dice que el departamento no satisfizo oportunamente su obligación como fluye de los siguientes documentos: en carta de 28 de agosto de 1937, visible al fol. 9 del cuad. número 1, el Contratista solicitó la entrega de las fajas para dicho sector; posteriormente el doctor Aparicio insistió en carta de fecha 29 de noviembre de 1937, la que provocó la contestación que se ve al

folio 16 del cuaderno principal y que lleva por fecha la del 11 de diciembre del mismo año. En esta respuesta dijo el Secretario de Obras Públicas que "sólo hasta el mes de enero se podrá hacer el pago correspondiente, pues en el presente mes (diciembre, agrega el apoderado), ha venido una reducción considerable en la apropiación para la zona que sólo permite una mediana atención en los trabajos que en ella se adelantan" (fs. 37 id.). Se alega que esta actitud del Departamento acarreaba perjuicio para el Contratista, circunstancia que éste puso en conocimiento de la susodicha entidad con fecha 13 de diciembre de 1937, como consta en los folios 13 del cuaderno número 1, donde se destaca el hecho de quedar así imposibilitado el Contratista para entregar oportunamente "la totalidad de los trabajos hasta Gachetá" (fs. 37 v. ibídem).

No obstante el llamamiento hecho por el Contratista doctor Aparicio —prosigue el apoderado del demandante— al Departamento, esta entidad no se ocupó de activar la obtención de las fajas a intento de allanar las dificultades y tropiezos. "Y ello —agrega el mismo apoderado— no es una invención mía, sino que aparece de bulto en este juicio, leyendo las cartas dirigidas por el doctor Federico Rodríguez Peña, ayudante del Interventor de la carretera, al Contratista ingeniero Eduardo Aparicio J., cartas visibles en los folios 17 y 18 del cuaderno principal de este expediente, cartas de fecha 6 y 9 de enero de 1938" (fs. 37 v., 38 ibídem).

Seguidamente transcribe el susodicho apoderado las mencionadas cartas, y del análisis que hace de ellas, concluye cómo los tropiezos surgieron del lado de la entidad más interesada en cumplir la obligación que se impuso, la que condicionaba el cumplimiento de la contraída por el Contratista. Además, agrega, que no puede despojarse de la investidura oficial al que las suscribe, dado que actuó como empleado del Departamento al autorizarlas con su firma. Mediante esas cartas explica como "aún el día 8 de marzo de 1938, fecha en la cual se pusieron a disposición del Contratista varias zonas de terreno en el sector comprendido entre Puente Elisio y Gachetá, ellas no le hubieran sido entregadas conforme lo exigía el contrato, entrega que como vimos exigía que ellas se pusieran a su disposición, en trayectos continuos y sin solución de continuidad" (fs. 39 v. ibídem). Esa entrega del 8 de marzo de 1938 y la posteriormente efectuada, el 21 de abril siguiente, se hizo en la forma convenida, sin dejar soluciones de continuidad, como fluye de las cartas visibles a los folios 109 y 110 del cuaderno principal del expediente. Los trayectos **discontinuos** en què tuvo lugar la entrega, no permitían, es obvio, al Contratista el adelantamiento de los trabajos en forma normal, tal como se había previsto en la contratación.

Concluye finalmente sus consideraciones sobre el particular en los términos que seguidamente se transcriben:

"Como resumen de todo lo anterior, creo, pues, haber demostrado la veracidad del cargo formulado en el punto **octavo** de la demanda, o sea la veracidad del hecho de que el **Departamento de Cundinamarca** no cumplió con la obligación de entregar al Contratista las zonas de terreno necesarias para la construcción de la carretera, pues en cuanto se refiere al primer sector comprendido entre el k. 69-300 y Puente Elisio (k. 73-600) si es verdad que desde el primero de mayo de 1937, el Departamento puso a disposición del Contratista las zonas en él comprendidas, también es cierto que la línea primitiva fue modificada con el consentimiento del Departamento, y para la entrega de esas zonas hubo varias demoras y para la construcción de ellas el Contratista tuvo varias oposiciones formuladas por los propietarios; y en cuanto se refiere al segundo sector comprendido entre el k. 73-600 y la población de Gachetá, ya vimos cómo habiéndolas solicitado el Contratista desde el 28 de agosto de 1937, y habiéndolas vuelto a solicitar el 27 de noviembre de 1937, no le fueron entregadas sino una parte de ellas con varias soluciones de continuidad, el día 8 de marzo de 1938, y otra parte de ellas, también con soluciones de continuidad, el 21 de abril de 1938, y que al vencerse el término señalado en el contrato para la entrega de la obra, el Departamento de Cundinamarca no había entregado al Contratista, sectores de carretera cuya longitud era casi de 2.700 metros.

"No puede, pues, descartarse de este juicio, la responsabilidad del Departamento de Cundinamarca en el incumplimiento en que incurrió el Contratista, al no entregar la carretera totalmente construída el día señalado en el contrato para tal fin, o sea el día 13 de septiembre de 1938, pues es obvio que no habiendo éste recibido todas las zonas necesarias para la construcción de la vía, no podía materialmente ejecutar totalmente el trabajo contratado.

"Este incumplimiento en que incurrió el Departamento al no satisfacer la obligación que la

cláusula **décimatercera** del contrato le impuso, deberá así tenerse en cuenta, al fijar la responsabilidad de las partes, en el incumplimiento o fracaso del contrato celebrado para la construcción de la carretera troncal del Guavio en el sector citado" (fs. 41 .v, 42 ibídem).

A su turno, la entidad departamental acompañó, una documentación encaminada a demostrar la manera como atendió la obligación pactada en la cláusula décimatercera de la negociación. De ella hizo los siguientes razonamientos, que se sintetizan, el apoderado, doctor Jorge López Posada:

Habiéndose suscrito el contrato el 14 de abril de 1937, éste sólo recibió la aprobación del señor Gobernador —condición prevista en él— el día 13 de mayo del mismo año, y conforme a su contenido las labores debían tener iniciación treinta días después, es decir, el 13 de junio siguiente. Para el 1º del mes últimamente nombrado (junio) el doctor Joaquín Emilio Cardoso, en calidad de Secretario de Obras Públicas del Departamento, avisó al Contratista doctor Aparicio la adquisición de las zonas y que las ponía a su disposición (fs. 109, cuad. número 1). Desde el 5 de mayo del mismo año de 1937, el Departamento celebró promesas de venta con los propietarios de las fajas por donde debía adelantarse la construcción de la carretera y los promitentes-vendedores aceptaron las promesas respectivas con la estipulación expresa de "la inmediata ocupación para establecer los trabajos de la construcción de la carretera cuando lo estimare conveniente" el Departamento, o más propiamente el Contratista. El 29 del mismo mes de mayo se suscribieron las escrituras de venta correspondientes e inclusive se firmaron promesas con respecto al segundo sector de la vía, cuyas fajas fueron puestas a disposición del Contratista, y aquellas promesas se elevaron a escritura pública, perfeccionando la venta que preveían, en febrero y marzo de 1938 (fs. 11 a 32, 169 a 175 v. primeramente del cuaderno número 3, y 88 a 117 del cuaderno número 1; 58 a 69, 157 a 59, 163 a 165 v. del cuaderno número 3, en segundo lugar).

Con relación a unas variantes propuestas por el Contratista, el Departamento accedió bajo la condición de que las fajas fueran a cargo del proponente doctor Aparicio y el propio doctor Rodríguez, Ingeniero ayudante de la zona, celebró la negociación (fs. 45 a 56 del cuad. número 3) haciendo directamente la escritura pertinente, que lo fue la número 58 de 25 de febrero de 1938, pasada en la notaría de Junín (fs. 154 a 156 del cuad. número 3), al doctor Aparicio. Al día siguiente, en la misma notaría se solemnizó la permuta de zonas entre el Contratista doctor Aparicio y el Departamento (fs. 160 a 162 del cuad. número 3; y fls. 110 a 117 del cuad. número 1).

En seguida el Procurador del Departamento transcribe una comunicación dirigida al doctor Aparicio con fecha 28 de marzo de 1938 y que obra al fol. 116, 117 del cuad. principal, en la cual el Interventor doctor Araújo Cuéllar le pone de manifiesto puntos concernientes a las zonas cuestionadas.

Más adelante expone lo siguiente el mismo Procurador:

"Y cabe recordar aquí que el trayecto contratado por el doctor Aparicio estaba prácticamente dividido en dos sectores: k. 69-300 al k. 73, sitio de 'Puente Elisio' en donde debía montarse el puente con este nombre conocido sobre el río 'Sueva', y desde este punto hasta Gachetá. Como ya se vio, el Contratista doctor Aparicio no pasó máquinas en ningún momento al segundo sector y por tanto las zonas necesarias en realidad, fueron, para él, las comprendidas en el primer sector, todas entregadas en oportunidad" (fs. 218 **in fine** del cuad. principal).

Finalmente se ocupa del reconocimiento que se hizo sobre las cartas suscritas por el doctor Rodríguez para el doctor Aparicio, el que se encuentra en el cuaderno de pruebas del demandante. Alúdese principalmente, a las que llevan fechas de 13 y 20 de noviembre de 1937 y 13 de febrero de 1938, y con respecto a ellas se agrega: "Dichas cartas o notas no las escribía en mi carácter de Ingeniero ayudante de las zonas de Bogotá y el Guavio, sino como particular. La única nota con carácter oficial que escribí en este acto (presentó la una (sic) copia de la nota de número 1 de fecha 6 de junio de 1938, dirigida por el declarante al señor Ingeniero Contratista doctor Aparicio, que el señor Magistrado ordenó agregar al expediente) y de ella dí aviso oportuno al señor Ingeniero Jefe de la Zona" (fs. 219, cuaderno principal). La nota de que se hace mención atrás, aparece en original al folio 6 del cuaderno número 2, y su copia obra ál folio 100 del mismo cuaderno. En ella se alude a las zonas entregadas y a que nadie puede entrabar el adelanto de la construcción en las referidas fajas, pudiendo, por tanto, el Contratista continuar los trabajos de la carretera sin atender insinuaciones estorbosas que podrían resultar abusivas y fuera de todo derecho" (fs. 220, cuad. principal).

El Tribunal Superior enfocó de la manera siguiente lo referente al punto que se dilucida:

"Siguiendo ahora el mismo orden planteado en los hechos de la demanda, se procede a continuación a examinar la causal de incumplimiento que se imputa al Departamento, por razón de la falta de entrega o la entrega inoportuna de las zonas de terreno indispensables para la construcción de la carretera, obligación que pesaba a cargo del Departamento. Los hechos **octavo** y **noveno** de la demanda aducen dicha causal.

"Atrás se vio que la adquisición y entrega oportuna de las zonas necesarias para la construcción del sector de carretera objeto del contrato corría por cuenta del Departamento.

"Pues bien; con fecha primero (1º) de junio de 1937, es decir, dentro del plazo convenido para la iniciación de los trabajos, el señor Secretario de OO. PP. del Departamento avisaba por escrito al Contratista que ya estaban en poder del Departamento y a disposición del Contratista las zonas de terreno necesarias para la construcción de la carretera, entre el kilómetro inicial del contrato y el sitio llamado de 'Puente Elisio' (fs. 109, cuaderno número 1). Además, con fecha 9 de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938) el señor Ingeniero Interventor manifestaba al contratista que ya estaban arregladas por el Departamento las zonas comprendidas entre las abcisas que enumera (fl. 113); y con fecha 21 de abril del mismo año le da cuenta del arreglo de otras zonas, todas comprendidas entre los kilómetros 73 a 76 de la carretera. Estos arreglos los estima tardíos el Contratista y determinantes de la demora de la construcción. El Contratista Aparicio reclamó con fecha 24 de mayo de 1938 por la no entrega oportuna de las zonas y en carta fechada el 28 de mayo de 1938 el mismo Interventor le contestó" (en los términos que allí transcribe la sentencia) (fls. 279, 279 v. del cuad. principal).

Más adelante prosigue el fallador:

"Con todo, el Departamento se allanó oportunamente a cumplir su obligación contractual sobre entrega de zonas al Contratista; al efecto, léase la nota que desde el diez (10) de mayo de mil novecientos treinta y siete (1937) (fls. 88 y 89) dirigió el señor Jefe de Asuntos Sociales, doctor Agustín Pardo, a los señores Secretarios de Hacienda y Director de OO. PP. dándoles cuenta de las gestiones realizadas para adquirir esas zonas, en cumplimiento de la resolución departamental número 5 del 7 de abril de 1937 que lo comisionó para ese fin. Por esa nota y por los documentos sobre promesa de ventas suscritos por el representante de la Gobernación y los respectivos propietarios o poseedores, que forman los folios 91 a 107 del cuaderno principal y 11 a 60 del cuad. número 3, se viene en conocimiento de que la mayor parte de las zonas necesarias para la construcción del sector de carretera comprendido dentro del contrato, quedaron negociadas desde el 5 de mayo de 1937, con la facultad por parte del Departamento para emprender trabajos inmediatamente, sin necesidad de esperar el perfeccionamiento de los respectivos contratos. A esa facultad alude quizás el señor Secretario de OO. PP. en la precitada comunicación del primero de junio. Naturalmente que para el perfeccionamiento de las escrituras de venta debieron presentarse las dificultades y las demoras que anotan los funcionarios de la Gobernación, pero ellas no afectaban el curso de los trabajos en las zonas entregadas de antemano por los prometentes vendedores al Departamento, que eran suficientes para el desarrollo regular de la obra.

"La declaración del Ingeniero ayudante doctor Federico Rodríguez, recibida en Gachetá el 16 de junio de 1939; la carta de 6 de junio de 1938 dirigida por el mismo Rodríguez al Contratista doctor Aparicio y reconocida durante esa declaración; la siguiente respuesta del declarante Rodríguez: "Partiendo del kilómetro 69-300 hacia la población de Gachetá las zonas las contraté y entregué al Contratista a medida que las iba solicitando, excepción de las zonas del señor Nicéforo Garzón que no permitió construír en ellas antes de pagarle el valor correspondiente, pero aclaro que estas zonas quedan entre 'Puente Elisio' y Gachetá y considero que el Contratista en nada se perjudicó por la no entrega de estas dos zonas, porque en ese sector no había pasado la maquinaria que había recibido del Departamento para su trabajo. En el trayecto de carretera comprendido entre Puente Elisio y Gachetá no se hicieron las escrituras en el acto de los contratos, sino algún tiempo después, debido a las dificultades de los vendedores de presentar sus títulos para las zonas cuyo precio excediera de $ 50, pero las promesas de compraventa de esas zonas, en las cuales se estipuló que el Departamento podía construír la carretera en las zonas contratadas cuando lo estimare conveniente, se hicieron oportunamente lo mismo que la entrega de tales zonas al Contratista"; la aclaración del mismo Ingeniero acerca de que las cartas de 13 y 20 de noviembre de 1937 y 13 de febrero de 1938 pre-

sentadas por el demandante (fls. 2, 3 y 4 del cuaderno de pruebas correspondiente), se refieren a las zonas de terreno de la llamada variante de 'El Boquerón', estudiada y propuesta por el Contratista como modificación parcial del trazado definitivo localizado a que se refiere el contrato Aparicio; las copias de las escrituras públicas números 61, 72 y 89 de 26 de febrero, 2 y 11 de marzo de 1938 de la Notaría de Junín, y las de las escrituras públicas números 131 y 133 de 29 de mayo de 1937 de la misma notaría; la declaración del doctor Agustín Pardo rendida ante este Despacho el trece de julio de 1939 (fl. 97, cuad. número 2); etc., etc.; son datos procesales suficientes para desechar la imputación hecha por el actor al Departamento acerca de falta de entrega de zonas indispensables para la construcción de la carretera, o retardos culpables por parte del Departamento perjudiciales y causantes del incumplimiento del Contratista. En todo caso, de las pruebas precitadas se viene en conocimiento de que el Departamento entregó oportunamente al Contratista todas las zonas necesarias para construír la carretera entre el punto inicial del contrato, k. 69-300 y 'Puente Elisio', facilitando así al Contratista la manera de establecer el tránsito hasta este último sitio el último de julio de 1938, conforme lo prometió ante la Junta que se reunió en la Gobernación el 24 del mismo mes. Si ello hubiera sucedido, la Gobernación le habría ampliado el plazo contractual para la construcción del restante sector hasta Gachetá, sin ningún tropiezo por parte de los dueños de zonas, todo lo cual pone de presente la ineficacia de la alegación que se deja estudiada" (fls. 278 v. a 281 del cuad. número 1).

La Sala hace las siguientes consideraciones:

La documentación referente a las zonas que se ven en el expediente, puede concretarse así: en el cuaderno principal hay al fol. 9, una carta del doctor Aparicio al Interventor, doctor Wiesner Rozo, de fecha 28 de agosto de 1937. En ella se solicita la iniciación de gestiones para adquirir las zonas del segundo sector, esto es, de Puente Elisio a Gachetá. Al folio 13 del mismo cuaderno, aparece suscrita por el Contratista una de fecha 13 de diciembre de 1937, donde éste protesta contra el Interventor, a quien va dirigida, por la demora del pago de las zonas hasta el mes de enero. No advierte bien a cuál de los dos sectores se refiere, pero todo parece tener relación con el segundo de ellos, dada la explicitud de la carta que provocó la anterior, suscrita por el Ingeniero Interventor, doctor Araújo Cuéllar (fs. 16 ibídem). Más adelante, al fol. 17 del mismo cuaderno, con fecha 6 de enero de 1938, el doctor Federico Rodríguez comenta lo exiguo de la partida para la adquisición de las zonas "hasta Gachetá" y con fecha 9 de enero siguiente, relata la reducción de la anterior suma, por parte del Gobernador, a la de $. 800 (fs. 18 ibídem).

En cuanto a las cartas anteriores emanantes del doctor Federico Rodríguez, éste, en la declaración rendida el 16 de julio de 1939 en Gachetá, dice "que las zonas a que en ellas me refiero, son las de la llamada variante del Boquerón, estudiada por el doctor Aparicio, pues las zonas del trazado definitivo, localizado debidamente sobre el terreno, ya las había contratado y entregado oportunamente al señor Contratista" (fs. 98 del cuaderno número 2).

Con fecha 10 de mayo de 1937, el doctor Agustín Pardo M., Jefe de Asuntos Sociales del Departamento, dirigió al Secretario de Hacienda y al Director de Obras Públicas, una carta sobre adquisición de las zonas para la continuación de la carretera del Guavio (fs. 84 del cuaderno número 1) "entre el punto llamado Salítrico y la población de Gachetá". Expone en ella las dificultades que necesariamente han surgido para la obtención y concluye que al fin se logró que los propietarios de los minifundios accedieran a firmar las promesas de venta del caso.

A los folios 87 y siguientes del mismo cuaderno principal, se relacionan estas negociaciones: cesión de José Cortés, mayo 3 de 1937; promesas de Rogelio Rodríguez, Gratiniano Beltrán, Lorenzo Parra, Roberto Duarte, Tulia Sánchez, Gamaliel Sánchez, Baudilio Bejarano, Evangelina Peña, Tobías Urrego, Manuel Rogelio Martínez, Dolores Beltrán y Pedro Emilio Martínez, estas dos últimas de fecha 6 de mayo de 1937, y las anteriores firmadas el 5 de los mismos mes y año precitados.

El antes nombrado doctor Agustín Pardo, rindió ante el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá doctor Vásquez, la declaración que consta al folio 97 del cuaderno número 2, sobre las gestiones de que se ha hablado con respecto a la adquisición de las zonas necesarias para la construcción, y alude en ella el declarante a la aceptación de varias escrituras en representación del señor Gobernador del Departamento. Esto lo hizo teniendo por medio la autorización que en la resolución número 5 de 7 de abril de 1937 le confirió el mandatario seccional doctor Parmenio Cárdenas (fs. 104 del cuad. número 1).

En el cuaderno número 3 (tres), pruebas del Departamento, durante la primera instancia, se describen un cúmulo de promesas de venta suscritas desde los primeros días del mes de mayo de 1937 (fs. 11 a 71). En ellas se señala la época en que debe otorgarse la escritura, el precio por el cual se comprometen a transmitir las fajas de terreno, la extensión de la zona respectiva, y la autorización previa para que comiencen los trabajos en los sectores negociados, cuando se estimare conveniente.

Con fecha 1º de junio de 1937, el doctor Joaquín Emilio Cardoso, Secretario de Obras Públicas del Departamento en ese entonces, dirigió al doctor Aparicio una comunicación en que ponía a su disposición las zonas indispensables para la construcción de la carretera "entre la extremidad de aquella vía y el Puente Elisio" (fs. 105, cuad. 1). Esto parece comprender el k. 69+300 y el puente mencionado. En marzo del año siguiente, el Ingeniero Interventor puso a disposición del Contratista, con fecha 9 de ese mes, una nueva serie de zonas comprendidas entre las abcisas que allí se determinan (fs. 109 ibídem), y con fecha 21 de abril del mismo año, suscribió una misiva en idéntico sentido sobre nueva obtención de fajas (fs. 110 ibídem).

En julio de 1938 el doctor Aparicio se dirigió al Interventor (fs. 34 del cuad. número 2) informándole que "los trabajos de explanación avanzan con rapidez. Con todo, en el mes de mayo, el día 24, del año precitado, en nuevo mensaje para el Interventor, después de comunicar la iniciación de trabajos en los sectores que allí determina, se queja de la obstaculización que ha habido por parte de algunos propietarios de zonas (fs. 32 ibídem). Estas protestas las replica el Ingeniero Interventor doctor Araújo Cuéllar en carta de 28 de mayo de 1938, visible al folio 112 en copia.

En cartas de enero 19 (fs. 152, cuad. número 2), mayo 25 (fs. 158 ibídem), julio 25 (fs. 163 ibídem), todas de 1938, el Contratista reitera su manifestación de protesta por los obstáculos que ha encontrado para adelantar la construcción. Con todo, en una suscrita por el Contratista el 26 de julio del mismo año, al exponer lo referente a la explanación dice que "después de nuevas conversaciones con los propietarios se pudo atacar casi todos los sectores" del kilómetro que menciona y en general hace un recuento del avance de los trabajos (fs. 208 ibídem).

A los folios 1 y siguientes, hasta el folio 4 inclusive, c. número 2, pueden verse unas comunicaciones del doctor Federico Rodríguez para el doctor Aparicio alusivas a la adquisición de zonas. En ellas anota los tropiezos que ha habido con Milciades Cortés y finalmente en la de fecha 6 de junio de 1938 termina diciendo que "puede continuar libremente sus trabajos, sin atender insinuaciones estorbosas, que podrían resultar abusivas y fuera de todo derecho". A folios 17 del c. número 2, Parmenio Beltrán manifiesta su inconformidad por la verificación de trabajos en terrenos de su propiedad y otro tanto expresa Gratiniano Beltrán Díaz al fol. 18 ibídem. Por último, a fols. 19 del cuad. número 2 se encuentra el Acta de reinstalación y suspensión de trabajos a consecuencia de los obstáculos ofrecidos por los diversos propietarios.

A fols. 154 y siguientes del cuaderno número 3, aparecen, en copia, las escrituras extendidas en la Notaría de Junín sobre las zonas adquiridas por el Departamento. Al fol. 120 del cuaderno número 2 el Notario de Junín certifica sobre las escrituras referentes a la adquisición de las zonas, y al folio 213 del mismo cuaderno, aparece una certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Gachetá en donde se dice que "desde el 7 de abril de mil novecientos treinta y siete (1937), hasta el trece (13) de julio de mil novecientos treinta y nueve (1939), se encuentran registradas las escrituras por las cuales el Departamento de Cundinamarca adquirió zonas para la construcción de la carretera del Guavio, sector de Sueva a Gachetá" y enumera el orden en que se hallan.

Todos estos datos permiten advertir que el Departamento de Cundinamarca sí atendió al cumplimiento de esta obligación referente a las zonas. Es apenas natural, la existencia de tropiezos que inevitablemente sobrevinieron, ante las formalidades y requisitos a que era indispensable atender para lograr el perfeccionamiento de las compras que se hicieran. La misma relación de gastos que hace el Contratista (fs. 173, 174 del cuad. número 2) desde el 13 de junio al 30 de septiembre de 1937, al incluír los relativos a la explanación, permite ver con nitidez lo que se acaba de afirmar en torno al Departamento. En los informes sobre la marcha de los trabajos, profusamente involucrados en el expediente (fs. 38 y sigts., 159, 161, 163, 175, 180, 187, 195, 199, cuaderno número 2), y que corresponden tanto a 1937 como a 1938, se puede comprender, aunados a nuevas relaciones de gastos en diferentes épo-

cas (fls. 191, 193, 199, etc., ibídem), en una forma concluyente, el balance favorable para el Departamento en torno a la cláusula décimatercera de la contratación.

Justamente el cúmulo de requisitos previos, tales como obtención de certificados de paz y salvo, certificados de libertad de las fincas, revisiones de títulos, etc., que son inherentes a esta clase de negociaciones —fundamentales para prevenir situaciones contenciosas más tarde— son dificultades que sobrevienen y que fueron salvadas, momentáneamente con las promesas de venta (véase la minuta visible al ofl. 45 del cuaderno número 3).

Estas promesas facultaban la iniciación de los trabajos antes de otorgarse las escrituras, finalidad que el Departamento se propuso conseguir previamente, teniendo a la vista lo dilatado que podría resultar el perfeccionamiento de los contratos prometidos, lo que lógicamente iría en desmedro de la celeridad de la obra. En otra forma, las promesas que abundan en el expediente, carecerían de sentido por la ineficacia que entrañarían. A este respecto, dice el abogado del Departamento: "Llamo la atención a las promesas de venta que figuran en esa documentación en las que se deja constancia de que en tanto se otorgaban las respectivas escrituras de tradición, el Departamento podía ejecutar las obras de construcción de la carretera cuando lo estimara necesario; aquel día 1º de junio de 1937 —el contrato fue aprobado por el Gobernador el 13 de mayo de 1937— con oficio número 1762 que allí figura, el Secretario de Obras Públicas informó al Contratista que estaban a su disposición las zonas de terreno necesarias para la construcción de la carretera contratada entre la extremidad de aquella vía y Puente Elisio, en donde le dice, puede iniciar los trabajos en cuestión, y el oficio número 14 de 28 de mayo de 1938 dirigido por el Ingeniero Interventor al Contratista en que le rectifica y aclara a éste la entrega oportuna de zonas, le precisa los sectores en que no ha principiado trabajo de explanación y le pone de presente que el poco avance de los trabajos se debe al escaso personal que ha mantenido en la obra" (fs. 178 del cuad. principal).

De todo lo que se ha expuesto puede concluírse que el Departamento sí cumplió la obligación referente a zonas con naturales y explicables tropiezos.

Hecho décimo

La parte final de la cláusula trece de la estipulación sirve de fundamento al hecho que se va a analizar, y el cual fue presentado en los siguientes términos:

"**Décimo.** — Según la misma cláusula trece el Departamento se obligó a "construír las cercas correspondientes...." Estas cercas eran las que separan la carretera con los predios adyacentes. El Departamento no cumplió de ninguna manera y en ningún tiempo con esta obligación, causando con ello serios perjuicios al peticionario, pues las personas transitaban con animales por la banca de la carretera, tránsito que, sin estar afirmada dicha banca, causa deterioro y por ende perjuicios". (Fls. 25 v., cuad. principal).

El Departamento negó la veracidad del hecho deducido de la cláusula décimatercera, así:

"No es cierto. El Departamento se obligó a construír las cercas correspondientes a las zonas, pero sin fijarse el término dentro del cual debía verificar esa construcción. La falta de las cercas no fue en ningún momento obstáculo para la marcha de los trabajos, como no lo ha sido desde que el Departamento optó por continuarlos directamente. Por elemental prudencia, y así es lo acostumbrado, las cercas no se construyen hasta que se van terminando los trabajos porque éstos les causan daños y aun las destruyen". (Fs. 33 y 178 del cuad. principal).

Afirma alrededor de esta cuestión el apoderado de aquella entidad que el sentido y finalidad de la cláusula que ocasionó el hecho que se dejó transcrito, no fueron distintos de que el costo de las cercas corría por cuenta del Departamento y no por cuenta del Contratista (fs. 221 ibídem); que por eso no se fijó término dentro del cual se debía proceder a su construcción; y que lo general y acostumbrado con relación a las cercas, ha sido el levantarlas una vez terminados los trabajos, pues de lo contrario las mismas operaciones para la construcción, cuando no alcanzaban a destruírlas, sí ocasionaban gravísimos daños y deterioros en ellas.

Por su parte, el apoderado del doctor Aparicio manifiesta que tal obligación era de carácter contractual y que como tal su cumplimiento debía tener ocurrencia dentro del plazo de la negociación. (Fs. 193 v. ibídem).

La Sala prohija los conceptos consignados en el fallo del Tribunal y los reproduce a continuación:

"Por la cláusula **décimatercera** del contrato se obligó también el Departamento a construír las cercas correspondientes a las zonas ocupadas por la carretera. En el hecho **décimo** de la demanda se alega que el Departamento no cumplió de ninguna manera y en ningún tiempo con esa obligación, causando con ello perjuicios al peticionario porque el tránsito continuaba por la banca de la carretera causando deterioros....." (Fs. 281 del cuad. principal).

Y más adelante, continúa así el **a quo:**

"De autos no resulta prueba alguna acerca de que el Contratista fuera detenido o gravemente interrumpido en el desarrollo de la obra por falta de las cercas. En regiones como la que atraviesa la carretera de Gachetá, el tránsito de peatones y de animales es muy escaso; como el trazado de la carretera coincidía en varios puntos con el antiguo camino de herradura, es apenas racional entender que las zonas adyacentes a ella no podían cercarse sino cuando la vía carreteable estuviera en servicio, para no producir interrupciones del tráfico. Si en sitios congestionados de tráfico como en las Calles Reales de Bogotá, las empresas públicas realizan diariamente trabajos de técnica exigente y delicada, sin interrumpir el tránsito, resultaría absurdo hacerlo en parajes casi desiertos, con el pretexto de que se construye un camino carreteable". (Fls. 281 **in fine,** ibídem).

Hechos once, doce y trece

Razonablemente agrupa el Tribunal estos tres hechos como deducidos de la cláusula **décimacuarta** de la contratación.

El tenor de ellos es como sigue:

"**Undécima** (sic)—El Departamento de Cundinamarca se comprometió a entregar oportunamente"... la localización de la vía sobre el terreno y los planos y perfiles correspondientes, antes de que deban principiarse los trabajos de cada kilómetro... "El Departamento no cumplió con esas obligaciones, lo que hizo tendiente a ese cumplimiento fue tardío y de modo indebido, lo que obligó al peticionario a verificar, valiéndose de las carteras deficientes que le entregó, la localización de la vía sobre el terreno, antes de empezar la construcción de cada kilómetro; a proyectar y localizar sobre el terreno las obras de arte necesarias para la misma construcción; a replantear la línea, nivelarla y en una palabra a localizar la vía y obras de arte sobre el terreno de la manera como lo enseña la técnica de construcción de carreteras. El Departamento no ha pagado esos trabajos que no estaban incluídos entre las obligaciones del Contratista, a pesar de varios requerimientos que se le han hecho".

"**Duodécima.**—El peticionario por la falta de cumplimiento de la entrega de los planos, perfiles y localización sobre el terreno de la vía y las obras de arte necesarias, se vio obligado a replantear la línea, elaborar los planos de las obras de arte y a efectuar variantes, corrigiendo errores cometidos por los encargados del trabajo de levantar los planos y perfiles, obras todas ejecutadas extracontrato, de bastante valor, que el Departamento ordenó o aceptó y que no ha querido pagar. Con el aumento de estos trabajos, la obra se hizo más pesada, su duración necesariamente tenía que aumentar, ocasionando demoras de cuya culpa únicamente es responsable la parte incumplida, y colocó al Contratista en imposibilidad física de dar cumplimiento a sus obligaciones en el tiempo y manera debida, de acuerdo con el mismo contrato".

Décimatercera.—Según lo estatuído en la citada cláusula catorce del contrato al entregar el Departamento la localización de la vía sobre el terreno, necesariamente debía entregar los planos de las obras de arte para construír en la misma vía. Ahora en el contrato está pactada la construcción y montaje de esos puentes de estructura metálica, que son obras que necesitan sus planos. El Departamento no entregó ninguna de estas cosas a pesar de varios requerimientos hechos por el peticionario a su debido tiempo" (fls. 25 v., 26 del cuad. principal).

El Departamento, por medio del Fiscal y del Procurador especial que constituyó en el juicio, negó rotundamente la certeza de cada uno de ellos.

Se transcriben a continuación estas contestaciones para una mejor comprensión del problema:

"**Al undécimo.**—No es cierto. La línea se entrégó localizada hasta Gachetá, y no sólo localizadas sino construídas en toda su extensión las zanjas de chaflanes. Los planos de los dos puentes, únicas obras de arte de importancia, se entregaron oportunamente; las pequeñas obras de arte como alcantarillas, etc., no necesitan de planos especiales y el Contratista las va realizando a medida que se presenta su necesidad; por ello, precisamente, el contratista de una carretera si no es ingeniero debe estar asesorado de una persona que lo sea, como también para el replanteo de estacas de localización cuantas veces sea ne-

cesario, trabajos esos que son de obligación del Contratista y que no pueden estimarse como no incluídos en el contrato según lo pretende el demandante Contratista.

'La cláusula duodécima del contrato del Departamento con el doctor Aparicio J. previó éstas y otras circunstancias análogas. Dice textualmente: "El Contratista se obliga a poner en la dirección de la obra un ingeniero graduado de reconocida competencia y a satisfacción de la Dirección de Obras Públicas del Departamento."

"Esta cláusula no fue nunca cumplida por el demandante doctor Aparicio J."

"**Al duodécimo.**—No es cierto. Los planos, carteras, perfiles y localización fueron entregados al Contratista oportunamente. Si el Contratista proyectó y efectuó variantes fue por su voluntad, no por exigencias del Departamento, y en ello buscaba principal y casi únicamente su propia conveniencia. Lo expuesto en la contestación al hecho anterior es de estricta aplicación en la de este hecho.

"No hubo errores de importancia y que exigieran un trabajo extraordinario del Contratista en los planos y perfiles que el Departamento suministró al demandante; en toda obra de ingeniería se comprende la rectificación de carteras, operación sencilla, al verificarse los trabajos.

"**Al décimotercero.** — No es cierto. Los planos de los puentes metálicos fueron entregados al Contratista oportunamente, como se deja dicho en la contestación al punto cuarto. Tan sí se hizo esa entrega, que el Contratista los devolvió a exigencia del Departamento, luego de decretar la caducidad del contrato, el 27 de diciembre de 1938, con nota especial de la Secretaría de Gobierno. Es bueno advertir que en este hecho al hablar del montaje y construcción de los dos puentes metálicos, dice: "que son obras que necesitan sus planos", aceptando así no necesitarlos, como se deja dicho en esta contestación, las pequeñas obras de arte, alcantarillas, etc." (fols. 33, 34 y 179, 180 del cuad. principal).

El doctor Ernesto Aparicio, apoderado del Contratista, hace las siguientes consideraciones, que se sintetizan, en torno a los hechos que se comentan con relación a la inobservancia de la cláusula décimacuarta de la negociación.

Este punto lo estudia en el capítulo que él denomina "Análisis de la forma como el Departamento de Cundinamarca dio cumplimiento a las obligaciones que el contrato le impuso", el cual obra a los fols. 25 a 31 vto. del cuaderno ante la Corte.

Empieza por considerar que la obligación impuesta en la cláusula 14, contiene lo que podría llamarse "especificaciones técnicas necesarias para llevar a cabo la construcción de la obra". Tal obligación surge, en forma notoria y directa, de la supracitada cláusula 14, y de una manera indirecta de las cláusulas 1ª y 2ª del contrato. Se ocupa, luego, de precisar lo que debe entenderse por "localización de la vía sobre el terreno" (fs. cuad. ante la Corte), y trae a Gómez y Benjamín Arévalo Correal, para concluír que la complejidad de ese trabajo, el tecnicismo requerido en su ejecución, y mil factores más, impiden se acepte como tal "el simple hecho de haber entregado al Contratista estos a aquellos planos, estas o aquellas carteras de chaflanes, cubos, etc., pues estos o aquellos planos, estas o aquellas carteras, sólo indican que se han ejecutado esos trabajos, pero no prueban su entrega al Contratista" (fs. 26 v. ibídem).

Adéntrase más adelante en los documentos que presentó el Departamento, de los cuales podría deducirse el cumplimiento estricto a la obligación de las cláusulas 1ª, 2ª y 14, y al respecto dice:

"En efecto: ya vimos que la localización de la vía sobre el terreno no era un trabajo simple que pudiera cumplirse mediante la remisión al Contratista de una o de dos notas acompañadas de los planos y perfiles de la carretera, sino al contrario que era un trabajo de carácter técnico que debía ser verificado por el Departamento a medida que el Contratista avanzara en la construcción de la carretera y que exige la colocación sobre el terreno del eje de la vía, marcado por medio de puntos y de estacas, la nivelación de dicho eje, con nivel de precisión, la elaboración de los planos de las obras de arte de importancia, etc. Luego no es posible aceptar que con las notas que figuran en los fols. 114, 116, 117, del cuad. principal, o con las entregas de los planos que se acompañaron a la inspeción ocular, tal obligación hubiera quedado cumplida, ya que de esas notas y planos sólo puede deducirse el hecho de que dichos trabajos se hubieran realizado en un tiempo anterior al del avance de los trabajos, pero no su entrega al Contratista." (fls. 28 ibídem).

Admite, seguidamente y en gracia de discusión, que la entrega de los planos y perfiles sirviera para entender cumplida la obligación, no obstante ser explícitos los términos de "la localización de la vía sobre el terreno", consignados en la su-

pracitada cláusula 14, pero observa que ese cumplimiento sería incompleto o parcial, pues sólo se atendía la parte de "....y los planos y perfiles correspondientes", dejando incumplido lo referente a la primeramente transcrita, esto es, la de "la localización de la vía sobre el terreno" (fs. 28 v. ibídem). Dice que, al mismo tiempo, este cumplimiento parcial de la cláusula fue, a su vez, incompleto, como lo deduce del argumento, que denomina de autoridad, proveniente de los peritos antes mencionados.

Y, finalmente, arguye que ese cumplimiento parcial o incompleto fue hecho inoportunamente, lo que deduce de una serie de mensajes en los cuales solicita las entregas de los planos correspondientes (fs. 30, 32 ibídem).

La realidad procesal muestra lo siguiente:

Con fecha 28 de agosto de 1937 el doctor Aparicio se dirigió al Interventor de la obra en demanda de los planos para la localización de la línea (fols. 9 del cuad. número 1), en el sector Puente Elisio a Gachetá.

El Director Técnico de la obra, doctor Joaquín Emilio Cardoso, con fecha 29 de abril del mismo año de 1937, remitió los planos y carteras relativos al sector anterior, Salitrico-Gachetá, como fluye de la carta visible al fol. 101 del cuad. número 2, cuya copia aparece al fol. 114 del cuad. principal. De esta remisión da recibo el doctor Aparicio con fecha 21 de mayo del mismo año (fls. 115, c. número 1).

En mensaje del 11 de diciembre de 1937, el Ingeniero Interventor de la obra comenta al Contratista lo referente a unos perfiles que éste debía presentar a la Secretaría de Obras Públicas (fls. 36, cuad. número 2), encaminados a la aprobación de una variante que propone el doctor Aparicio. Más explícita es la carta suscrita por el mismo Interventor nueve días más tarde, el 20 de diciembre. (Fls. 37 v. ibídem). Aquí desaparece lo relacionado con esta variante, pues no se ve en el expediente la culminación de estas conversaciones con toda nitidez, toda vez que en los mensajes transcritos hay cierta vaguedad.

En lo tocante a los planos del Puente Elisio, el Secretario de Obras Públicas los envió al Contratista doctor Aparicio tan pronto como los remitió a ese despacho la United States Steel Products Company, con fecha 9 de julio de 1938 (fs. 20 del cuad. principal), y éste dio recibo de ellos el 25 de julio del mismo año, como consta en la copia visible al fol. 165 del cuad. número 2, suscrita por el Contratista. El plano Nº EFI, para la mampostería del puente, ya había sido remitido desde el 19 de mayo de 1937 (fs. 65, cuad. número 1), y recibido por el doctor Aparicio, como se patentiza con la nota suscrita por él el 21 de mayo siguiente (fls. 66, cuad. número 1).

Los cuadernos distinguidos en el expediente bajo los números 6, 7 y 8, son contentivos de tres perfiles y tres planos más, el tercero. Por otra parte, existen también cuatro libretas distribuídas en la forma siguiente: la número 1, chaflanes y cubos (copia); la número 2 comprende localización directa-tránsito (copia), tal como reza su contenido; la número 3, alude a chaflanes (copia), lo mismo que la número 4. Todas ellas ostentan la firma del doctor Federico Rodríguez P. —excepto la número 3— al impartirles éste el visto bueno.

De otro lado, al solicitarle la devolución de los planos el Secretario de Gobierno, el Contratista los remitió el 27 de diciembre de 1938 (fls. 116, cuad. número 1) enumerándolos de la manera siguiente:

"Plano revisado Nº EFI.
"Plano EFI, orden 1618.
"Plano Nº B-1453.
"Plano EFI, ord. Nº 1618.
"Pliegos y planos Nos. EF2, EF3, CI, C2, I".

El recibo de ellos lo comunicó el Ingeniero Jefe de la Zona, doctor Araújo Cuéllar, al Secretario de Obras Públicas en la nota del 3 de enero de 1939 (fls. 117, cuad. número 1). La copia de la carta de remisión del doctor Aparicio también obra al fol. 9 del cuad. número 2, autorizada por la firma del Contratista.

Es verdad que el señor Bernardo Uribe Rojas al rendir su declaración el 26 de junio de 1939 hace imputaciones al Departamento en el sentido de que éste nunca entregó el trabajo concerniente a la localización del eje de la carretera, pues el doctor Aparicio —según sus palabras— tuvo que ocuparse de ello (fs. 84 del cuad. número 2) y por otra parte el propio Contratista pedía "las carteras de terrenos entre Puente Elisio y la población de Gachetá, lo mismo que los diseños de obras de arte y demás proyectos" (fs. 31 del c. número 2), pero el doctor Federico Rodríguez, quien parece fue el encargado de hacer la localización que debía entregar el Departamento al doctor Aparicio, se expresa en términos sobradamente explícitos, cuando dice:

"Al quinto. No es cierto. Del Ingeniero Interventor recibí orden para hacer estudios en el trayecto mencionado en la pregunta, estudios que

podrían resultar o no aceptables; el estudio definitivo y localizado sobre el terreno, juntamente con los planos y perfiles correspondientes, fueron entregados oportunamente al Contratista" (fs. 98 v. del cuad. número 2). Más adelante, al responder al punto décimoséptimo, dice: "Es cierto que a principios del presente año, la Secretaría de Obras Públicas aprobó los planos definitivos que se están cumpliendo en dicho trayecto, pero repito que el plano definitivo en el mismo trayecto materia del contrato Aparicio estaba ya localizado y aprobado". (Fs. 99 v. del mismo cuaderno).

En la diligencia de inspección ocular (fls. 103 del mismo cuaderno) se dejó constancia de la existencia de zanjas de unión de las estacas de chaflán en algunos trayectos de la línea localizada por el Departamento (fls. 111 v. del cuad. número 2).

Ahora habrá de analizarse el dictamen de los expertos que intervinieron en la diligencia de inspección de que se ha hecho mención. Su experticio fue puesto en conocimiento de las partes, como lo exige la ley para darle su plena validez (artículo 719 el C. J.), pero posteriormente, a solicitud de las partes, fue ampliado por ellos.

Ante todo, debe tenerse presente que en la **Diligencia de Inspección** (fls. 103 del c. número 2), el propio apoderado del demandante hizo constar la presentación de los siguientes documentos:

"I. Una cartera de chaflanes y cubos entre el k. 69-300 (Puente Elisio) determinada con el N. I., firmada por C. Cerón B. y por F. Rodríguez P.; cinco planchas o planos de la línea entre el k. 69 y el k. 73-600; cinco perifles de la línea del k. 69 al k. 73-600; documentos estos entregados, dice el demandante, por el Departamento, de acuerdo con su carta número 1348, de fecha 29 de abril de 1937, cuyo original fue presentado por el demandante. 2º Una cartera de tránsito de localización directa del k. 66 al k. 75-292-70 (copia), firmada por Federico Rodríguez P. y fechada el 18 de marzo de 1938, cartera que se determina con el número 2; dos carteras de cubos y chaflanes del k. 73-570 al k. 75-304-50, sin fecha y sin firma, también en copia y determinada con el número 3; una cartera de chaflanes del k. 73-304-50 al k. 78-680, firmada por F. Rodríguez Peña, con fecha 20 de marzo de 1938, también en copia y determinada con el número 4. Documentos estos, dice, que fueron entregados al Contratista a mediados del mes de abril de mil novecientos treinta y ocho. 3º Siete planchas o planos que comprenden desde el k. 73-600 hasta el k. 79-762, 10; siete planchas de perfiles entre el k. 73-600 hasta el 79-762, 10, las cuales fueron recibidas, agrega, por el demandante a mediados del mes de abril de mil novecientos treinta y ocho. Las planchas y perfiles aquí mencionados se hallan comprendidos o catalogados en tres folders numerados 5, 6 y 7. Manifiesta el demandante que estos planos y carteras fueron los únicos que el Departamento le entregó para los trabajos de la construcción de la carretera" (fls. 103 v. del c. número 2).

Esta diligencia tuvo lugar el día 15 de julio de 1939.

Los peritos rindieron su dictamen el 21 de agosto siguiente (fs. 221 y sigts. del cuad. número 2) y por auto de 25 de agosto del mismo año (fs. 229 ibídem), fue puesto en conocimiento de las partes, quienes solicitaron la ampliación de él, ocurrencia que se verificó el 18 de septiembre de 1939 (fs. 236 y sigts. ibídem).

En uso del mismo precepto que autoriza solicitar la ampliación o dilucidación de puntos que aparecen oscuros (artículo 719, C. J.) en armonía con el siguiente (artículo 720 ibídem), el apoderado del Departamento objetó el dictamen por **error grave,** y en auto de 5 de septiembre de 1939 (fls. 6 vto. del c. número 4), el Tribunal subordinó la resolución de ese pedimento al cumplimiento del auto en que se ordenó la ampliación del dictamen.

Finalmente, en providencia de 20 de febrero de 1940, el Tribunal declaró fundadas algunas de las objeciones propuestas y se abstuvo del pronunciamiento contra las otras por estimar ser objeto de la sentencia definitiva (fs. 12, 26 v. del c. número 4). Como nada atinente a los puntos que se analizan fue materia del fallo del incidente, apenas se ha hecho el recuento anterior para mayor ordenamiento de esta providencia.

Al absolver los puntos 5º, 6º, 8º y 9º, principalmente, del cuestionario propuesto por el demandante, y los puntos 3º y 4º, de manera preferente también, del que presentó el apoderado del Departamento, los expertos se ocupan de los que generan los hechos del libelo que se dilucidan.

En lo tocante al punto 5º primeramente mencionado, los peritos afirman que es imposible aseverar o negar que la obra del puente hubiera sido localizada detalladamente sobre el terreno. En el punto siguiente encuentran "que las planchas y las carteras que figuran en expediente hacen presumir que hubo una localización sobre el terreno" (fs. 22 del c. número 2), pero estiman que para la entrega completa hacía falta la anotación

de las dimensiones y clase de obras de arte, no obstante "que hubo entrega del perfil y que la cartera de chaflanes llevaba cotas al centímetro" (cita **ut supra**). Esto ya decía relación no al puente sino a cada kilómetro.

Advierten, asimismo, la carencia de cartera de nivel, y en la respuesta al punto 8º consideran que en caso de haberla suplido el Contratista constituiría trabajo extra-contrato. Con todo, al atender el punto 5º del cuestionario propuesto por el Departamento, afirman que "la cartera de referencias no forma parte de los comprobantes de localización que deben entregar a un Ingeniero de Construcción" (fs. 226, c. número 2).

El punto 9º fue formulado por el apoderado del Contratista así:

"Que dictaminen los peritos, teniendo en cuenta lo que encuentran actualmente, el trayecto de la línea que no se construyó por motivo de la variante del Boquerón y habida consideración que este examen sucede después de dos años de empezar el contrato como también el hecho de la carencia de la cartera de referencias, la pérdida de tacos del eje, de estacas-testigos, y de chaflanes; si esas deficiencias obligan al constructor a la localización total del proyecto sobre el terreno y replanteo". La respuesta dada por los peritos, es como sigue:

"Recorrimos el trayecto de línea que no se construyó por motivo de la variante de Boquerón y solamente encontramos zanjas; ni un solo taco de eje ni estacas de chaflán fueron encontrados; pero de la carencia de estos elementos no puede deducirse lógicamente que hace dos (2) años no existían, ni tampoco que esto obligara al Contratista al replanteo total de la línea" (fls. 223 del cuad. citado).

El punto cuarto del cuestionario propuesto por el Procurador del Departamento es del tenor siguiente:

"Si se considera como línea entregada científicamente localizada, en el caso particular de que trata esta inspección ocular, la que estando estudiada de acuerdo con las normas del trazado establecidas por el Departamento se presentan con sus planos y perfiles correspondientes además de las carteras de localización de tránsito y de nivel y colocadas las estacas de chaflán, unidas éstas, además por zanjas" (fls. 226 del cuaderno tantas veces citado). La respuesta dada por los peritos es como se transcribe: "Cumplidas todas las circunstancias descritas en la pregunta se puede afirmar que la línea fue científicamente localizada".

Esto fue lo que hizo el Departamento, y el argumento en que insiste el apoderado del Contratista en torno a que "la entrega" de la localización no tuvo lugar y que apenas si se iniciaron obras encaminadas a ello.

Todas las consideraciones que anteceden y el recorrido al través de las constancias procesales, llevan a la Sala a la conclusión de que el Departamento sí atendió al cumplimiento de la cláusula 14 del contrato.

Para concluír este punto habrá de transcribirse la parte pertinente del fallo del Tribunal, que es así:

"Los hechos 11, 12 y 13 afirman el incumplimiento del Departamento a la estipulación **décimacuarta** del contrato, y sobre el particular resulta:

"Con oficio número 1644 de 9 de julio de 1938, el señor Secretario de Obras Públicas remitió al Contratista doctor Aparicio los pliegos y planos referentes a uno de los puentes metálicos comprados a la United States Steel Products Company (fl. 182 del c. número 1º). En nota de 5 de abril de 1938, el Ingeniero Interventor dice al Contratista haberle remitido, desde el 18 de marzo anterior, las carteras de terreno entre Puente Elisio y Gachetá. Por medio de nota fechada el 27 de diciembre de 1938 (fs. 120 idem.), el Contratista anunció la devolución de los siguientes planos a la Secretaría de Gobierno del Departamento: Plano revisado Nº EFI; Plano EFI, orden Nº 1618; Plano Nº B-1453; Plano EFI, orden 1618, y pliegos y planos Nos. EF2, EF3, CI, C2, FI, I. El Ingeniero Interventor avisó al señor Secretario de OO. PP. con fecha 3 de enero de 1939 (fls. 121), haber recibido del Contratista doctor Aparicio los planos que se le habían entregado con nota número 8 de 9 de julio. Cuanto a la zona de la carretera comprendida entre el punto denominado "Salítrico" y "Puente Elisio", existe en el expediente copia del oficio 1348 dirigido el 29 de abril de 1937 por el señor Director Técnico de la Secretaría de OO. PP. al Contratista, en que le anuncia la entrega de las siguientes copias: I) cartera de chaflanes y cubos que contiene del k. 69-300 (Salítrico) al k-73-600 (Puente Elisio); 2) 5 planchas de la línea definitiva localizada, que contiene del k. 69-300 al k. 73-600 (Puente Elisio); 3) 5 planchas que contienen el perfil de la línea localizada del 69-000 a k. 76-600 (fs. 118 idem.). Y existe la carta de recibo de tales cosas,

de fecha 21 de mayo de 1937, suscrita por el doctor Aparicio (fs. 119). Por último, la declaración del doctor Federico Rodríguez, Ingeniero ayudante (fs. 98 vto.), afirma categóricamente que en todo el trayecto contratado el Departamento entregó la línea localizada y bien marcada con zanjas, en toda su longitud, y la línea de chaflán en los cortes; que no es cierto que el Contratista hubiera tenido dificultad para la construcción del sector Loop, donde no llevó a cabo la obra por no haber puesto en él personal suficiente; que en cuanto al sector vecino al río Sueva, no es cierto que el Contratista hubiera tenido dificultad por falta de localización del ponteadero. Lo que ocurrió, según el declarante doctor Rodríguez y otros documentos del proceso, como la nota dirigida por la Secretaría de OO. PP. al Contratista el 11 de marzo de 1938 (fs. 149- 150 del c. citado), el mapa esquema del trazado de la carretera que forma el folio primero del cuaderno número 2, etc., fue que el primitivo trazado que localizaron y aprobaron los funcionarios correspondientes de la Gobernación y entregaron oportunamente al Contratista para su ejecución, sufrió modificaciones y alteraciones que el Contratista propuso y que el Departamento aceptó, pero naturalmente sobre la base de que al Contratista correspondía verificar por su cuenta la localización de la línea en tales variantes. En la diligencia de inspección ocular que practicó el Tribunal el quince (15) de julio de 1939 (fls. 103 vuelto), el señor apoderado del demandante exhibió ante la Sala los documentos que el Departamento le había entregado en cumplimiento de la cláusula contractual que se examina en este paso, y de ellos se tomó cuenta en el acta respectiva. Además, los señores peritos no dan la razón al demandante al contestar los cuestionarios que sobre el punto les sometieron las partes, como se deduce de la simple lectura de las siguientes conclusiones de su dictamen:

"No podemos afirmar ni negar que la obra del puente hubiera sido localizada detalladamente sobre el terreno.

"Las planchas y las carteras que figuran en el expediente hacen presumir que hubo una localización sobre el terreno, pero para la entrega completa de la localización hace falta la anotación en los planos de las dimensiones y clases de obras de arte y una cartera de nivel, no obstante que hubo entrega del perfil y que la cartera de chaflanes llevaba cotas de centímetro.

"Si el Contratista suplió las faltas anotadas de planos de detalles de obras de arte y carteras de nivel, hay trabajo extracontrato por parte suya. El replanteo de la línea y la colocación de referencias no constituyen trabajos extracontrato. No aparece cartera de nivel elaborada por el Contratista ni planos de obras de arte".

"Al contestar el cuestionario que les propuso el señor apoderado del Departamento (fs. 226), conceptúan también los peritos que un simple error de dibujo no constituía obstáculo para el desarrollo normal de los trabajos del ponteadero; que la cartera de referencias no forma parte de los comprobantes de localización que se deben entregar a un Ingeniero constructor; que la búsqueda y verificación de estacas no constituye trabajo extracontrato.

"La nota número 2821 de 17 de septiembre de 1937, dirigida por el señor Secretario de Obras Públicas al Contratista (fs. 110 del c. número 1), y la contestación del Contratista de 23 de febrero de 1938 (fs. 111) indican claramente que los planos de esas variantes debían confeccionarse por el Contratista, conforme a las instrucciones de la Secretaría de OO. PP. El telegrama que forma el folio 112 del mismo cuaderno indica que las zonas de terreno necesarias para las variantes fueron adquiridas por el Departamento en debida oportunidad, o sea, a fines de febrero del año de mil novecientos treinta y ocho; y aunque la escritura correspondiente aparece hecha en favor del Contratista (la número 58 de 25 de febrero de 1938, Notaría de Junín) (fls. 154 a 156 del c. número 3), sin embargo, al día siguiente, se solemnizó la permuta de zonas entre el Contratista doctor Aparicio y el Departamento, conforme a lo convenido en las comunicaciones ya citadas de 17 de septiembre de 1937 y 23 de febrero de 1938; de todo lo cual resulta que el Departamento cumplió con su deber de entregar totalmente las zonas al Contratista, aun las necesarias para las variantes introducidas al primitivo trazado, y que no dejó de cumplir tampoco la localización de la línea, entrega de planos, etc., que le incumbía conforme al contrato de construcción materia de este juicio. En cambio, los peritos afirman que entre los documentos que obran en el expediente no aparece cartera de nivel elaborada por el Contratista, ni planos de obras de arte; que una vez recibida la línea localizada, era obligación del Contratista conservar esa localización sobre el terreno para el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas, así que la búsqueda y verificación de estacas y demás detalles de la línea no

constituían para el Contratista un trabajo extra que deba remunerarle o indemnizarle el Departamento" (fls. 281 a 283 del cuad. principal. Sentencia del Tribunal).

El Tribunal, antes de entrar al estudio del hecho catorce del libelo, se ocupa de la obligación consignada en la cláusula duodécima del contrato entre el Departamento y el doctor Aparicio Jaramillo.

La Sala prohija los conceptos del **a quo**, por hallarlos acordes con las constancias procesales, y los reproduce a continuación:

"Por último, según la cláusula duodécima del contrato, el Contratista se obligó a "poner en la dirección de la obra un Ingeniero graduado de reconocida competencia y a satisfacción de la Dirección de OO. PP. del Departamento", persona que estuviera en capacidad de apreciar todos esos detalles técnicos de la obra, de discutirlos con la Secretaría de OO. PP. del Departamento, y de adoptar en acuerdo con esta entidad las modificaciones o soluciones que el primitivo trazado necesitara para el desarrollo normal y técnico de los trabajos. El doctor Aparicio afirma haber cumplido ese pacto obteniendo la **cooperación** del ingeniero doctor Alvaro González Bernal, ingeniero de reconocida capacidad técnica y científica. La Secretaría de Obras Públicas certifica (fls. 77 del c. número 3) que no aparece constancia de que el Contratista hubiera encargado de la construcción de la carretera del Guavio al citado doctor González Bernal, y que ese despacho se entendió siempre con el doctor Aparicio en todos los asuntos relacionados con el contrato; igual afirmación hace el ingeniero Interventor de la carretera, doctor Araújo Cuéllar (fls. 179 del c. número 2). De las declaraciones de Federico Rodríguez, Ananías Acosta, Alvaro Acevedo M. y Hernando Bazzani (fls. 87 a 92 ibídem) se desprenden datos acerca de que el expresado ingeniero doctor González Bernal sí asesoró al Contratista doctor Aparicio, en varias ocasiones, en el estudio de variantes, proyectos de puentes y otras obras técnicas, trasladándose personalmente al sitio de los trabajos, en donde fue visto en ocasiones diferentes por los testigos. De estos testimonios no se deduce, con todo, la prueba suficiente de que el doctor González Bernal hubiera estado siempre al frente de la Dirección técnica de los trabajos, como fue la intención de las partes contratantes, derivada quizás de la consideración de que el Contratista, si bien era a la sazón un distinguido y aventajado estudiante de ingeniería, no había obtenido todavía su título universitario y probablemente carecía de ciertos conocimientos que sólo la práctica profesional suministra. Si, pues, la cooperación técnica del doctor González Bernal, con el Contratista, no resultó lo suficientemente eficaz para que éste cumpliera el contrato con el Departamento, en los términos previstos y calculados en el tiempo de su celebración, culpa no fue del Departamento". (Fls. 283, 283 vto. del cuaderno principal).

Hecho catorce

El hecho que se entra a estudiar, está formulado así:

"**Catorce.**—Para dar comienzo a la montada de uno de los puentes, el señor Secretario de Obras Públicas del Departamento, a pesar de la opinión contraria del peticionario, ordenó la construcción de una pila en el lecho del río en 'Puente Elisio', pila cuya construcción representaba un trabajo valioso ejecutado extracontrato, que se ejecutó como aparece de las fotografías que acompaño a la demanda y cuyo valor he cobrado al Departamento sin resultado alguno" (fls. 26 del c. principal).

La entidad departamental negó rotundamente lo relativo al hecho que se acaba de transcribir (fs. 34 y 180 v. ibídem), afirmando que el Departamento nunca ordenó la construcción de la pila en el lecho del río, y que antes, por el contrario, el Ingeniero Interventor ordenó la suspensión de esos trabajos tan pronto como tuvo conocimiento de ellos.

El apoderado del doctor Aparicio, en su alegato de primera instancia, insiste en que la confección de la pila sí fue ordenada por el Departamento, muy a pesar del Contratista, y aduce, como comprobación de su aserto, lo siguiente: "Con fecha 21 de febrero de 1939, el Contratista pide al Interventor ordene a la distribución de cemento un pedido de diez toneladas de cemento para la construcción de la pila en Puente Elisio. Esta orden fue cumplida (fs. 30, c. número 2).

"El señor Secretario de Obras Públicas en oficio de fecha 11 de marzo de 1938 manifiesta que en vista a los trabajos ordenó la construcción de la pila (fls. 149, c. número 2). El oficio citado es la contestación a la nota puesta por el Contratista al mismo director, en la cual hace reparos a la construcción de la pila, que después fueron hallados justos y motivaron la orden de suspensión de dicho trabajo (fls. 155 y 156, c. número 2)" (fls. 194, 194 vto. del cuad. principal).

Ante la Corte, se hacen nuevas consideraciones al respecto al tratarse el problema del Puente Elisio (fls. 58 vto. y sigts. del c. ante la Corte).

En la alegación presentada por el apoderado del Departamento de Cundinamarca, doctor Jorge López Posada, se rebaten las argumentaciones antes transcritas, afirmándose que en la distribución de cemento, ordenada el 11 de marzo de 1938, se dice que es "para la obra de construcción de la pila y estribo izquierdo de Puente Elisio", lo que significa que tal cemento era exclusivamente para la pila y por consiguiente de allí no puede deducirse la orden para construírla. Se arguye que no existe prueba suficiente que acredite que la destinación del cemento hubiera sido para la pila y en ella se hubiera invertido, pues además de ésta figuraba el estribo izquierdo del Puente Elisio; que con respecto a la pila no hubo propiamente orden para su construcción, sino que dada la manera anormal como el Contratista estaba atendiendo los trabajos del puente, se hizo necesario el levantamiento de la pila, solución que apenas iniciada fue motivo de contraorden. Son estas las palabras del doctor López Posada:

"Es decir, que ante la obra construída por el Contratista sin aprobación del respectivo proyecto por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, obra que lo obligó a colocar el puente diagonal a la corriente, y ello en busca de menor gasto en la obra de mampostería y movimiento de tierras, el entonces Secretario vio la necesidad de levantar una pila en lugar de estribo para poder aceptar la obra hecha, solución que **cuando apenas estaba iniciada la obra,** se abandonó para resolver el montaje de la estructura metálica a que hace referencia el oficio 678. No hubo, pues, orden para construcción de la pila, sino que esa construcción se hizo necesaria por la forma anormal en que el Contratista adelantó los trabajos del puente para poderle ser aceptada la obra; y por el contrario, sí hubo la orden, cuando apenas estaba iniciada la construcción de la pila, para su suspensión" (fls. 229, 230 del c. principal).

Lo que aparece en el expediente sobre esta cuestión, puede resumirse así:

En carta de fecha 15 de febrero de 1938 (fls. 153 del c. número 2), dirigida por el Contratista al Secretario de Obras Públicas del Departamento, manifiesta aquél que "autorizado por esa Secretaría, iniciará trabajos de construcción de la pila el 17 del presente".

El 21 siguiente, el propio Contratista solicitaba del Interventor de la obra, doctor Eduardo Araújo Cuéllar, el despacho de la cantidad de diez toneladas de cemento "para la obra de la construcción de la pila y estribo izquierdo de Puente Elisio" (fls. 30 del c. número 2). Esta carta aparece en copia, pero suscrita por el doctor Aparicio.

El Contratista manifestó que había sido atendida su solicitud, pero no aparece prueba que acredite suficientemente este aserto.

Con fecha 11 de marzo de 1938, el Secretario de Obras Públicas del Departamento, doctor Jorge González Trujillo, hace unas manifestaciones en torno al problema que se estudia. Bajo el número 3, dice:

"Una vez levantado el estribo derecho e iniciada la obra para el estribo izquierdo en mitad del río, el suscrito, en vista a los trabajos, consideró y así lo manifestó a usted que el paso de las aguas era estrecho y había necesidad de construír un aproche, levantando una pila en lugar de estribo para poder ser aceptada la obra y posteriormente cuando apenas iniciada tal obra, se convino con usted en montar una estructura metálica de veinte (20) metros de luz, cuyas cotizaciones fueron pedidas de acuerdo con usted en vista de su aceptación y de los costos que una y otra demandaban y cuyos presupuestos eran más bien favorables a usted en relación con la estructura (sic) metálica (fls. 149, 150 del c. número 2).

Al fl. 119 del cuaderno principal, obra un telegrama suscrito por Aparicio en donde éste solicita orden escrita para la suspensión de la construcción de la pila, por la imposibilidad de suspender intempestivamente el personal sin causa justificativa. Tiene por fecha el 2 de marzo de 1938, poco antes del mensaje anteriormente citado, lo que hace presumir la orden impartida verbalmente, quizá, con antelación. Frente a este telegrama, no puede perderse de vista la fecha en que Aparicio anunció la iniciación de la obra, esto es, el 17 de febrero anterior. Esto mismo advirtió el sentenciador de primer grado cuando dijo: "Por dicho documento se induce, pues, que la Secretaría de Obras Públicas ya le había dado orden verbal de suspender los trabajos de construcción de la citada pila" (fls. 284 del c. principal).

En torno a la diligencia de inspección constante al fol. 119 y siguientes del cuaderno principal, la Sala acoge los siguientes conceptos del **a quo:**

"El día veintinueve de abril de mil novecientos treinta y nueve, se practicó por este Tribunal una diligencia de inspección ocular extrajudicial,

pedida por el Departamento de Cundinamarca, en el sitio denominado Puente Elisio, kilómetro 73-600 de la carretera troncal del Guavio. Intervinieron el señor Procurador del Departamento, dos peritos ingenieros, el señor Magistrado doctor Madero, y el Oficial Mayor de la Sala Civil de la Corporación. No consta que el Contratista doctor Aparicio fuera citado personalmente a la diligencia, por lo que no puede asignársele a ella el mérito probatorio de los artículos 730 y 731 del C. J., sino apenas la de presunción más o menos grave, al tenor del artículo 732 ibídem" (fls. 284 v., 258 del c. principal).

Luego se ocupa en hacer una transcripción completa del Acta respectiva y de los cuestionarios propuestos y absueltos por los expertos, para concluír, finalmente, en los términos que se copian a continuación y que la Sala prohija por encontrarlos razonables:

"De los anteriores datos procesales se deduce, sin mayor esfuerzo, que en la construcción de la pila a que se refiere el hecho **catorce** de la demanda hubo, en primer término, culpa o descuido del Departamento, consistente en no haber entregado completamente al Contratista los planos del Puente Elisio, y en haberlo autorizado para construír la **pila** en la forma contraindicada que denuncia la inspección ocular y el dictamen pericial a ella anexo; en segundo término, también hubo culpa o falta de técnica por parte del Contratista, al acometer un trabajo no previsto en los planos que le había entregado el Departamento y que luego hubo de demolerse por inadecuado y perjudicial para la estabilidad del mismo puente.

"En tales circunstancias, lo legal será que entre las dos partes se divida el perjuicio correspondiente, que consiste en el valor de la obra inutilizada. Antes se vio que los peritos de la diligencia de inspección prejudicial le asignaron determinado precio a esa obra, pero como ese dictamen no es plena prueba por no haber intervenido en la diligencia el doctor Aparicio y porque ni siquiera se puso en conocimiento de las partes, es imposible estimarlo en este fallo como prueba de tal valor. En consecuencia, la determinación del precio de la pila en cuestión ha de reservarse para el momento de la ejecución de la presente sentencia". (Fls. 286, 186 vto. cuaderno principal).

Hecho quince

El hecho quince del libelo está concebido así:

"**Quince.** — El señor Gobernador del Departamento, sin haber cumplido esta entidad con ninguna de las obligaciones contraídas en el contrato materia de esta demanda en la época convenida ni en la forma y modo debido, dictó la resolución número siete (7) de 28 de octubre de 1938, publicada en el número 5761 de la **Gaceta de Cundinamarca**, que debidamente autenticado acompaño a la presente demanda y declaró en ella la caducidad del contrato celebrado con el peticionario, por haber llegado el plazo para la entrega de la obra sin que ésta hubiera tenido lugar, sin tener en cuenta que con el incumplimiento de la totalidad de sus obligaciones, había colocado al peticionario en imposibilidad física y absoluta de cumplir a su debido tiempo, con las suyas. De esta resolución el peticionario pidió oportuna reposición que le fue negada y está por tanto en firme". (Fs. 26 del cuaderno principal).

En el libelo de contestación de la demanda, se argumentó de la manera como seguidamente se transcribe:

"No es cierto. La Resolución número 7 de 28 de octubre de 1938 sobre caducidad del contrato en referencia, se funda en los hechos y razones que constan en sus considerandos, y a ellas me refiero".

Antes de entrar al estudio concreto de la citada Resolución de 28 de octubre de 1938, conviene hacer algunas observaciones en torno a la caducidad administrativa de los contratos.

La Sala Civil de Unica Instancia, en sentencia de nueve de diciembre de 1936 (Gaceta, tomo 44, pág. 789), de la que fue ponente el Magistrado que ha elaborado esta sentencia, dijo en torno a la caducidad administrativa, lo que seguidamente se transcribe:

"En principio, la caducidad es la declaratoria que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina. **Administrativamente**, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho.

"...Jurídicamente, la caducidad que declara la Administración deja terminados los derechos del Contratista, tanto los personales como los reales, porque **ipso facto** quedan sin valor los derechos o privilegios que consagra el contrato o la concesión".

Y en sentencia de fecha dos de mayo de mil novecientos treinta y ocho, emanada de esta Sala de Negocios Generales, dijo la Corte:

"Lo primero que hay que considerar es que la caducidad es un medio estrictamente jurídico que el Derecho Administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en incumplimiento de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por autoridad competente, cuando la nulidad se solicite dentro del término legal". (**Gaceta Judicial,** Tomo 46, pág. Nº 1936).

En los contratos en que es parte el Departamento la declaratoria de caducidad corresponde, como lo estableció el H. Consejo de Estado en sentencia de 11 de febrero de 1936, al Gobernador, como lógica consecuencia de lo previsto en el 194 de la Constitución, y en el numeral 4 del artículo 47 del Código de Régimen Político y Municipal. Es la Administración la que caduca los contratos y el Organo Judicial el que los resuelve, por lo que repugnaría hablar de caducidad declarada por la justicia ordinaria.

En el caso **sub judice,** aconteció lo siguiente:

El Gobernador del Departamento de Cundinamarca, en ese entonces doctor Antonio María Pradilla, dictó la Resolución número 7 de 1938, con fecha 8 de octubre, por medio de la cual "se declara la caducidad administrativa de un contrato y se hace efectiva una multa".

Los considerandos de esta resolución se transcribieron en el cuerpo de este fallo.

"La cláusula décimanovena de la contratación dispuso lo siguiente: "Son causales de caducidad del presente contrato las siguientes:

"a) La muerte del Contratista en los casos que ésta deba producir la terminación del contrato conforme al Código Civil; b) La quiebra del mismo judicialmente declarada, y c) El incumplimiento por parte del Contratista de alguna o algunas de las estipulaciones del presente contrato".

Esta resolución fue objeto de reposición, y la entidad departamental insistió en la providencia primitiva, negándose por tanto a enmendarla.

El apoderado del Departamento analiza lo relativo a este asunto, teniendo presente que el Contratista, por medio de la cláusula tercera, se obligó a la entrega de la obra en el término de quince meses, los que debían comenzar el 13 de mayo de 1937, y que la aprobación prevista en la cláusula 22 de la negociación fue hecha en esa época.

Se ocupa luego de los antecedentes de la Resolución gubernamental y analiza la figura de la caducidad en presencia de la cláusula décimanovena del contrato que, de manera expresa, consagró entre otras, "el incumplimiento por parte del Contratista de alguna o algunas de las estipulaciones" de la negociación. Desarrolla el problema al través de las comunicaciones obrantes en el expediente y de todas las incidencias que precedieron a tal determinación (fls. 231, 232 del c. principal), para concluír, finalmente, estimando era la única pauta que debía seguir el Departamento. Concluye, por último, afirmando que fueron infructuosas las tentativas de éste para un arreglo que previniera la determinación de caducidad, y que, por tanto, "nadie podrá ver en esa Resolución injusticia de la Gobernación del Departamento, ni siquiera simple precipitud, mucho menos mala voluntad hacia el Contratista doctor Aparicio o deseo de perjudicarlo; se hizo todo lo posible para no llegar a ese extremo que contrariaba el ánimo de los funcionarios departamentales para con el doctor Aparicio, pero la forma como éste correspondía a ese ánimo, hizo imperativa la declaratoria de caducidad, so pena de incurrir en culpable abandono en el manejo y defensa de los intereses de Cundinamarca, ya que la caducidad ha podido y debido decretarse desde el 14 de septiembre de 1938". (Fls. 240 **in fine,** del cuad. principal).

Por otro lado, el apoderado del Contratista doctor Aparicio, hace extensas consideraciones en torno a la caducidad, a los folios 82 v. y sigts. (a 98 vto.), del cuaderno ante la Corte.

Comienza por sentar la definición del fenómeno jurídico de la caducidad y conceptúa que, como facultad legal que es, debe amoldarse a la pauta que le traza la ley, so pena de incurrirse en un auténtico abuso del derecho. Dice que el Departamento procedió sin dificultad para ello, pues los considerandos no hacen sino historiar unilateralmente el proceso del contrato, tal como lo pretende entender la referida entidad; que tal proceder se deslizó sin tener en cuenta la ley 59 de 1909, en sus artículos 4 y 5, que es la que consagra en nuestro derecho la facultad de la administración para la declaratoria de caducidad, "desde luego que conforme al artículo 38 de la ley 153 de 1887, a este contrato, deben entenderse incorporadas todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; y que la cláusula **décimanovena** del contrato, no puede interpretarse aisladamente, sino como lo ordena el artículo 1622 del

C. C., "unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". (Fls. 84 vto. del cuad. primero). Añade que, por tanto, no obstante no obrar una cláusula expresa que confiera en forma directa el derecho para declarar la caducidad (fls. 84 vto. ibídem), no puede apartarse el Departamento del sentido de la precitada ley 53 de 1909, que, en consecuencia, **"sólo cuando el incumplimiento sea imputable al Contratista,** sólo este derecho será bien ejercitado" (fls. 85 ibídem), por una parte, y por la otra, mediando esa facultad legal, su ejercicio está condicionado por una de las causales expresamente previstas en la cláusula **vigésima** del contrato, "causales que deben interpretarse conforme la naturaleza propia del contrato sobre el cual deben fijarse". (Fls. 85 ibídem).

Se ocupa, luego, de las tres causales contempladas en el cuerpo de la negociación, y conceptúa que la última de ellas, "el incumplimiento por parte del Contratista de alguna o algunas de las estipulaciones del presente contrato", fue la que consideró del caso aplicar el Departamento. (Fls. 85, **in fine,** ibídem). Abre seguidamente el siguiente interrogante:

"Bien, siendo que la redacción de la cláusula vigésima del contrato, en cuanto se refiere a la cláusula tercera, no comprende la expresión tan clara que usa la ley 53 de 1909, para fijar en qué condiciones puede dictarse la caducidad de un contrato, cuando dice que ella podrá dictarse cuando el contrato se haya incumplido, y **esa falta sea imputable al Contratista,** podrá decirse que no obstante no ser ese incumplimiento imputable al Contratista, puede ella dictarse, ya que la cláusula no le impone esta condición a esta causal?"

Estima tal interpretación errónea, desde todo punto de vista, y termina sosteniendo que la resolución de caducidad es ilegal, por cuanto viola tanto la ley como el contrato.

Ofrece, más adelante, un estudio comparativo entre el fenómeno de la caducidad y el de la resolución de un contrato, y somete a la Sala el interrogante de cómo actuaría en el caso de corresponder a ella proferir la resolución de esta negociación, **mutatis mutandis,** lo que concreta en los términos que se copian:

"Bien, considera la Honorable Corte, que si el Departamento no hubiera dictado la **caducidad** del contrato, y se le hubiera sometido a su estudio la resolución del mismo, habría podido ella dictarla, siendo así, que no habiendo cumplido el Departamento de Cundinamarca ninguna de sus obligaciones, no podía darse aplicación al artículo 1546 del C. C.?" (Fls. 87 del cuad. ante la Corte).

"Yo por mi parte, prosigue el señor apoderado del Contratista, la veo ilegal, por contrariar la ley 53 de 1909, y la veo injurídica por hallarse en pugna con la realidad jurídica del contrato, toda vez que los considerandos relacionados con la prórroga del mismo y la no aceptación por parte del doctor Aparicio, lo relativo a la liquidación y al rechazo que ella sufrió por parte del mismo, etc., no pueden considerarse como violaciones de la negociación".

Adéntrase luego en el estudio de la prórroga y liquidación del contrato y asevera que la sensencia del Tribunal dio más importancia a estos problemas que al contrato mismo, resultando de ello "algo muy curioso, pues para fijar la responsabilidad de las partes, en el fracaso del contrato, o prescindió del examen de las obligaciones del contrato, o pasó muy rápidamente sobre ellas sin medir su alcance, y puso todo su interés en los procesos de prórroga y de la liquidación, los cuales no fueron ley del contrato, y cuya aceptación o negativa, en nada podían variar las relaciones anteriores de los contratantes". (Fls. 88 ibídem). Asevera también que lo perseguido por el Departamento de Cundinamarca con la prórroga del contrato no era cosa distinta de la modificación del mismo, "pues no sólo una vez, sino tres, una al iniciar la minuta y dos al finalizarla, empleó el término **modificación** y **adición** y se refirió concretamente al citado contrato" (fls. 89 v. ibídem).

En torno a la liquidación, señala capítulo aparte (fl.s 91 vto. y sigts. del mismo cuaderno ante la Corte), y afirma que el Departamento fue quien la insinuó, como una condición para no declarar la caducidad del contrato, tal como lo anota el Contratista en la carta visible al fol. 137 del cuaderno principal y que tiene por fecha el 23 de septiembre de 1938. Agrega que dicha liquidación no fue ley para el doctor Aparicio y el Departamento; que el Contratista y la entidad demandada suscribieron el acuerdo que obra al folio 193 del cuaderno principal, pero un acuerdo provisional, y en armonía con ese acuerdo ejecutaron y suscribieron el inventario de los folios 140 y 143 del mismo cuaderno, inventario que el Departamento ha considerado como el total de la obra ejecutada, en vista del encabezamiento que contiene y que dice: "Valor de la obra realizada....", pero que el Contratista no acepta como tal, ya que en la copia de este inventario que el

Departamento acompañó durante "la inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 5 de julio de 1939, y que obra a los folios 107, 108, 109 y 110 del cuaderno número 2, no aparece este encabezamiento, lo cual hace presumir que él fue agregado al original, sin el consentimiento del Contratista, o, lo que es lo mismo, que está **adulterado,** y porque en él no se incluyeron trabajos tales como el de la **pila** que el Contratista levantó en mitad del río Sueva, para dar cumplimiento a órdenes del Secretario de Obras Públicas, y no se incluyeron los trabajos correspondientes al estudio de trazados y variantes proyectados por el Contratista, y en fin, porque en él no aparece ninguno de los trabajos enumerados en la minuta presentada por el Contratista al Departamento, y que previamente había elaborado su abogado el doctor Aguilera Camacho, y cuyo texto aparece en los folios 145 a 150 del cuaderno principal". (Fls. 93 del cuaderno ante la Corte).

Dice que a la liquidación presentada, siguió el rompimiento de las negociaciones, y que la consecuente declaratoria de caducidad no alcanzó, por ende, a ser ley entre las partes, y "sus efectos sobre el contrato tuvieron que correr la misma suerte, es decir, fueron nulos". (Fls. 93 vto., ibídem).

Estima temerario o que puede aparecer como tal, el autor de las alegaciones que se reseñan, que los Magistrados del Tribunal no debieron llenar sino el alegato del Procurador del Departamento, por cuanto ha encontrado razón valedera para tropezar con la afirmación, obrante al fol. 291 del cuaderno principal, que se hace en la sentencia en los términos siguientes:

"El carácter imperativo de la obligación de ejecutar de buena fe el contrato es particularmente riguroso en nuestro derecho positivo como se ha visto, y la resolución del contrato debe intervenir desde el instante mismo en que se atente contra ese mismo principio. Y **en la relación de los antecedentes de la Resolución de caducidad** se anotan a cargo del **Contratista** doctor Aparicio varias actitudes suyas con respecto al cumplimiento del contrato principal, y **particularmente con relación a los pactos posteriores,** que demuestran a las **claras** la violación de **ese principio de la buena fe**".

"Respecto a este punto de la sentencia, yo insisto afanosamente ante los señores Magistrados, para que ella se revise, porque ella sí que es cierto, que viene a afectar el patrimonio moral de mi mandante, y el patrimonio moral de mi familia; y como tengo plena confianza en el recto criterio que preside vuestras deliberaciones, no dudo por un momento de que ella será revisada, conforme a la verdad que arroja este juicio." (Fls. 94, 94 vto., ibídem).

Concluye este capítulo relativo a la liquidación, sosteniendo que las conversaciones que siguieron a la entrega de la obra o al vencimiento del plazo para ello, y que el Tribunal denomina **pactos posteriores,** no modificaron, en manera alguna, el contrato, y que, como tal, no pueden tenerse presentes para valorar las obligaciones de las partes, valoración y conducta que no pueden surgir sino del propio contrato.

Termina sus consideraciones sobre el problema de la caducidad, con el capítulo que denomina **"Consecuencias de la ilegalidad de la Resolución"** (fls. 90 vto. del mismo cuaderno).

Da por sentada la ilegalidad de la determinación de caducidad, y saca, como primera consecuencia, la responsabilidad traducida en indemnización de perjuicios, según el artículo 2341 del C. C. y que la demanda estima en $ 70.000, incluídos en el monto total del reclamo formulado al Departamento de Cundinamarca.

El Tribunal, en la sentencia que se revisa, enfocó así el fenómeno que se estudia:

"III. Caducidad del contrato

"El veintiocho (28) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938) el señor Gobernador de Cundinamarca y su Secretario de Obras Públicas, dictaron la Resolución número siete (7) por medio de la cual se resolvió: (aquí transcribe el Tribunal la parte resolutiva de la mencionada resolución, la que se reprodujo en su totalidad en este fallo).

Luego sintetiza los motivos de la Resolución de caducidad, y, en armonía con lo constante de autos, concluye de esta suerte el sentenciador **a quo:**

"Ahora bien; esa inejecución o incumplimiento del Contratista fue cierta y aparece explícitamente reconocida en varios documentos provenientes de la parte que faltó a sus compromisos. No es excusable porque a través de todos los autos no existe prueba de que el incumplimiento del Contratista obedeciera a caso fortuito o fuerza mayor. Tampoco es imputable al Departamento conforme al examen de los hechos de la demanda. En fin, la ruptura del contrato por parte del Departamento no se presenta como un acto

abusivo de autoridad sino más bien como un necesario acto de tutela y defensa de los intereses confiados a la Administración Pública de Cundinamarca. Es que en la construcción de una obra pública como la que fue materia del contrato Aparicio entran muchos riesgos a cargo del Contratista o empresario, de manera que en los cálculos y previsiones que el Contratista debió hacer antes de obligarse, entraban, desde luego, muchas de las fallas que hoy alega como actos de incumplimiento por parte del Departamento.

"Cuando un Contratista se obliga a la ejecución de una "obligación determinada", como lo es la de construír la carretera del Guavio desde el k. 69-300 hasta la población de Gachetá, él demandante justifica su acción simplemente demostrando que el hecho prometido no se ha ejecutado, y, para triunfar, no necesita demostrar una culpa particular de su contratante; el solo hecho de la inejecución, en sí mismo, constituye culpa contractual. Inversamente, el demandado justifica su defensa probando que el demandante no cumplió en la forma y tiempo debidos con sus obligaciones. Esta es justamente la posición del Departamento en el presente proceso, porque, para decirlo en pocas palabras, el incumplimiento del demandante es axiomático y no probó acontecimientos que opusieran obstáculos insuperables o que hicieran absolutamente imposible el cumplimiento de su obligación; ni demostró eventos irresistibles; ni acreditó sucesos imposibles de prever en el momento de perfeccionar el contrato.

"Expuesto lo anterior, conclúyese que la Resolución de caducidad de veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y ocho no influye en esta decisión como acto de incumplimiento del contrato Aparicio por parte del Departamento, ni menos como ilícito civil o acto culpable de los funcionarios departamentales que la dictaron, capaz de comprometer el patrimonio de la entidad de derecho público, por ellos representada en ese acto administrativo". (Fls. 291 vto., 292 del cuaderno principal).

Las constancias obrantes en el expediente dejan traslucir los motivos justificativos de la declaratoria de caducidad.

Con fecha 18 de julio de 1938 el Secretario de Obras Públicas del Departamento, doctor González Trujillo, se dirigía al Contratista manifestándole la necesidad del adelanto de los trabajos "en forma que se vea el interés en el cumplimiento del contrato, aprovechando que en la actualidad se cuenta con buen tiempo y donde ocupar gran número de personal" (fls. 125 del c. número 1). Este mensaje del Secretario de Obras Públicas tiene su antecedente en el llamamiento hecho por el Interventor de la obra, doctor Araújo Cuéllar. Allí se expresa cómo del resultado de las últimas visitas fluye la poca rapidez de los trabajos y que "estando perfectamente definido que el Contratista no puede entregar la carretera en la fecha estipulada en el contrato creo, que si es posible debiera de una vez fijarse plazo definitivo para su entrega". (Fls. 124 ibídem).

Para la misma fecha el Concejo de Gachetá, vivamente interesado en la culminación de la obra, transcribía al señor Gobernador del Departamento el acta de esa corporación en que se aludía al "penoso asunto de la carretera de Sueva a esta ciudad" (fls. 126 ibídem). En esa comunicación se solicita insistentemente sobre la declaratoria de caducidad.

A fols. 131 y sigts. del cuaderno principal, obra en copia una documentación donde aparecen los mensajes al Gobernador, y al Contralor del Departamento. El original de este último está visible al fol. 116 del cuad. número 3 y en él aparecen las firmas autógrafas de los que lo suscribieron y quienes en declaración posteriones las reconocen. También aparece en el mismo cuaderno número 3 (fls. 118) el acta que transcribe el Presidente del Concejo, señor general Lisandro Neira, con todas las firmas autógrafas.

La comunicación del señor general Neira llegó a conocimiento del Contratista por medio de carta suscrita por el doctor Jorge González Trujillo, Secretario, en ese entonces, de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca. Tal mensaje, que aparece en copia, tiene fecha 23 de agosto de 1938 (fls. 128, cuad. número 1), y siete días más tarde, agosto 30, el Contratista responde solicitando "una ampliación del plazo estipulado para la entrega de las obras materia del contrato" (fls. 130 ibídem). Esta misiva aparece original en el proceso (fs. 130 ibídem).

Esta solicitud del Contratista fue objeto de conversaciones entre las partes que desafortunadamente no tuvieron feliz terminación.

Al folio 116 del cuaderno número 2, y siguientes, se ven las pólizas que se discutieron con tal fin y al folio 123 ibídem corre original una carta del doctor Aparicio al señor Secretario de Obras Públicas de Cundinamarca en donde manifiesta su inconformidad con varias de las cláusulas discutidas. Sobre estos hechos depone en certifica-

ción jurada el Dr. Enrique Acero P., Secretario de Gobierno de Cundinamarca (fls. 124 del cuad. número 2). Copia de las referidas minutas obra también a los fls. 67 y sigts. del cuaderno Nº 2.

Todas estas incidencias tuvieron su antecedente en conversaciones adelantadas en la Gobernación de Cundinamarca. Juan de D. Guzmán transcribe unas consideraciones en torno a la situación creada por el Contratista al incumplir el contrato (fls. 132, c. número 2), y se refiere asimismo, a la precitada reunión de la Gobernación.

Lisandro Neira (fls. 92 y sigts. del c. número 3), Eliécer Muñoz (fls. 100 ibídem), Carlos Velásquez Mallarino (fls. 102 vto., ibídem), Manuel Cala (fls. 112, vto., ibídem), Abraham Perdomo (fls. 130, ibídem), Raúl J. Guzmán (fls. 131 vto.), Ernesto José Díaz (fls. 132, ibídem), Arcadio Suárez Blanco (Juez del Circuito de Gachetá) (fls. 136, ibídem), hablan como asistentes a la Junta verificada en el Palacio de la Gobernación, de las conversaciones que se sucedieron entre las partes y de las incidencias que ocurrieron durante ella.

Comenta así el **a quo** lo referente a este punto:

"Aparte de esto, relatan los autos (cuaderno número 3) que el veinticuatro (24) de junio del citado año de mil novecientos treinta y ocho (1938) se verificó en el Palacio de la Gobernación de Cundianamarca una Junta privada, presidida por el entonces Gobernador doctor Pabón Peláez, a la cual concurrieron el Contratista doctor Aparicio y el señor Secretario de Obras Públicas, el Presidente y otros miembros del Concejo de Gachetá, algunos vecinos prestantes de esa población, el Ingeniero Interventor de la carretera, el ingeniero ayudante del Contratista y otras personas. De lo acordado en dicha junta no se levantó acta escrita, pero de las declaraciones rendidas en este Despacho por varios de los concurrentes, como el general Lisandro Neira, el señor Carlos Velásquez Mallarino, el señor Eliécer Muñoz, el señor Manuel Cala, y otros, se infiere que en tal junta trató de establecerse la causa de la demora de los trabajos de construcción de la carretera, habiendo alegado entonces el Contratista varios de los hechos de incumplimiento que imputa al Departamento en este pleito y habiendo contestado el Secretario de Obras Públicas los cargos con exhibición de los documentos tendientes a infirmarlos, por lo que la impresión general de los concurrentes fue la de que el Contratista no presentaba motivos fundados para justificar su incumplimiento, a excepción del testigo Muñoz, quien dice que su impresión después de oídas las partes fue la de que "en ambos había culpabilidad, porque de las razones alegadas por el doctor Aparicio no le fueron rebatidas plenamente por los funcionarios del Departamento". Sin embargo, los declarantes sí están acordes en que el resultado de la junta se tradujo en un "pacto de honor", en virtud del cual el Contratista ofreció y prometió intensificar los trabajos y aumentar el número de los trabajadores, en forma tal que el día último de julio de mil novecientos treinta y ocho, quedara establecido el tráfico de carretera hasta el Puente Elisio, siempre que el tiempo no fuera de grandes lluvias; en cambio, el Gobernador ofreció al Contratista otorgarle una ampliación del plazo contractual para la entrega total de la carretera.

"Varios testigos afirman que en el lapso transcurrido entre el 24 de junio y el último de julio de 1938, se presentó en la región un tiempo más bien de verano.

Del citado informe del Interventor de 14 de julio; del dicho de los testigos Juan de Dios Guzmán, Germán de J. Novoa, Héctor Guzmán, Raúl de J. Peña, Obdulio Chivita, Manuel Darío Bernal, Manuel A. Vergara; de los oficios números 127 de 15 de julio de 1938 y 1892 de 23 de agosto, del Concejo de Gachetá, se deduce que el Contratista doctor Aparicio **incumplió** lo acordado en el llamado pacto de honor del 24 de junio, y así fue informado al Gobernador.

"La Gobernación dispuso entonces el traslado a Gachetá del señor Secretario de Obras Públicas y del señor Ingeniero Interventor del contrato a estudiar la situación sobre el terreno. En esa visita los funcionarios del Departamento acordaron con el Contratista en presencia del Alcalde del Circuito y del Presidente del Concejo de Gachetá, el dieciocho (18) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938) que a la semana siguiente de esta fecha el Contratsita doctor Aparicio pasaría la maquinaria del derrumbe para entregar en el curso de treinta (30) días, o sea, el dieciocho (18) de septiembre, el trayecto hasta Puente Elisio, descontando el sitio del derrumbe. Tampoco cumplió el Contratista doctor Aparicio esta nueva promesa, según informe escrito de diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), dirigido por los miembros del Concejo de Gachetá, al Contralor y al Gobernador del Departamento (fls. 105 a 109 del c. número 3), corroborados con las declaraciones juradas que luego rindieron los informantes den-

tro del presente juicio (fls. 111 y sigts. del mismo cuaderno)". (Fls. 287, 287 vto., 288 del c. número 1).

De otro lado, los mensajes emanados del Concejo de Gachetá fueron objeto de reconocimiento por parte de cada uno de los señores que los suscribieron (fls. 122 a 128 del c. número 3), y obra, además, una certificación proveniente del Secretario del aludido Concejo en donde se hace constar que aquella Corporación estaba integrada por los firmantes de los oficios para el señor Gobernador del Departamento y para el Contralor de la misma entidad, durante la época que ostentan (fls. 110 del mismo cuad. número 3).

Estos y otros antecedentes indican claramente que asistía razón a la entidad departamental al utilizar la cláusula que la facultaba para la declaratoria de caducidad.

El Tribunal hace, además, las consideraciones que se transcriben en seguida y que la Sala prohija por hallarlas acordes con las constancias procesales:

"El treinta (30) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938) se dirigió por escrito el Contratista al señor Secretario de Obras Públicas del Departamento, rogándole considerar **una ampliación al plazo estipulado, por el tiempo que ese despacho lo juzgue conveniente,** alegando especialmente **el crudo invierno que abarcó casi las dos terceras partes del tiempo disponible.** Insistió el Contratista en la prórroga y el quince (15) de septiembre del mismo año, ya vencido el término o plazo contractual para la entrega total de la obra, los funcionarios de la Gobernación entraron a considerar la petición, celebrándose al efecto en dicho día otra junta, en la Secretaría de Hacienda; declara el doctor Acero Pimentel (fls. 124) que a esta junta concurrieron los funcionarios departamentales señores Julio C. Gaitán, Jorge Peña Polo, Eduardo Araújo C. y el exponente, y concurrieron el Contratista doctor Aparicio J. y su apoderado doctor Rafael Escallón; declara también que es cierto que en dicha reunión se presentó como base de discusión el proyecto de póliza que original forma los folios 116 y 117 del c. número 2, sobre adiciones al primitivo contrato del 14 de abril de 1937; afirma que los puntos que se iban discutiendo y que se acordaban, se escribían; que luego el Contratista doctor Aparicio no aceptó las modificaciones que la junta había aprobado con su apoderado. En efecto, en carta de dieciseis (16) de septiembre (fl. 123) dirigida por dicho Contratista al señor Secretario de OO. PP. y refiriéndose a dicha minuta, le dice que está imposibilitado para aceptar las estipulaciones tercera, cuarta y quinta, como no sea sustituyéndolas por una sola que fije un plazo único de prórroga para la entrega en la población de Gachetá, plazo que empezaría a contarse a partir de la fecha en que se perfeccionara la adición del contrato. Parece que a la Gobernación no satisfizo el proceder del Contratista y el señor Secretario de Obras Públicas dio respuesta al Contratista haciéndole saber la decisión del Departamento de poner término a la situación planteada alrededor del contrato, en una de estas tres formas: a) firma de la minuta convenida con el doctor Escallón como apoderado del Contratista; b) liquidación del contrato en forma amigable; c) declaración de caducidad. En carta fechada el veintitrés (23) de septiembre (fl. 144) manifiesta el Contratista al señor Secretario de OO. PP. que acepta forzado la segunda fórmula propuesta, o sea, la de liquidación del contrato en forma amigable y manifiesta que está dispuesto a iniciar inmediatamente con la persona designada por el Departamento los trabajos conducentes a esa liquidación. Al efecto, el veinticuatro (24) de septiembre de 1938, se suscribió por el Secretario de Obras Públicas y por el Contratista el convenio original que forma el fl. 146 del cuaderno número 1, y que dice..." (fls. 208 y 209 del c. número 1).

Seguidamente se transcribe en la sentencia la parte pertinente, que obra al fl. 139, de la paginación actualmente existente y el que corresponde al fl. 146 citado por el Tribunal.

Y más adelante, continúa así el **a-quo:**

"En desarrollo de este convenio, las partes verificaron la liquidación del valor de la obra realizada por el doctor Aparicio en la carretera del Guavio, entre abcisas k. 69-300 y k. 78-460 hasta la fecha de tal liquidación, o sea, hasta el treinta (30) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938). El resultado escrito de la liquidación forma los folios 147 a 150 inclusive (fls. 140 a 143 de la paginación actual, agrega la Sala) del cuaderno número 1, aparece autorizado con las firmas manuscritas del Contratista, Eduardo Aparicio J., del Ingeniero Interventor, E. Araújo Cuéllar, y del Ingeniero Ayudante, Federico Rodríguez P., y fechado el treinta (30) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938). La liquidación discrimina y especifica las explanaciones, obras de arte, afirmado y otros renglones, y arroja un saldo de **cuarenta y un mil cuatrocien-**

tos setenta y seis pesos con nueve centavos ($ 41.476.09) en favor del Contratista" (fls. 289 del c. número 1).

Pero posteriormente el Contratista se manifestó inconforme con esta liquidación y presentó una póliza en tal sentido (fls. 145 y sigts. ibídem), acompañada a la carta suscrita el 8 de octubre del mismo año (fls. 144 ibídem), en la que el monto correspondiente asciende a la suma de **$ 55.102.89.**

Ante este nuevo aspecto de la situación, sobrevino la declaración de caducidad, como una defensa prevista en la cláusula décimanovena de la estipulación.

Son estas las palabras del fallador de primera instancia a este respecto:

"El lector pensará que allí terminó la disputa entre el Contratista y el Departamento alrededor del zarandeado contrato Aparicio. No ocurrió así. El ocho (8) de octubre siguiente el Contratista se dirigió nuevamente al Secretario de Obras Públicas, adjuntándole un proyecto de póliza que su apoderado doctor Aguilera Camacho había elaborado últimamente para la liquidación del contrato, y solicitándole discutir las estipulaciones contenidas en la mencionada póliza que puede leerse a folios 152 a 157 del cdno. número 1. De paso se advierte que en el nuevo proyecto de liquidación se eleva el valor total de la obra a la cantidad de **cincuenta y cinco mil ciento dos pesos con ochenta y nueve centavos ($ 55.102.89),** cuando la liquidación ya aprobada, computando, o agregando el cinco por ciento (5%) por valor de administración, imprevistos y sanidad de la obra ejecutada, porcentaje que arroja la cantidad de **dos mil setenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 2.073.80),** dicho valor definitivo apenas ascendía a **cuarenta y tres mil quinientos cuarenta y nueve pesos con ochenta y nueve centavos ($ 43.549.89)"** (fls. 289, 289 vto. del c. número 1).

Todos estos antecedentes son suficientes para formar el convencimiento de que la providencia del Tribunal, en cuanto fundamentación para la declaratoria de caducidad, está ajustada a la realidad operante en el expediente.

Hecho diez y seis

El hecho diez y seis de la demanda es el siguiente:

"**Diez y seis.** — El Departamento de Cundinamarca ordenó el cobro de la suma de cinco mil peso ($ 5.000) al fiador del peticionario, el Banco de Colombia de esta ciudad, haciendo efectiva una multa que no fue impuesta y al efecto pidió a dicha entidad dicha cantidad; el Banco la remitió inmediatamente. Esta multa como toda sanción no puede imponerse y hacerse efectiva sin que el multado o sancionado se pueda defender, es decir no puede ser vencido sin ser oído". (Fls. 26 y 26 vto. del cuaderno principal).

La respuesta al hecho supradicho fue negativa por parte del Departamento, alegando que "El numeral 2 de la Resolución número 7 en referencia, impone al Contratista la multa estipulada, para el caso de incumplimiento de sus obligaciones, como sucedió, y para ello estaba facultado por la cláusula décimaoctava del contrato en concordancia con las décimanovena y vigésimaprimera, siendo de advertir que para adoptar esa línea de conducta el Departamento agotó todos los esfuerzos posibles en busca de una solución amigable con el Contratista ante la situación planteada por incumplimiento, llegándose al extremo de que el demandante aceptaba unas bases de arreglo y horas después retiraba esa aceptación". (Fls. 35 ibídem). En forma análoga se pronuncia el señor Procurador del Departamento al folio 182, 182 vto. del cuaderno número 1).

Dice la cláusula 18 del contrato:

"En caso de incumplimiento de este contrato, el Contratista pagará al Departamento una multa de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda legal, que el Departamento podrá hacer efectiva por sí mismo".

Y en los considerandos sobre la resolución en que se impuso la multa se dijo que el Contratista se había comprometido a ella en el evento de incumplimiento contractual en todas o cada una de las estipulaciones.

En el ordinal 6 de tal resolución consta lo siguiente: "Por la sección a que corresponde se procederá a hacer efectiva la multa de que se trata en esta resolución contra el Contratista o contra sus fiadores, llegado el caso..."

En presencia de lo transcrito puede afirmarse que sí existió la resolución que echa de menos el demandante.

Conforme al artículo 256 de la ley 167 de 1941 "en la cláusula de caducidad se establecerán los efectos que ésta produce, una vez declarada por el Gobierno, y las prestaciones a que las partes queden obligadas".

Comenta así esta norma el profesor doctor Tulio Enrique Tascón: "Este artículo se ocupa en una materia propia del Código Fiscal y no ha debido figurar en este código; pero llena un gran

vacío que se notaba en la legislación previniendo un litigio judicial consiguiente a la declaración administrativa".

Tal disposición tiene su imperio en los contratos de la Administración nacional.

Ante las disposiciones constitucionales y legales son las ordenanzas las que determinan las normas especiales a que han de someterse los contratos de los Departamentos, relativos a obras en que éstos inviertan sus recursos, cuya administración les corresponde con toda independencia.

No se aportaron al proceso las ordenanzas de Cundinamarca relacionadas con la caducidad para poder estudiar a la luz de ellas cuál es la naturaleza de la multa. En esas condiciones es lo más equitativo considerarlas desde el punto de vista civilista, como lo hizo el **a quo,** cuya exposición al respecto se reproduce a continuación en lo sustancial:

"El hecho **diez y seis** de la demanda ataca el artículo 2 de la Resolución gubernamental, en cuanto hizo efectiva la multa de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda legal corriente, como lo dispone la cláusula décimaoctava del contrato.

"En principio, la ejecutoria del decreto de caducidad servía de base a dicha medida de carácter meramente administrativo. Para una decisión sobre el particular, es necesario aplicar los artículos 2369 y 2370 del Código Civil, que establecen:

"Artículo 2369. El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos.

"Puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor.

"Afianzado un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva". (Se subraya).

"... ... ...

'Artículo 2370. El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que accede la fianza, pero puede obligarse en términos menos gravosos.....

"La fianza que excede bajo cualquiera de los respectos indicados en el inciso primero, deberá reducirse a los términos de la obligación principal.

"En caso de duda se aceptará la interpretación más favorable a la conformidad de las dos obligaciones principal y accesoria".

Comenta don Fernando Vélez:

"Pedro se compromete a ejecutarle un trabajo a Juan, como construír una casa o una cerca, y da como fiador a Diego. Si llega el caso de hacer efectiva la fianza, a Diego no puede condenársele sino a pagar la indemnización que deba Pedro por la no ejecución de la obra, **indemnización que ha podido estimarse en una cláusula penal** (se llama la atención), la cual quizás pueda hacerse efectiva en procedimiento sumario contra el fiador".

"Ya se anotó que por la cláusula **décimaoctava** del contrato se estipuló una **pena**l del incumplimiento por la cantidad de $ 5.000 moneda corriente, que el Departamento podía cobrar o hacer efectiva por sí mismo, y que por la cláusula vigésimaprimera el Banco de Colombia se constituyó fiador mancomunado y solidario del Contratista por la misma cantidad, para garantizar el cumplimiento del contrato.

"El doctor Aparicio entró en mora de cumplir el contrato desde el día catorce (14) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (artículo 1608, inciso 1º del C. C.). Luego por ministerio de la ley (artículo 1595 ibídem) incurrió en la pena y la resolución de caducidad no hizo otra cosa que reconocer ese fenómeno legal. Así nació y se hizo exigible del Contratista la penal del incumplimiento prevista en el contrato, por la cantidad de cinco mil pesos, y, por lo tanto, también se hizo exigible del fiador la correspondiente obligación accesoria.

"En principio, pues, el artículo segundo de la resolución de caducidad tiene fundamento legal.

'No obstante la Sala sentenciadora estima que, puesto que el doctor Aparicio sí cumplió una parte de la obligación principal, entregando al Departamento parte de la zona de carretera que fue materia del contrato, entrega que fue aceptada por el Departamento, cabe aplicar el mandato del artículo 1596 del C. C.: 'Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal'.

"En consecuencia, el demandante tiene derecho a que del monto de $ 5.000 percibidos por el Departamento del Banco de Colombia, a título de multa, se descuente y se le devuelva la parte proporcional al sector de carretera que le entregó". (Fls. 292 a 293 del c. número 1).

La Sala considera:

Si la pena estipulada es, por regla general, una compensación, nada más lógico que lo dispuesto por nuestro C. C.

Fue, por tanto, acomodada a la ley y la justicia la decisión del Tribunal.

Hecho diez y siete

Este hecho no existe en la demanda, pues en ella se pasó del hecho anterior al diez y ocho, de que se ocupará la Sala seguidamente.

Hecho diez y ocho

El hecho décimooctavo del libelo se encuentra concebido dentro de los siguientes términos:

"**Diez y ocho.** — El Departamento de Cundinamarca, por medio de sus empleados y posteriormente a la caducidad del contrato, se incautó, a pesar de la prevención o aviso hecho a la Secretaría de OO. PP. del Departamento, varias cantidades de triturado, arenas, sillares, vigas, herramientas y otros objetos, de bastante valor, objetos y enseres de exclusiva propiedad del peticionario y que el Departamento ha empleado en la misma carretera, sin permiso de su dueño y sin haber pagado su valor".

El Departamento, por medio de sus voceros, Fiscal y Procurador especial para el juicio, niega la veracidad del hecho transcrito, alegando que "al continuar el Departamento directamente los trabajos, tomó los materiales que se habían incorporado a la liquidación verificada por el Contratista demandante y el ingeniero Interventor, doctor Araújo Cuéllar, como base de los proyectados arreglos amigables, liquidación que se conserva original y firmada por el doctor Aparicio J. en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento".

Y más adelante continúa así la réplica al hecho de que se trata: "De acuerdo con el inventario de herramientas y máquinas suministradas en préstamo al Contratista demandante, quien dió recibos al verificar las entregas, con posterioridad a la declaratoria de caducidad y en virtud de no haber querido hacer entrega voluntaria el doctor Aparicio J. como se le pidió ahincadamente, el Departamento, con intervención de la autoridad policiva competente, recibió las herramientas y maquinarias de su propiedad, como consta del acta de la respectiva diligencia". (Fls. 35 y 183, respectivamente, del c. número 1).

El Tribunal, en somero análisis, expresa que con respecto a este hecho fueron adelantados algunos conceptos en los autos sobre objeciones al dictamen de los expertos y los da por reproducidos, agregando, además, lo siguiente:

"Se observa que los documentos de folios 159 a 173 del c. número 1 se refieren a la toma por parte del Departamento de herramientas y materiales de propiedad suya, cumplida como efecto de la caducidad del contrato, y que las cantidades de arenas, triturado, vigas y otros elementos que han podido pertenecer al Contratista quedaron incluídos en la liquidación convencional del contrato que se llevó a cabo el 30 de septiembre de 1938, por lo cual su valor está amparado por el artículo 3 de la resolución de caducidad que acepta y reconoce para el Departamento el contenido de esa acta inventarial, deduciendo como precio total de la obra ejecutada del Contratista la cantidad arriba indicada de $ 43.549.89 moneda corriente. Por lo visto, no hay para qué hacer pronunciamiento especial en este fallo acerca de esos puntos, ya que la supradicha liquidación y el decreto de caducidad habrán de respetarse en el particular'. (Fls. 293 vto. del cuad. principla).

La providencia a que hace alusión el fallo del Tribunal, en la parte que se deja transcrita, es la que lleva por fecha 20 de febrero de 1940 y que obra al fl. 12 y sigts. del cuad. número 4, sobre las objeciones hechas al dictamen pericial.

La cláusula **octava** del contrato se refiere a la maquinaria y demás herramientas suministradas al Contratista "en calidad de préstamo", bajo riguroso inventario, pero sugiere que éste se "obliga a devolver al Departamento tanto la maquinaria como las herramientas una vez entregada la obra, en perfecto buen estado, salvo el deterioro natural causado por el uso legítimo". En la cláusula **vigésimaprimera,** al transcribirse el documento por medio del cual el señor Roberto Michelsen actúa en representación del Banco de Colombia, como fiador solidario de las obligaciones aceptadas por el Contratista, se hace análoga alusión.

Bajo estas previsiones, surgen como antecedentes de lo que el apoderado del Contratista denomina "incautación" por parte del Departamento, **manu militari,** de los enseres que le fueron suministrados, las notas de 8, 25 y 30 de noviembre de 1938, suscritas la primera (fls. 152 del cuad. principal), y última (fls. 171 del cuad. número 2) por el doctor Aparicio Jaramillo, y la de 25

de los mismos por el doctor Peña Polo, Secretario de Obras Públicas. (Fls. 1458 ibídem).

Además, con fecha 3 de noviembre de 1938 (fls. 171 ibídem) el doctor Aparicio se dirigía al doctor Peña Polo, Secretario de Obras Públicas del Departamento, anunciándole el recibo del oficio número 4206 en que aquel funcionario le ponía sobre aviso con respecto al propósito del Departamento de recoger la herramienta y demás enseres que le había suministrado al Contratista para el adelantamiento de los trabajos.

De otro lado, con fecha 13 de diciembre de 1938, oficio número 5866, el Secretario de Gobierno del Departamento, doctor Bernardo Rueda Vargas, se dirigía al Alcalde de Gachetá dándole las instrucciones indispensables para atender a la diligencia de entrega de los materiales, y autorizándolo para fijar día y hora con tal finalidad. (Fls. 154 del cuaderno principal).

El señor Alcalde, en acatamiento de lo anterior, dispuso lo siguiente el 22 del mismo mes:

"En tal virtud señálase el día veinticuatro de los corrientes a las ocho de la mañana para dar comienzo y llevar a cabo la citada diligencia.

"Telegráficamente dése aviso al Contratista y al Almacenista por conducto de la Secretaría de Gobierno, del señalamiento del día y hora para la precitada diligencia". (Fls. 155 del cuaderno número 1).

En esa misma época, el Secretario de Obras Públicas del Departamento nombraba, como representante de aquella entidad para la supracitada diligencia, al señor Lisímaco Isaacs. (Fls. 143 del c. número 2).

Con relación al doctor Aparicio también medió comunicación en que se le imponía de la diligencia correspondiente, y en telegrama de 28 de diciembre él se dirigía al Alcalde de Gachetá oponiéndose por anticipado a "la incautación de máquinas, enseres carretera Guavio". (Fls. 156 del cuaderno principal).

La diligencia tuvo ocurrencia y de ella se levantó el acta visible al fl. 157 y siguientes del cuaderno número 1, la que fue suscrita por el señor Alcalde, Felipe Garavito, el almacenista de la Secretaría de OO. PP. del Departamento y los testigos Federico Rodríguez y Alfonso Herrera.

Dicha acta fue remitida a la Secretaría de Obras Públicas, como se había solicitado, con la nota de 3 de enero de 1939, suscrita por el Secretario de Gobierno del Departamento, doctor Bernardo Rueda Vargas. (Fls. 153 del cuaderno principal).

La prenombrada diligencia provocó por parte del Contratista la contrariedad que se refleja en las notas a que se refiere la respuesta dada por el Secretario de Obras Públicas, con fecha 20 de febrero de 1939, visible al folio 144 del cuaderno número 2.

Resulta, pues, infundado el cargo formulado en el hecho décimooctavo de la demanda, cuyo análisis queda agotado. Bastará sólo transcribir los siguientes apartes, que prohija la Sala, del auto de febrero 20 de 1940, sobre objeciones al dictamen pericial:

"...Ejecutoriado el Decreto de Caducidad, la devolución de esos elementos a la entidad prestamista se imponía como consecuencia necesaria, y como el doctor Aparicio no era el dueño de las herramientas, es claro que no podía constituír sobre ellas ningún derecho de prenda en favor de los trabajadores. La recuperación de la herramienta por parte del Departamento y como consecuencia de la caducidad del contrato, se presenta, pues, como un acto legítimo de dueño, cumplido normalmente dentro de las relaciones contractuales de las partes e incapaz por tanto de causar al Contratista el perjuicio a que aluden los señores peritos al contestar el punto décimocuarto del cuestionario que les propone el demandante". (Fls. 25 voto., 26 del cuad. número 4, objeciones al dictamen de los peritos).

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE:

CONFIRMANSE los numerales primero (1º), segundo (2º), tercero (3º), quinto (5º) y sexto (6º) del fallo apelado;

Se REVOCA el numeral cuarto (4º), y en su lugar se resuelve:

No es el caso de hacer la declaración de reintegro del Contratista al Departamento de Cundinamarca, por concepto de la compra y transporte de las estructuras metálicas para los puentes "Elisio Medina" y "El Guavio". Quedan, con todo, a salvo los derechos que por esta causa pueda hacer valer el Departamento mencionado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P., Srio.

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO

1.—Antes de expedirse el art. 10º de la ley 160 de 1936, ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había consagrado la doctrina que después estableció la ley, de que la reserva del subsuelo petrolífero en favor del Estado se hizo al expedirse el Código Fiscal de 1873, y que desde entonces las adjudicaciones de tierras baldías a particulares no han llevado consigo ciertas sustancias minerales ni los yacimientos de hidrocarburos. Esto sentado y especialmente ya en la vigencia de la ley 160 de 1936, era natural que los jueces reconociesen valor probatorio para acreditar la exigencia del artículo 10º de dicha ley, a cualquier demostración legal admisible según las reglas generales que rigen la materia de las pruebas. Por eso ha declarado la Corte: "No es indispensable para acreditar el dominio privado del petróleo, ante el Poder Judicial, que se presente un título emanado del Estado, como sí lo es ante el Ministerio del ramo. La Corte, en la amplitud no limitada que tiene para admitir y apreciar las pruebas, puede aceptar, en los juicios sumarios, cualquiera demostración que satisfaga en forma plena la exigencia del artículo 10º de la ley 160 de 1936, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873". La misma doctrina se encuentra en sentencia del 10 de abril de 1940. No ocurre lo propio tratándose de la comprobación que la ley exige para el reconocimiento de la propiedad privada petrolífera ante el Ministerio del ramo correspondiente. Para el trámite administrativo, conforme al artículo 7º de esa ley, es necesario acompañar ante el Ministerio la prueba determinada en el aparte a) de ese artículo, y por lo mismo, la demostración del dominio petrolífero se halla limitada a un título emanado del Estado anterior al 28 de octubre de 1873 o a los documentos públicos que acrediten su existencia.

La amplitud reconocida a la justicia ordinaria ha permitido el desarrollo a la doctrina jurisprudencial en los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, que dan entrada a la comprobación del dominio privado del petróleo a otros medios de prueba, como es el de la prescripción, fundada en la explotación económica del terreno que fue realmente poseído con cultivos, ganados, etc., diferente de la prescripción exigida por el C. C.

Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y la certificación del Registrador de I. P. y la determinación precisa del terreno, que son, respectivamente, los requisitos previstos en los numerales b) y c) del artículo 28 de la ley del petróleo, modificado por el artículo 7º de la ley 160 citada, los exige la ley para avisos de exploración y explotación, es decir, que esas pruebas deben acompañar los avisos, y como éstos, con todos sus documentos, pasan a la Corte cuando el Ministerio se abstiene de hacer el reconocimiento de la propiedad privada del petróleo, ha de entenderse que las pruebas demostrativas de tales requisitos debe examinarlas también la Corte para constatar que se han producido en los términos del ordenamiento legal. La Corte debe pronunciarse, pues, no solamente sobre las comprobaciones del dominio privado del petróleo, en sí mismas, sino sobre el lleno de las otras demostraciones acerca de la propiedad en la persona que da el aviso de la determinación precisa del terreno. Respecto de las oposiciones, aunque según la ley los requisitos de que se ha venido hablando no son expresamente obligatorios, la igualdad de los dos casos, que dan origen a un mismo hecho jurídico procesal, para demostrar la propiedad privada del petróleo en una oposición a la celebración de un contrato y demostrarla en un aviso de exploración y explotación, lleva a una conclusión idéntica sobre la obligatoriedad de aquellos requisitos. Por eso la jurisprudencia de esta Sala

exige su cumplimiento cuando se trata de acreditar el dominio privado del petróleo en casos de oposiciones.

2.—Salvando el criterio de interpretación de los títulos hecho por la Procuraduría, que lleva razonablemente a exigir, para la seguridad de la determinación de los lotes o áreas, su verificación sobre el terreno, estima la Sala que no es en todos los casos indispensable que tal verificación se haga. Concretando el concepto a lo que ocurre en la determinación de las tierras comprendidas en una propuesta de contrato o en una oposición, la Sala estima, y así lo ha practicado, que cuando quiera que el Ministerio del ramo formula objeciones o reparos a la precisa determinación de las tierras y posteriormente esos interrogantes no se contestan satisfactoriamente con pruebas complementarias durante el trámite del asunto en la Corte, por no poder oponer ella al juicio de los expertos otro parecer técnico, ha de dar valor a las objeciones que se hicieron en el trámite administrativo y, por consiguiente, declarar la ineficacia de los títulos por lo que mira a la determinación precisa de las tierras. Pero cuando el Servicio Técnico del Ministerio no ha presentado objeciones en el particular, es natural y justo procesalmente deducir que los títulos en cuestión satisfacen los requisitos necesarios para la determinación de las áreas respectivas en el terreno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Alvaro Reyes presentó al Ministerio del ramo una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en un globo de terreno de cuarenta y ocho mil setecientas treinta y ocho (48.738) hectáreas, ubicado en los Municipios de Girardot, Ricaurte, Nilo, Tocaima, Nariño y Agua de Dios, en el Departamento de Cundinamarca. Registrada la propuesta con el número 119 y admitida se hicieron las publicaciones y emplazamientos prescritos por la ley, y dentro del término establecido en ella, se presentaron numerosas oposiciones por personas que afirman es de propiedad privada el petróleo que se encuentra en el subsuelo de los inmuebles de que son dueños. El Ministerio de Minas y Petróleos profirió el 7 de mayo de 1944 una Resolución en la cual se dice que como las oposiciones fueron presentadas oportunamente, que en ellas se alega propiedad privada del petróleo y que se han allegado las pruebas de que los interesados pretenden fundamentar sus derechos, se admiten las oposiciones y se ordena el envío de ellas a esta Sala de la Corte para que aquí se decida si son o no fundadas las pretensiones de los opositores (artículo 5º, Ley 160 de 1936). En la mencionada providencia advierte el Ministerio que si bien es verdad que no está debidamente comprobado que todos los terrenos que sirven de base a las oposiciones se hallen superpuestos por la propuesta de contrato, en vista de la duda que se presenta, se opta por el envío de las oposiciones respectivas a la Corte Suprema.

La propuesta de contrato y las oposiciones

El proponente señaló la siguiente alindación al globo de terreno a que la propuesta se refiere:

"Como punto de partida se ha tomado la desembocadura del río Bogotá en el río Magdalena, donde se colocó un mojón de concreto en la punta de tierra formada por la unión de la margen izquierda del río Bogotá, con la margen derecha del río Magdalena. Dicho punto está señalado en el plano con la letra 'A', y sus coordenadas geográficas son: latitud cuatro grados, diez y siete minutos quince segundos norte (4º17'15"N); longitud cero grados cuarenta y cuatro minutos ocho segundos al Oeste de Bogotá (0º44'08W de Bogotá). Partiendo del punto 'A' el lindero sigue por toda la margen derecha del río Magdalena, aguas abajo, hasta el punto 'B'. La línea recta que une los puntos 'A' y 'B' tiene un rumbo de Norte veinticuatro grados diez minutos Oeste (N. 24º 10'W) y de longitud de once mil quinientos treinta (11.530) metros. Del punto 'B' el lindero sigue en línea recta con un rumbo de Norte cincuenta y ocho grados, cincuenta minutos Este (N. 58º50'E) y una longitud de veintidós mil novecientos metros (22.900) hasta el punto 'C'. Del punto 'C', el lindero sigue una línea recta con un rumbo de Sur veintinueve grados cuarenta y cinco minutos Este (S. 29º45'E.) y una longitud de diez y seis mil novecientos veinte metros (16.920) hasta el punto 'D'. Del punto 'D' el lindero sigue una línea recta con rumbo Sur cin-

cuenta y un grados cincuenta y cinco minutos Oeste (S. 51º55'W) y una longitud de diez y nueve mil setecientos veinte metros (19.720) hasta cortar la margen derecha del río Sumapaz, que más abajo se llama río Fusagasugá, en el punto 'E'. Del punto 'E' el lindero sigue por toda la margen derecha del río Sumapaz, o Fusagasugá, aguas abajo, hasta la desembocadura de éste en el río Magdalena, y de aquí continúa por la margen derecha del río Magdalena, aguas abajo, hasta el punto de partida 'A', situado en la desembocadura del río Bogotá. La línea recta 'E' 'A' tiene un rumbo de Norte cincuenta y nueve grados cincuenta y siete minutos Oeste (N. 59º 57'W) y una longitud de ocho mil novecientos cincuenta y dos (8.952) metros. Todos los rumbos están referidos al meridiano astronómico establecido en el punto de partida 'A'.

El proponente afirma que el globo materia de la propuesta está formado por terrenos que no son baldíos pero cuyo subsuelo petrolífero es de propiedad nacional. Indica los siguientes propietarios o poseedores del suelo:

"Hacienda 'El Peñón', de Angel N. Buendía. Hacienda 'La Virginia' de los señores Cuéllar Durán. Hacienda 'El Perú', de Antonio y Luis Bustamante. Hacienda 'La Angostura', de Antonio y Luis Bustamante. Hacienda 'Santo Domingo', de Dolores y Balbina Perdomo Parga. Hacienda 'La Puya', de Mamerto Vásquez (Sucesión). Hacienda 'Chucundá', de Miguel I. Durán. Hacienda 'San Pablo', de Manuela Rocha. Hacienda 'La Vega de las Cruces', de Mercedes Nieto de Reyes. Hacienda 'Palermo', de Graciano García. Hacienda 'La Esperanza', de José Jesús Muñoz. Hacienda de 'Acuatá', de los señores La Torre. Hacienda la 'Argentina', de Teresa Nieto de Calderón y otros. Hacienda 'San Francisco', de Isaac Sarmiento. Hacienda 'El Michú', de José Vicente Pardo y otros. Hacienda 'La Cuna', de Teresa Campos de Segura. Hacienda 'San José', de propiedad del Lazareto de Agua de Dios. Hacienda 'La Meseta', de Ernesto Reyes. Hacienda 'Los Monos', de Ernestina Mora v. de Caicedo. Hacienda 'Las Varas', de Alfredo Wills. Hacienda 'Rezacón', de la sucesión de Agustín Morales Olaya. Hacienda 'Potosí', de Rafael Reyes. La Comunidad de 'Manuel', de varios propietarios como Hipólito Puentes, Alcides Mahecha, etc. La Comunidad de 'Hato Sucio', de Emilio Zamora y otros. Hacienda 'La Pradera', de Miguel Mor. Hacienda 'Potrerillos', de Emilio Laserna. Hacienda 'Presidente', de Alfonso Ruiz Casas. Hacienda 'Pubenza', de Octavio Perdomo.

El Ministerio de Minas y Petróleos pásó a la Corte Suprema de Justicia la propuesta de contrato con las oposiciones que a ella se hicieron y que son éstas: de Ernestina Mora v. de Caicedo; de Daniel Urquijo, de Marco A. Iriarte, de Mercedes Nieto de Reyes, de Julio César Santos, y Eduardo Muriel Rayo; de Elena Reyes de Nieto, Rafael Reyes E., Ernesto Reyes E. y Roberto Piedrahita; de Luis Bustamante, Antonio J. Bustamante, María de la Cruz Ramírez v. de Salguero, Agustín Salguero Ramírez, María Gertrudis Salguero Ramírez, Carlos Nemesio Sotomayor Cañón, Ildefonso Puentes, Andrés Calderón, Carlos Escobar Vega, María Elena Ortega de Escobar, Antonio Larrota, Marco A. Rincón, Rozo Arteaga Ramírez, Melitón Díaz, Pablo Martínez, Arturo García, Pedro Doncel, Teresa Nieto de Calderón, Vicente Pardo Echeverri, Obdulio Rodríguez Quimbayo, Miguel Avellaneda e Isaac Sarmiento y Alfredo Wills; de Alberto Morales Bárcenas, de Ana Palma de Bonnet, Alicia Palma de Borda, María Josefa de Duque Gómez y Alberto Palma Silva; de Raimundo Sánchez, de Emiliano Laserna, de María Carlina Lara v. de Rodríguez, de Julio Campo González, de Moisés Torres, de Pascual Díaz, de José Vicente Cuéllar, Francisca Antonia Silva de Cuéllar, Dolores Cuéllar de Becerra, Josefina Cuéllar de Escobar y Telésforo Cuéllar, de Graciano García, de Gonzalo Galindo y María Davis de Galindo, de Daniel Camacho y de Mercedes Sierra de Pérez. En total 19 oposiciones.

Los servicios Técnico y Legal del Ministerio hicieron sendos estudios de las oposiciones, que sirvieron de base a la Resolución ministerial que dispuso el envío del negocio a la Corte.

La actuación de la Corte Suprema

En ella se dispuso oír a los opositores y al señor Procurador Delegado en lo Civil. Algunos de los opositores intervinieron y solicitaron la apertura del juicio a pruebas, que fue concedida. Haciendo uso del término correspondiente varios interesados hicieron llegar al expediente los documentos que consideraron conveniente traer. En cuatro de las oposiciones los interesados solicitaron que se practicara por la Corte una inspección ocular en asocio de peritos sobre las tierras de su propiedad, la que en efecto se llevó a cabo con la presencia del Magistrado sustanciador, de

peritos y de representantes de las partes. Tales inspecciones se refirieron a las haciendas denominadas "Peñalisa", "La Meseta", "El Asilo" y "Batatillo", y "El Callejón" o "Buena Vista de Pagüey".

Los apoderados en la oposición de Luis Bustamante y otros, de Julio César Santos y otros, de Alberto Palma y otros, de Marco A. Iriarte, hoy sus herederos, de Alberto Morales Bárcenas y de Elena Reyes Uricoechea de Nieto y otros, presentaron a la Sala escritos para sustentar el derecho de sus poderdantes; y el señor Procurador Delegado en lo Civil presentó también alegato a nombre de la Nación.

Cumplido el trámite legal previsto para esa clase de juicios llegó la oportunidad de ponerle término al presente con la sentencia respectiva, y a ello procede la Corte, teniendo en cuenta las comprobaciones aducidas y las alegaciones presentadas por los interesados.

Presupuesto probatorio de la propiedad privada petrolífera

Conviene tener a la vista antes de acometer el estudio jurídico necesario para decidir respecto a la prosperidad de las oposiciones propuestas en este juicio, los preceptos legales, la doctrina jurisprudencial y los principios de Derecho que configuran el presupuesto probatorio de las acciones dirigidas a obtener el reconocimiento de la propiedad privada del petróleo.

No es él idéntico en lo administrativo y en lo judicial.

La Ley del Petróleo (160 de 1936) contiene el siguiente ordenamiento: "Artículo 10º — **Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873** y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal". Antes de expedirse esta disposición legal ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había consagrado la doctrina que después estableció la ley, de que la reserva del subsuelo petrolífero en favor del Estado se hizo al expedirse el Código Fiscal de 1873, y que desde entonces las adjudicaciones de tierras baldías a particulares no han llevado consigo ciertas sustancias minerales ni los yacimientos de hidrocarburos. Esto sentado y especialmente ya en la vigencia de la Ley 160 de 1936, era natural que los Jueces reconociesen valor probatorio para acreditar la exigencia del artículo 10º de dicha Ley, a cualquier demostración legal admisible según las reglas generales que rigen la materia de las pruebas. Por eso la Corte Suprema de Justicia ha declarado: "No es indispensable para acreditar el dominio privado del petróleo, ante el Poder Judicial, que se presente un título emanado del Estado, como sí lo es ante el Ministerio del ramo. La Corte, en la amplitud no limitada que tiene para admitir y apreciar las pruebas, puede aceptar, en los juicios sumarios, cualquiera demostración que satisfaga en forma plena la exigencia del artículo 10º de la Ley 160 de 1936, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873". G. J. número 1927, pág. 563, fallo del 15 de junio de 1937). La misma doctrina se encuentra en sentencia de 10 de abril de 1940 (G. J. números 1955 y 1956, pág. 375) y en otros fallos posteriores.

No ocurre lo propio tratándose de la comprobación que la ley exige para el reconocimiento de la propiedad privada petrolífera ante el Ministerio del ramo correspondiente. El artículo 7º de la ley 160 de 1936, que lo autoriza, dispone que la declaración sólo tendrá lugar si entre las pruebas que se acompañan al aviso figuran las siguientes:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acredite su existencia;

b) Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente; títulos y certificados que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria, y

c) La determinación precisa del terreno de que se trata.

En el trámite administrativo es pues necesario acompañar ante el Ministerio la prueba determinada en el aparte a) del artículo 7º transcrito, y por lo mismo, la demostración del dominio petrolífero se halla limitada a un título emanado del Estado anterior al 28 de octubre de 1873 o a los documentos públicos que acrediten su existencia.

La amplitud reconocida a la justicia ordinaria ha permitido el desarrollo a la doctrina jurisprudencial en los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, que dan entrada a la comprobación del dominio privado del petróleo a otros

medios de prueba, como es el de la prescripción fundada en la explotación económica del terreno que fue realmente poseído con cultivos, ganados, etc., diferente de la prescripción exigida por el C. Civil.

Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, y la determinación precisa del terreno, que son, respectivamente, los requisitos previstos en los numerales b) y c) del artículo 28 de la ley del petróleo, modificado por el 7º de la Ley 160 citada, los exige la ley para avisos de exploración y explotación, es decir, que esas pruebas deben acompañar los avisos, y como éstos, con todos sus documentos, pasan a la Corte cuando el Ministerio se abstiene de hacer el reconocimiento de la propiedad privada del petróleo, ha de entenderse que las pruebas demostrativas de tales requisitos debe examinarlas también la Corte para constatar que se han producido en los términos del ordenamiento legal. La Corte debe pronunciarse pues no solamente sobre las comprobaciones del dominio privado del petróleo, en sí mismas, sino sobre el lleno de las otras demostraciones acerca de la propiedad en la persona que da el aviso de la determinación precisa del terreno. Respecto de las oposiciones, aunque según la ley los requisitos de que se ha venido hablando no son expresamente obligatorios, la igualdad de los dos casos, que dan origen a un mismo hecho jurídico-procesal, para demostrar la propiedad privada del petróleo en una oposición a la celebración de un contrato y demostrarla en un aviso de exploración y explotación, lleva a una conclusión idéntica sobre la obligatoriedad de aquellos requisitos. Por eso la jurisprudencia de esta Sala exige su cumplimiento cuando se trata de acreditar el dominio privado del petróleo en casos de oposiciones.

OPOSICIONES DEL DR. MARCO A. IRIARTE Y SUS HEREDEROS

1) La propiedad de los terrenos.—Legitimación en causa de los opositores

El doctor Marco A. Iriarte presentó oposición fundándose en su derecho de dominio sobre los globos de terrenos ubicados en el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca, conocidos con los nombres de "El Asilo" y "Batatillo". El doctor Iriarte falleció y entonces se apersonaron en el juicio su cónyuge sobreviviente señora Paulina Rocha v. de Iriarte y los herederos del causante, sus hijos legítimos. Más tarde falleció la señora Rocha de Iriarte y los herederos de ésta acreditaron su carácter de tales en el juicio (artículos 632 y 597, ord. 2º del C. J.).

El derecho de dominio sobre los inmuebles mencionados, la hacienda "El Asilo" y el lote o potrero "Batatillo", lo adquirió el opositor Marco A. Iriarte en virtud de la venta que consta en escritura pública número 494 extendida en la Notaría del Circuito de Girardot el 21 de octubre de 1932, otorgada por Guillermo y Marco A. Cuéllar Cabrera como vendedores y Marco A. Iriarte como comprador. Se acompañó copia notarial de esta escritura con la constancia de su registro (C. número 5). Además se trajo un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot comprensivo de un período anterior mayor de treinta años, que contiene la relación de los títulos adquisitivos del dominio sobre los citados inmuebles.

Así se demuestra legalmente la propiedad privada de los terrenos objeto de esta oposición, en la forma exigida por el aparte b) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936. Y por esto y lo visto al principio de este acápite se acredita igualmente el interés legítimo del opositor y de sus herederos para intervenir en el presente juicio.

2) La propiedad del subsuelo. — Título emanado del Estado anterior al 28 de octubre de 1873

El opositor presentó al Ministerio una copia notarial registrada de la escritura pública número ciento setenta y uno (171) otorgada el 22 de marzo de 1853 en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, por la cual el Gobierno Nacional dio en venta al señor Fernando Nieto los terrenos conocidos con los nombres de "Loma Gorda" y "La Dormida".

En los antecedentes de esta venta, de que da cuenta la propia escritura, aparece lo siguiente, declarado allí por el Gobierno: Que aunque en la certificación expedida por el Secretario de Hacienda, en veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y nueve se indica que el denuncio de las tierras fue hecho como baldías, siempre es cierto que no pueden considerarse como tales puesto que de los informes que obran en este expediente, aquellas tierras pertenecieron a Domingo Alvarez de La Bandeira, quien fundó sobre ellas una capellanía dotada con tres mil pesos, cuyo patronato litigan los señores Durán Doncel. Que siendo esto así no se está en el caso

de proceder a la adjudicación de dichas tierras considerándolas como baldías, ni por consiguiente a practicar las diligencias prevenidas en la ley de la materia. Que aun cuando el denuncio de Claudio Doncel fuera hecho bajo el título de baldíos y aun cuando la adjudicación no puede hacerse en ese concepto, siempre es cierto que dicho Doncel en su calidad de denunciante adquirió el derecho que proviene en la disposición contenida en el artículo treinta y tres de la ley primera, parte segunda, Tratado quinto, Recopilación Granadina, que establece que los que descubran o denuncien bienes, derechos y acciones pertenecientes a la República tienen derecho a que se les adjudiquen por vales de la deuda consolidada. Que el señor Fernando Nieto en su escrito de diez y nueve de octubre de mil ochocientos cincuenta y dos y cesionario de los derechos adquiridos por Doncel, renuncia formalmente a la evisión (sic) y saneamiento en caso de que la litis sobre propiedad de los terrenos de que se trata sea decidida en contra de la Hacienda Nacional. Que al enajenar el Gobierno los derechos que pueda tener al exceso del valor de los terrenos sobre los tres mil pesos de la capellanía, ningún perjuicio se irroga a las otras partes que litigan por la propiedad de esos terrenos, pues que si la decisión judicial no es favorable al Fisco, ella surtirá sus efectos sin que obsten para ello el traspaso que el Gobierno haya hecho de sus derechos en favor de un tercero que renunciando a la evisión y saneamiento, queda sometido a las consecuencias. "Por estas consideraciones el Poder Ejecutivo resuelve: Primero: Llévese a efecto la Resolución de veinte i dos de octubre de mil ochocientos cincuenta i dos admitiéndose al señor Fernando Nieto la consignación de los respectivos vales de la deuda interior consolidada en pago del exceso del valor de las tierras de Loma Gorda y La Dormida sobre los tres mil pesos de la capellanía fundada por Domingo Alvarez de la Bandeira. Segundo. Resultando de las nuevas diligencias de avalúo remitidas últimamente por la Gobernación de Tequendama, que los espresados terrenos, incluyendo las mejoras que escistían en diciembre de mil ochocientos cuarenta i siete, han sido avaluados en doce mil quinientos pesos, la Subdirección del Crédito Nacional admitirá la consignación de los respectivos vales por los nueve mil quinientos pesos que quedan libres deducidos los tres mil pesos de la Capellanía; i la Tesorería General otorgará a favor del señor Nieto la correspondiente escritura, insertándose en ella, la que otorgara en favor del mismo señor Nieto, el señor Claudio Doncel cediéndole sus derechos como denunciante; i espresándose que el señor Nieto queda responsable por los referidos tres mil pesos de la capellanía. Si en algún tiempo se descubriese que el todo o alguna parte de las tierras de Loma Gorda i La Dormida son baldías, el Gobierno declara que en tal caso el Gobierno no pierde su derecho a enajenarlas conforme a la ley, puesto que la enajenación se hace en el concepto de que no son baldíos"... "I cumpliendo con lo mandado en la comunicación inserta, en la via i forma que más haya lugar en derecho i a nombre del Gobierno, OTORGA: Que da en venta desde ahora i para siempre al señor Fernando Nieto para sí o quien su derecho represente, es a saber: Los terrenos denominados Loma Gorda y La Dormida sitos en jurisdicción de la ciudad de Tocaima, bajo las condiciones que quedan mencionadas en la comunicación arriba inserta, por la cantidad de doce mil quinientos pesos en esta forma: Nueve mil quinientos pesos que ha consignado según aparece del oficio de la Subdirección de Crédito Nacional.—... De cuya entrega por no haber sido a mi presencia para dar fé de ella la confiesa a nombre del Gobierno i renuncia por éste a la **non numerata pecunia,** la ley nueve, Título primero, Partida Quinta y los dos años para la prueba de un recibo, por lo que, a nombre del Gobierno otorga en favor del señor Nieto el recibo más eficaz en forma congruente a su seguridad. Y tres (sic) en que debe subrogarse en su reconocimiento a favor de la capellanía fundada por Domingo Alvarez de la Bandeira, de los que pagará el rédito correspondiente de un cinco por ciento anual. Le da a nombre del Gobierno, los expresados terrenos con todas sus entradas y salidas, centros, vuelos, pastos, montes, abrevaderos, aguas vertientes, y corrientes, usos, costumbres, i derechos de servidumbre.... Enterado de esta escritura el señor Fernando Nieto, a su favor otorgada, dijo la acepta por estar a su satisfacción; que en su virtud cumplirá con otorgar la correspondiente escritura en favor del Capellán que sea nombrado a la fundada por Don Domingo Alvarez de la Bandeira.—... Así lo dijeron, otorgan y firman siendo testigos los señores.—En este estado espuso el señor Tesorero: Que los terrenos de los precitados terrenos de Loma Gorda y La Dormida son los siguientes: Del sitio nombrado El Volcán Colorado, tomando la zanja denominada La Dulce

hasta el Camino Real, de aquí línea recta también a el cerrito nombrado El Paradero, línea recta también a la cordillera o loma denominada Pan de Azúcar, ésta abajo a la última loma principal llamada Pan de Azúcar de donde trae su nombre la loma antes dicha, y de esta línea recta a la punta abajo de Loma Gorda, que termina en el río Bogotá, éste abajo, hasta su confluencia en el río Fusagasugá; éste arriba hasta la punta del cerro denominado Hedionda i de aquí por toda la cuchilla hasta dar al Volcán Colorado, primer lindero"...

Refiriéndose el Servicio Legal del Ministerio de Minas y Petróleos a este título de venta observó lo siguiente: "En el expediente tampoco aparecen datos acerca de si la Capellanía se extinguió por haber sido redimida o porque quedó vacante, o si se operó prescripción extintiva de las obligaciones del censatario (prescripción de treinta años, según el artículo 125 de la Ley 153 de 1887). En todo caso, cualquiera que hubiese sido la suerte de dicha institución, lo cierto es que si en la compraventa Fernando Nieto se subrogó en las obligaciones para con el Capellán— acatando la situación jurídica preexistente— el título a favor del comprador, por ello, no dejaba de tener todo el mérito jurídico propio de los actos de enajenación, no quedando afectado ni viciado en forma alguna, y de él puede decirse que tutela con toda eficacia el derecho del adquirente originario y de sus causahabientes. En otros términos, subsistía el derecho real sobre el inmueble y subsistían las obligaciones de orden estrictamente personal, del dueño del bien para con el acreedor de los réditos, lo cual quiere decir que las relaciones jurídicas entre Nieto y el Beneficiario de la Capellanía, no afectaron la enajenación que el Estado hizo como presunto dueño del predio llamado La Loma Gorda y La Dormida. Ahora conviene preguntar: ¿Esta Capellanía gravaba todas y cada una de las partes de las tierras en las cuales había sido constituída? ¿O, por el contrario, recaía sólo en parte determinada de ellas? En otras palabras: ¿El Estado vendió únicamente a Nieto la cuota correspondiente a nueve mil quinientos pesos de los doce mil quinientos pesos en que fueron avaluadas? Considero que no. La capellanía era, en principio, **indivisible,** y por tanto a ella es aplicable la norma de un gravamen parecido, la hipoteca, sobre la cual dice el artículo 2433 del C. C.: "La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella". La antigua legislación española establecía que no pueden dividirse entre dos o más personas las fincas gravadas con censo sin el consentimiento expreso del consualista. Es el mismo principio del artículo 114 de la ley 153 de 1887 que establece: "Aun cuando una finca censada se divida por sucesión hereditaria, el censo continuará gravando **el todo de la finca,** y no podrá la finca dividirse sin el consentimiento del censualista para reducir a una parte determinada de la finca censida el censo impuesto sobre toda la finca o para trasladar a otra finca el censo. La división, reducción o traslación del censo a que se contraen los anteriores párrafos, se hará siempre por escritura pública registrada; y faltando esta formalidad, quedará subsistente el primitivo censo". Así, pues, de no existir una prueba en contrario, lo presumible es que el gravamen consistente en la capellanía fundada por el señor Alvarez de la Bandeira, recaía sobre todas y cada una de las partes del inmueble objeto de la convención celebrada entre el Gobierno Nacional y el señor Fernando Nieto. En síntesis, considero que pueden sacarse las siguientes conclusiones del acto jurídico de que da cuenta la copia de la escritura número 171 a que vengo refiriéndome: El Gobierno Nacional enajenó el aludido inmueble al señor Fernando Nieto, aunque no como baldío; por no conocerse los antecedentes del asunto se ignora si se trataba de un bien vacante o de un bien oculto. No era, pues, clara la situación jurídica del inmueble en el momento de la convención: su titular podía ser el Gobierno o un tercero; no se conoce cuál haya sido el resultado del juicio que sobre el particular se ventilaba entonces y a que parece referirse la mencionada escritura. Pero también es verdad que no existe constancia de que el fundo en cuestión fuera reivindicado por un tercero. Por el contrario, los documentos que se han traído con varias oposiciones dan cuenta de que el fundo ha sido objeto de mutaciones de dominio entre los sucesores del primitivo titular. El precio del inmueble fue fijado en doce mil quinientos pesos. De estos recibió el Fisco nueve mil. Los tres mil quinientos restantes fueron reconocidos como deuda de Nieto a favor del Capellán, subsistiendo de ese modo el gravamen que incidía sobre el inmueble, así como las obligaciones de pagar los réditos, en los cuales subrogóse el comprador. Basado en lo que dejo dicho y a no ser que se presenten circunstancias distintas, consi-

dero que la escritura invocada en varias oposiciones y en la cual consta la referida compraventa, constituye un título eficaz para acreditar dominio sobre el subsuelo de las tierras a que ella se refiere. Es, en otras palabras, un título emanado del Estado que acredita que la propiedad de dichas tierras salió legalmente de su patrimonio antes de que la Nación se reservara el subsuelo". (Fdo.) Mario Escobar Mejía, Abogado Auxiliar de Petróleos. (Fol. 26 v., 27 y 27 v. C. número 2).

Ha hecho la Corte la precedente transcripción del estudio que sobre el título que aquí se examina realizó el Servicio Legal del Ministerio de Minas y Petróleos, para expresar su conformidad con él, con los conceptos que contiene y las deducciones a que llega, sin que a juicio de la Sala sea necesario agregar sino breves consideraciones. En opinión de ella la venta hecha por el Gobierno Nacional de las tierras denominadas Loma Gorda y La Dormida a Fernando Nieto en 1853 trasladó al dominio privado las tierras a que el contrato consignado en la escritura número 171 se refiere; pues como bien lo observa el Ministerio, el gravamen que quedó pendiente en razón de la capellanía debió extinguirse por haber sido redimido o por haberse operado el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de la obligación. De otro lado, no hay prueba alguna de que se hubiese realizado el evento previsto por el Gobierno al momento de dar en venta las tierras, de que se demostrase que éstas eran baldías y no de propiedad particular como se las consideró en el acto de la compraventa. El dominio se hizo perfecto a través del tiempo, si inicialmente no lo fue. Por todo ello la Corte debe admitir como válido para comprobar el dominio privado del subsuelo de las tierras llamadas Loma Gorda y La Dormida, el título que se ha aducido para fundar la oposición, otorgado a favor de Fernando Nieto en 1853 y del cual han sido sucesores legítimos el doctor Marco A. Iriarte, quien presentó la oposición, y sus herederos; y siempre que resulte establecida la determinación precisa del terreno, en los varios aspectos porque hay que contemplarla según la ley y la doctrina.

Debe agregarse que el señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa que "la citada escritura número 171 de 1853 constituye un título suficiente para demostrar que las tierras denominadas Loma Gorda y La Dormida salieron legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873".

3) La determinación precisa del terreno de que se trata

El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos estimó que "con los datos que suministran los documentos presentados no es posible localizar precisamente tales predios en un mapa de la región por no ser los linderos arcifinios ni estar fijados por rumbos y distancias". La diligencia de inspección ocular practicada por la Corte sobre los terrenos a que la oposición se refiere y el concepto rendido por los peritos han venido a aclarar satisfactoriamente las dudas que se presentaban sobre la localización de los terrenos. En efecto. El personal de la diligencia hizo el reconocimiento sobre el terreno de los principales puntos arcifinios y otros que aparecen en los títulos, como puede verse en el acta de la diligencia, a folios 51 y 52 del c. número 27. Y los peritos de común acuerdo declaran: "Son determinables sobre el terreno los diferentes puntos y linderos citados y enumerados en el aparte a) del memorial de pruebas". Esta parte del interrogatorio se refiere a los linderos y puntos que se mencionan en los títulos y documentos presentados por los opositores, en particular el Paso de Carrasposo, el río Fusagasugá, el camino del río Fusagasugá a Girardot y Tocaima, el camino que va a Tocaima, el mojón que marca el lindero de la hacienda de San Luis, el punto donde limitan las haciendas de La Dormida, Callejón y La Floresta, el Paso Real del río Fusagasugá, el puente sobre este río, el cerro de La Hedionda o La Dormida, la zanja llamada El Volcán, el sitio nombrado Volcán Colorado, la zanja denominada La Dulce, la loma Pan de Azúcar, Loma Gorda, el río Bogotá y su desembocadura en el Magdalena. "Figuran en el plano —dicen los peritos— todos los linderos y puntos que delimitan el potrero denominado Batatillo, lo mismo que los que constituyen los linderos de la hacienda de El Asilo. También aparecen la mayor parte de los puntos y linderos que forman los terrenos de Loma Gorda y La Dormida. Los sitios de Volcán Colorado, Cerro de Pan de Azúcar y Loma Gorda, no alcanzan a cobijarlos el plano. Los terrenos de la hacienda El Asilo, así como los del lote o potrero de Batatillo, están comprendidos dentro de los terrenos de Loma Gorda y La Dormida a que se refiere la escritura número 177 (sic) de 22 de marzo de 1853 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá (venta del Gobierno Nacional a Fernando Nieto) y éstos a su turno están comprendidos den-

tro de la propuesta del señor Alvaro Reyes. La hacienda conocida con el nombre de El Asilo y el potrero o lote conocido con el nombre de Batatillo, sí están debidamente determinados". (Fols. 16 y 16 vto. del c. 9).

Para llegar a las anteriores conclusiones los peritos hacen varias observaciones, poniendo en relación los datos que suministran los títulos con la verificación que de ellos hicieron sobre el terreno. Las deducciones de los peritos son claras y tienen apoyo en la inspección ocular y en los documentos por ellos examinados. Son tres los peritos que actuaron y su concepto lo rinden uniformemente.

Las deducciones de los peritos despejan las dudas que al Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos le suscitó el examen de los documentos que allí se presentaron.

El tercero de los extremos previstos en la ley, el de la determinación precisa del terreno, se halla pues debidamente establecido.

Por lo visto en el presente capítulo, la oposición que en él se estudia debe declararse fundada.

OPOSICION DE ALBERTO MORALES BARCENAS

1) La propiedad de los terrenos.—Personería sustantiva del opositor

Se funda esta oposición en la propiedad de Alberto Morales Bárcenas sobre el suelo y el subsuelo de la hacienda llamada "Peñalisa", situada en el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca.

En la escritura pública número 535 de 16 de marzo de 1943, de la Notaría 5ª de Bogotá se halla protocolizado el juicio de sucesión de Agustín Morales Olaya y en él la hijuela de adjudicación a Alberto Morales Bárcenas de la hacienda Peñalisa. El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Girardot afirma que en un período anterior de treinta años se inscribieron en el registro los sucesivos títulos traslaticios de dominio de la referida hacienda, que fueron cancelados los registros anteriores al de la hijuela del opositor y que el otorgado a favor de Alberto Morales Bárcenas se halla vigente. Estas certificaciones demuestran, según la ley, que el opositor es dueño con título inscrito de la hacienda Peñalisa, inmueble a que se contrae la oposición, y se acreditan igualmente las mutaciones de dominio de ese inmueble en un lapso de treinta años. Estos son, en cuanto al suelo, los presupuestos que la ley del petróleo exige.

Teniendo el señor Morales Bárcenas la calidad de dueño de la hacienda Peñalisa, con las condiciones anotadas, tiene, asimismo, personería sustantiva para proponer la oposición e intervenir en el presente juicio.

2) La propiedad del subsuelo.—Título anterior al 28 de octubre de 1873

Para demostrar que el inmueble de la oposición salió legalmente del patrimonio de la Nación antes de producirse la reserva del petróleo en favor del Estado, se presenta el mismo título aducido en la oposición de Marco A. Iriarte, o sea una copia de la escritura de venta de los terrenos de Loma Gorda y La Dormida hecha por la Nación a Fernando Nieto en 1853. Sobre la validez de este título se remite la Sala a lo ya dicho en relación con él al estudiar la oposición de Iriarte, donde se llega al reconocimiento de su valor comprobatorio para demostrar que esas tierras se trasladaron legalmente del patrimonio nacional al patrimonio particular antes de 1873.

3) La determinación precisa del terreno

La inspección ocular practicada por la Corte sobre los terrenos de Peñalisa y la intervención de peritos establecieron claramente que los linderos y puntos que delimitan la actual hacienda de Peñalisa y la mayor parte de los terrenos de Loma Gorda y La Dormida son determinables sobre el terreno, que la hacienda está debidamente determinada, que los terrenos que la forman se hallan comprendidos dentro de los de Loma Gorda y La Dormida, a que se refiere la escritura número 171 de 1853, y que éstos y los de Peñalisa están comprendidos dentro de la propuesta de Alvaro Reyes.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa favorablemente a la prosperidad de esta oposición.

La Sala ha de declarar que se halla fundada.

OPOSICION DE HELENA REYES ELICECHEA DE NIETO, RAFAEL REYES ELICECHEA, ERNESTO REYES ELICECHEA Y ROBERTO PIEDRAHITA E.

1) La propiedad del terreno.—El interés en juicio de los opositores

La oposición se basa en el dominio de estas personas sobre el suelo y el subsuelo de la hacienda llamada "La Meseta", ubicada en el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca.

Son dueños en común y proindiviso de dicho predio: Helena Reyes Elicechea de Nieto adquirió sus derechos en la sucesión por causa de muerte de su padre Ernesto Reyes Molina, a título de heredera, como así lo demuestra la escritura 2339, del 9 de septiembre de 1942, Notaría 2ª de Bogotá; Rafael Reyes Elicechea adquirió sus derechos también a título de herencia y según lo comprueba la misma escritura, y por venta que le hizo de sus derechos Victoria Reyes Elicechea de Carrizosa (escritura 2297, 24 de junio de 1942, Notaría 4ª de Bogotá); Ernesto Reyes Elicechea adquirió a título de herencia, como lo demuestra la citada escritura número 2339, de 9 de septiembre de 1942, Notaría 2ª de Bogotá; y Roberto Piedrahita E. adquirió sus derechos por las ventas que le hicieron Rafael Reyes Elicechea y Victoria Reyes Elicechea de Carrizosa (escrituras públicas 2454, de 3 de julio de 1942, Notaría 4ª de Bogotá, y 2297 de 24 de junio de 1942, de la misma Notaría). Los interesados presentaron un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot, que abarca un período anterior de más de treinta años, que contiene la constancia de haber sido inscritos los sucesivos títulos adquisitivos de dominio sobre la hacienda de La Meseta, las cancelaciones anteriores y la afirmación de estar vigentes los títulos de dominio de los opositores. En esta forma se ha comprobado el interés legítimo de ellos para estar presentes en este juicio.

2) La propiedad del subsuelo.—Su demostración con título anterior a la reserva

Presentan los opositores como título emanado del Estado una copia de la escritura número 171 de 22 de marzo de 1853 en que consta la venta del Gobierno Nacional a Fernando Nieto de las tierras denominadas Loma Gorda y La Dormida. La eficacia de este título quedó ya estudiada en la oposición de Marco A. Iriarte y a esa parte del fallo se remite la Corte para reconocerle valor en la presente oposición.

3) La determinación precisa del terreno

El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos observó que había una diferencia de sesenta y cinco hectáreas aproximadamente entre el área fijada por los opositores y la obtenida con planímetro por el Ministerio, y que los linderos indicados en la oposición eran imprecisos y adolecían de ciertas contradicciones. Estos reparos fueron contestados satisfactoriamente en la inspección ocular que la Corte practicó sobre los terrenos y por el estudio de los peritos que intervinieron en la diligencia. Refiriéndose a esta cuestión el señor Procurador Delegado en lo Civil dice: "Durante el término probatorio del juicio sumario, esa H. Corte practicó una inspección ocular en asocio de peritos, sobre el inmueble denominado La Meseta. En el dictamen pericial referente a esta oposición (fols. 11 y ss. C. número 31), los señores peritos explican suficientemente, en mi opinión, y con incuestionables razones de orden técnico, las aparentes contradicciones indicadas por el Ministerio. Por lo demás, en el mismo dictamen, que hace plena prueba según el artículo 722 del C. J., los señores peritos llegaron, en síntesis, a las siguientes conclusiones: Que son determinables sobre el terreno los diferentes puntos y linderos citados y enumerados en el aparte a) del memorial de pruebas de la oposición; que figuran en el plano todos los linderos y puntos que delimitan la actual hacienda de La Meseta; que la actual hacienda de La Meseta está debidamente determinada; y que los terrenos de la actual hacienda de La Meseta están comprendidos dentro de los terrenos de Loma Gorda y La Dormida, a que se refiere la escritura número 171 de 1853, y que éstos a su turno están comprendidos dentro de la propuesta del señor Alvaro Reyes. En consecuencia está plenamente acreditado que La Meseta hizo parte de Loma Gorda y La Dormida; que estas tierras, vendidas por el Gobierno a Fernando Nieto, se hallan dentro del área de la propuesta; y que la finca La Meseta está precisamente determinada".

Se han demostrado los presupuestos legales necesarios para que prospere la oposición examinada en este capítulo.

OPOSICION DE ERNESTINA MORA vda. DE CAICEDO

1) La propiedad de los terrenos.—Interés en la causa

Esta oposición se basa en la propiedad de la opositora sobre unos lotes de tierra ubicados en

el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca, que forman la hacienda denominada "Los Monos", que hacía parte de la antigua hacienda de Peñalisa, antes denominada Loma Gorda y La Dormida.

Por medio de la escritura pública número 1584, de 6 de junio de 1940, Notaría 4ª de Bogotá, se protocolizó el juicio de sucesión de Miguel Caicedo y en él la hijuela a favor de Ernestina Mora vda. de Caicedo, donde aparece habérsele adjudicado en propiedad la hacienda de Los Monos, formada por varios lotes de terreno, situada en el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca. El certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot el 3 de noviembre de 1942 demuestra que en el registro correspondiente se inscribió la adjudicación mencionada a favor de Ernestina Mora vda. de Caicedo, las transmisiones de dominio en un período anterior de treinta años, y la constancia de hallarse vigente, por no haberse cancelado según lo previsto en el artículo 789 del C. C., la posesión y el dominio que sobre dicho inmueble adquirió la señora Ernestina Mora vda. de Caicedo en la sucesión de su esposo. Por estos medios se demuestra que la opositora es dueña de la hacienda a que contrae su demanda y se comprueban además las transmisiones de dominio en el lapso exigido por la ley del petróleo.

Tiene pues Ernestina Mora vda. de Caicedo interés legítimo para proponer y sustentar la oposición.

2) La propiedad del subsuelo.—Título anterior a la reserva petrolífera

Hace derivar la opositora su derecho de la escritura número 171 de 1853, citada varias veces en este fallo, y que contiene la venta que la Nación hizo a Fernando Nieto de las tierras llamadas Loma Gorda y La Dormida. Por lo que respecta al título que se aduce para comprobar la propiedad del subsuelo, no es necesario agregar consideración alguna a las ya expuestas cuando ese título se estudió en la oposición de Marco A. Iriarte y sus herederos y que han llevado a la Sala a reconocerle valor demostrativo de que las tierras comprendidas por aquel título salieron del patrimonio de la Nación antes del 28 de octubre de 1873.

3) La determinación precisa del terreno

Por lo que toca a la relación en que están las tierras comprendidas por el título actual y las de la propuesta de contrato presentada por el señor Alvaro Reyes, tanto el Servicio Técnico del Ministerio del ramo como el señor Procurador Delegado en lo Civil están de acuerdo en admitir que las tierras de la oposición quedan comprendidas dentro del área de la propuesta de contrato.

El Servicio Técnico dice: "La extensión superficiaria de tal lote (el de la opositora) es de 740 fanegadas con 3.039 varas cuadradas; los terrenos de Loma Gorda y La Dormida, llamados también Peñalisa, le fueron adjudicados por el Gobierno de la Nueva Granada a Fernando Nieto....., y como la totalidad del globo de tierra denominado antiguamente Loma Gorda y La Dormida queda superpuesta por el lote solicitado en concesión por el señor Alvaro Reyes, se deduce lógicamente que cualquier porción de aquellos —caso en que se halla la finca de Los Monos— sufre la misma superposición".

Observa el señor Procurador Delegado en lo Civil que "no consta que el Ministerio hallara determinado con toda precisión el lote objeto de la oposición". Y agrega: "Es cierto que los títulos de propiedad y el certificado del Registrador que se han presentado parecen revelar que la finca Los Monos se halla debidamente identificada, pero esta circunstancia no puede bastar ya que la Procuraduría ignora si los puntos y regiones a que se hace referencia en aquellos títulos y en aquel certificado son actualmente identificables sobre el terreno; ignora si los mojones y accidentes del terreno que figuran en los títulos y en el certificado aludido subsisten hoy; ignora si los nombres referentes a determinados sitios (v. gr. "Iguá", "alberca del Sinú", "casa de Miguel Jiménez", "puerta de Rondinella", "Alberca de El Picante", "contrafuertes de la Serranía del Callejón", etc.), corresponden en la realidad a puntos precisos o a regiones más o menos extensas que pudieran hacer variar las líneas del polígono; e ignora si el lote alinderado como se dice en el memorial de oposición tiene la cabida que allí se le asigna".

Tiene razón la Procuraduría en sus observaciones porque no hay en el juicio deducción alguna técnica que afirme la determinación precisa del terreno a que se refiere la oposición, que pudiera haberse sacado sobre mapas o planos debidamente levantados, sin necesidad de ir al terreno a verificar la exactitud de los que contiene el título sobre alindamiento; porque el interesado no presentó el plano de sus tierras, y porque a diferencia de lo que otros opositores hicieron en

el juicio, no se ilustró el asunto con el dictamen de peritos. La Corte no puede suplir el trabajo de éstos, así se trate de la determinación de un terreno que parece fácil de hacerse por entendidos en la materia o mediante una inspección ocular sobre las tierras. Los interrogantes del señor Procurador son muy razonables y no se pueden contestar oficiosamente por el Juez.

En atención al reparo comentado debe la Corte abstenerse de declarar que la oposición de la señora Ernestina Mora vda. de Caicedo es fundada.

OPOSICION DE DANIEL URQUIJO

1) La propiedad del suelo—El interés del opositor

Hace basar su derecho el opositor en su propiedad sobre el suelo y el subsuelo de dos lotes de terreno ubicados en el globo de tierra denominado Corinto, en el Municipio de Tocaima, Departamento de Cundinamarca, que hizo parte de otro de mayor extensión llamado Chucundá.

Urquijo adquirió por escritura pública número 176, de 26 de diciembre de 1938, Notaría de Tocaima, por compra que hizo al señor Francisco Alvarez, los dos lotes de terreno mencionados. Como tales lotes fueron una desmembración del antiguo globo denominado Chucundá, se acompañan títulos anteriores inscritos de treinta años referentes a este inmueble. Así se demuestra el interés en juicio del opositor.

2) La propiedad del subsuelo.—Título anterior a 1873

Para establecerlo se acompañan varios documentos, entre ellos un certificado expedido por el Notario de Tocaima en que se afirma que el archivo de esa Notaría se incendió en el mes de septiembre de 1904, y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de La Mesa, de que en el libro de registro de la antigua oficina de Tocaima se halla una inscripción de la cual aparece que José María Lozano de Peralta vendió a Pedro Nolasco de Castro un fundo llamado Chucundá, por escritura pública de 15 de octubre de 1791 de la Notaría de Tocaima, y que en tal escritura se hizo constar que el predio Chuncundá lo adquirió Lozano de Peralta "por compra que de él hizo en pública almoneda al Rey", efectuada el 19 de diciembre de 1789, y que en la misma escritura se hizo constar también que la posesión se la dio al vendedor Lozano de Peralta el Teniente Gobernador y Justicia Mayor de Tocaima.

No es necesario entrar en el estudio de esta pretendida titulación de dominio privado pues por el concepto de la determinación del terreno de que se trata, a que se refiere el capítulo siguiente, se llega a conclusiones claras que determinan suficientemente la decisión de la Corte en este juicio sumario.

3) La determinación precisa del terreno

Refiriéndose el Servicio Técnico del Ministerio del ramo a este aspecto del asunto expresó lo siguiente: "La ubicación del predio en cuestión es bastante imprecisa porque, aun cuando tres de sus linderos son arcifinios (quebradas de Acuatá y La Honda y Río Bogotá), uno de éstos —la quebrada de La Honda— no aparece ni en el plano de la propuesta ni en el mapa de la Oficina de Longitudes, y el lindero no arcifinio, que lo constituye la parte del camino de herradura comprendida entre las quebradas Acuatá y La Honda, tampoco aparece en los mapas citados. Con respecto a los linderos del lote ocurre otro tanto, es decir, son imprecisos, por las mismas razones anotadas con respecto a la ubicación. En cuanto al área tampoco se puede decir su cabida, por no poderse trazar en el mapa los linderos precisos y no constar tal área en los documentos que se acompañan. Los linderos a que se alude son: "Desde la quebrada llamada Acuatá, por el camino real que sale de la ciudad para Flandes y demás lugares de Remolino, Cuello y Tumba Micos a dar a la quebrada llamada La Honda hasta desembocar en el río Bogotá, río arriba a topar con la boca y desemboque de la referida quebrada de Acuatá, primer lindero".

Está de acuerdo la Sala con el señor Procurador Delegado en lo Civil cuando expresa: "Es necesario determinar precisamente los linderos del lote y su ubicación dentro de la zona de la propuesta, pues de lo contrario no podría saberse con exactitud cuál era la porción de tierras que habría de excluírse de la concesión. Si la ubicación del lote no es clara y los linderos son imprecisos y, además, no puede determinarse el área del predio, como ocurre en el presente caso, es imposible saber si el globo de tierra de la oposición está superpuesto total o parcialmente sobre el terreno de la propuesta. A pesar de que el lote tenga tres linderos arcifinios la indeterminación del cuarto lindero hace que el globo de la oposición quede indeterminado en su alinderación y cabida".

No habiéndose establecido la determinación

precisa del terreno a que se refiere esta oposición, falta uno de los requisitos que la ley exige para que pueda prosperar y así ha de declararlo la Corte.

OPOSICION DE MERCEDES NIETO DE REYES, EDUARDO MURIEL RAYO Y JULIO CESAR SANTOS

1) La propiedad del terreno.—Personería de los opositores

Esta oposición se basa en la propiedad privada de las fincas llamadas San Luis y Peñalisa, Potosí y El Brasil, de que son dueños respectivamente, Julio César Santos, Mercedes Nieto de Reyes y Eduardo Muriel Rayo.

Los opositores presentan títulos traslaticios de dominio con los cuales se demuestra que en ellos se radicó el derecho que ahora hacen valer, así: Julio César Santos recibió en adjudicación, según diligencia de remate registrada bajo el número 384-385 de 11 de julio de 1938, en la Oficina de Registro de Girardot, un lote de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de Peñalisa, con una cabida de 400 fanegadas; y por escritura número 2747 de 10 de julio de 1943, Notaría 2ª de Bogotá, Julio César Santos adquirió asimismo, por compra que hizo a Constancia Angulo de Nieto, la propiedad de un lote denominado Peñalisa, compuesto en su mayor parte del lote número 6, de los en que se dividió la antigua hacienda llamada Peñalisa. Mercedes Nieto de Reyes por escritura número 915 de 23 de mayo de 1925, Notaría 3ª de Bogotá, adquirió en división que practicó con Alfredo Nieto, un lote de terreno de 666 fanegadas y 7975 varas, compuesto del potrero llamado Potosí y de una parte del lote número 6 de los en que se dividió la antigua hacienda de Peñalisa y llamado también Peñalisa y que en lo sucesivo se denominaría Potosí. Eduardo Muriel Rayo adquirió por compra a Angel María Herrera Gaviria, según escritura número 233 de 3 de mayo de 1941, Notaría de Girardot, una finca denominada El Brasil que hizo parte de la antigua hacienda de Peñalisa de 221 fanegadas, 3650 varas cuadradas. Sendos certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot (fols. 98 a 108, C. número 6), acreditan que la posesión y dominio que adquirieron Santos, la señora Nieto de Reyes y Muriel Rayo no han sido cancelados por ninguno de los medios previstos en el artículo 789 del C. C. Los mismos certificados dan cuenta de las transmisiones de dominio respecto de los mismos predios en un lapso de treinta años anterior a las certificaciones. Se han acreditado pues los requisitos contemplados por la ley para que pueda formularse oposición a una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo, y demostrado consecuencialmente el interés en este juicio de Julio César Santos, Mercedes Nieto de Reyes y Eduardo Muriel Rayo.

2) La propiedad del subsuelo.—Título anterior a 1873

Para demostrar que los lotes sobre que versa esta oposición salieron legalmente del patrimonio nacional antes de la reserva petrolífera en favor del Estado, los opositores invocan la escritura pública número 171 de 1853 que contiene la venta que la Nación le hizo de unas tierras a Fernando Nieto; documento que ya ha sido estudiado en este fallo y encontrádose válido para acreditar que las tierras en él relacionadas pasaron del patrimonio de la Nación al patrimonio particular con anterioridad al 20 de octubre de 1873. Así se establece por los interesados el segundo de los presupuestos legales comprobatorios de la propiedad del petróleo por particulares.

3) La determinación precisa del terreno

El señor Procurador Delegado en lo Civil se expresa así refiriéndose a este aspecto de la titulación aducida: "El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos hizo, respecto de esta oposición, las siguientes observaciones: "Como acabo de decir, la ubicación y linderos de San Luis, Peñalisa, Potosí y El Brasil fueron fijados en el plano especial de Loma Gorda y La Dormida, plano en el que figuran varios de los puntos que se citan como vértices de los linderos en las escrituras presentadas, de manera que en tal plano se muestra la ubicación precisa de los citados lotes y por tal motivo se deduce claramente que quedan íntegramente superpuestos por los terrenos solicitados en concesión por el señor Alvaro Reyes (fol. 9, C. número 2). De este informe técnico se desprende, con toda claridad, que los tres globos de tierra mencionados tienen una ubicación precisa, de conformidad con la cual todos tres lotes están comprendidos, en su totalidad, dentro del área de la propuesta. Entiende la

Procuraduría que esta "ubicación precisa" de los tres lotes se refiere a que indudablemente están ellos situados dentro de la zona de la concesión, pero no a la determinación precisa de los linderos de los mismos predios. Parece que éstos se hallen identificados, dados los títulos presentados por los tres opositores, títulos que revelan numerosas transacciones entre particulares de conformidad con unos mismos linderos, que parecen coincidir con los señalados en el mapa presentado en esta cuarta oposición. Con todo, lo mismo que en otra de las oposiciones estudiadas ya, queda en el ánimo del suscrito la duda de si los puntos y linderos indicados en los títulos, en el certificado del Registrador y en el plano se ajustan precisamente a la realidad del terreno; si tales puntos son fácilmente identificables en la realidad; y si la cabida asignada a los predios es exacta. No habiendo practicado estos opositores prueba alguna ante esa H. Corte, tendiente a despejar estas dudas y a determinar precisamente, por medio de inspección ocular, prueba pericial u otro medio eficaz, los linderos, puntos y regiones fijados en los títulos y en el plano, parece que subsiste una apreciable indeterminación de las fincas que son objeto de esta oposición".

No comparte en su integridad la Sala el pensamiento del señor Procurador Delegado. Como aparece en su concepto, él admite, y esa es la verdad, que los títulos traslaticios de dominio entre particulares que se han traído al juicio repiten, en varios años, unos mismos linderos para cada uno de los lotes de terreno sobre que versa la oposición, lo que es indicativo de que tales alindamientos se han encontrado en la práctica suficientes para determinar en el terreno los lotes respectivos. Además, debe tenerse en cuenta que el concepto de los técnicos del Ministerio de Minas y Petróleos permite interpretarse favorablemente a la determinación precisa de las tierras, en las condiciones exigidas por la ley. En efecto. Allí se lee: "Tanto en el memorial de oposición como en algunos de los documentos presentados se citan los linderos de tales lotes, pero me abstengo de transcribirlos por no hacer demasiado extenso este informe y porque se acompaña un plano de la región en el que se muestra la situación de los lotes citados con respecto a los predios de Loma Gorda y La Dormida —de los cuales forman parte— y también con respecto a la propuesta del señor Alvaro Reyes, porque, como dije al estudiar la primera oposición, los terrenos de Loma Gorda y La Dormida quedan totalmente superpuestos por los de la propuesta". Luego agrega, como se vio en la transcripción que hace el señor Procurador, que, en el plano a que se se refirió figuran varios de los puntos que se citan como vértices de los linderos en las escrituras presentadas, "de manera que en tal plano se muestra la ubicación precisa de los citados lotes". Como el Servicio Técnico del Ministerio no hace reparos al plano, sino que al contrario, con base en él admite que allí aparece la ubicación precisa de los lotes objeto de la oposición, debe estarse a tal deducción sacada por los técnicos y admitirse consecuencialmente que para los fines del presente juicio se halla comprobada la determinación precisa de los terrenos de que son dueños los opositores. Considera la Corte que cuando los técnicos encuentran según planos, mapas y otros documentos, establecida la determinación de las tierras, no es necesario ir al terreno para verificar en él la exactitud y efectividad práctica de los datos y linderos de los títulos.

Se ha comprobado por tanto la exigencia legal de la determinación precisa del terreno de estas oposiciones. La oposición debe declararse fundada.

Oposición de Luis Bustamante, Antonio J. Bustamante, María de la Cruz Ramírez, vda. de Salguero, Agustina Salguero Ramírez, María Gertrudis Salguero de Ramírez, Carlos Nemesio Sotomayor Cañón, Ildefonso Puentes, Andrés Calderón, Carlos Escobar Vega, María Helena Ortega de Escobar, Antonio Larrota, Marco A. Rincón, Rozo García, Pedro Doncel, Teresa Nieto de Calderón, Vicente Pardo Echeverri, Obdulio Rodríguez Quimbayo, Miguel Avellaneda e Isaac Sarmiento, y Alfredo Wills.

Estas oposiciones se refieren a los globos de tierra denominados La Angostura, San Jorge, El Nolí, El Candado, Santo Domingo, Santuario, Santa Ana, San Ignacio, San Miguel, La Maruja, Buenos Aires, San Ignacio, Alicia, San Isidro, La Victoria, La Honda, Pan de Azúcar, La Argentina, Santa Isabel, El Michí, San Francisco y El Soldado.

Cada uno de los opositores presenta documentos demostrativos de la propiedad actual y sobre los lotes de que respectivamente es dueño y certificado de la Oficina de Registro correspondiente donde aparecen relacionadas las mutaciones de la propiedad en un período anterior de treinta años.

El derecho al subsuelo lo hacen derivar de la venta hecha por la Nación a Fernando Nieto en 1853 de los terrenos Loma Gorda y La Dormida.

que ya se ha calificado en esta sentencia como título válido para acreditar que esas tierras salieron del dominio de la República antes de producirse la reserva petrolífera en el año de 1873.

El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos no presenta objeciones a la determinación precisa de los distintos lotes a que las oposiciones se contraen. Admite que esos globos de terreno figuran, según sus linderos, en el plano presentado por los opositores que explica la situación de ellos con respecto a la hacienda de Peñalisa, antiguamente Loma Gorda y La Dormida, de la que forman parte, y a la zona solicitada en concesión por el señor Alvaro Reyes, y observa que todos los terrenos que se denominan Loma Gorda y La Dormida quedan superpuestos por los de la propuesta de contrato, se deduce lógicamente que los de esta oposición se hallan en las mismas condiciones. Es decir que las fincas comprendidas en estas oposiciones quedan dentro del área de la propuesta de contrato y dentro del área de los títulos antiguos, anteriores a 1873.

Dice el señor Procurador Delegado en lo Civil que del informe técnico del Ministerio no se deduce que las fincas referidas se hallen debidamente determinadas y que todos sus linderos sean determinables sobre el terreno. "Es cierto que estos opositores han presentado una larga titulación referente a cada lote, certificados del Registrador y un plano con la ubicación y alinderación de los predios; pero ello no es suficiente para acreditar la determinación precisa de las fincas ya que en este Despacho no consta que los puntos y linderos consignados en los títulos, en los certificados y en el plano coinciden exactamente con la realidad; que los puntos y regiones a que aluden tales documentos sean determinables fácilmente sobre el terreno; que los nombres antiguos aún se conserven; y que los lugares que sirven para fijar los linderos sean, en todos los casos puntos precisos y no extensas regiones que pudieran dar lugar a modificaciones en la alinderación, como ocurre frecuentemente en la práctica".

La Corte está de acuerdo en principio con las consideraciones que hace la Procuraduría acerca de la determinación precisa de las tierras, lo que muchas veces no puede realizarse fácilmente al trasladar los datos y linderos de los títulos al terreno. Sin embargo estima la Sala que salvando este criterio de interpretación de los títulos, que lleva razonablemente a exigir, para la seguridad de la determinación de los lotes o áreas, su verificación sobre el terreno, no es en todos los casos indispensable que tal verificación se haga. Concretando el concepto a lo que ocurre en la determinación de las tierras comprendidas en una propuesta de contrato o en una oposición, la Sala estima, y así lo ha practicado, que cuando quiera que el Ministerio del ramo formula objeciones o reparos a la precisa determinación de las tierras y posteriormente a esos interrogantes no se contestan satisfactoriamente con pruebas complementarias durante el trámite del asunto en la Corte, por no poder oponer ella al juicio de los expertos otro parecer técnico, ha de dar valor a las objeciones que se hicieron en el trámite administrativo y por consiguiente declarar la ineficacia de los títulos por lo que mira a la determinación precisa de las tierras. Pero cuando el Servicio Técnico del Ministerio no ha presentado objeciones en el particular, es natural y justo procesalmente deducir que los títulos en cuestión satisfacen los requisitos necesarios para la determinación de las áreas respectivas en el terreno. Tal es el caso que ahora se contempla respecto de las oposiciones examinadas en este capítulo. El señor Procurador Delegado en lo Civil —se repite— hace consideraciones muy atendibles acerca de la disparidad que pueda existir entre las alindaciones que constan en los títulos y su operancia sobre el terreno. Pero la posibilidad de que tal desarmonía se produzca en casos como el actual, después de un examen que expertos en la materia han hecho de los títulos, sin haberles formulado tachas en cuanto a su eficacia para delimitar los terrenos, no es bastante, a juicio de la Corte, para negarles fuerza a dichos documentos en lo que mira a su valor comprobatorio en el presente juicio. Las tierras a que las oposiciones se refieren salieron válidamente del patrimonio del Estado antes de 1873 y sus dueños actuales demuestran el carácter de propietarios. Sería de desearse que al sustraer del contrato que pueda celebrarse con el señor Alvaro Reyes los lotes de las oposiciones, tal separación se haga sin que se produzcan dificultades en la determinación de las áreas que se segregan de la propuesta y luego del contrato mismo. La sola posibilidad de que ello ocurra no autoriza a la Corte para dejar de reconocerle validez a los títulos aducidos, pues no tiene elementos técnicos para oponer a la presunción de claridad en cuanto al alindamiento de las tierras que ellos conllevan y que el Servicio Técnico del Ministerio no objetó.

Estas razones llevan a la Corte a la conclusión

de que son fundadas legalmente las oposiciones examinadas en este capítulo del presente fallo.

OPOSICION DE RAIMUNDO SANCHEZ

1) La propiedad de las tierras.—Interés procesal

La oposición versa sobre las fincas denominadas El Rosario y San Antonio, la primera de las cuales forma parte de la antigua hacienda de Peñalisa y la segunda, de la antigua hacienda de El Oval, situadas en el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca. Se acompañan los títulos de adquisición de esas tierras por el opositor, y un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot respecto de cada una de esas propiedades demuestran las transmisiones de dominio anteriores en un lapso mayor de treinta años. Se hallan pues comprobados los requisitos exigidos por la ley para proponer y sustentar la oposición.

2) Propiedad del subsuelo

La propiedad del subsuelo respecto de la finca San Antonio no se pretende siquiera demostrar, pues se presentan sobre este lote títulos entre particulares posteriores al 28 de octubre de 1873. La propiedad del subsuelo de El Rosario se basa en la escritura número 171 de 1853, de venta de Loma Gorda y La Dormida a Fernando Nieto por la Nación, título admitido como válido por la Corte para el fin propuesto.

3) La determinación precisa del terreno

Expresa el Servicio Técnico del Ministerio, refiriéndose al lote de El Rosario, que el opositor no presentó plano alguno de los terrenos a que se contrae la oposición, que los linderos que figuran en los títulos para tales lotes "no son arcifinios ni están fijados por rumbos y distancias, sino por los nombres de los propietarios colindantes, por cercas, etc., que no figuran en los mapas de que se dispone". Se hizo pues a los títulos aducidos en esta oposición un reparo de bastante importancia y gravedad por lo que toca con la determinación de los terrenos de que es dueño el opositor. En el juicio sumario no adujo éste prueba alguna para mejorar su situación y desvanecer las deficiencias anotadas por el Servicio Técnico del Ministerio. Es el caso de dar aplicación aquí al criterio adoptado por la Corte para calificar otras oposiciones, y declarar por lo mismo la ineficacia de los títulos de esta oposición en orden a demostrar que ellos comprenden áreas determinadas o determinables sobre el terreno. En cuanto al de San Antonio ya se observó que se anota también la falta de una demostración de haber salido del patrimonio nacional con anterioridad al año de 1873 en que se hizo la reserva del subsuelo petrolífero a favor del Estado.

No puede por consiguiente admitirse la prosperidad de esta oposición.

OPOSICION DE EMILIANO LASERNA

1) Propiedad de las tierras.—Interés en el juicio

Se funda esta oposición en el derecho de propiedad sobre el suelo y el subsuelo de la hacienda llamada Bellavista, situada en el Municipio de Girardot, Departamento de Cundinamarca.

Emiliano Laserna adquirió dicha finca según consta en la escritura 103, de 26 de enero de 1935, Notaría 3ª de Bogotá, por adjudicación que se le hizo al disolverse la sociedad Laserna & Cía. Mediante certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot que comprenden un período de 30 años se acredita que el inmueble de que se trata figura en el Registro como de propiedad del opositor, y se hace allí la relación de títulos traslaticios de dominio anteriores referentes a la misma finca. Se halla comprobado pues el interés legítimo que tiene el señor Laserna para ser oído en este juicio.

2) La propiedad del subsuelo.—No existe título anterior a 1873

Examinando los documentos que acompaña el opositor se observa que el más antiguo de ellos es la escritura número 92 de 2 de marzo de 1899, Notaría del Circuito de Tocaima. No hay títulos de fecha anterior. Como para demostrar la propiedad privada del petróleo se requiere establecer que el predio de que se trata salió del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, y esta prueba no se ha aducido, la presente oposición no se halla fundada como lo exige la ley del petróleo, y así ha de declararlo la Corte sin necesidad de estudiar el tercer extremo de los previstos como presupuesto legal comprobatorio de la propiedad particular de petróleo o sea el de la determinación precisa del terreno.

OPOSICION DE MARIA CARLINA LARA vda. DE RODRIGUEZ

a) La propiedad de las tierras

Se refiere al predio denominado Santa Sofía,

situado en el Municipio de Girardot. No se acompaña el título de propiedad a virtud del cual el opositor se hiciera dueño de ese inmueble. El único documento que se presenta es un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot que abarca un lapso de 30 años comprendido entre el 11 de diciembre de 1912 y el 11 de diciembre de 1942. La ley del petróleo exige que se aduzca el título de propiedad y el certificado de libertad. La no presentación de aquél indica que el primero de los presupuestos legales para proponer y sustentar una oposición no se halla establecido y que por lo mismo y sin necesidad de estudiar los aspectos de la propiedad del subsuelo y de la determinación precisa del terreno, debe declararse que la oposición no prospera.

OPOSICION DE JULIO CAMPO GONZALEZ, MOISES TORRES, JOSE VICENTE CUELLAR Y OTROS, GRACIANO GARCIA, GONZALO GALINDO Y OTRA, PASCUAL DIAZ Y MERCEDES SIERRA DE PEREZ

En su orden estas oposiciones se refieren a las fincas denominadas El Hobón, situada en el Municipio de Girardot; Ulandas, en el mismo municipio; San Miguel, San Pedro, Maracay, la Manila y Veracruz, situadas en el Municipio de Ricaurte; Palermo, ubicada en el Municipio de Ricaurte; Flandes, en el Municipio de Girardot; El Triunfo, en el Municipio de Ricaurte y Vallecito, en el Municipio de Nariño.

El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos no encuentra debidamente determinados los linderos y ubicación de ninguna de estas fincas, y en el juicio ante la Corte los reparos que en el particular se hicieron en el trámite administrativo, han quedado en pie porque no se produjo ninguna prueba apta para desvanecer tales objeciones. Además, ninguno de estos opositores ha demostrado que su finca salió del patrimonio de la República antes del 28 de octubre de 1873.

Tales motivos conducen a la declaración que ha de hacer la Corte de no hallarse fundadas estas oposiciones.

OPOSICION DE DANIEL CAMACHO

1) La propiedad de las tierras

Con el carácter de heredero testamentario, reconocido por el Juzgado 6º Civil del Circuito Judicial de Bogotá, debidamente acreditado, se presenta Daniel Camacho a hacer oposición a la propuesta del señor Alvaro Reyes en cuanto ésta comprende la hacienda de Acuatá, en el Municipio de Tocaima, de propiedad hoy de la sucesión del señor Eustasio de la Torre Sánchez. El certificado de libertad que se acompaña hace la relación de los actos que han afectado el dominio de ese inmueble hasta el año de 1865 (25 de diciembre), en que José María Urdaneta, Eustasio de la Torre y Antonio H. de Narváez remataron la hacienda denominada Estados Unidos, llamada más tarde hacienda de Acuatá. Eustasio de la Torre Narváez, padre de Eustasio de la Torre Sánchez, había rematado la finca en la sucesión de José María Plata el 15 de febrero de 1862. Estos documentos antiguos y otros análogos sirven para demostrar que la finca de Acuatá se hallaba en poder de particulares y era objeto de transferencias de dominio entre ellos antes del año de 1873. Pero esta comprobación no es la que la ley exige para demostrar el dominio privado del petróleo frente al Estado, sino la de que las tierras salieron válidamente del patrimonio nacional con anterioridad a esa fecha. Los solos títulos traslaticios de dominio entre particulares no los admite la jurisprudencia como suficientes para tal comprobación, porque habiendo estado ausente la Nación de esos actos realizados por particulares, ellos por sí solos no demuestran que las tierras a que se refieren salieron del dominio del Estado antes de las transacciones o actos de voluntad de los particulares.

La Corte encuentra acertado, y acoge además, el concepto expresado por el señor Procurador Delegado en lo Civil en los pasajes que en seguida se copian referentes a esta oposición: "El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos no conceptuó sobre la ubicación de la finca Acuatá, sobre la determinación de sus linderos ni sobre la posible superposición de la propuesta sobre tal predio. Para la Procuraduría es imposible saber, con base en las pruebas presentadas por este opositor, si existe en realidad la superposición alegada ni si el lote denominado Acuatá se encuentra debidamente alinderado sobre el terreno. En el plano presentado por el opositor (fol. 3, cuaderno número 25) no está indicada la ubicación de la finca Acuatá dentro de la zona objeto de la propuesta. Y aun cuando los documentos presentados por los opositores revelan que la finca aludida ha sido materia de numerosas transacciones entre particulares, este Despacho ignora si los puntos y linderos que de-

terminan la finca en los diversos instrumentos son actualmente identificables, con toda precisión, sobre el terreno. Falta, pues, en todo caso, indeterminación precisa del globo objeto de la oposición, y falta igualmente la demostración clara e indudable de que el globo denominado Acuatá se halla comprendido, total o parcialmente, por la zona a que se contrae la propuesta del señor Alvaro Reyes. Durante el trámite del juicio sumario surtido ante esa H. Corte, el opositor Daniel Camacho hizo llegar al informativo unas copias expedidas por el Archivo Histórico Nacional con fecha 14 de agosto de 1945 (fols. 5 y ss. C. número 28) copias que dan cuenta de varias adjudicaciones de tierras y diligencias de posesión en terrenos situados en jurisdicción del Municipio de Tocaima. En realidad, la Procuraduría no encuentra demostrada la correspondencia entre los linderos de la actual hacienda de Acuatá y las tierras a que se refieren aquellas adjudicaciones y aquellas diligencias de posesión. Cree este Despacho que, para hacer valer títulos antiguos como aquellos de que dan cuenta las copias expedidas por el Archivo Histórico Nacional, se requiere identificar sobre el terreno algunos de los puntos mencionados en los títulos o en las diligencias antiguas, u obtener un dictamen fundado de peritos que expresen su opinión motivada acerca de si la finca actual queda cubierta o amparada —en todo o en parte y en qué extensión— por la titulación y diligencias coloniales. En todo caso, aún aceptando—sólo en gracia de discusión—que las tierras que forman en la actualidad la hacienda de Acuatá salieron del patrimonio nacional antes de 1873, en virtud de alguna —no se sabe exactamente cuál— de las adjudicaciones de que dan cuenta las copias a que se ha hecho referencia, la oposición del señor Daniel Camacho no podría prosperar por cuanto no se ha demostrado, según ya lo expresé, que la finca Acuatá se halla determinada precisamente ni que la misma finca se encuentra comprendida, total o parcialmente, dentro del área de la propuesta formulada por el señor Alvaro Reyes".

Ha de declarar por tanto la Corte que esta oposición no se halla debidamente fundada.

OPOSICION DE ANA PALMA DE BONNET, ALICIA PALMA DE BORDA, MARIA JOSEFA DE DUQUE GOMEZ Y ALBERTO PALMA

1) La propiedad de las tierras.—Legitimación en causa

La oposición se hace para que se excluya de la propuesta de Alvaro Reyes la hacienda denominada Callejón o Buenavista de Pagüey, ubicada en el Municipio de Ricaurte, Departamento de Cundinamarca. Los opositores son propietarios en común y proindiviso de la nombrada hacienda por habérseles adjudicado en la sucesión del doctor Santos Palma, según hijuelas protocolizadas en la escritura número 3547, de 27 de diciembre de 1930, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá. Se acompaña un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot referente a ese inmueble, que comprende un período mayor de treinta años y en donde están relacionadas las mutaciones de propiedad en el mismo tiempo. Se satisfacen por consiguiente las exigencias de la ley en cuanto al primer requisito procesal señalado para proponer y sustentar una oposición a una propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos.

2) La propiedad del subsuelo

a) Títulos anteriores al 28 de octubre de 1873

Para demostrar que las tierras que formaron la hacienda de Callejón habían salido del patrimonio nacional antes de la reserva petrolífera para el Estado, se acompañan dos títulos de merced hechas la una a Diego de Esquivel el 31 de julio de 1622 y la otra a Juan Arias, el 11 de marzo de 1593. También se alega la prescripción contra el Estado.

Al leer los datos sobre ubicación y linderos que contienen las mercedes se encuentra que son muy vagos e imprecisos. El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos les formula por este aspecto serios reparos a dichos títulos. Refiriéndose a la merced hecha a Esquivel, dice: "Tanto la ubicación como los linderos de esta merced son muy imprecisos, pues el peticionario la solicitó 'en las tierras que llaman de Pagüey por el camino que va del río al hato de Francisco Hernández' — 'por una cuesta arriba que sube a una mesa alta, a donde tiene el susodicho hato, desde un platanar que está en el medio de la... no se entiende (sic)... corriendo al dicho camino... no se entiende (sic) ...banda, y entra en él una quebrada que se pasa, llamada Chelenchelen, que va para la estancia del susodicho, coge la mesa abajo.... no se entiende (sic) ...vertientes de Fusagasugá y quebrada dicha'; le fue concedida 'debajo de los límites y linderos en él (en el pedimento) declarados', y en la diligencia de posesión sólo constan los siguientes datos:

'que puestos de mancomún en el sitio y barranco de la quebrada de Chelenchelen y punta de otra quebrada que llaman de La Despensa, se puso y plantó una cruz, y le tomé de la mano', etc. Como se ve, los datos sobre ubicación y linderos de esta merced son muy vagos, y si a esto se agrega que los opositores no presentaron un plano de tales terrenos, este Servicio no puede asegurar si la propuesta del señor Alvaro Reyes se superpone o no en ellos, aun cuando parece que más bien ocurriera lo último, ya que la faja comprendida entre los ríos Pagüey y Fusagasugá y quebrada de Chelenchelen —que se citan en lo que dejo transcrito .. que figuran en el plano de la propuesta (los dos primeros) y en el de la Oficina de Longitudes (todos tres)— se hallan fuera de lo solicitado por el señor Alvaro Reyes. Los demás sitios que se mencionan en esta merced no aparecen en los mapas que he podido consultar, y en todo caso se ve que los linderos, tal como están enunciados, no cierran el perímetro de la cabida solicitada sino que se han fijado en términos generales e incompletos". Refiriéndose a la merced hecha a Juan Arias dice el Servicio Técnico: "También son muy imprecisos los linderos y la ubicación de esta merced como veremos en seguida: el peticionario los fina en la siguiente forma: 'desde donde desemboca el río Fusagasugá y hacia una meseta grande que está ansí como desemboca el río de Fusagasugá, desde el pie del cerro desde donde desemboca el dicho río, que el dicho cerro se llama Chelenchelen..." 'se entiende desde el dicho boquerón y punta de La Mesa, corriendo el río abajo de Fusagasugá tomándolo por frontera, vaya corriendo hacia donde está el hato del Portillo, vecino de esta ciudad, en su derecera hacia donde alcanza, y corriendo la quebrada abajo, hasta llegar a la estancia que se proveyó a Luis Hernández Peñalosa', al hacer el señalamiento de la zona en donde se pedían las dos estancias, se describió así: 'desde el cerro llamado Chelenchelen, desde el desembocadero de el río de Fusagasugá en el dicho río abajo hasta donde están unos mojones y una cruz, por Mateo Ramírez, y linde con él, y desde allí puesto el otro, hasta el hato de Portillo, cortando por la dicha mesa alta el camino que llevan los Iguaimas a las pesquerías, el camino arriba hacia el cerro Chelenchelen, y frontero de donde dormimos, y puesto en esta derecera hacia el hato de Portillo, cortando por la dicha mesa h por el lugar donde dormimos, que es en las cabeceras de postraer quebrada que corre por la mesa, que en este lugar puse una cruz y cabe al dicho Juan Arias entre la dicha cruz y el dicho cerro Chelenchelen, hasta el cerro que baja de Cuchima 'y en la posesión se describe tal zona como sigue: 'de esta banda de este dicho río (el Pagüey) y toma por lindero, y por otra parte donde solía tener sus corrales Peñalosa, y por otra parte la loma de Pernisayo y Cuchima'. De los sitios señalados como linderos de esta merced, tanto en el memorial de solicitud como en las diligencias de señalamiento y posesión, sólo figuran en los mapas consultados por este Servicio, los siguientes: 'el río Fusagasugá tomándolo por frontera', que se cita en la posesión y en la diligencia de señalamiento, y el río Pagüey 'que toma por lindero' según la posesión, pues los demás sitios nombrados: mesa o 'cerro Chelenchelen"; 'hato del Portillo'; 'unos mojones y una cruz'; 'por Mateo Ramírez'; 'el camino que llevan los Iguaimas a las pesquerías'; 'el cerro que baja de Cuchima'; los 'corrales de Peñalosa'; y 'la loma de Pernisayo y Cuchima', no figuran en tales mapas y hasta creo que la mayoría de tales nombres no sean conocidos hoy en la región. Con los datos de que se dispone es pues difícil ubicar con precisión esta merced, ya que puede hallarse hacia la margen izquierda del Pagüey —o sea en la misma zona en que parece estar ubicada la merced hecha a Diego de Esquivel y por tanto fuera del lote solicitado en concesión por Alvaro Reyes, según los planos presentados por éste— o hacia la margen derecha, caso en el cual habría superposición entre este lote y el rematado por el Gobierno en 1853 en la persona de Fernando Nieto, remate que es base de varias oposiciones a la citada propuesta".

Durante el término probatorio de este juicio se practicó por la Corte una inspección ocular con peritos sobre las tierras que forman la hacienda de Callejón, a solicitud de los opositores. Los peritos que dictaminaron sobre la determinación de las tierras a que se refieren las mercedes, dijeron lo siguiente, con relación a la de Juan Arias: "Como es fácil comprender, estos puntos identificados hoy y los linderos incompletos e ilegibles que traen los documentos en referencia no permiten en manera alguna formar el polígono o polígonos que comprendían esta merced otorgada a favor de Juan Arias González. La única deducción que se puede hacer es la de que la merced en cuestión estuvo ubicada, sin duda alguna, dentro del valle o cuenca del río Pagüey, ya que los puntos y linderos que en ella figuran y que están

hoy identificados, pertenecen a dicha cuenca o valle; unos, en la banda izquierda del río Pagüey, como la quebrada Chelenchele o Chelenchelen y otro, en la banda derecha del río como el cerro o loma de Pernisayo o Ternigallo. Dejamos pues sentado, como conclusión del estudio de este primer documento sobre mercedes reales, que la otorgada a Juan Arias González fue hecha en terrenos o tierras del Pagüey, es decir, dentro del valle o cuenca hidrográfica de este río; y que dicha merced fue por una cabida, representada en la época en que fue hecha (1593) y en la que se le dio posesión (1610), por una 'estancia de ganado mayor' y otra de 'pan coger'. Con relación a la merced a Esquivel dijeron: "Concluímos de la misma manera que lo hicimos sobre la merced hecha a Juan Arias González, que los pocos puntos identificados hoy y los linderos incompletos que aparecen en los documentos relativos a la merced hecha a Diego de Esquivel, no permiten formar el polígono que comprendió dichas mercedes; y que la única deducción lógica que puede hacerse, es la de que las tierras de que se hizo merced a Diego de Esquivel, estuvieron ubicadas dentro del valle o cuenca hidrográfica del río Pagüey; ya que los puntos y linderos que en ella figuran y que han sido identificados, pertenecen a dicha cuenca o valle".

Está de acuerdo la Corte con el comentario que el señor Procurador Delegado en lo Civil hace acerca de estas mercedes y del estudio que sobre ellas hicieron el Servicio Técnico del Ministerio y los peritos que asistieron a la inspección ocular sobre el terreno. Dicho funcionario se expresa así: "Considera la Procuraduría que, con los datos existentes, es imposible determinar dónde quedaron ubicadas las tierras a que se contrae la merced hecha a Juan Arias. Los mismos peritos reconocen que 'estos puntos identificados hoy y los linderos incompletos e ilegibles que traen los documentos en referencia, no permiten, en manera alguna, formar el polígono o polígonos que comprendían esta merced otorgada a favor de Juan González'. Si no puede cerrarse el polígono con los datos incompletos e ilegibles dados en la merced; si ésta sólo se refiere a tres puntos arcifinios; si uno de ellos está en la banda derecha y otro en la banda izquierda del río Pagüey, las tierras de la merced bien podían extenderse hacia un lado u otro del río. Con base en los tres puntos arcifinios identificados, es posible levantar innumerables polígonos, en distintas direcciones y consiguientemente en regiones distintas, que abarquen la cabida de tierra correspondiente a aquella merced. Además, debe observarse que en la merced no se indica como punto de referencia el río Pagüey, sino las tierras de Pagüey, lo que hace posible imaginar que los terrenos mercedados estaban situados en tierras que llevaban el nombre de Pagüey pero que bien podían quedar distantes del río Pagüey y de la cuenca hidrográfica del mismo río. Aun en el caso de que llegara a ceptarse que las tierras de la merced estaban situadas en la cuenca del río Pagüey no podría saberse, en qué región de esa cuenca estaban ellas ubicadas. La imprecisión respecto de la ubicación y linderos de las tierras mercedadas a favor de Juan Arias es, pues, total. Respecto de la merced hecha a favor de Diego de Esquivel, los peritos conceptuaron que, 'los puntos identificados hoy y los linderos incompletos que aparecen en los documentos relativos a la merced hecha a Diego de Esquivel, no permiten formar el polígono que comprendió dicha merced'. Sin embargo, consideran los peritos que las tierras a que se refirió dicha merced 'estuvieron ubicadas dentro del valle o cuenca hidrográfica del río Pagüey; ya que los puntos y linderos que en ella figuran y que han sido identificados pertenecen todos a dicha cuenca o valle'. Según observan los mismos peritos, en los títulos mencionados sólo aparecen los puntos de tierras de Pagüey, quebrada de Chelenchelen, río Fusagasugá, y quebrada de La Despensa. Esta última no fue identificada en la diligencia de inspección ocular; de modo que sólo quedan los tres primeros sitios identificables actualmente. Y con base en tales tres puntos es imposible, como en el caso anterior, determinar dónde estaba ubicada aquella merced. Bien podría ella estar situada a un lado u otro del río y, como la merced no habla del río Pagüey sino de 'tierras de Pagüey', bien podrían éstas hallarse ubicadas lejos de la cuenca, ya que no se sabe con exactitud hasta dónde se extendían las denominadas antiguamente 'tierras de Pagüey'. Hay que hacer notar que, según lo dicho por el Ministerio, la faja de tierra comprendida entre los ríos Pagüey y Fusagasugá y quebrada de Chelenchelen —únicos puntos citados en la merced y hoy identificables— se halla fuera del área de la propuesta del señor Alvaro Reyes, de manera que, aun admitiendo la infundada conclusión de los peritos de que las tierras mercedadas a favor de Esquivel estaban dentro de la cuenca del río Pagüey,

no se habría demostrado nada en favor de la tesis sustentada por los opositores".

Los peritos consideran que por encontrarse las tierras de las mercedes a Arias y a Esquivel situadas en la cuenca del río Pagüey, y como el área de ellas, de acuerdo con cómputos que hacen para convertir las medidas antiguas a las actuales, sería aproximadamente de 19.000 hectáres y que la hoya o cuenca del Pagüey tiene también una extensión igual aproximadamente, hay fundamento para entender que las dos mercedes comprendieron todas las tierras de la hoya del Pagüey; y que como la actual hacienda de Callejón está ubicada dentro de esa hoya es natural admitir que la tierra que forma esta hacienda hace parte de la que comprendieron las mercedes reales y que por consiguiente salió ella del patrimonio de la Nación con mucha anterioridad al año de 1873. Las consideraciones que se han transcrito del concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil y que ha admitido la Sala por ser acertadas y razonables sirven para explicar por qué la Corte no puede aceptar la conclusión de los peritos a que aquí se hace mención. Las tierras cobijadas por las mercedes hechas a Esquivel y a Arias no pudieron ser determinadas en el terreno en la inspección ocular ni por los peritos, como así ellos lo afirman categóricamente. Tampoco hay la certeza de que ellas se ubiquen dentro de la cuenca u hoya del río Pagüey, por lo ya anotado. Por consiguiente carece de apoyo el razonamiento de los peritos que se basa precisamente en un hecho no demostrado: que las tierras de las mercedes estuviesen ubicadas en el valle o cuenca del Pagüey. Como lo advierte el señor Procurador bien pudiera ocurrir que las mercedes abarcaran una parte del valle del Pagüey y una parte de otra región vecina.

Las consideraciones que se han hecho referentes a las mercedes de tierras y las conclusiones a que llega la Sala en el particular conducen a la deducción de que tales mercedes no pueden servir para basar en ellas una prueba de que las tierras que formaron la actual hacienda de Callejón hubiesen salido a virtud de esos títulos antiguos válidamente del patrimonio nacional.

b) La explotación económica de la hacienda de Callejón configura un título anterior al 28 de octubre de 1873

Dejando de lado las mercedes y concretando el estudio de los títulos a las partes pertinentes a la explotación económica de las tierras, hace la Sala varias consideraciones.

Desde el año de 1797 se encuentran en los títulos los linderos de la actual hacienda de Callejón. La escritura de 7 de febrero de ese año, en que consta la venta que hace Felipe Garzón a Luis Ignacio de Torres y Baptista, señala unos linderos del lote a que se refiere "el derecho de tierras de ganado mayor" a que la venta se contrae, en el llano de Pagüey, pero no contiene ningún dato específico demostrativo de explotación económica de las tierras, como sería la existencia de semovientes en ellas o de plantaciones. Queda pues este título reducido a un simple documento de venta entre particulares, y no acredita la explotación económica.

El testamento del Presbítero Luis Ignacio de Torres y Baptista declara como suyas "las tierras de Pagüey", que dice adquirió de Felipe Garzón, lo que está de acuerdo con la escritura vista anteriormente. Como hechos demostrativos de explotación económica afirma el testador que posee en ellas 150 reses, 100 ovejas, 100 cabras, 10 burras, 16 mulas, su madrino, varios utensilios de trabajo y aposentos de tabique y paja. También expresa que en las tierras de La Dormida tiene un horno de tejas, y en el callejón de tierras de Pagüey 5.500 árboles de cacao. Se anota que en la venta de Felipe Garzón al presbítero Torres y Baptista los linderos son: "desde la boca de Pagüey arriba hasta la punta del cerro de La Buitrera, a dar en la boca de la quebrada Cumaca, que entra en la de Melachí, cortando el alto y cuchilla que baja de La Dormida, toda ella al primer lindero", y en el testamento los siguientes: "entre la cuchilla de La Dormida, río de Fusagasugá, río de Pagüey, y la boca de la quebrada Cumaca".

La escritura de venta de 1809 de Luis Ignacio de Torres a José Vicente Azula de un derecho de tierras de ganado mayor situadas en el llano de Pagüey describe las tierras así: "Desde una zanja en forma de quebradita que está sobre la vega del río Fusagasugá, feligresía de la Mesa de Limones, y entra en el río Pagüey; desde este río arriba, hasta el charco del Guamito a tomar una zanja arriba que está en forma de vallado profundo a dar al cerro de la Peña Negra, llamado también de La Buitrera, de aquí a tomar la derecera del cerro de La Dormida, a dar sobre la zanja, primer lindero". Incluye en la venta 300 reses, 24 cabras y otros semovientes, y entables

de cacao. La finca se denomina entonces "Hacienda de Buenavista de Pagüey".

Como remate de un largo litigio entre particulares el Juez del Cantón en providencia del 6 de diciembre de 1838 (fols. 32 y 32 vto. C. número 32), en cumplimiento de la sentencia de 19 de noviembre de 1837, que declaró al Monasterio de la Concepción acreedor al principal de $ 5.000.00 y vista la solicitud de José Vicente Azula, propietario de la hacienda que grava dicho principal, dispuso: "Póngase en posesión de la hacienda de Callejón al Monasterio de la Concepción..." El Juez de Nilo entregó la hacienda de Callejón —antes de Buenavista de Pagüey— al Monasterio el 21 de diciembre de 1838 "por los mismos linderos constantes de la escritura de venta que otorgó el Presbítero doctor Ignacio Torres al señor Vicente Azula, corriente en el expediente que se ha tenido a la vista..." (Fol. 34, cuaderno número 32).

El área de la hacienda de Callejón, o Buenavista de Pagüey, fue pues una misma a través de los varios títulos examinados y que se corrieron entre particulares desde 1707 hasta 1838. Y por eso se infiere razonablemente que la explotación económica de que dan cuenta esos documentos se realizó en dicha hacienda, que es la misma que hoy pertenece a los opositores. No se extiende la Sala en el examen de otros documentos posteriores hasta llegar al título de los actuales dueños por no ser ello necesario según la ley.

Y volviendo a considerar lo referente a la explotación económica cumplida en el largo lapso, desde 1797 hasta 1838, en la hacienda de Buenavista de Pagüey, después Callejón de Pagüey, hoy Callejón, con 300 reses, 24 cabras, y otros semovientes, 400 en total, pudiera considerarse pequeña en relación a un área de 1900 hectáreas que es la superficie actual de la hacienda, pues por los precedentes admitidos por la Corte en otros fallos se ha estimado que una cabeza de ganado es signo de explotación económica proporcionalmente a una superficie entre dos y tres hectáreas, lo que daría en este caso fundamento legal para pedir el título por 1200 hectáreas en los años de 1797 a 1838, dejando por fuera un remanente o exceso no justificado de 700 hectáreas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la hacienda de Buenavista de Pagüey, hoy Callejón, hubo además explotación económica agrícola de cacao y caña, pues en la finca había "trapiche y fondos" y 5.500 árboles de cacao. Todos estos elementos configuran para otra zona una explotación agrícola importante que cubre el resto del terreno y que estimada en conjunto con la explotación con ganados deja en el ánimo la impresión de haberse realizado una explotación económica en la hacienda de Buenavista de Pagüey o Callejón que le permitía y le permite a sus dueños el reconocimiento de la propiedad frente al Estado por justa prescripción de lo cultivado y explotado económicamente —independientemente de otro título— según lo previsto en las leyes de Indias y en las leyes de la República que autorizaban a los que en tal situación se encontrasen a "ir por el título". El reconocimiento del dominio privado que entonces pudo alcanzarse de la autoridad correspondiente debe igualmente reconocerse ahora por medio del presente fallo. Tal es la doctrina reiterada en varias sentencias de la Corte y que se expuso con amplitud en el fallo que aparece publicado en el número 1987 de la **Gaceta Judicial.** Puede consultarse allí especialmente la parte intitulada "La antigua posesión y la prescripción, según el régimen establecido en la ley de 11 de octubre de 1821, son base jurídica para hacer la declaración del dominio territorial privado". (Págs. 920 y siguientes).

3) La determinación precisa del terreno

Los peritos conceptuaron, de común acuerdo, que la finca de Callejón o Buenavista de Pagüey "está debidamente determinada a partir de 1809" y que "durante la inspección ocular llevada a cabo el 18 de diciembre de 1945, se reconocieron todos los puntos y linderos que delimitan la hacienda o Buenavista de Pagüey. Como el alinderamiento —dicen— está formado por una poligonal perfectamente cerrada, cuyos lados y vértices son fácilmente determinables sobre el terreno y por lo mismo sobre los planos de la región, consideramos que su identidad queda claramente establecida". (Fol. 14, C. número 33). Los mismos peritos conceptuaron además que "dentro del polígono de la propuesta del señor Alvaro Reyes queda comprendida un área aproximada de mil seiscientas veinte (1620) hectáreas pertenecientes a la hacienda de Callejón o Buenavista de Pagüey sobre una extensión de mil novecientas sesenta hectáreas (1960) que es el total de dicha hacienda..."

La determinación precisa de las tierras se ha comprobado satisfactoriamente.

Aplicando las conclusiones a que respecto de cada oposición se llega en esta providencia, la

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero—Son fundadas las oposiciones a la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos de Alvaro Reyes hechas por Marco A. Iriarte y sus herederos; Alberto Morales Bárcenas, Helena Reyes Elicechea de Nieto, Rafael Reyes Elicechea, Ernesto Reyes Elicechea y Roberto Piedrahita E.; Mercedes Nieto de Reyes, Eduardo Muriel Rayo y Julio César Santos; Luis Bustamante, Antonio J. Bustamante, María de la Cruz Ramírez v. de Salguero, Agustina Salguero Ramírez, María Gertrudis Salguero de Ramírez, Carlos Nemesio Sotomayor Cañón, Ildefonso Puentes, Andrés Calderón, Carlos Escobar Vega, María Elena Ortega de Escobar, Antonio Larrota, Marco A. Rincón, Rozo Arteaga Ramírez, Melitón Díaz, Pablo Martínez, Arturo García, Pedro Doncel, Teresa Nieto de Calderón, Vicente Pardo Echeverri, Obdulio Rodríguez Quimbayo, Miguel Avellaneda e Isaac Sarmiento, y Alfredo Wills; y Ana Palma de Bonnet, Alicia Palma de Borda, María Josefa de Duque Gómez y Alberto Palma.

Segundo.—No son fundadas las oposiciones a la misma propuesta de contrato hechas por Ernestina Mora v. de Caicedo; Daniel Urquijo, Raimundo Sánchez, Emiliano Laserna, María Carlina Lara v. de Rodríguez, Julio Campo González, Moisés Torres, José Vicente Cuéllar y otros; Graciano García, Gonzalo Galindo y otra; Pascual Díaz; Mercedes Sierra de Pérez, y Daniel Camacho.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase al Ministerio de Minas y Petróleos e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Germán Alvarado C. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

IMPEDIMENTOS

La atribución que conforme al numeral 3º del artículo 176 del C. J. tenían los Fiscales de los Tribunales Superiores para representar a los Departamentos en las acciones que contra los mismos se promovieran, está hoy conferida a los Gobernadores por disposición del artículo 194, numeral 3º de la Constitución. No cabe, pues, duda de que lo que antes se aplicaba y aún se aplica a los Agentes del Ministerio Público en cuanto a impedimentos se refiere, es igualmente aplicable hoy a los Gobernadores cuando representan al Departamento en algún asunto judicial.

Admitido el impedimento manifestado por un Gobernador, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo único del Decreto número 1274 de 1931.

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Por medio de memorial dirigido a esta Sala de la Corte con fecha diez y nueve de febrero del año en curso, el doctor José Gabriel de la Vega, Gobernador del Departamento de Bolívar, obrando como tal en el juicio ordinario promovido por Hernando Vergara Támara contra el dicho Departamento, negocio que se encuentra en la Sala para surtir la segunda instancia, por apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena de diecinueve de noviembre último pasado, manifiesta que se halla impedido para representar al Departamento.

Dice el doctor De la Vega: "Como consta en el expediente del juicio mencionado, yo actué como apoderado de la parte actora desde la presentación de la demanda hasta que el pleito pasó al despacho del Honorable Magistrado sustanciador para fallo de primera instancia. Por lo demás, sigo teniendo interés en ese negocio. Por esta circunstancia me considero impedido para actuar en él de cualquiera manera, ya sea administrativa o judicialmente, en la segunda instancia, cuya tramitación va a iniciarse ante esa Honorable Corte. Considero que este impedimento deriva su fuerza legal del artículo 166 del Código Judicial, por estar atribuído hoy al Gobernador, según el numeral 3º del artículo 194 de la compilación constitucional, el poder de representar judicialmente a los Departamentos, que antes adscribía a los Fiscales de los Tribunales Superiores el Código Judicial".

Pide luego a la Corte, que acepte el impedimento manifestado y consiguientemente, dé aviso al Ministerio de Gobierno, para que por el Ejecutivo se cumpla lo dispuesto por el artículo único del Decreto 1274 de 1931.

Para resolver se considera:

Ciertamente, como lo anota el peticionario, la atribución que conforme al numeral 3º del artículo 176 del C. J. tenían los Fiscales de los Tribunales Superiores para representar a los Departamentos en las acciones que contra los mismos se promovieran, está hoy conferida a los Gobernadores por disposición del artículo 194, numeral 3 de la Constitución, conforme al cual corresponde a éstos "llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y judiciales".

No cabe, pues, duda, de que lo que antes se aplicaba y aún se aplica a los Agentes del Ministerio Público en cuanto a impedimentos se refiere, es igualmente aplicable hoy a los Gobernadores cuando representan al Departamento en algún asunto judicial.

De acuerdo con el artículo 166 del C. J. citado por el doctor De la Vega, "los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés".

Por mandato del artículo 167 ibídem: "El Juez o Tribunal que conoce del negocio es el que debe declarar si es legal el impedimento, ya sea a solicitud del empleado o de la parte contraria".

De lo dicho acerca de la explicación de las normas legales sobre impedimento de los Agentes del

Ministerio Público a los Gobernadores, cuando ellos obran en representación de los Departamentos en los mismos casos en que antes dicha representación era llevada por los Fiscales de los Tribunales Superiores, síguese como consecuencia lógica que hoy aquéllos están impedidos en los mismos casos en que antes lo estaban éstos, y que la competencia para resolver de dichos impedimentos, o mejor, de su legalidad, radica en el Juez o Tribunal que conoce del negocio, y, por último, asimismo, que en el presente caso sí tiene la Sala competencia suficiente para decidir del impedimento manifestado por el Gobernador del Departamento de Bolívar.

Resta sí por decidir si el hecho alegado por el Gobernador del Departamento de Bolívar, doctor De la Vega, de haber actuado como apoderado de la contraparte durante casi toda la primera instancia de este juicio, puede o no considerarse como interés de parte de él en el proceso, o si de todos modos puede considerarse como alguno de los hechos que por disposición de la ley, constituyen causal de impedimento o de recusación.

De autos aparece claramente establecido que en efecto el peticionario y actual Gobernador del Departamento de Bolívar, recibió con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, y aceptó, poder del señor Hernando Vergara Támara, "a fin de que en mi representación demande al Departamento de Bolívar, por la vía judicial que considere conveniente, a fin de que dicha entidad de derecho público sea condenada a pagar la cantidad de setenta mil pesos que me adeuda en cumplimiento de un contrato de lotería que con ella celebré y en virtud del cual se celebró en esta ciudad el sorteo extraordinario número 1265, el veintiseis de noviembre último".

En ejercicio del anterior poder el doctor José Gabriel de la Vega el veintiocho de los mismos mes y año formuló la correspondiente demanda ante el Tribunal Superior de Cartagena, contra el expresado Departamento de Bolívar, y como tal siguió actuando durante la primera instancia.

En opinión de la Sala este hecho constituye suficientemente interés por parte de quien obró como tal.

Por consiguiente es indubitable que quien actuó como representante de la contraparte, no puede ejercer las funciones de Agente del Ministerio Público, y lo que aquí se dice de éste, debe entenderse de los Gobernadores, por las razones dadas anteriormente, en representación de la entidad que fue su contraparte, o de aquél cuya personería llevó.

Por otra parte, aunque no se quisiera aceptar que quien fue representante de una parte en un juicio tiene el interés de que habla el artículo 166 citado, en el mismo juicio, para la Corte es siempre indubitable que él estará impedido para obrar como Agente del Ministerio Público en representación o a nombre de la contraparte, pues el fundamento de los impedimentos es siempre uno solo, ora trátese de Jueces o Magistrados o de Procuradores, Fiscales o Personeros, esto es, como lo ha dicho la Sala, "la necesidad de evitar dificultades psicológicas y de conciencia al fallador" (en este caso al Gobernador o Agente del Ministerio Público) (auto de 5 de febrero de 1946).

Ahora bien, no se ve entonces, cómo si por disposición del artículo 435 del C. J., numeral 9, es causal de impedimento para actuar como Juez el haber intervenido en el mismo juicio como Agente del Ministerio Público, no lo sea para obrar como representante de la entidad de derecho público demandada el haber sido el apoderado del demandante en el mismo proceso, siendo así que es quizás más difícil representar, u obrar en representación o defensa ora de unos intereses, y luego de los contrarios, que actuar primero como demandante a nombre del demandante, y luego juzgar con imparcialidad, pues que en el caso del juzgador, puede siempre quien va a actuar como tal, justificar el cambio de su proceder o manera de pensar, fundado en las razones aducidas por su antiguo contradictor, y escudado tras su obligación de obrar sin parcialidad.

Pero, si todavía quedare alguna duda, considera la Sala que es definitivo para desvanecerla, el hecho de que conforme al Código de Procedimiento Penal, por disposición de sus artículos 73, numeral 4, y 79, es impedimento para obrar como Agente del Ministerio Público el haber sido apoderado de alguna de las partes en el proceso.

En efecto, si tal disposición existe en materia penal, donde no se discuten intereses patrimoniales, y donde el Ministerio Público no siempre es de manera necesaria contraparte del sindicado, pues que tiene obligación de pedir su sobreseimiento o su absolución, y en general de llevar a cabo su defensa cuando lo considere inocente, con cuanta mayor razón debe existir idéntica regla en materia civil, cuando quien fue apoderado de una parte, debe en calidad de Agente del Ministerio Público o de Gobernador, representar a

la contraparte, cuyos intereses se presumen encontrados con los de la primera.

No será necesario que la Sala estudie luego si este impedimento es o no de aquellos que la ley permite sean allanados por las partes, toda vez que en el caso de autos no habría quién llevara a cabo ese allanamiento, por ser el mismo que está impedido el que, en representación del Departamento, debiera hacer una tal manifestación.

Por este mismo motivo, no es el caso de ordenar que se ponga en conocimiento de las partes la existencia del impedimento del doctor De la Vega, sino debe procederse de una vez a decidir sobre él, y encontrándolo fundado, por las razones que se han expuesto, declarar separado del conocimiento al citado doctor José Gabriel de la Vega.

Estando, pues, decidido que el impedimento manifestado por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar, es legal, y que debe decretarse de plano, cabe preguntar ahora: ¿quién reemplazará al impedido en la representación del expresado Departamento en el proceso de que se ha hablado?

El artículo 168 del C. J. dispone que: "Cuando un Agente del Ministerio Público está impedido para intervenir en un asunto, lo reemplaza el suplente respectivo. Agotado el número de suplentes, el Juez o Tribunal nombra el individuo que debe reemplazarlo, pero el Gobierno puede variar esa designación, y en ese caso continúa funcionando el nombrado por el Gobierno".

Atendida esta disposición legal, y atendiendo igualmente los hechos de que, conforme se deja dicho, los Gobernadores, en cuanto representan a los Departamentos quedan asimilados a los Fiscales de los Tribunales Superiores, a quienes ellos reemplazaron en dicha representación, lo mismo que el de que el Gobernador carece de suplentes, parecería lo lógico que la Corte, conforme al precepto legal transcrito, hiciera la designación de la persona que deba desempeñar las funciones de Gobernador en este proceso.

Sin embargo, no lo considera así la Sala, porque estima que el hecho de existir una disposición más especial sobre la materia, cual es la del artículo único del Decreto 1274 de 1931, citado también por el peticionario, que manda que: "Los Gobernadores, en los casos de recusación o impedimento para conocer de los asuntos de su incumbencia, serán reemplazados por los Secretarios de Gobierno o los Secretarios Generales de la Gobernación", lleva a la conclusión de que debe darse preferente aplicación a esta norma, siguiendo las reglas de la hermenéutica, conforme a las cuales, la ley especial prima sobre la general.

Y considera asimismo que este proceder se acomoda mejor a los cánones de la Carta, por cuanto, si bien es cierto que, como tantas veces se ha repetido, hoy, por mandato de la misma Constitución, los Gobernadores se asimilan o equiparan a los Agentes del Ministerio Público en cuanto llevan la representación judicial de las entidades departamentales, y a los cuales reemplazaron en el ejercicio de esta función, tal equiparación o asimilación, no son absolutas, y se compadece por tanto mejor con las disposiciones constitucionales que la designación de quien deba reemplazar a un Gobernador, sea llevada a cabo por el mismo Organo al cual, conforme a la Ley Fundamental, corresponde el nombramiento del propio Gobernador, es decir, al Ejecutivo Nacional.

Antes de concluír, deberá observarse que el mismo doctor De la Vega había formulado idéntica manifestación de impedimento ante el Tribunal de Cartagena, cuando debía notificársele la sentencia de primer grado, y que dicho Tribunal no reconoció el impedimento, considerando que no es "el caso de aplicar por analogía el artículo 166 del C. J." y que los impedimentos son taxativos.

Al respecto considera la Corte, ante todo que el que el doctor De la Vega no apelara de dicha providencia, no es motivo suficiente para que se considere que ella hizo tránsito a cosa juzgada en lo que toca con esa cuestión, y que, por tanto, habiendo venido el negocio en segunda instancia, puede el impedido hacer idéntica manifestación para el segundo grado del proceso, y la Sala decidir nuevamente acerca de ella, tanto más si se tiene en cuenta que los impedimentos, cuando no son allanables, bien porque, como en el caso presente, no haya quien pueda allanarlos, bien porque la ley no lo permita, son de orden público.

En segundo término entiende la Corte que para declarar separado a un Gobernador por impedimento, no se aplica por analogía la disposición del artículo 166 del C. J., sino que esta misma disposición tiene una aplicación directa en estos casos, toda vez que, conforme se deja dicho, el Gobernador reemplaza hoy al Fiscal del Tribunal en la representación judicial del Departamento.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de-

clara fundado el impedimento manifestado por el doctor José Gabriel de la Vega para actuar en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar en este proceso, y en consecuencia, separado del conocimiento al mismo doctor De la Vega, y **ordena** que se dé aviso al señor Ministro de Gobierno para que se dé cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto número 1274 de 1931.

Comuníquese al señor doctor José Gabriel de la Vega, para cuya comunicación personal se comisiona a uno de los Jueces del Circuito Civil de Cartagena (Reparto), con veinte días de término más el de las distancias y al señor Ministro de Gobierno para los efectos expresados.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P., Srio.

DESISTIMIENTO

La Corte acoge como doctrina el siguiente comentario del doctor Devis Echandía en su obra titulada "Derecho Procesal Civil General": "Lo que quiere decir que el artículo 461 (del Código Judicial) en su inciso 2º es esto: para desistir del juicio se hace ante el juez que en ese momento conozca del mismo. Si se trata de un incidente y un auto interlocutorio ha sido apelado y el expediente se encuentra ante el superior, entonces sí puede pedirse sólo ante éste el desistimiento del recurso para luego presentar el del juicio ante el juez que esté conociendo de la instancia".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Edmundo Harker Puyana, en memorial dirigido a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, presentado ante los señores Presidente y Secretario del Tribunal Superior de Bucaramanga el diez de febrero del presente año, y recibido en la Corte el tres de marzo último, manifiesta que: "desisto del juicio ordinario sobre responsabilidad civil promovido por Rita Gutiérrez contra el Departamento de Santander, el cual se encuentra actualmente al conocimiento de la Corte (Sala de Negocios Generales) por apelación contra un auto del Tribunal Superior de Bucaramanga. Este desistimiento para el cual estoy expresamente facultado por mi poderdante, se hace bajo la condición de que el Departamento de Santander deberá pagar a la parte que represento, mediante la comprobación previa de haber sido decretada la desistencia, la cantidad estipulada en el contrato de transacción celebrado con el Gobernador de Santander con fecha 21 de marzo de 1947".

A los fls. 3 del cuaderno número 1 aparece el memorial dirigido por Rita Gutiérrez al Tribunal de Bucaramanga, por medio del cual, ella confirió poder al doctor Edmundo Harker Puyana para promover y llevar a término en su nombre, juicio ordinario de mayor cuantía contra el Departamento de Santander, facultándolo para "sustituír, transigir, recibir, desistir, interponer recursos, nombrar peritos, pedir pruebas", etc.

Se considera:

Dispone el artículo 461 del C. J.: "Las partes pueden separada o conjuntamente desistir del pleito, reconvención, incidente, o recurso que hayan propuesto en él; y para ello deben presentar personalmente ante el Secretario un escrito en que así lo manifiesten.

"El desistimiento se hace ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trata, en cualquier estado del negocio".

En este supuesto, como se ha dicho, el actor desiste del juicio, y la Sala está conociendo únicamente de la apelación de un auto del Tribunal ante el cual se adelanta el proceso en primera instancia.

El problema que ha de resolverse ante todo, es, pues, si la Corte es o no competente para admitir el desistimiento propuesto.

A este respecto, es conveniente recordar que cuando ante la Sala de Casación Civil de la Corte, fue propuesto el desistimiento de un juicio, mientras ella conocía del recurso de casación, dicha Sala, en providencia de 23 de noviembre de 1932, que corre publicada en la **Gaceta Judicial,** Tomo 41, página 22, dijo: "La Corte —como es sabido— sólo conoce del recurso de casación y no del juicio; de consiguiente ante ella apenas puede desistirse de este recurso. Fue ésta la doctrina de la Corte por mucho tiempo, cuando aún estaba vigente el Código Judicial.....por la ley 37 de 1887. Posteriormente modificó esa doctrina, permitiendo que ante ella pudiera desistirse, no sólo del recurso de casación que se hubiera concedido, sino también del juicio principal. Esa doctrina de la Corte no ha sido aceptada por el Código Judicial vigente, pues claramente expresa la disposición del artículo 461, que el desistimiento debe hacerse ante el Juez que está conociendo del juicio, incidente o recurso que se trata. Como la Corte sólo conoce del re-

curso de casación, no tiene ella jurisdicción, de conformidad con el citado artículo, para decretar la desistencia de la acción".

Cuando la Corte estudió la ley 105 de 1931, propuso una reforma al artículo 461, y para sustituírlo dijo: "La Corte había resuelto últimamente, en varias ocasiones, que el desistimiento del juicio, cuando se ha concedido el recurso de casación, podía hacerse ante ella, conclusión a que llegó —con mejor acuerdo— después de larga meditación, por razones de alta conveniencia. Hoy el artículo 461 del código dispone: "Las partes pueden separada o conjuntamente desistir del pleito, reconvención, incidente, o recurso que hayan propuesto en él; y para ello deben presentar personalmente ante el Secretario un escrito en que así lo manifiestan.

"El desistimiento se hace ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trata, en cualquier estado del negocio.

"De acuerdo con esta disposición, que no acepta aquella doctrina, el desistimiento del juicio no puede hacerse ante la Corte de Casación, toda vez que ésta no conoce del juicio, sino del recurso".

Con todo, algunos expositores de nuestro Código Judicial rechazan este concepto, pero sí lo aceptan para casos como el de que se trata, dados los términos del inciso 2 del artículo 461 mencionado.

La Sala acoge el siguiente comentario del doctor Devis Echandía, en su obra "Derecho Procesal Civil General": "Lo que quiere decir que el artículo 461 en su inciso 2 es esto: para desistir del juicio se hace ante el juez que en ese momento conozca del mismo. Si se trata de un incidente y un auto interlocutorio ha sido apelado y el expediente se encuentra ante el superior, entonces sí puede pedirse sólo ante éste el desistimiento del recurso para luego presentar el del juicio ante el juez que esté conociendo de la instancia".

En el caso de autos se desistió en forma condicional del juicio, en el cual quedan comprendidas todas las incidencias y actuaciones.

Como entre nosotros rige el sistema llamado "disposición" en el cual son las partes las que van moviendo la actividad del juez, quiere decir que un desistimiento impide que el juez continúe tramitando el auto que está en apelación. Lo lógico es suspender el asunto, para que vuelva todo el negocio al Tribunal **a quo** para el efecto de resolver el desistimiento.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte, se abstiene de conocer del memorial de desistimiento y resuelve no continuar tramitando el recurso de apelación del auto interlocutorio de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Vuelva el expediente al Tribunal de origen para los efectos indicados.

Notifíquese, cópiese.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán. Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás P., Srio.

CADUCIDAD DE CONTRATO

La declaración de caducidad, pronunciada por la vía administrativa, produce el efecto de terminar el contrato conforme lo ha expresado reiteradamente la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto seis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El día 15 de octubre de 1941 se celebró entre el Departamento del Magdalena y el señor Galo A. Goethe el contrato respectivo para la construcción de un edificio destinado a escuela pública en el Municipio de Sitionuevo; y por Resolución número 15 de 16 de junio de 1942 el Gobierno Departamental declaró la caducidad administrativa de dicha convención, fundándose en el hecho de haber vencido el plazo con exceso el término de noventa (90) días estipulados para la entrega de la obra y, además, por haberse ausentado de Sitionuevo el contratista principal, paralizando de esta manera los trabajos que había comenzado. En virtud de estos antecedentes y de los demás hechos que se citan en el libelo con que el juicio se inició ocurrió el doctor Rafael Rovira Bolaño, en nombre del Departamento del Magdalena ante el Tribunal Superior de Santa Marta en demanda contra el señor Arcadio Barros, quien se constituyó fiador del contratista principal señor Goethe, para que mediante los trámites del Título XXXI, Libro II del Código de Procedimiento Civil se hicieran las declaraciones siguientes:

"1º Autorizar al Departamento del Magdalena para que haga concluír por un tercero, a expensas del demandado, la construcción del edificio para escuela de Sitionuevo, de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el contrato celebrado el 15 de octubre de 1941, que acompaño; y 2º Librar orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Departamento y en contra del señor Arcadio V. Barros por la suma de doscientos pesos ($ 200.00) moneda corriente y por la cantidad que resulte a razón de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente mensuales, desde el día de la mora hasta el en que se termine la obra. Las sumas de dinero a que se refiere la parte petitoria de esta demanda, se descomponen así: la primera es la multa o cláusula penal de que habla la estipulación cuarta del contrato, la otra representa la cantidad en que estimo los perjuicios ocasionados al Departamento por el incumplimiento de los contratistas, y estoy listo a prestar el juramento de rigor de acuerdo con el artículo 897 del Código Judicial".

Por auto del nueve (9) de noviembre de 1942 resolvió el Tribunal admitir la acción propuesta en primer término y rechazar la ejecutiva a que se refiere el ordinal 2º del libelo.

Tramitado el negocio sobre estas bases la entidad pública instada puso fin al litigio mediante fallo proferido en 31 de agosto de 1944, por medio del cual declaró probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, absolviendo en consecuencia al demandado de todos los cargos contra él formulados. En el acto de la notificación el Fiscal del Tribunal Superior interpuso el recurso de apelación contra aquel fallo y habiéndosele concedido se surtió la actuación correspondiente a la segunda instancia en esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que va a decidir en definitiva con fundamento en las consideraciones que en seguida se consignan.

Se ocupó el Tribunal en estudiar las estipulaciones del pacto de que se habla y especialmente la que contiene la obligación por parte del contratista de comenzar la construcción del edificio de la escuela de Sitionuevo dentro de los quince días a partir del perfeccionamiento del contrato y de entregarlo terminado en el plazo de noventa (90) días contados de la misma manera; y además, la que contiene los motivos para que pueda declararse administrativamente la caducidad del contrato por no entrega de la obra en el plazo acordado. De otro lado, encontró la misma entidad que habiendo hecho uso de su facultad de declarar la caducidad administrativa de la convención no era jurídicamente posible al Departamento del Magdalena pedir que se hiciera con-

cluír por un tercero a expensas del demandado, o sea que no podía ejercitar la acción reglamentada por el Título **XXXI** del Código Judicial, ya que conforme al artículo 1610 del Código Civil la ejecución del contrato por un tercero y a expensas del deudor requiere necesariamente que el contrato esté en vigencia, pues si éste ha terminado por alguna causa legal la petición resulta indebida.

Se expresa el Tribunal así, refiriéndose al precepto contenido en el artículo citado del Código Civil: "Los tres casos de este artículo parten de la base que el contrato cuya ejecución se pretende, existía el día que se promueve la acción. Y esto es apenas obvio, porque no se ve cómo puede pretenderse el cumplimiento de un convenio, ya sea por medio del mismo obligado, ya sea por un **tercero** a expensas de aquél, cuando a la fecha en que una de estas dos cosas se intenta, ya ese convenio ha desaparecido. Se dice que el Gobierno, usando una facultad contractual, lo declaró caducado, lo que equivale en el fondo a la llamada resolución de que trata el artículo 1546 del Código Civil.

Nada tiene que objetar la Corte a la anterior conclusión del fallo de primera instancia porque es evidente que la declaratoria de caducidad pronunciada por la vía administrativa produce el efecto de terminar el contrato, conforme lo ha expresado reiteradamente esta superioridad sobre todo en las decisiones que el Tribunal transcribe.

Por este motivo las conclusiones del Tribunal respecto a que en la demanda se hiciera una petición de modo indebido resultan jurídicas y deben confirmarse. Y sin lugar a otras razones, 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 en todas sus partes la sentencia de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta materia de la alzada.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

Enmiendas al Diccionario de la Academia. - Sobre la palabra "Lapso", que la Academia hace sinónima de "Curso de un espacio de tiempo"

Tanto por haber usado Don Andrés Bello la locución correcta LAPSO DE TIEMPO, como por haber aprobado la Academia Colombiana de la Lengua el escrito que va a continuación, se publica en esta Revista destinada exclusivamente a asuntos jurídicos, en los cuales, sin embargo, no holgará la propiedad del lenguaje conforme al buen uso y a la etimología de los vocablos. Así lo han querido también algunos de los Magistrados de la Corte, entre los cuales está su anterior Presidente, Dr. Ramón Miranda.

Ni sobraba el estudio de una locución tan resobada y traída y llevada por jueces, magistrados y abogados en el lenguaje de los estrados y del foro.

EL RELATOR DE LA CORTE SUPREMA

El Diccionario de la Real Academia Española, al definir la palabra **lapso,** trae la siguiente segunda acepción: "Curso de un espacio de tiempo".

Es general y casi incontestada la opinión errónea que, de acuerdo con el Diccionario Oficial, hace la voz **lapso** sinónima de período de tiempo. Es ese un error en que han incurrido aun insignes gramáticos y escritores como D. Marco Fidel Suárez, quien en uno de sus **Sueños de Luciano Pulgar,** dice lo siguiente:

"Se le pasó por alto apuntarme el error que cometí a este respecto en uno de los diálogos anteriores, aun cuando ya se ve que aquello fue lo que suele llamarse un **lapsus,** que es como decir, resbalón, el desliz involuntario que resulta de no poderse suponer que aquel que comete el error ignore el hecho que desfigura. Suele decirse en este sentido **lapsus calami,** si el error es escribiendo, y **lapsus linguae** si hablando; como cuando un orador o escritor que discurre sobre la vida de Colón dice o escribe inadvertidamente que descubrió la América en 1924 y no en 1492. **Lapso** y **lapsus** vienen de un verbo que significa correr, sin que sea menester decir 'lapso de tiempo'; el segundo es uno de tantos latinismos incorporados en el lenguaje corriente, como cactus, corpus, lavabo, mapamundi, palmachristi, utipossidetis".

Voy a exponer mi humilde opinión sobre esa palabra, tratando de demostrar, con temor de errrar naturalmente, y dejando la decisión a los doctos, que esa voz, no obstante la autoridad de la Academia y de Suárez, no significa por sí sola período o transcurso de tiempo, lo que pretendo probar con la expresión latina **lapsus temporis,** o, lo que es decir, rastreando la etimología de la palabra para sostener que esa expresión era usual no ya solamente en latín, sino en las lenguas romances y en otras. Por la etimología no se deduce que la voz **lapso** tenga la significación de período de tiempo, como lo aseveran la Academia y Suárez. Con efecto: **lapso** viene del verbo **labor, laberis, lapsus sum, labi,** el cual, según el **Diccionario latino etimológico** de Ernout y Meillet, significa: **glisser (sens propre et figuré); chanceler, s'echapper (des mains,** etc); **au sens moral "commettre une faute"** (cf. **peccare, cadere). Souvent joint a cadere;** cf. Cic. Phil. 2, 21, 51, **labentem et prope cadentem rem publi-**

cam fulcire; Brut, 49, 185, in aliqua re labi et cadere. Ancien (Enn), clasique, usuel. Otras palabras cognadas, nominales y derivadas de aquel verbo, vienen en el Diccionario de Ernout, que no hay para qué transcribir aquí.

También el gran Léxico de toda la latinidad de Forcellini trae lo siguiente sobre ese verbo **labor** y sobre **lapsus**: **Labor**, etc., Hisp. deslizar, resbalar, escurrirse, descender rápidamente. — **Labuntur** altis interim ripis aquae. Hor. Epod. 2.25). **Lapsi** de fontibus amnes. (Ov. **Labitur** ex oculis gutta. (Ovi Trist, 3, 4.). Quam multa in silvis auctumni frigore primo **Lapsa** cadunt folia. (Virg. 6. Aen. 310). —2. Speciatim usurpatur de tempore pro decurrere, fluere, volvi: ad rem Ovid. 15. Met. 179. Ipso quoque assiduo **labuntur tempora** motu, Non secus, ac flumen. Sic. Ulp. Dig. 3, 26. **Lapsa tempora**. Rursus Ovid. 1. Amor. 8, 49. **Labitur** occulte, fallitque volubilis aetas... Virg. 2. Aen 14. Tot iam labentibus annis, etc., etc. Y sobre la palabra **lapsus**: Proprie. 1. Stricto sensu est lubricus ac facilis motus, cursus, decursus, **scorrimento, corso** et dicitur: a) De stellis. b) De aquis. c) De avibus et similibus. d) De angue, etc. Latiori 2. Sensu est idem quod **lapsio, prolapsio, caduta.** Translate est error, culpa per imprudentiam admissa, **errore, fallo, sfalma.** (LEXICON TOTIUS LATINITATIS a Aegidio Forcellini Seminarii Patavini alumno lucubratum deinde a Iosepho Furlanetto eiusdem Seminarii alumno emendatum et auctum; nunc vero curantibus Francisco Corradini et Iosepho Perin Seminarii Patavini item alumnis emendatius et auctius melioremque in forman redactum. Paravii-Typis Seminarii. MCMXXXX.

Naturalmente, he tomado del Forcellini lo estrictamente necesario a mi propósito, pues ese Lexicon admirable e insuperable agota la materia. En los ejemplos que se citan —y serían legión si quisiese poner otros— puede observarse que el verbo **labor** va siempre construído con un complemento en latín. Lo mismo puede decirse de su participio **lapsus** o del simple sustantivo de la misma forma.

Baste decir que desde los tiempos de Ennio y Cicerón no tuvo ese verbo la significación de período de tiempo, sino la de correr, fluír, vacilar, titubear, pecar, caer, deslizarse, resbalarse, errar, todo menos la de transcurso de tiempo como equivocadamente lo trae la Academia, pues aunque en sentido propio y figurado podría decirse, y se dice en efecto, que el tiempo corre, o vuela, o se desliza, o fluye, o resbala, los clásicos latinos empleaban, para denotar esto último o el paso del tiempo inexorable, el participio verbal con la palabra "tiempo" por añadidura, y no la sola voz **lapsus** o el solo verbo **labor**, como creo que puede deducirse de este paso de Salustio:

"Ac fuere qui tum Albinum haud ignarum consilii regis existumarent: neque ex tanta properantia tam facile tractum bellum secordia magis quam dolo crederent. Sed postquam, DILAPSO TEMPORE, **comitiorum dies adventabat, Albinus, Aulo fratre in castris relicto, Romam decessit.** (Sall. DE BELLO IUGURTHINO, XXXVI).

En ese paso, después de observar Salustio que hubo algunos que sospecharon cómo había estado Albino en inteligencia con el rey, pues atribuían a una colusión fraudulenta, y no a cobardía, el retardo de una guerra tan activamente comenzada, agrega: "Pero después que hubo **pasado el tiempo** —DILAPSO TEMPORE— se acercó el día de los comicios, y Albino, dejando el ejército bajo el mando de su hermano Aulo, tomó la vuelta de Roma". Donde el DILAPSO TEMPORE es lo mismo que **lapsus temporis** o **lapso de tiempo**, y si bien es verdad que, como ablativo absoluto debe traducirse por "habiendo

pasado el tiempo", o por "pasado el tiempo", tampoco chocaría que se tradujese: "Después de ese **lapso de tiempo**". Se ve, pues, que empleó Salustio la expresión **lapso de tiempo,** como la emplean hoy los que conocen la etimología de los vocablos, y no simplemente **lapso.** Y esto fue muy romano y latino, como lo es hoy muy castellano. ¿Hubiera podido emplear el ablativo **labente** o **dilapso** solamente? Claro que no. Luego si tuvo buen cuidado de agregar **tempore,** ello está diciendo muy a las claras que no hay **lapso** para significar tiempo, como lo dicen la Academia y Suárez, sino que debe añadirse el complemento: **de tiempo.**

Los romanos mismos no usaban el verbo **labor,** para referirse al paso del tiempo, sin añadir la palabra correspondiente, como lo demuestra este solo ejemplo del príncipe de los líricos, Horacio:

Eheu! Postume, Postume, **labuntur anni.**

Bastaría para legitimar lo correcto de la expresión **lapso de tiempo,** tan criticada y tan asqueada por algunos que siguen a la Academia sin un estudio detenido de la cuestión, la consideración de que Bello, que sabía cómo hablaba y escribía, la usó en varios artículos de su **Código Civil chileno,** así: "Artículo 716, equivalente al 777 de nuestro **Código Civil colombiano:** El simple **lapso de tiempo** (subrayo) no muda la mera tenencia en posesión". Y el 2535 de nuestro Código, equivalente a otro exactamente igual por su redacción del chileno, escrito como se sabe, por Bello, dice: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto **lapso de tiempo** durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones". Pero el mismo Bello, celoso de no incurrir en pleonasmos, dice posteriormente: "La acción epecutiva se convierte en ordinaria por el **lapso de diez años,** y convertida en ordinaria durará solamente otros diez". Donde se observa que estando expresos los años, o las palabras a ellos referentes, no hay para qué repetir **de tiempo,** pues ya la voz **lapso** sí se refiere entonces a tiempo, en ese único caso. Mas cuando no se ha expresado año alguno es erróneo decir solamente **lapso.**

Ahora, la expresión **lapso de tiempo** es usual y está recibida en varias lenguas. En la nuestra, modernos autores españoles la han usado, según aparece de estos pasajes textuales:

"La idea principal de las **Afinidades electivas** es la misma que ha desenvuelto Goethe en Werther; pero si se comparan ambas obras, si se ponen en parangón aquella viril y semisatánica rebelión del ánimo de Werther contra lo humano y lo divino con esta calcinación interior de un continuo hervir de pasiones dentro del alma de Eduardo, se comprenderá en parte cuán profundo y provechoso cambio ha sufrido el espíritu en el **lapso de tiempo** que media de una a otra creación artística". (GOETHE. - ENSAYOS CRITICOS, por U. González Serrano, Madrid)

Y Menéndez Pidal, profundo conocedor del lenguaje y hoy Presidente de la Academia Española, dice en EL IDIOMA ESPAÑOL lo siguiente:

"Hay, evidentemente, en el desarrollo de cada sonido, tendencias colectivas que muchas veces llegan a convertirse en normas generales, en leyes fonéticas regulares. Pero debe añadirse que la constitución de una de esas leyes no es obra de un momento, sino de un LAPSO DE TIEMPO muy prolongado".

Igualmente usó la frase **lapse of time** el novelista inglés Dickens en su hermosa novela **David Copperfield,** en un paso que dice así: "Whether it was the following Sunday when I saw the gentleman again, or whether there was any greater LAPSE OF TIME before he reappeared, I cannnot recall".

He visto empleada también esa frase **laps**

de temps en un tratado de prosodia latina del francés Lejard, y en el siguiente párrafo de la obra titulada **Histoire de la Littérature Grecque**, de los hermanos Croiset: "Durant ce LAPS DE TEMPS, il est evident que Thespis, esprit inventif et createur, ne manqua pas de perfectionner sans cesse son art".

Todo lo cual vale decir que la voz **lapso** no se usa sola para designar período de tiempo, sino para las demás acepciones que comporta conforme a su etimología latina. Ya en lo antiguo se habló en la Iglesia de los cristianos **lapsos** o caídos o de los **relapsos**, para los cuales tenía penas graves el Derecho Canónico de la época. Varios escritores ingleses han empleado también el verbo derivado del latino, en frase como ésta de Addington, al hablar de Boyardo y su **Orlando Inamorato**:

"When he **lapses** into allegory, it is whith a sing of weakness".

O, cuando hablando del **Morgante** de Pulci, se expresa de este modo: "Between these two divisions a considerable period of time is supposed to have **elapsed**". Pero nosotros no tenemos en castellano un verbo semejante. Y nótese, sin embargo, cómo emplea Addington la frase **período de tiempo**, o, lo que es lo mismo, **lapso de tiempo**, expresión legítima si las hay.

En una palabra, creo que puede usarse perfectamente la expresión LAPSO DE TIEMPO cuando no se ha venido hablando de años o de períodos de tiempo; y que debe suprimirse el complemento si se ha venido haciendo alusión a algún período de tiempo, como lo hizo D. Andrés Bello, quien nos dio la norma. Todo lo cual he dicho sin hablar **ex cathedra** porque no ejerzo pontificado alguno, aun cuando crea que la Academia debe hacer sobre ese punto la correspondiente enmienda al Diccionario, sino con la humildad de quien ha tenido siempre por lema de sus escritos éste: **Lege et parce.**

JULIAN MOTTA SALAS,
Miembro de Número electo de la Academia Colombiana.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Acción de inexequibilidad de la parte final del artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 que prohibe la coexistencia, dentro de una misma empresa, de dos o más sindicatos de trabajadores.—Se declara exequible el artículo de la ley acusada. Magistrado ponente, doctor Germán Alvarado 3

Salvamento de voto a la sentencia anterior de los Magistrados doctores Alvaro Leal Morales, Víctor Cock, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Gabriel Rodríguez Ramírez, Domingo Sarasty M., Eleuterio Serna R. y del Conjuez, doctor Miguel Aguilera 12

SALA DE CASACION CIVIL

Acción petitoria de rendición de cuentas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario promovido por Teresa Ocampo de Rodas contra José Ocampo sobre rendición de cuentas. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 23

Reivindicación—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Adela Sierra contra Germán Sierra sobre reivindicación. Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza 33

Acción petitoria de declaración de bienes vacantes. — Representación de las sociedades anónimas en liquidación.—Nulidades adjetivas.—Bienes vacantes—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio sobre bienes vacantes promovido por Rosa Uribe de Carrizosa contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca .. 37

Págs.

Acción de filiación natural—En qué consiste la incongruencia — Declaración judicial de paternidad natural—Prueba de la paternidad—Bases de nuestro sistema probatorio. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Herminia Rojas contra Abel Losada sobre filiación natural. Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales 45

Acción petitoria de ineficacia de los títulos referentes a unas minas, de abandono de minas, etc.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio sobre minas instaurado por Germán Molina Callejas contra la sociedad "Pato Consolidated Gold Dredging Limited". Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 54

Acción de nulidad de una escritura y de reivindicación—Embargo—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida en el juicio ordinario seguido por la sucesión de Guillermo Almeida contra Víctor Betancourt y María Chaves. Ordinario de nulidad de una escritura y reivindicación. Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca 63

Acción petitoria de restitución de frutos, de indemnización de perjuicios, etc. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona proferida en el juicio ordinario seguido por Tomasa Vera de González contra Isaías Castellanos sobre restitución de frutos e indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 68

Acción de dominio—Autos para mejor proveer—Derechos del colono o adjudicatario de tierras baldías — Incongruencia — No se

Págs.

casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga proferida en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Ignacio Arcila contra Fidel Salazar y Julia Botero. Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 71

Acción de exclusión de bienes de unos inventarios—Fin de la prueba ante la jurisdicción—Qué debe entenderse por acto jurídico—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario seguido por Carmen González de García contra Evangelina Flórez v. de González, sobre exclusión de bienes de unos inventarios. Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales..... 77

Acción de separación de bienes—Cosa juzgada. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Maximina Duque de Sánchez contra Lisandro Sánchez, sobre separación de bienes. Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales... 84

Reivindicación—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Elena Ramos contra Rosa Amelia Ibáñez de Viveros sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 87

Acción de nulidad de la liquidación de una sociedad colectiva y de restitución de bienes—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario promovido por José Teodomiro, María Elena y Lucía Calderón Núñez, en su propio nombre y en el de la sucesión de Pedro Calderón D., contra Elena Núñez v. de Calderón, Leonardo, Teodomiro, Mercedes, Eulogia, Teresa y María Calderón Domínguez sobre lo anteriormente indicado. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 91

Acciones de filiación natural, petición de herencia, etc. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio ordinario sobre las acciones dichas, por Benjamín Castañeda contra Sol

Págs.

lina Díaz v. de Raigosa y otros. Magistrado ponente, doctor Gabriel Rodríguez Ramírez 99

Reivindicación—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Francisco Rivera Soto contra Nicanor Galvis sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 103

Reivindicación — Apreciación de pruebas—Prueba testimonial—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario de reivindicación promovido por María Teresa de Jesús Osorio contra Adán Luis Osorio. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 107

Reivindicación—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario de reivindicación promovido por el Cabildo de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales contra Moisés, Dioselina, Israel y José Mipáz. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 112

Acción de nulidad de unos contratos—Doctrina jurídica sobre simulación — Interpretación del artículo 1934 del Código Civil. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por María Dolores Sánchez v. de Tirado contra Juan de Dios Hoyos, Gabriel Gómez Echeverri y el Banco de Bogotá sobre nulidad de unos contratos. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 115

Acción reivindicatoria—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Orosia Collazos contra Aquilino Montes sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 121

Acción petitoria de pago de una suma de pesos — Decisión ultra petita — Reformatio in pejus — Causal segunda de casación — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Juan José Balaguer contra

Págs.

Alberto Ardila y Dolores Garavito de Ardila sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca.. 124

Acción petitoria de pago de perjuicios—Fuentes de las obligaciones—Desahucio—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario por perjuicios seguido por José Rahal contra Juan Antonio Mejía. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas..... 127

Reivindicación—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por Blanca Segura de Chaves contra los sucesores universales de Ramón Apráez, sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales 134

Reivindicación—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por Efrén y Hernán Osejo contra Mercedes Solarte de Melo, por reivindicación. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 137

Recurso de revisión de una sentencia—Se declara infundado el recurso de revisión propuesto por el doctor Carlos Julio Fonseca Rojas contra la sentencia que decidió el juicio ordinario que intentó contra la Federación Médica Colombiana y los doctores Roberto Franco, José del Carmen Acosta y otros. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 142

SALA DE CASACION PENAL

Causal 2ª de casación en materia penal—Nulidades—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual condenó a José Quintero por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola 147

Solicitud sobre cambio de radicación de un proceso — Se conceptúa favorablemente sobre la solicitud que en este sentido hizo Dimas Saavedra Galindo. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola.. 149

Págs.

Incompetencia de la Corte para conocer de los denuncios contra los Magistrados del Tribunal del Trabajo — Se dispone remitir a los jueces del Circuito en lo Penal de Bogotá el denuncio presentado por el doctor Luis E. Cadavid O. contra los Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 153

Requisitos del auto de proceder—Se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá por la cual condenó a Efraím Ruiz por el delito de robo. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola 154

Se inhibe la Corte del conocimiento de la apelación intentada—No conoce la Corte de la apelación concedida por el Tribunal Superior de Barranquilla al Fiscal 2º de esa entidad. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 159

Veredicto contraevidente y veredicto contradictorio—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en que condenó a Eladio Henao Arias, por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérez Anzola..... 161

Circunstancias modificadoras — Cuestionario único propuesto al jurado—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual condenó a José de la Cruz Barreto por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola 164

Homicidio-asesinato — El estado de ira en la ejecución del delito—Circunstancia modificadora prevista por el artículo 28 del C. Penal—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en que condenó a José María Zuluaga Salazar por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérez Anzola..... 167

Inidoneidad moral para rendir testimonio—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por la cual condenó a Misael León por el delito de homicidio. Magistra-

Págs.

do ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola 171

Criterio de determinación de la premeditación y de los motivos del delito — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja por la cual se condenó a Salvador Caro, por homicidio. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 181

Causal 5ª de casación — **Causal 2ª** — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo por la cual se condenó a Flaminio Correa por homicidio. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola 186

Condiciones de aplicación de la provocación. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por la cual se condenó a Antonio Fuentes por homicidio. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno.... 189

Delito frustrado de homicidio—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por la cual se condenó a Luis Jiménez Guiza y a Bertha de Avila por un delito frustrado de homicidio. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 197

Delito de venta de bien ajeno o embargado. Se decide que es el Juez 1º Superior de Buga, y no el de Manizales, el competente para conocer del proceso. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 198

Se dirime una competencia—Dirime la Sala la competencia entre el Juzgado 4º del Circuito Penal de Bogotá y el Juzgado 1º del Circuito Penal de X. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 201

Técnica del recurso de casación en materia penal—**Reincidencia**—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo por la cual se condenó a Adán Gómez, o Benavides, o Cruz (alias El Piojo) por robo. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada..... 203

Impedimentos—**Qué se entiende por "interés en el proceso"**—Se resuelve que es legal el

Págs.

impedimento manifestado por el doctor Benjamín Iragorri Díez para conocer del proceso por falsedad y otros delitos en contra de Nicolás Pereira Urdaneta. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola 207

La embriaguez en la ejecución del hecho delictuoso—**Causal 2ª de casación**—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condenó a Tiberio Camacho por homicidio. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 209

En qué consiste la depravación—**Circunstancias de menor peligrosidad** — **Complicidad. Buena conducta anterior**—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por la cual se condenó a Mercedes Martínez de Cotrino por homicidio. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada..... 212

Falsedad—Se revoca el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en favor de Gerardo Sierra Londoño. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada..... 216

En qué consiste el delito de prevaricato — **Abuso de confianza**—Se sobresee definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga, doctores Elberto Téllez Camacho, Domingo Arenas Serrano y José J. Amaya M. por los delitos de prevaricato y detención arbitraria de que los acusó el doctor Pedro Alzate Fernández. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada..... 221

Sobreseimiento definitivo—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Bernardo Ospina Duque, reformándose así el auto del Tribunal Superior de Bugá. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola.. 226

Delitos de responsabilidad — Se confirma el auto consultado por el Tribunal Superior de Bogotá, por el cual sobreseyó definitivamente en favor del Juez 4º Superior de este Distrito, doctor Humberto Ardila. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 229

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Incidente de liquidación de perjuicios — La demanda como base de la sentencia — Se confirma el auto apelado del Tribunal Superior de Medellín en un incidente sobre liquidación de perjuicios promovido por Francisco Estrada Ruiz. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 232

Acción petitoria de pago de una suma de pesos—Caducidad de los contratos—Intereses. Sus diversas clases—Doctrina sobre la naturaleza jurídica de los contratos administrativos — Se confirman unos numerales y se revoca otro del fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por el doctor Eduardo Aparicio Jaramillo contra el Departamento de Cundinamarca para el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 238

Aviso de exploración y explotación de petróleo—Se declaran fundadas las oposiciones a la propuesta de exploración y explotación de petróleos de Alvaro Reyes, hechas por Marco A. Iriarte y otros. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 295

Págs.

Impedimentos—Se declara fundado el impedimento manifestado por el doctor José Gabriel de la Vega para actuar, en su condición de Gobernador de Bolívar, en el juicio ordinario promovido por Hernando Vergara Támara contra ese Departamento. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 317

Desistimiento—Se abstiene la Corte de conocer del memorial de desistimiento presentado por el doctor Edmundo Harker Puyana en el juicio ordinario promovido por Rita Gutiérrez contra el Departamento de Santander, sobre responsabilidad civil. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 321

Caducidad de contrato—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario promovido por el doctor Rafael Rovira Bolaño, en nombre del Departamento del Magdalena, contra Arcadio Barros, por pesos. Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda..... 323

Enmiendas al Diccionario de la Academia. Sobre la palabra "lapso", que la Academia hace sinónima de "curso de un espacio de tiempo", por Julián Motta Salas..... 325

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'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXIV - BOGOTA, COLOMBIA - JUNIO - JULIO - AGOSTO DE 1948 - NUMEROS 2062 - 2063

LA INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA ACCION CIVIL ANTE EL JUEZ CIVIL, SEGUN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Sobre este interesante y delicado tópico se ha debatido extensamente en las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Después de intensas deliberaciones en las dos Salas, ambas se están inclinando a subordinar de manera completa la acción civil al resultado de la acción penal, dándole a los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento Penal una interpretación en mi sentir equivocada, ceñida a la letra de esos preceptos, con lo cual las acciones civiles de reparación por culpa extracontractual están siendo sometidas a paralización indefinida, cuando quiera que se originan en hechos susceptibles de originar investigaciones de índole criminal, como los accidentes de tránsito cualquiera que sea su naturaleza. Vigorosamente me opuse en la Sala de Casación Civil, siendo todavía Magistrado de ella, a que se consagrase semejante tesis jurisprudencial, que implica en nuestro derecho un verdadero retroceso jurídico. Fruto de mi acendrada convicción fue el estudio que presenté a la Sala a modo de salvamento de voto en la primera sentencia que tocó directamente el punto, la cual hasta ahora no ha sido publicada en la GACETA JUDICIAL. Me parece que el tema, de atractivos subyugantes en el derecho positivo, merece la atención de nuestros más connotados juristas con el objeto de provocar la controversia que haga luz en el complicado problema. Cuando ocupaba el Ministerio de Justicia, organicé las dos comisiones de Reformas Penales y Penitenciarias y de Reformas Civiles. Quise que ellas se ocupasen primeramente de la reforma de los respectivos códigos de Procedimiento Penal y Civil, como el medio de obtener la aceleración de la administración de justicia, pues a mi entender, compartido por las comisiones, en las leyes adjetivas radica en mucha parte la lentitud de los procesos civiles y penales, debido a que hace falta simplificar los procedimientos purgándolos del formulismo exagerado que antes que en garantía, tornase en desmedro de la justicia, porque su administración tardía conviértela en emblema de irrisión. Pues bien, a las dos comisiones les recomendé una especial preocupación por aclarar en la legislación positiva el grave problema que entrañan los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento Penal; y como la reforma incumbe por igual a los dos campos civil y penal, las excité a que se acometiese conjuntamente por ellas, ya que la labor aislada de las dos las llevaría a sentar conclusiones unilaterales, en que predominase bien el aspecto penal, o el aspecto civil, según la especialidad de la comisión en materia que por no permitir deslindes debe ser dilucidada por técnicos de los dos derechos.

Voy a exponer mis puntos de vista en el puro

terreno de los principios, acerca de lo que me parece que es o debe ser el sistema legal actualmente imperante respecto de la compleja y debatida cuestión de influencia del proceso penal en la acción civil, a la luz de los correspondientes preceptos de la Ley 94 de 1938, o nuevo Código de Procedimiento Penal.

La investigación de la verdad en esta delicada materia, requiere, si se aspira a transitar por camino sólido y a encontrar pautas de segura orientación, como son las que debe ofrecer toda tesis jurisprudencial, el examen de conjunto de las varias normas que integran el régimen legislativo establecido en aquel código sobre la mencionada materia. Sin perder de vista tampoco que este régimen tiene que guardar perfecta armonía con los principios fundamentales de derecho civil, encarnados en el Título 34 del Libro 4º del respectivo estatuto, que le son paralelos, principios que de ninguna manera, directa o indirecta, pueden haber sufrido eclipse con la promulgación de las nuevas normas sobre investigación y juzgamiento de los delitos, encaminados a remozar esa rama del derecho, pero no sin herir de contragolpe, paralizándolo, el progreso conquistado merced a los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia en el campo concerniente a la indemnización de daños por todo ilícito civil.

Un estudio que se concrete al examen aislado de cualquiera de las disposiciones que configuran en el código de procedimiento penal el sistema de la influencia del proceso penal sobre la acción civil, corre el riesgo de desfigurar el contenido verdadero de esa institución, que está representada, como sucede en toda institución, por un conjunto de reglas de derecho referentes todas a un hecho único y fundamental —aquí la relación entre las acciones de derecho público, de orden penal, y las civiles indemnizatorias de derecho privado—, que se combinan y refunden entre sí al grado de constituír como un todo orgánico. Por algo Ihering concibió la institución a modo de un **ser** o un **cuerpo jurídico.**

El problema de la influencia del proceso penal en la acción ante el juez civil presenta aspectos distintos, aunque influenciados recíprocamente, de suyo difíciles, entre los cuales dos son los esenciales, que exigen soluciones armónicas, pues lo que se defina en un caso inevitablemente incide en el otro.

En el código de procedimiento penal actualmente en vigencia esos dos aspectos están reflejados respectivamente en los artículos 11 y 28.

Son estos los textos de las disposiciones:

Artículo 11. "Cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes".

"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".

Artículo 28. "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.

Siendo motivo principal de este estudio el artículo 28, se consideran las disposiciones a la inversa de su numeración".

I

EL ARTICULO 28

Cuando ha mediado sentencia del Juez del crimen, el artículo 28 dispone que la acción civil no podrá proponerse ante el Juez Civil, en los casos en que en aquella sentencia se haya declarado que la infracción en que esa acción 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 facultad legítima.

La reducción expresa a tres de los casos en que la sentencia en lo criminal agota la acción civil, está indicando que solamente ocurre que el fallo en lo penal mata o destruye la acción civil en las hipótesis excepcionalmente previstas, y que fuera de ellas el Juez civil mantiene el poder de decisión sobre hechos juzgados por el Juez penal para efectos de la imposición de la pena, de la que fue absuelto el reo solamente porque no se le halló responsable ante el código penal.

Sin desfigurar el contenido real de esa disposición, y antes bien desentrañándolo a la luz de

otros textos del mismo estatuto y del código penal, me parece que debe leerse y resumirse así:

La acción civil dimanada de un hecho sancionado por la ley penal no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, con alcances definitivos, que tal hecho no se ha realizado, o que el sindicado no es su autor, o que, siéndolo, obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de facultad legítima.

Sostengo que aunque el artículo 28 emplea el término "infracción", al referirse a la primera de las tres hipótesis en que la acción civil "no podrá proponerse ante el Juez civil", la expresión no es sino una manera inadecuada de hablar el legislador, en fuerza de que tal hipótesis necesariamente tiene que consistir en que el **hecho** origen de la acción no se haya realizado.

La tesis anterior resulta clara aun a la luz de la más rigurosa exégesis, pues con el criterio de una interpretación científica, que mira en la ley no la personificación del derecho, sino apenas un órgano por naturaleza limitado de expresión, por lo cual el derecho nunca puede considerarse incorporado totalmente en la ley, la solución anotada se impone si quiere mantenerse la independencia de los jueces civiles para juzgar la acción civil fundada en culpa civil y los progresos que esta noción ha conquistado en las modernas orientaciones de la jurisprudencia.

Según el Código Penal —arts. 1º y 2º— "nadie podrá ser condenado por un **hecho** que no esté expresamente previsto como **infracción**" y las **infracciones** a la ley penal se dividen en delitos y contravenciones. De acuerdo con el Código de Procedimiento Criminal —art. 8º— toda **infracción** de la ley penal origina acción civil.

De consiguiente, toda declaración formulada por el Juez penal de que la **infracción** no se ha realizado equivale a la calificación que hace de la inexistencia del delito. El Juez dice: en este hecho examinado no hay delito; significa tanto como decir, no hay infracción; el sindicado no es **infractor** de la ley penal.

Tomada con ese alcance la palabra **infracción** del artículo 28, cuando quiera que el Juez penal sobresee definitivamente en favor del sindicado, o lo absuelve, no importa la causa o el motivo determinante del sobreseimiento o absolución, "la acción civil no podrá proponerse ante el Juez civil". Entonces sería tanto como suprimir las dos últimas hipótesis que contempla la disposición, reduciéndolas a la primera, pues cuando se declara que el sindicado no es el autor de la infracción, o que obró en cumplimiento de un deber, o en ejecución de una facultad legítima, el resultado es el mismo de la hipótesis primera del artículo, o sea **la infracción no se ha realizado.** No habría necesidad de que la disposición hablara de tres casos, pudiéndose todos tres englobar en el primero.

Pero esta solución, fuera de que acaba con la acción civil ante los Jueces civiles, en forma que siempre que mediara auto de sobreseimiento definitivo o sentencia, declarando que la **infracción** no se ha realizado, la acción civil estaría agotada, choca contra el texto del artículo que prevé tres casos distintos en lugar de uno; con los artículos 29 y 437 del mismo estatuto, que aclaran la idea que debe entenderse expresada con la palabra **infracción,** y sobre todo, y esto es lo más grave, obscurece el alcance del artículo 11, disposición estrechamente conectada con el artículo 28, hasta el grado de que nunca podría el Juez civil fallar la acción civil basada en "algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", antes de que culmine la investigación criminal, pues el fallo que se dicte en ésta siempre habría de influír en la decisión de la acción civil. Y habría de influír inevitablemente; pues una posible declaración de que la **infracción** en que el hecho base de la acción penal y de la civil —no se ha realizado, debe de tener esta última necesariamente—. Con lo cual el sistema de las indemnizaciones creado en el código civil por todo ilícito civil prácticamente habría retrocedido aun más allá de la época de la expedición de dicho código. Bastaría que todo demandado por culpa civil, que tenga alguna coincidencia con la culpa penal, definida en el artículo 12 del Código Penal, invocase la existencia de la investigación criminal, para que el Juez civil tuviera que detener el juicio civil en espera del respectivo fallo penal que califique si hubo o no infracción. Imposible admitir este resultado que encuentro aberrante en grado sumo.

Afortunadamente el sentido de la hipótesis primera del artículo 28 se encuentra igualmente aclarado en los artículos 29 y 437 del mismo estatuto.

Según el artículo 29, cuando el sindicado "haya sido condenado en 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".

Este artículo regula el caso contrario al de la hipótesis primera del artículo precedente: que el Juez Penal, hallando realizado el **hecho,** formule

condena por la **infracción** que ese hecho merezca. Entonces el Juez civil no podrá poner en duda la existencia del **hecho,** de la misma manera que hallado que el **hecho,** no se ha realizado, según el art. 28, esta declaración tampoco puede ya controvertirse en el juicio civil. En suma, juntando los dos preceptos, vedan discutir en el juicio civil tanto la declaración negativa —art. 28—, como la positiva— artículo 29, del Juez penal acerca de la realización o cumplimiento del hecho en que aquél se funda.

El artículo 437 dispone que el sobreseimiento será definitivo cuando aparezca "que no se ha realizado el **hecho** que dió lugar a la investigación, o cuando **ese hecho** no sea constitutivo de delito"; cuando "esté claramente demostrada la inocencia del procesado"; y cuando resulte plenamente demostrado que el **hecho se realizó** en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 **del Código Penal.**

Véase cómo, interpretado el artículo 28 en el sentido aquí sustentado guarda perfecta armonía con el artículo 437, en cuanto esta disposición dispone que el sobreseimiento será definitivo cuando aparezca que "no se ha **realizado el hecho** que dió lugar a la investigación"; o de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal, el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Leyendo las anteriores proposiciones del artículo 437, no puede menos de advertirse que ellas sugieren inmediatamente los principios conexos, elaborados en el artículo 28, en proposiciones análogas, cual la del sobreseimiento definitivo basado en que la "infracción" (hecho), causa de la acción civil, no se ha realizado, o en que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de facultad legítima (artículo 25 del Código Penal).

Podría argüírse contra la hermenéutica que aquí se le asigna al artículo 28, la circunstancia de que en las actas de la comisión que elaboró el Código de Procedimiento Penal, en un principio el artículo 28 se propuso empleando precisamente la palabra "hecho", y no "infracción"; y que luégo, a propuesta del doctor Rueda Concha, se cambió la primera por la segunda.

Empero, además de que para el susodicho cambio de palabras no se dió ninguna explicación, las sucesivas modificaciones que sufrió el artículo estuvieron dominadas por preocupaciones ajenas a ese cambio de vocablos; y así el propio doctor Rueda Concha propuso nueva modificación con esta fórmula:

"La acción civil o administrativa no podrá proponerse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya dictado sentencia absolutoria definitiva, o auto de sobreseimiento definitivo, que estén ejecutoriados".

Esta modificación se explicó diciendo que en esta forma la enumeración de las tres hipótesis bien podía cambiarse englobándolas todas en una sola.

Afortunadamente esta fórmula absoluta y general, que de promulgarse hubiese implicado la muerte de la acción civil ante los Jueces civiles, en razón de que la hubiera dejado subordinada en todos sus aspectos y modalidades al fallo de los Jueces penales, aunque aprobada en un principio por la comisión, a propuesta del doctor Rey se cambió por la del artículo tal como él figura en el texto. (Ver **Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal.** — Tomo I, páginas 275 y 333).

De manera que la llamada "historia auténtica del establecimiento de la disposición" en manera alguna contradice el alcance, en este trabajo indicado, del artículo 28; dado que no aparece por ninguna parte el móvil que se persiguiese con la sustitución de la palabra "hecho" por "infracción".

En cambio es un valioso aporte en pro de la tesis que se viene sustentando la observación que hace el Tribunal de Medellín, en su erudita sentencia de fecha 27 de junio de 1942, anotando que fue el expositor Florián el inspirador del precepto, en comprobación de lo cual cita el pensamiento de este autor en el particular, que coincide con el que encarna nuestra norma positiva:

"El aludido artículo fue copiado literalmente de los **Elementos de Derecho Procesal Penal,** del profesor Eugenio Florián, con el cambio antedicho de palabras, aceptando las conclusiones de tal expositor, en cuanto dice: "La acción de resarcimiento no puede proponerse en la vía civil, cuando exista ya una sentencia que haya declarado la inexistencia del **hecho,** o que el procesado no lo ha cometido o ha participado en su comisión. Jurídicamente, de la sentencia penal de tal tenor surge un motivo de exclusión de la acción civil. Pero, si por el contrario, la absolución del procesado ha sido pronunciada porque el **hecho,** aun habiéndose realizado y ser autor el procesado, no constituye delito (infracción), o éste se ha extinguido por muerte y prescripción, en suma,

por causas que hagan desaparecer el delito, pero no el hecho, la absolución no es motivo bastante para impedir la acción civil".

"De suerte que el predicho artículo 28, continúa diciendo el Tribunal, debe entenderse en el sentido de que, al declararse en el sobreseimiento o sentencia que no existió el hecho, por ejemplo, homicidio, heridas, etc. no procede incoar acción civil por tal muerte o heridas, toda vez que se decidió que no existieron; pero si solo se sobresee o se absuelve, porque el hecho no constituye infracción penal, entonces puede accionarse para decidir si hubo responsabilidad puramente civil". (Sentencia publicada en el **Apéndice** de la **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,** compilada por el doctor **Germán Orozco Ochoa,** Tomo IV, letras E - 2º parte - F. G - H).

—

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de noviembre de 1941, publicada en la GACETA JUDICIAL tomo 52, pág. 799, resolvió un caso de influencia de la decisión penal sobre la civil, aplicando el comentado artículo 28, para sacar un fallo del Tribunal de Bogotá.

Dijo entonces la Sala, y lo repite ahora en el fallo del cual me aparto, que la aplicabilidad del artículo 28, "está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coinciden el objeto procesal de ambas acciones, porque la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el Juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas estas cuestiones cuando no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal, pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminal del acusado —**animus nocendi—, o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho** (el subrayado es del comentarista); y en todos estos casos tal sentenciamiento o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en esas especiales circunstancias".

Las ideas anteriores claramente fueron tomadas del salvamento de voto de los magistrados Hernán Salamanca y Tapias Pilonieta, de 14 de marzo de 1938, publicado en la GACETA JUDICIAL número 1934, Tomo XLVI, pág. 218 y siguientes. Este salvamento se produjo en época anterior a la vigencia de la Ley 94 de 1938, o nuevo Código de Procedimiento Penal.

Pero el desarrollo de la doctrina expuesta en ese salvamento, está hoy condicionado a las nuevas normas vigentes, que reglamentan de manera distinta la influencia de la acción penal en la civil. A nuevo derecho se imponen nuevas ideas. Hoy me parece que no puede sostenerse de modo tan general que la libertad del Juez civil está limitada por la materia, punto o aspecto decidido por el Juez penal. Nó. La limitación la dá el artículo 28 en tres hipótesis. Aparte de ellas el poder de decisión del Juez civil sobre el hecho juzgado en lo penal es pleno. El artículo 28 establece tres reglas fijas y claras, de alcance excepcional y restringido, con lo cual el ámbito jurisdiccional del Juez civil recibió considerable amplitud, muy más allá de donde lo piensa la Corte. Tocante a la primera regla del artículo 28, solamente cuando la justicia penal decide que el **hecho** en que la acción civil se apoya, no se ha realizado, la justicia civil debe abstenerse, sin que ante ella sea posible mejorar la prueba que al respecto declaró insuficiente el Juez penal, como lo cree la Corte. Pero descartando esa hipótesis, en todo lo demás al Juez civil se le ha dado independencia plena para juzgar con arreglo a las nociones de Derecho Civil el **hecho** juzgado por el Juez penal. Aun en aquellos casos en que éste absuelve por hallar comprobada la inocencia del procesado excusándolo debido a la concurrencia, por ejemplo, de un caso fortuito, o por culpa de la víctima. En tales eventos la sentencia penal servirá como argumento de autoridad, sin que ello signifique tampoco que el Juez civil no pueda llegar a conclusiones favorables al resarcimiento patrimonial, basadas en los elementos de convicción aportados al juicio civil.

Por estas razones, de haber hecho parte de la Sala de Casación Civil en el año de 1941 —hacía parte en esa época de la de Negocios Generales—, no hubiera firmado la predicha sentencia del 29 de noviembre de aquel año. En cambio habría suscrito otra anterior de 21 de agosto del mismo

año, en que la misma Sala interpretó y aplicó correctamente el artículo 28:

"El contenido de este fallo penal, circunscrito de manera concreta a la absolución por el delito de homicidio, no interfiere ni obstruye la acción civil encaminada a obtener la reparación del daño causado por el hecho que se averiguó por la jurisdicción del crimen, ..., porque ella se funda en la existencia de tal hecho como simple causa de perjuicios, en su ilicitud simplemente culposa, **y no en que es constitutivo de una infracción delictual** en su estricto sentido, que fue la materia juzgada en el auto de sobreseimiento. La resolución de la jurisdicción penal **no se funda en la inexistencia del hecho,** sino solamente en no ser él constitutivo del delito de homicidio, de tal manera que pudiendo ser tal acto fuente de reponsabilidad civil como culpa, por su naturaleza diferencial del delito, es claro que a pesar del sobreseimiento definitivo ha quedado viva la posibilidad de demandar civilmente la reparación por el daño causado. De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, la dilucidación de las cuestiones relacionadas con la influencia que en materia civil pueden tener las sentencias proferidas por la justicia penal ha salido **del terreno puramente doctrinario al de la reglamentación legal,** porque los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la acción civil de reparación están allí previstos y determinados". (GACETA JUDICIAL, Tomo LII, pág. 208).

La doctrina anterior es la verdadera. Pero ahora la Corte regresa, sin mayores explicaciones, a la equivocada de la sentencia de 29 de noviembre de 1941, en que a la palabra "infracción" se le dio un sentido ostensiblemente distinto del que le corresponde; sin parar mientes en que esa doctrina, además de implicar una contradicción de conceptos, pues si es realmente de infracción de lo que habla el artículo 28, toda absolución en lo penal fundada en que "la infracción no se ha realizado", debe agotar la acción civil, y los distingos que hace la Corte son contrarios al texto legal, que no los admite; introduce serios tropiezos en la fijación del alcance del artículo 11, al punto de que este precepto se constituiría en instrumento eficaz para estorbar toda acción civil de responsabilidad por culpa.

II

EL ARTICULO 11

El segundo aspecto del problema de la influencia del proceso penal en la acción civil apenas supone la existencia de un hecho civilmente culposo, generador de reparaciones patrimoniales, base del proceso civil, sancionado igualmente por la ley penal, pero respecto del cual la justicia criminal no se ha pronunciado, ora en razón de no haberse iniciado el informativo por los jueces del crimen, ora porque este informativo esté sin calificación de fondo, en la etapa de la investigación.

¿Podrá en tales casos adelantarse y fallarse la acción civil?

Para la víctima del daño no es una obligación constituírse parte civil dentro del proceso penal. El juicio civil puede adelantarse independientemente del proceso penal, pues aun cuando el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal estatuye que "la acción civil para el resarcimiento del daño **se ejercerá dentro del proceso penal** por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos", los artículos 25 y 28 contemplan casos en que la acción civil se instaure con posterioridad del proceso penal; el artículo 11, es una previsión para cuando el juicio penal se promueva antes que el correspondiente criminal; y el artículo 112 confiere un derecho facultativo, cuando dice que las personas perjudicadas con el delito o sus herederos **podrán** ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

Además existen casos en que la acción de reparaciones patrimoniales tiene que deducirse necesariamente fuera del proceso penal, por imposibilidad jurídica de que se pueda ejercitar en éste. Así, las acciones que consagra la ley civil contra terceros responsables por el hecho de otro (arts. 2347, 2349, etc); o las que tienen por fundamento el simple riesgo, como la del artículo 2354, referente al daño causado por animal fiero que esté al cuidado de una persona; ésta siempre tiene la obligación de indemnizar aun cuando no sea culpable.

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal es la única disposición que se refiere al caso en que la acción civil se ejercite independientemente y antes de la definición del proceso criminal por el Juez competente. Aun cuando la disposición se limita a prever lo que corresponde hacer cuando en un proceso civil o administrativo se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, por necesaria consecuencia la regla que se sienta en el segundo inciso de esa disposición, obliga con igual imperio cuando la infracción punible origen del juicio

civil o administrativo, esté ya al conocimiento del respectivo Juez criminal.

De consiguiente, la regla se podría sintetizar diciendo, que cuando 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.

Es la regla inversa a la contenida en el artículo 21 del mismo estatuto, sobre la influencia de la acción civil en la penal. Aquí ya no es el fallo penal el que influye sobre el civil, sino al contrario. "La competencia de los Jueces y Tribunales penales —reza el primer inciso del artículo—, se extiende, para el solo efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que surjan en el proceso penal; pero si tales cuestiones se refieren a hechos que sean elementos constitutivos de la infracción perseguida y sobre ellas estuviere pendiente, a tiempo de cometerse el delito, un juicio civil o administrativo, no se podrá llamar a juicio hasta tanto se haya dictado en el civil o administrativo sentencia definitiva e irrevocable. Esta suspensión no podrá pasar de un año y no impide que se adelante la investigación".

La disposición transcrita presenta la faz contraria a la del artículo 11. Y por lo mismo no es indispensable examinarla ahora.

¿Podrá sostenerse que el principio legal del artículo 11 opera siempre y en todo caso en que se presente como base directa o indirecta del juicio civil una infracción sancionada igualmente por la ley penal? Claro que con una aplicación aislada y mecánica del precepto es ineludible la solución afirmativa de la cuestión. Por la relación que el principio tiene con el establecido en el artículo 28, examinado, tomando la palabra infracción como la calificación del hecho delictuoso, equivale a adoptar un camino que derechamente conduce siempre a tener que suspender la acción civil, dado que tal calificación y la manera como va a juzgar el Juez penal serían decisivos en la acción civil, a efecto de impedir que el Juez civil vaya a pronunciarse sobre los aspectos, puntos o cuestiones que aquél irá a tratar.

Pero la interpretación absolutista del artículo 11, se opone a los principios legales —que también son derecho—, que estructuran la acción y el proceso civil, lo cual impone que a dicha disposición se le tenga que buscar otro contenido más científico, congruente con esos principios, que no han sufrido mengua ni menos derogación, como que son el alma y razón de ser de toda contención patrimonial. Hay que indagar por lo tanto cuando el fallo que corresponda dictar en la investigación criminal influye decisivamente en la solución de la demanda indemnizatoria. La clave de la cuestión la encuentro en el artículo 28.

Conviene hacer resaltar los principios que estructuran la acción civil, en contraste con la penal:

a) Por referirse y perseguir únicamente un bien patrimonial como es la indemnización de perjuicios constituye un derecho privado del ofendido susceptible de ser renunciado.

Al contrario, la acción penal es pública, y la represión debe perseguirse de oficio por el Juez, salvo los casos expresamente exceptuados por el legislador.

b) De la infracción civil pueden originarse múltiples acciones civiles, aun contra personas que no son autoras del hecho, como en el caso de quien debe indemnizar por el hecho de otro.

Al contrario, de la infracción penal sólo nace la correlativa acción penal encaminada a castigar a quien ha sido autor del hecho, y nada más que a él.

c) De la acción civil iniciada, aun derivada de un delito criminal, es derecho de que se puede desistir, susceptible de terminarse por transacción inclusive.

Al contrario, la acción penal derivada del mismo delito es irrevocable, y materia ajena a transacciones y compromisos entre el ofendido y el ofensor, pues iniciada debe terminar con sentencia condenatoria o absolutoria.

d) El fallo que se profiera en la acción civil, como tiene por objeto exclusivo una cuestión patrimonial, no vincula al Juez penal, salvo la excepción del artículo 21, quien contra lo resuelto por el Juez civil puede, por ejemplo, condenar al autor del hecho o absolverlo.

Al contrario, el Juez civil está vinculado por el fallo en lo penal, en los tres eventos contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Criminal.

e) En el juicio civil al demandante incumbe dar la prueba que reclama, y al demandado, de la excepción. Por ser dicho juicio esencialmente contradictorio, el juego de la prueba depende de la posición que asuman las partes en el proceso, y de ahí que como medios de convicción sean aceptables, para acreditar el hecho, la confesión, las simples presunciones, etc.

Al contrario, en el proceso penal no hay partes contendoras, pues al Estado corresponde suministrar la plena prueba del hecho delictuoso, y por ello la confesión, reina de las pruebas en materia civil, está descartada del proceso penal.

f) El criterio de apreciación de la culpa cambia sustancialmente del Juez penal al civil. En el primero ese criterio es subjetivo, porque considera y analiza al hombre a través de su acto; en el segundo es objetivo, porque mira más al daño causado, en su extensión y cuantía, cualquiera que haya sido el móvil determinante en la ejecución del acto dañoso.

En teoría la noción de culpa penal coincide con la civil, pues según el artículo 12 del Código Penal, "hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudentemente en poder evitarlos"; lo que más o menos equivale a la opinión general aceptada por los civilistas, que entienden la culpa civil como el error de conducta en que no incurre el hombre precavido y diligente.

Sin embargo, a pesar de esta teórica coincidencia, en la realidad actuante es natural, en fuerza del progreso de las ideas sobre responsabilidad civil por el hecho ilícito, que conducen a que se admita hoy más fácilmente que antes la obligación de reparar contra quien infiere a otro un daño, que el criterio del Juez civil para hallar la culpa, por ser objetivo, sea mucho más amplio que el del Juez penal, por lo cual sucederá de ordinario que donde el primero ve sin dificultad los contornos de una culpa y la necesidad de reparación patrimonial, el segundo absuelve la represión penal, o porque no encuentra configurada la culpa merecedora de pena, o la estima demasiado leve.

Y ese cambio de criterio se impone, dado que en el derecho contemporáneo la culpa civil, conforme lo expuesto, se aprecia objetivamente, es decir, desprovista de los factores personales en que actúa el autor del daño, como medio ambiente, educación, atavismos, estados psicológicos, etc., elementos que sí debe pesar y considerar el Juez que examina el hecho para reprimirlo con la imposición de pena corporal.

En el examen de las llamadas por Josserand **culpas negativas** demuestra hasta qué grado hoy día el derecho se sensibiliza cuando se trata de valorar la culpa civil. En este examen se llega hasta a establecer a cargo de las personas obligaciones positivas para con el público, obligaciones cuyo desconocimiento engendra culpa y genera por lo tanto responsabilidad. El médico que teniendo los medios de evitarlo sin mayor sacrificio, deja que un herido desconocido se desangre en la vía pública, podría fácilmente ser hallado culpable de la muerte de éste, para los efectos de la correspondiente indemnización a los familiares.

Sin embargo, sería difícil que el Juez penal graduara esa abstención del médico como culpa con virtualidad suficiente a merecerle la fulminación de una condena.

—

El anterior recuento de las características fundamentales del proceso y de la acción civil, y de su diferenciación con el proceso y la acción penal, acredita que la interpretación puramente mecánica que se le pretenda dar a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal relacionadas con la materia que ocupa este estudio, en el sentido de que siempre que de la infracción castigada en la ley penal se deriva acción civil de perjuicios ante los jueces civiles, éstos deben abstenerse de fallar, suspendiendo el juicio, mientras no falle la justicia criminal, es inadmisible, en virtud de que sacrifica un orden de imperativos legales y de justicia social, que no han podido ser derogados o siquiera debilitados por aquellas disposiciones.

Lo que ocurre es que hay que determinar en qué grado un proceso criminal pendiente paraliza la acción de la justicia civil e impide que ésta examine la culpa originada en el hecho materia de aquel proceso; y el sentido del inciso segundo del artículo 11, que ordena que cuando el fallo que corresponde dictar en la investigación criminal **pueda influir** en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá; empero, teniendo en cuenta al fijar ese sentido que los principios antes esbozados tienen que establecer por la naturaleza de la materia variadas limitaciones al precepto.

Aquella influencia no puede provenir ni de la mayor o menor gravedad del hecho delictuoso, ni de que ésta se haya cometido o no con intención dolosa, porque esas modalidades en nada modifican o alteran la culpa civil, en la cual no hay grados. Cualquier distinción basada en esos conceptos sería innocua, y dejaría el problema sin resolver.

Tampoco lo soluciona el artículo 27, a términos del cual, "Tratándose de contravenciones la acción civil podrá intentarse sin sujeción a la pe-

nal". Las contravenciones serán las infracciones de policía. Pero estas infracciones cuando son de entidad apreciable y acarrean daño a terceros, se confunden siempre con la noción de culpa, a tal punto que es imposible establecer separación entre la contravención y la culpa, porque ésta germina por aquélla. Así, por ejemplo, el accidente de tránsito originado en contravención de los reglamentos de circulación, constituye culpa a causa precisamente en esa contravención. Las leves infracciones de policía que no causan daño, o en que éste es insignificante, ni darán acción penal, ni menos civil; la represión no saldrá de la órbita de la policía.

Luego lo único que queda por atender es a la materia sobre que verse la duda del sentenciador en el juicio civil. Sobre esta materia sí puede edificarse un criterio orientador. No a toda duda, porque entonces se cae en la aplicación simplista del artículo 11, ya desechada. Vióse en la primera parte de este estudio que el artículo 28 del Código Penal reduce solamente a tres los casos en que el fallo absolutorio del juez penal esteriliza la acción civil proveniente del hecho juzgado; y que no obstante que haya fallo absolutorio criminal, colocado fuera de los tres eventos contemplados, es posible que el juez civil mantenga su poder de decisión en lo atinente a las consecuencias civiles indemnizatorias fundadas en el mismo hecho.

Esta disposición no le prohibe al juez civil pronunciarse, antes que el juez del crimen sobre la existencia o inexistencia de cualquiera de los tres eventos previstos. Y no podría prohibírselo, porque como la sentencia civil de alcance meramente patrimonial, proveniente de proceso de naturaleza opuesta al criminal, carece de la virtud de limitar el campo de acción del juez penal, éste, sin chocar con otra jurisdicción de igual categoría, puede llegar a conclusiones distintas de las adoptadas por la justicia meramente civil. La prohibición del artículo 28 al juez civil, no entraña por ende generalización de la idea en el sentido de que se extienda también a que el juez civil se pronuncie sobre alguno de los eventos contemplados, antes que el juez del crimen, cuando en el proceso civil existen pruebas plenas y satisfactorias, de índole civil, que alienten la convicción falladora. Si así no fuera tampoco el juez civil podría adelantarse a fallar ninguna controversia basada en hecho generador de las dos culpas. Encontrándose satisfecha la conciencia del juzgador a la luz de los elementos del proceso, ¿acaso la conclusión condenatoria o absolutoria acerca del interés pecuniario controvertido contradice algún principio superior de orden público o de cosa juzgada? En manera alguna.

Luego la influencia del proceso penal sobre el civil, prevista en el artículo 11 tiene que referirse a aquellos casos en que el arsenal probatorio del proceso civil, después de surtidas todas las instancias, es contradictorio y obscuro, en lo tocante a alguno de los hechos fundamentales que estriben, bien en la realización misma del acto de donde dimanan los perjuicios, en la persona del autor de ese acto, o en que el sindicado obrara en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una facultad legítima.

Si sobre cuestiones tan capitales en la acción civil, hay notorias diferencias en el modo como las presenten o las manifiesten las pruebas, es entonces justificable que el juez de última instancia de tal acción haga uso de la facultad que le da el artículo 11, aplazando su veredicto en espera de que la verdad brille en esos particulares a través del correspondiente fallo del proceso criminal. Desatada la duda por la autoridad penal, el juez civil dicta su pronunciamiento, el que ya reposa sobre la base de lo esclarecido y decidido en sentencia ejecutoriada.

Fuera de los casos indicados creo inaceptable la paralización del proceso civil por aplicación del artículo 11 del código de procedimiento penal. Porque de no limitar el alcance de esta disposición a lo expresado, habría que aceptar sin remedio que ninguna acción civil se puede instaurar o seguir cuando esté de por medio un hecho reprimido en la ley penal, extremo inconciliable, de acuerdo con lo visto, con otros principios de tanto rigor e imperio como el del artículo 11.

No es pues que se le quite operancia a esta disposición; sino que se le aplica en el verdadero terreno que le corresponde, donde produce todos los efectos que está llamada a prestar.

Por último, se observa que la influencia que con el alcance indicado tiene el proceso penal sobre el civil, sólo está en capacidad de apreciarla el sentenciador de última instancia, cuando se prepare a fallar, porque sólo en tal momento estarán producidos todos los elementos de juicio que las partes estimaron útiles en la defensa o en el ataque del derecho controvertido, pudiendo medirse entonces hasta qué límite aquellos elementos son realmente contradictorios e impiden formar juicio claro acerca de la realización misma del hecho básico de la acción; de la persona del autor a quien se atribuye; o de la necesidad con que tal hecho se cometiera.

Arturo Tapias Pilonieta

SALA PLENA

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DEL AR TICULO 20 DE LA LEY 40 DE 1945 Y DEL ARTICULO 6º DEL DECRETO Nº 2076 DE 1946

Estima la Corte que no es posible entrar a considerar la inexequibilidad de una norma legal que dejó de regir desde el día 19 de julio de 1946 y que no fue demandada durante su vigencia sino el día 13 de diciembre de 1947, es decir, un año y cinco meses después de que había quedado extinguida. En cuanto al artículo del decreto acusado se puede afirmar que él por sí mismo no choca contra ningún precepto de la Constitución Nacional. La circunstancia de haberse derogado por medio del artículo 6º del Decreto número 2076 de 1946 normas contenidas en otros decretos anteriores es apenas un desarrollo de la facultad que expresamente otorgó el Legislador al Presidente de la República.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez en ejercicio de la acción popular que a todos los colombianos confiere la Constitución Nacional, demandó ante la Corte como inexequible el artículo 20 de la Ley 40 de 1945, así como también el artículo 6º del Decreto número 2076 dictado en desarrollo de la misma Ley 40 de 1945.

La Ley 40 de 1945 sobre Presupuesto Nacional de Rentas y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 1946, en su artículo 20 dispone:

"**Artículo 20.**—Invístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 19 de julio de 1946 para reorganizar la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones y para reformar o derogar las disposiciones vigentes sobre la materia, adaptándolas a las necesidades económicas producidas por la cesación del conflicto bélico, sin afectar el tipo de cambio el cual seguirá sujeto a las disposiciones especiales que rigen la materia". (**Diario Oficial** Nº 26036 de 18 de enero de 1946).

En ejercicio de la anterior especial facultad otorgada por el legislador al señor Presidente de la República, éste, con fecha julio 16 de 1946 expidió el Decreto número 2076 "Por el cual se adscriben nuevas funciones a la Prefectura de Control de Cambios". En el artículo 6º de ese Decreto se dispuso:

"**Artículo 6º** — Derógase (sic) los artículos 18 del Decreto número 328 de 1938 y 29 a 35 del Decreto número 1434 de 1940".

El demandante afirma que con el artículo 20 de la Ley 40 de 1945 y el artículo 6º del Decreto número 2076, se han violado los artículos 210, ordinal 4º del 118, ordinal 20 del artículo 76, artículo 79, ordinal 3º del artículo 76 y ordinal 2º del artículo 80, todos de la Constitución Nacional.

El señor Procurador General de la Nación, en relación con esta demanda, afirma:

"...en cuanto se trata de la acusación contra el artículo 6º del Decreto número 2076 de 1946, estimo que habiendo sido dictado cuando el artículo sobre facultades extraordinarias se hallaba vigente (y no demandado) la inexequibilidad de la ley de facultades no implicaría la del Decreto expedido en ejercicio de ellas. La H. Corte tiene sentada, sabiamente, la doctrina de que la declaración de inexequibilidad equivale a la derogatoria; me parece innecesario hacer argumentos para demostrar que cuando se deroga una ley de facultades al Gobierno, tal derogatoria no implica la de los decretos expedidos en uso de facul-

tades. Sobra también decir que las cosas serían enteramente distintas si la acusación contra el Decreto tuviera como fundamento que sus disposiciones contrarían las de la Constitución Nacional. Por último, me permito observar que en realidad el artículo 20 acusado ya no rige, pues él no hizo otra cosa que dar facultades extraordinarias al Gobierno para un término que venció el 20 de julio de 1946".

Se considera:

De acuerdo la Corte con el concepto del señor Procurador, estima que, en realidad, no es posible entrar a considerar la inexequibilidad de una norma legal que dejó de regir desde el día 19 de julio de 1946 y que no fue demandada durante su vigencia sino el día 13 de diciembre de 1947, es decir, un año y cinco meses después de que había quedado extinguida.

En lo referente al artículo 6º del decreto 2076 que se dictó en ejercicio de la autorización de que antes se habló se puede afirmar que él por sí mismo no choca contra ningún precepto de la Constitución Nacional. La circunstancia de haberse derogado por medio del artículo 6º del decreto 2076 de 1946 normas contenidas en otros decretos anteriores, es apenas un desarrollo de la facultad que expresamente otorgó el Legislador al Presidente de la República.

En virtud de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara: Primero: Que no hay materia sobre la cual poder fallar en lo tocante al artículo 20 de la ley 40 de 1945; y segundo: El artículo 6º del decreto 2076 de 1946 es exequible.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

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

ACUSACION DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 38 DE LA LEY 81 DE 1946

En el caso a que alude la acusación de inconstitucionalidad estima la Corte que no hubo violación de derechos adquiridos en cuanto a las CONCESIONES EN CURSO, porque la propuesta o solicitud tiene trámites progresivos, y mientras tales trámites no se hayan llenado en su totalidad los interesados apenas tienen una expectativa. Verdad es el que no aprobar definitivamente los contratos de concesión puede dar lugar a que personas o entidades que hayan hecho gastos en exploraciones y gestiones de diversa índole, confiados en el precepto que fijaba el término, queden burladas en sus esperanzas y propósitos. Pero a ello cabe responder que a tales contingencias están sometidos los contratos y convenios que, mientras no culminen con el trámite definitivo, pueden ser modificados o rechazados, porque quien hace una propuesta de esta naturaleza acepta de antemano las eventualidades que sufra. Así lo resolvió la Corte en fallo de 9 de noviembre de 1929, al estudiar lo referente a propuestas y contratos de explotación de hidrocarburos, en que se habló también de derechos adquiridos por parte de los proponentes al modificarse las condiciones de tales convenios. Respecto de las CONCESIONES YA PERFECCIONADAS, el hecho de que a los presuntos dueños de minerales o yacimientos se les conceda un nuevo plazo o término para que acrediten el derecho que tengan o crean tener, tampoco constituye violación de derechos adquiridos.

Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada).

El doctor Alfredo Cock A. pide que se de declare la inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley 81 de 1946, que dice así:

"Modifícase el último inciso del artículo 5º de la Ley 85 de 1945 en el sentido de que, para las concesiones en curso y para las ya perfeccionadas, el término de un año prescrito en el inciso primero de dicho artículo principiará a contarse desde la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".

El inciso primero del citado artículo 5º de la Ley 85 de 1945 estatuye lo siguiente:

"El presunto dueño de los minerales o yacimientos materia de una propuesta que no formule oposición a ésta dentro del término señalado por el artículo 1º, perderá definitivamente su derecho si no inicia la acción ordinaria correspondiente dentro del término de un año, que se contará **a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".**

Y el último inciso del mismo artículo 5º, que es el modificado por el precepto que es objeto de la acusación, establece:

"Para las concesiones en curso que no se hayan regido por estas disposiciones, y para las concesiones ya perfeccionadas, el término de un año prescrito en el inciso primero de este artículo comenzará a contarse **desde la vigencia de la presente ley"** (Subraya la Corte).

La argumentación del demandante puede resumirse en la siguiente forma:

La Ley 85 de 1945 que por medio del artículo 5º otorgaba a los presuntos dueños de minerales o yacimientos el término de un año para iniciar la acción ordinaria correspondiente contra quien hubiera hecho propuesta de exploración o explotación de metales o sustancias minerales, estatuyó que ese término debía contarse **"a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".**

Pero el último inciso del citado artículo 5º estableció una excepción, para las concesiones en curso que no se hubieran regido por esas disposiciones de la Ley 85 de 1945 (esto es, por la Ley 13 de 1937 y el Decreto reglamentario 1343 del mismo año), y para las ya perfeccionadas, diciendo que el aludido plazo de un año para formular oposiciones a las propuestas de exploración o explotación debía contarse **"desde la vigencia de la presente ley".**

Esa ley entró a regir desde su sanción, o sea, el 21 de diciembre del mismo año de 1945, fecha desde la cual debía empezar a contarse el término de un año de que se ha venido hablando, término que, por consiguiente, vencía el 20 de diciembre de 1946.

No obstante, el artículo 3º de la Ley 81 de 1946 preceptuó que el plazo de un año que tenían los presuntos dueños de minerales o yacimientos para formular su oposición debía empezar a contarse **desde la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".**

Y como esta ley de 1946 fue sancionada el 26 de diciembre del mismo año y desde entonces debía regir, ha de concluírse que entró en vigencia "después de perdido definitivamente todo derecho por parte de los supuestos dueños de los yacimientos de metales preciosos afectados por las propuestas o por los contratos ya celebrados de concesión.

"Revivió así, con efecto retroactivo, un derecho ya extinguido de manera definitiva, con perjuicio no solamente de la Nación, sino también de los proponentes o concesionarios que, sin la existencia de tal disposición, podían contar con la exploración y explotación de los yacimientos en calidad de bienes del Estado".

De lo cual resulta, concluye el demandante, que el artículo 3º acusado de la Ley 81 de 1946, "violó los derechos adquiridos por las personas que tenían concesiones ya solicitadas cuando entró a regir la Ley 81 de 1945 ... o concesiones ya perfeccionadas para esa misma fecha". Esto es, se quebrantó el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad y los derechos adquiridos con justo título.

La Procuraduría conceptúa, por su parte, que el precepto acusado no es inconstitucional, porque cuando entró en vigencia, ya el artículo de la Ley 85 de 1945, que con él se modificó, "había cumplido sus efectos". Por ello estima que, más que una modificación "es una aclaración para evitar erróneas interpretaciones", como la de entender que el último inciso del artículo 5º de la Ley 85 de 1945 era algo desfavorable para los propietarios, cuando precisamente tenía por objeto favorecerlos.

En otros términos, el citado artículo 5º daba un año a los presuntos dueños de minerales o yacimientos para oponerse a nuevas concesiones, el cual debía contarse desde la entrega. Pero como había casos para los cuales el año no resultaba eficaz, estableció para dichos eventos de excepción que el año se contara desde la vigencia de la ley. Transcurrido ese año, el precepto acusado volvió al principio de que las oposiciones de los propietarios a los nuevos proponentes de explotación de minas debían formularse dentro del año contado a partir de la entrega de la zona minera.

Se considera:

La Ley 85 de 1945 reguló lo referente a las oposiciones a las propuestas para explorar y explotar yacimientos de metales o minerales de **la reserva nacional,** es decir, de aquellas minas que la Nación ha reservado para sí en dominio, como bienes fiscales, y sobre las cuales no concede sino el derecho de explotarlas. Pero como al hacer esa reserva siempre ha dejado a salvo los derechos adquiridos por los particulares con anterioridad, pueden presentarse conflictos entre los anteriores presuntos dueños de minerales o yacimientos y la Nación. Dicho de otro modo, no se trata de oposiciones a minas adjudicables; sino a minas contratables.

En cuanto a las futuras concesiones no hay dificultad, porque el término de un año para que los presuntos dueños puedan oponerse a ellas se cuenta desde que al concesionario le sea entregada la zona concedida.

El problema estriba, según ha quedado expuesto, en que el término concedido por la Ley 85 de 1945 para oponerse a **concesiones en curso o ya perfeccionadas** expiró el 20 de diciembre de 1946 y, como el término concedido por la Ley 81 de 1946 principió el 26 de diciembre del mismo año, hubo una solución de continuidad en la vigencia de las dos leyes, que duró unos pocos días, a pesar del propósito de establecer una prórroga de tiempo para que pudieran formalizarse las oposiciones de que se viene hablando.

Así, pues, si hubo una solución de continuidad, si el 21 de diciembre no podían ya los presuntos dueños de yacimientos o minerales oponerse a tales concesiones, y si el precepto acusado, unos días después, les otorgó un nuevo plazo de un año, plazo que se cuenta desde que se haga entrega de la zona minera, ¿hubo violación de derechos adquiridos?

Difícil por extremo es fijar la noción de **derechos adquiridos** de que habla la Constitución, y los autores contemporáneos prefieren llamarlos situaciones jurídicas concretas o subjetivas, por oposición a las abstractas u objetivas; con todo, la Sala seguirá empleando uno u otro término en el sentido de que se trata de derechos "que se han consolidado con la persona y forman parte

integrante de su patrimonio", como se ha dicho por esta entidad.

En el casò concreto estima la Corte que no hubo aquella violación en cuanto a **las concesiones en curso,** porque la propuestá o solicitud tiene trámites progresivos, y mientras tales trámites no se hayan llenado en su totalidad, los intere sados apenas tienen una expectativa.

Verdad es que el no aprobar definitivamente los contratos de concesión puede dar lugar a que personas o entidades que hayan hecho gastos en exploraciones y gestiones de diversa índole, confiados en el precepto que fijaba el término, queden burladas en sus esperanzas y propósitos. Pero a ello cabe responder que a tales contingencias están sometidos los contratos y convenios que, mientras no culminen con el trámite definitivo, pueden ser modificados o rechazados, porque quien hace una propuesta de esta naturaleza acepta de antemano las eventualidades que sufra.

Así lo resolvió la Corte, en fallo de 9 de noviembre de 1929, al estudiar lo referente a propuestas y contratos de explotación de hidrocarburos, en que se habló también de derechos adquiridos por parte de los proponentes al modificarse las condiciones de tales convenios en curso. (GACETA JUDICIAL, tomo XXXV, número 1814, página 364).

Respecto de las **concesiones ya perfeccionadas,** el hecho de que a los presuntos dueños de minerales o yacimientos se les conceda un nuevo plazo o término para que acrediten el derecho que tengan o crean tener, tampoco constituye violación de derechos adquiridos.

No la hay respecto de la Nación, que en uso de sus atributos de soberanía puede admitir que le discutan derechos que en virtud de preceptos anteriores suyos tenía consolidados. Al efecto cabe no olvidar que ese nuevo término no lo ha señalado la rama administrativa, sino la legislativa; que la rama administrativa, al otorgar un privilegio o permiso de explotación, como se ha llamado a las concesiones, apenas cumple con el ejercicio de una facultad que el congreso le ha dado en forma de leyes especiales y para que busque, no tanto el beneficio del erario, cuanto el aprovechamiento debido de las riquezas naturales; y que si apenas puede el gobierno celebrar concesiones en virtud de autorización del legislador y para ese objeto de buen manejo de la cosa pública, mal puede tacharse al congreso porque amplíe o renueve términos por medio de la ley, para que hagan valer sus derechos quienes crean tenerlos, pues con eso no hace más que señalarle pautas a la rama administrativa con la finalidad de que obtenga un mejor logro de los intereses colectivos.

Pero podrá decirse que sí existe esa violación respecto de los concesionarios, quienes teniendo un derecho discutible que se había tornado en indiscutible por el vencimiento del término, han perdido la seguridad del título de su concesión, emanado del Gobierno, por el otorgamiento del nuevo plazo de un año —contado desde la entrega de la zona— para que los presuntos dueños controviertan ante las autoridades el dominio de los yacimientos o minerales.

El argumento tiene una indudable fuerza, pero es más aparente que real, porque lo que se controvierte entre los presuntos dueños de yacimientos o minerales y la Nación, no es entonces el derecho de explotar las minas, sino el dominio de las mismas. Debe tenerse presente que aquí se trata de **minas de la reserva nacional,** que el Estado ha declarado como bienes fiscales, aunque dejando incólume el derecho de legítimos poseedores de ellas, por haberles sido adjudicadas con anterioridad a las leyes en cuya virtud se hizo la reserva; y que la adjudicación transfiere el dominio de las minas al adjudicatario y por eso da un derecho real inmueble, mientras que la concesión no transfiere el dominio, sino que apenas permite al concesionario que las explote, con un derecho que es apenas personal mueble.

En consecuencia de lo anterior, si se ha dicho que el Estado "no averigua ni garantiza nada sobre la libertad de la mina pretendida, esto es, sobre el hecho de haber sido ya materia de adjudicación o no", **a fortiori** puede predicarse tal concepto en tratándose de una concesión, puesto que ella, según se dejó expuesto y se acepta en forma unánime por la jurisprudencia y los comentadores, no confiere la propiedad, sino la facultad de extraer los minerales. Nociones de las cuales se deduce que la litis que promuevan los presuntos dueños no quebranta, al menos directamente, los derechos del concesionario.

Entre las situaciones generadas por un contrato puede haberlas objetivas y subjetivas, estas últimas invulnerables por ley posterior; pero la simple posibilidad de que sobrevengan litigios para los cuales había vencido ya un plazo hábil, no incide directamente en el ejercicio y firmeza contractuales.

En efecto, la protección a las situaciones jurídi-

cas no puede extenderse hasta impedir el ejercicio de acciones, por parte de terceros, que con ellas busquen satisfacer un interés respetado por la ley. El derecho de acción se caracteriza por su naturaleza potestativa, la cual, a su vez, reside, al decir de los autores, en la facultad de influír en la situación jurídica de otra persona sin su consentimiento ni su voluntad: es la aplicación al derecho procesal de la eficacia que la ley civil reconoce al acto jurídico unilateral como fuente de obligaciones. Esa potestad reside en cuantas personas formen el ambiente jurídico y no tiene limitación en su ejercicio material, pues ni los plazos extintivos de la prescripción pueden entorpecer, por sí mismos, su ejercicio. Por tanto, bien podrá concluírse cómo nadie está al abrigo de litigios alrededor de cualquier situación propia, así sea la considerada como más firme y sólida.

Por otra parte, la simple posibilidad de que se inicien acciones, no implica necesariamente que ello ocurra. Esta sola consideración bastaría para desechar la idea del quebranto de situaciones **ex contractu**, porque el nexo continúa ante ella con su misma obligatoriedad inicial; pero aun en el supuesto de que la temida demanda se promoviera, apenas abriría el campo para el evento incierto de que la Nación fuera vencida, caso en el cual todavía el concesionario, por ello sólo, no vería amenazado su derecho. Consecuencialmente, bien puede verse que una ley no vulnera derecho alguno por crear nuevas posibilidades de ocurrencia hipotética.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución, declara que ES EXEQUIBLE el artículo 3º de la Ley 81 de 1946, que ha sido objeto de la demanda.

Cópiese, notifíquese y dése cuenta al Gobierno Nacional.

Hernán Salamanca. — Germán Alvarado. Francisco Bruno. — Con salvamento de voto, **Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro Castillo Pineda. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Hinestrosa Daza. Ricardo Jordán Jiménez. — Alvaro Leal Morales. Ramón Miranda. — Gabriel Rodríguez Ramírez. Domingo Sarasty M.** — **Eleuterio Serna R.** — Con salvamento de voto, **Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ANIBAL CARDOSO GAITAN Y MANUEL JOSE VARGAS

No hemos dado nuestro asentimiento y por consiguiente nuestro voto al fallo anterior de la Corte, que declara exequible el artículo 3º de la Ley 81 de 1946, porque estimamos que la disposición es inconstitucional y que la sentencia así debió declararlo. Es inconstitucional en cuanto quebranta derechos adquiridos de concesionarios del Estado que tenían sus contratos perfeccionados al entrar a regir la ley nueva citada. A ese respecto, de los varios que ofrece el asunto, limitamos nuestro reparo, y para explicarlo aducimos en seguida las razones principales que sustentan nuestra actitud y que exponemos con el respeto debido, a los colegas de la Sala que suscriben la resolución.

—

Se dice en ella que la simple posibilidad de que sobrevengan litigios para los cuales ya había vencido un plazo no incide directamente en el ejercicio y firmeza contractuales, porque la protección a las instituciones jurídicas no puede extenderse hasta impedir el ejercicio de acciones por parte de terceros que con ellas busquen satisfacer un interés respetado por la ley, y porque nadie está al abrigo de litigios al rededor de cualquier situación propia, así sea la considerada como más firme y sólida.

Observamos:

En lo general, y no tratándose de las relaciones entre un concesionario y la Nación, es verdad lo que se afirma: el ejercicio de las acciones es legítimo y a ellas están sujetas todas las personas. Pero no ocurre lo propio cuando es el Estado el que por medio de una ley cambia una situación jurídica concreta suya, en perjuicio del concesionario. La ley entonces no es general y de aplicación a todas las personas. Es especial e interfiere las relaciones de derecho que se han creado entre la Nación y el contratista particular. No son lo mismo las leyes generales que establecen acciones obligatorias para todas las personas y una ley que de un modo singular desconoce obligaciones que ha contraído el Estado con los concesionarios. Hay que fijarse en que el Estado, obligado en la concesión, es el mismo que legisla para cambiar las estipulaciones que la rigen y los derechos que en ella nacen según las leyes anteriores. Aquí el interés de la acción consagrado en la ley, que buscara ejercitar un tercero, nacería después de configurada una situación jurídica en favor del Estado y del concesionario, a explotar los minerales del contrato sin litigios sobre la propiedad de los mismos. Es claro que nadie está al abrigo de pleitos, pero de esa posibilidad litigiosa no se trata aquí. Al contrario: tal posibilidad no existe, por virtud de la ley que regula las concesiones mineras. En efecto, para definir la cuestión de propiedad de los minerales ha establecido la ley un procedimiento, un juicio, con la consecuencia de que si el tercero no se hace presente, pierde su derecho. La posibilidad litigiosa no existe jurídicamente después que se ha cumplido el procedimiento de la ley.

La posibilidad de litigio sí incide en el ejercicio y firmeza contractuales, porque el contrato perfeccionado le da al concesionario el derecho a aprovecharse de la **situación, saneada de pleitos,** sobre la propiedad de las minas, que se ha configurado en favor de la Nación, y el litigio afecta la seguridad de ese aprovechamiento.

Hay un claro derecho incorporado al patrimonio del contratista antes de expedirse la ley de 1946. La anterior, la de 1945, había surtido ya sus efectos cuando entró la otra en vigencia, respecto de las concesiones en curso que no se habían regido por sus disposiciones **y de las ya perfeccionadas,** en cuanto al año contado a partir de la vigencia de la de 1945, que expiró el 20 de diciembre de 1946, seis días antes de entrar a regir la ley dada este último año. El haberse consumado el término de un año previsto en la ley de 1945, antes de entrar a regir la de 1946, produjo el efecto, previsto en aquélla, de agotar en terceros presuntos propietarios la oportunidad de hacer valer su derecho en juicio contra la Nación. En favor de ésta se creó pues una situación jurídica que la eximía del peligro de ser demandada por el dominio de la propiedad minera.

Ese derecho de la Nación configura también en el concesionario otro que automáticamente se

ncorpora en su patrimonio, consecuencial y correlativo del de la Nación. El derecho del concesionario que le confiere su contrato, no es solamente **a explotar minerales, sino a explotarlos sin pleitos** entre terceros y la Nación, sin la zozobra e inseguridad consiguientes a ellos. Ese estado de firmeza resulta en beneficio de la Nación y de los concesionarios a virtud del trámite de las oposiciones cuando ellas se deciden favorablemente a aquélla, o por el transcurso del término de un año sin que las acciones se intenten. La concesión sin pleitos tiene para el concesionario y para la industria un valor distinto de la concesión con pleitos. Estos alteran la normalidad y la seguridad del trabajo de la concesión, lesionan el crédito del concesionario, porque disminuyen la solidez de su situación jurídica. Y por lo mismo, si voluntariamente una de las partes, en este caso el Estado, da entrada a los litigios, quebranta un derecho legítimo del concesionario, apreciable en dinero, que se había incorporado a su patrimonio: el de explotar la concesión sin la amenaza del pleito de terceros contra la Nación.

Al perfeccionarse un contrato de concesión minera con el Estado nacen derechos y obligaciones para las partes, del propio modo que las originan los contratos en general.

Hay un derecho del concesionario, nó a la propiedad del mineral, porque ella se obtiene o consolida para la Nación una vez transcurrido el término de un año que señala la ley para la iniciación de las acciones, si es que no se han iniciado; sino a explotar el concesionario los minerales del contrato. Este derecho es un bien incorporal, que hace parte de su patrimonio, como hacen parte del patrimonio de una persona los créditos y otros derechos personales (art. 666 del C. C.). El concesionario que no está en mora respecto de sus obligaciones, tiene acción para exigir del Estado el cumplimiento de las suyas, entre ellas y principalmente, la de ponerlo en posesión de la zona que le otorgó en concesión.

De acuerdo con el sistema previsto en la Ley 85 de 1945, un contrato perfeccionado, sobre el cual ha corrido el término de un año para que los presuntos dueños de minas dentro de la concesión, demanden al Estado, sin que lo hayan hecho, ha configurado en éste un derecho no discutible a la propiedad del subsuelo mineral, y hace nacer también en el concesionario un derecho perfecto a exigir de la Nación que le garantice el aprovechamiento de las sustancias minerales comprendidas en la concesión, en las propias condiciones en que para el Estado se configuró el derecho, libre de controversias judiciales sobre la propiedad de los yacimientos o minas en cuestión. Si hoy una persona natural o jurídica, acomodándose a la ley citada, hace propuesta de contrato al Gobierno para la explotación de una área mineral, y el trámite de la negociación culmina sin que el presunto dueño particular se haya hecho presente oponiéndose al contrato, y transcurre además en igual forma un año contado a partir de la entrega de la concesión, el concesionario adquiere, por razón de los actos que ha ejecutado y de los hechos que se han cumplido, un derecho claro a aprovecharse de las seguridades y ventajas que la ley ofrecía a los proponentes de esta clase de negocios con la Nación, a explotar las minas en la calidad que ellas tuvieran para aquélla, al culminar el contrato, de constituír posiblemente entonces una propiedad indiscutida, sin litigios, sin la amenaza de pleitos o controversias judiciales. Aquel proponente de contrato pudo tener en cuenta razonable y legítimamente dentro de sus cálculos de industrial o empresario, que podría aprovecharse de la clarificación sobre el dominio de las minas en cabeza del Estado, al vencerse el año señalado como único plazo dentro del cual podían iniciarse demandas para discutirle la propiedad a la Nación. El cumplimiento de ese presupuesto legislativo y la calidad de concesionario en una persona contratista con el Estado, constituyen una situación jurídica concreta, vale decir un derecho adquirido en el patrimonio de ella, que debe respetarse.

Una ley como la 81 de 1946 vulnera ese derecho, porque abre sobre la concesión perfeccionada la amenaza de un litigio que directamente afecta la solidez del de propiedad de la Nación e indirectamente el del concesionario a explotar los minerales a que el contrato se refiere. La sola posibilidad de que en una controversia judicial se declare que la Nación no es dueña de las sustancias minerales contratadas, debilita la posición económica del concesionario, a virtud de un acto voluntario y gracioso del Estado. Se dice por la mayoría de la Sala que esta actitud la puede asumir porque es libre de renunciar a una situación jurídica que lo favorecía y permitir que se le controvierta su dominio. No compartimos este parecer. La posición del Estado en sus relaciones con un contratista de esta clase, si el contrato está perfeccionado, es análoga a la que tiene el arrendador con el arrendatario de una cosa inmueble, cuando el convenio se hace por escritura pública

(así se hacen también los contratos de concesión): no puede el arrendador dar la cosa en arriendo a otra persona antes de vencerse el plazo pactado, y si vende el inmueble, el que lo adquiere está obligado a respetar el arriendo. Si el Estado, a pesar del contrato, y por motivos de interés público o por otros, renuncia a la posición saneada de su propiedad, y admite que se le demande, habrá cambiado su obligación contractual de garantizar al concesionario la explotación, por la de indemnizarle de los perjuicios que se le causen.

La Ley 81 de 1946 quebranta el derecho adquirido del concesionario porque desconoce una situación jurídica concreta que lo favorecía y que constituía para él un bien incorporado a su patrimonio desde el momento en que se perfeccionó el contrato de concesión.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en Ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y SUBSIDIARIA DE RESCISION POR LESION ENORME

1.—Salvo errores manifiestos de hecho o carencia de lógica en la concatenación, no se puede corregir en casación el concepto del fallador de instancia que ante un dictamen fundado estima su fundamentación suficiente.

2.—Nuestra jurisprudencia de modo constante ha acatado demandas como la del pleito a que alude el proceso y entrado a estudiar la acción subsidiaria una vez negada la principal, considerando que si ésta, así sea de nulidad absoluta, de simulación, de resolución, se rechaza o deniega, no se ve estorbo para, ya sobre ese terreno, estudiar la de rescisión. Acogida la acción principal, no hay lugar a estudiar la subsidiaria. El fracaso de la principal implica la supervivencia del contrato y, por ende, una situación legal en que no pueden echarse menos ciertos elementos esenciales del mismo, como es, por ejemplo, el precio en una compraventa. Adelantado en una sentencia el estudio de la acción principal al extremo de decidirla en forma que, rechazada, queda en pie el contrato a cuya infirmación se encamina, es lo natural y lógico reconocer a esa situación todo su alcance, dentro del cual se halla en primer término la existencia del contrato. Atacarlo de manera que si la acción principal triunfa él no existe, no es obstáculo para estudiar la acción subsidiaria que requiere la existencia del contrato, si es que éste permanece en pie porque la acción principal no ha prosperado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado en el presente juicio ordinario de la señora Rebeca Prieto viuda de Ruiz, como heredera de Carlos H. Prieto y para la sucesión de este señor, contra el doctor Uladislao Prieto, con los fines y antecedentes que pasan a relatarse.

Los hermanos Carlos H. y Uladislao Prieto R. otorgaron en la Notaría de Villavicencio el 15 de junio de 1940 la escritura número 204 en que el primero transfiere en venta al segundo los varios bienes de esa ubicación allí descritos, a cada uno de los cuales se señaló su precio. Aclararon esa escritura respecto de alindación de uno de esos bienes, en la número 251 de 6 de agosto de ese año y Notaría. El 16 del subsiguiente septiembre murió el vendedor. En su causa mortuoria el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá reconoció como heredera **abintestato** del causante a la demandante actual, su hermana legítima.

Al mismo Juzgado presentó ella el 15 de marzo de 1944 la demanda inicial de este pleito en que ejercita como acción principal la de simulación de la citada compraventa, que pide se declare con la consecuencia de que los bienes aludidos no han salido del patrimonio del aparente vendedor, y, por tanto, a su sucesión pertenecen y a ella debe restituírlos el demandado; y como acción subsidiaria la de rescisión de esa compraventa por lesión enorme por ser los aludidos precios inferiores a la mitad del justo de cada uno de dichos bienes a la época del contrato. Complementa esta solicitud con las consecuenciales sobre integración del precio descontada una décima parte, si el comprador insiste, y con la de restitución de las fincas si la rescisión queda en pie. También pide pago de frutos y condenación en costas, tanto en la demanda principal como en la subsidiaria.

El demandado opuso excepciones dilatorias que perdió en Juzgado y Tribunal, y en su oportunidad contestó la demanda oponiéndose, negando

los hechos y afirmando la verdad del contrato y la equidad del precio.

La primera instancia se cerró el 5 de diciembre de 1944 con sentencia en que el Juzgado declara la lesión enorme sufrida por el vendedor y la consecuencial rescisión de la compraventa, con la opción y obligaciones que de ello se derivan para el comprador vencido, a quien condenó en costas.

Por apelación de ambas partes cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien falló el 25 de enero de 1947 confirmando la sentencia recurrida, adicionándola con la absolución del demandado sobre la demanda principal y con la declaración de ser improcedente e inexistente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, tanto en la acción principal de simulación absoluta como en la subsidiaria de rescisión por lesión enorme. Sin costas.

Contra esta sentencia interpuso casación el demandado por medio de su abogado, quien formula los cargos que pasan a estudiarse, no sin advertir que siendo él único recurrente y estando absuelto de la demanda principal, ha de concretarse a la acción rescisoria.

Acusa en primer lugar de quebranto por aplicación indebida de los artículos 1946, 1947, 1948 y 1746 del C. C. por efecto de error de derecho en la apreciación del avalúo pericial.

Para él este dictamen no está debidamente fundamentado, por lo cual al acogerlo la sentencia recurrida faltó a la regla del artículo 721 del C. J., y además desoyó el artículo 714 ibídem, porque a esa acogida se opone el hecho de que los peritos procedieran sin intervención del Juzgado de Villavicencio.

Se considera:

El perito principal nombrado por la demandante rindió un concepto detallado en que para avaluar cada uno de los aludidos bienes toma en cuenta la calidad de la tierra, de que forma varias porciones, en su caso, así como sus cultivos, su proximidad a dicha ciudad, su capacidad productiva, las vías de comunicación de que dispone, sus aguas, en una palabra, los diversos elementos que concurren a determinar el precio de las fincas de esta clase; y se detiene, como era de rigor, en todo lo que conduce a establecerlo en la época del contrato. Todo ello en fuerza de su propia observación, estudio y percepciones, y a mayor abundamiento informándose con personas capaces y fidedignas sobre precios en la aludida época de las transacciones en ella realizadas. Fue así como llegó al avalúo que asigna a cada una de esas fincas.

Del propio modo el perito tercero rinde un informe detallado y advierte que procede después de visitar las fincas, considerándolas en sus mencionados elementos y detalles y con información, además, del estado de ellas y del negocio sobre bienes de esta clase para la época del contrato. Así las avalúa una a una y llega a justiprecio igual al del perito principal ya citado.

Dicho artículo 721 dice en su inciso 1º: "Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

Si el Tribunal tuvo como plena prueba ese dictamen, no incurrió en su apreciación en el error de derecho que el recurrente le adjudica.

Es de observarse, de otro lado, que, salvo errores manifiestos de hecho o carencia de lógica en la respectiva concatenación, no se puede corregir en casación el concepto del fallador de instancia que ante un dictamen fundado estima su fundamentación suficiente.

El dictamen debía rendirse al Juez de la causa, y los peritos precisamente tenían que proceder por sí mismos, como lo hicieron, al estudio de las fincas y al acopio de los diversos elementos pertinentes. Si, por ejemplo, el experticio hubiera sido un accesorio de inspección ocular, es claro que en razón de ésta no habría podido procederse sin intervención de Juez; pero tratándose directamente y tan sólo de un avalúo pericial, no se ve por qué hubiera lugar a tal intervención. Los peritos de que se ha hablado tomaron posesión de su cargo ante el Juez de la causa, y el nombrado por el demandado la tomó en el Juzgado de Villavicencio, comisionado al efecto de acuerdo con el artículo 714 del C. J. Así las cosas, no se ve, desde estos puntos de vista tampoco, que el Tribunal incurriera en error de derecho al reconocer al avalúo la fuerza probatoria que la ley le asigna, en vez de denegarse a ello a pretexto de faltar una intervención del Juzgado de Villavicencio tan visiblemente innecesaria que no se explica por qué y para qué el recurrente la exija.

Y si el avalúo obtenido como queda visto indica para cada finca en la época del contrato un precio superior al doble del señalado en la escritura, se imponía la declaración de la lesión enorme en obedecimiento de las disposiciones del Código Civil de cuyo quebranto acusa el recurrente. No prospera, pues, este cargo.

Acusa de violación del artículo 329 del C. J. por declarar el Tribunal improcedente e inexistente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Desde el comienzo del litigio lo ha sostenido así por contener el libelo dos pretensiones contradictorias, ya que la principal es la negación del contrato y la subsidiaria requiere que éste exista. Así alegó en el incidente de excepciones dilatorias y después en las instancias con vista a la calidad de perentoria de tal excepción. De igual modo procede ahora en el recurso.

Se considera:

El artículo 209 del C. J. permite ejercitar varias acciones en una misma demanda y establece los requisitos necesarios al efecto. Sobre ellos no se discute aquí en lo que hace a competencia del Juez ni a igualdad de procedimiento; pero sí sobre el de "que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí". Si la exigencia se redujera a estas palabras, el mencionado reclamo sería procedente, puesto que en realidad la infirmación de un contrato por ser absolutamente simulado deja sin base las acciones que necesariamente signifique la existencia del mismo. Así, por ejemplo, si una compraventa es absolutamente nula, no cabe contienda sobre si el precio es o no justo. Pero la frase transcrita, que es el texto del numeral 3º de dicho artículo 209, se complementa y delimita en esta forma: "Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

En atención a estas salvedades, nuestra jurisprudencia de modo constante ha acatado demandas como la de este pleito y entrado el sentenciador a estudiar la acción subsidiaria una vez negada la principal, considerando que si ésta, así sea de nulidad absoluta, de simulación, de resolución, se rechaza o deniega, no se ve estorbo para, ya sobre este terreno, estudiar la de rescisión.

Acogida la acción principal, no hay lugar a estudiar la subsidiaria. El fracaso de la principal implica la supervivencia del contrato y, por ende, una situación legal en que no pueden echarse menos ciertos elementos esenciales del mismo, como es, por ejemplo, el precio en una compraventa. Adelantado en una sentencia el estudio de la acción principal al extremo de decidirla en forma que, rechazada, queda en pie el contrato a cuya infirmación se encamina, es lo natural y lógico reconocer a esa situación todo su alcance, dentro del cual se halla en primer término la existencia del contrato. Atacarlo de manera que si la acción principal triunfa él no existe, no es obstáculo para estudiar la acción subsidiaria que requiere la existencia del contrato, si es que éste permanece en pie porque la acción principal no ha prosperado.

Por lo dicho, este otro cargo en casación tampoco se justifica.

Para reforzarlo arguye el recurrente que el demandante califica de vil el precio señalado en la escritura, tan sólo porque la venta fue simulada, y que así es como está redactado el hecho séptimo; de suerte que habiéndose negado la simulación, con esto debió bastar para descartar los ataques sobre precio y, por tanto, para negar la acción rescisoria.

En esta argumentación, si se quiere ingeniosa, la Sala no ve sino un juego de palabras. La demanda debe considerarse relacionando entre sí sus súplicas y sus hechos fundamentales con criterio que las armonice, y no decidir de ella por una frase aislada. De otro lado, en manera alguna puede negarse que se ejercita la acción rescisoria por lesión enorme y que el libelo afirma que los precios **acordados entre vendedor y comprador** fueron inferiores a los verdaderos y justos en forma de dar lugar a la lesión enorme establecida por el Código Civil en sus artículos 1946 a 1948, ni puede pasarse por alto que el libelo cita estas disposiciones en su capítulo que llama "Fundamentos de Derecho" (cuaderno 1º, folio 7 vto.).

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 veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y siete.

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. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE FILIACION NATURAL, DE NULIDAD DE UN CONTRATO, DE REIVINDICACION DE BIENES. — PRUEBAS PRECONSTITUIDAS. — PRUEBA DE LA PARTICION DE BIENES HERENCIALES. — MINISTERIO PUBLICO. — ACCIONES DE ESTADO

1.—La demostración de los actos jurídicos está en general sometida al régimen legal de las pruebas llamadas preconstituídas y cuando se trata de actos solemnes la prueba por lo regular es única. Tal acontece con la partición de bienes herenciales que la ley somete, junto con su sentencia aprobatoria, a la formalidad del registro y a su protocolización notarial, de modo que su prueba tiene que consistir en el correspondiente instrumento público expedido y traído al proceso en la forma legal, y cuya falta no puede suplirse válidamente por otra prueba.

2. — Si el requisito de la intervención de abogados titulados tiene el fin y sentido, como está espaciosamente consignado en los antecedentes de la ley 45 de 1936, de una garantía de honestidad y de técnica jurídica que evite en lo posible el ejercicio temerario de la acción o su uso antisocial como medio de expoliación y de chantage, garantía que el artículo 40 de la Constitución Nacional amplió a toda clase de litigios, no se ve la razón para deducir la imposibilidad de revalidar la actuación cuando los fines de la ley se realizan con la presencia en juicio de un abogado calificado que asume la personería de la parte demandante y responde socialmente de la seriedad jurídica y de la moralidad de la litis en todo su desarrollo.

3. — La Corte ha decidido en numerosas ocasiones que al Ministerio Público no corresponde siempre y necesariamente la calidad de parte en los juicios sobre declaración de filiación natural, en forma que su ausencia determine nulidad de lo actuado. La ley 45, separándose del principio general de que todo el que tenga interés jurídico en el resultado de una acción puede ejercitarla u oponerse a ella, como en todos los casos sobre declaración o impugnación del estado civil, que aunque son acciones privadas se relacionan con el orden público, ha circunscrito el ejercicio legal de la acción a determinadas personas, en forma que solamente ellas puedan ser los sujetos activos de la acción de declaración de filiación natural, durante la vida del hijo. Este es el sentido de la palabra parte en el artículo 12 de esa ley, que bien leído quiere decir: Si el hijo es capaz, solamente él puede incoar la acción. Si es incapaz, corresponde su ejercicio a quien ejerza su representación legal por patria potestad o por guarda. A falta de este representante legal puede hacerlo la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor. Estas son las personas que pueden ser actoras como particularmente interesadas en el ejercicio de la acción de que se trata. En último término menciona el artículo 12 al Ministerio Público, comprensivo de todas sus jerarquías, entre quienes puede iniciar, en calidad de parte actora, la acción de filiación. Se entiende que esta intervención que la ley da al Ministerio Público no tiene carácter obligatorio sino que es facultativa, para que pueda iniciar como actor la acción de filiación cuando los interesados a que antes se ha aludido se hayan abstenido de hacerlo. Cosa diferente, como se ve, de querer convertir en juicios tripartitos a los que nacieron por iniciativa particular. El Ministerio Público no es, pues, PARTE, en el sentido que en el Derecho Procesal corresponde a esta palabra, sino cuando por su iniciativa, MOTU PROPRIO, promueve la acción que consagra la ley 45, caso éste en que su agente demandante tiene todos los derechos sustantivos y adjetivos que a las partes corresponden en el proceso civil".

4.—De manera general la acción es una

actividad jurídica por excelencia que produce consecuencias, y de ahí por qué no puede ser ejercida o desenvuelta inconsideradamente por cualquiera, sino por el titular del interés jurídico destinado a ser tutelado por ella. Este principio cobra su mayor importancia y es sometido a estricta reglamentación legal, con carácter de orden público, en lo relacionado con las llamadas acciones de estado, ya se trate de las destinadas a reclamar un estado civil que nos pertenece, pero que no ha sido reconocido como la de la ley 45 de 1936, o de impugnar uno de que otro disfruta sin corresponderle. "El acceso a las vías judiciales conducentes a la declaración de paternidad natural, ha dicho la Sala de Casación Civil, está perentoriamente limitado en la ley en favor del hijo mismo y de las personas expresamente determinadas que pueden asumir para el efecto su representación legal. Esta destinación exclúsiva de la acción legal para establecer judicialmente la filiación, natural se explica, además de las razones de orden público que a su vez se basan en el peligro social que implica su ejercicio abusivo, en la naturaleza fuertemente personal de la acción, deducida del carácter de parentesco natural jurídicamente restringido a la relación de autores y a la condición jurídicamente irregular que corresponde a este parentesco, de donde se deduce la conclusión de que no puede serle impuesta a los interesados vinculados por la relación personal, por un tercero, cualquiera que sea el interés que alegue". La acción consagrada en la ley 45 de 1936 pertenece al hijo que es titular del interés jurídico a que corresponde, como beneficiario exclusivo de los derechos anexos al título de hijo natural que la ley determina e impone como consecuencia de un hecho natural, que la acción judicial se limita a probar. Es una acción declarativa positiva porque con ella se persigue la declaración de que existe una determinada relación de derecho como efecto jurídico de un hecho del padre y que desde entonces pertenece al hijo, o si se quiere, la constatación judicial de un hecho jurídico ejecutado por un hombre y creador de vinculaciones familiares y patrimoniales. "La receptibilidad o procedencia de la acción no puede subordinarse en realidad jurídica sino al establecimiento previo de hechos especialmente determinados en la ley, o sea, a los cinco enumerados en el artículo 4º de la ley 45 de 1936 como únicos que pueden dar lugar a la declaración judicial de la paternidad natural, en forma que su establecimiento judicial no viene a ser más, en puridad de verdad jurídica, que la constatación o prueba de ese estado preexistente en el hecho determinado que se demuestra. De ahí por qué siempre esta acción, según la unánime afirmación de los tratadistas, es únicamente declaratoria y no constitutiva de estado civil. Realmente es un estado involucrado en un hecho predeterminado en la ley lo que revela la sentencia, la que propiamente se reduce a reconocer que tal estado existía. La ley no crea. Lo reconoce y promulga sobre la comprobación de un hecho, casi pudiera decirse que la sentencia judicial se limita a calificar jurídicamente una situación de hecho creada voluntariamente por un hombre que, al morir no puede destruírse como fuente de consecuencias jurídicas. Es verdad que la muerte finaliza la vida, pero no la destruye ni la borra en sus actividades creadoras, ni desnaturaliza los hechos que durante ella se consumaron".

En las varias decisiones en que ha sido oportuno y procedente hacerlo por necesitarse calificar la personería de la persona que la agitaba, se ha detenido la Corte en la consideración y estudio de las características sobresalientes que por la materia sobre que recae distinguen a la acción de declaración de paternidad, tales como su naturaleza personal que la liga en su duración al comienzo y al fin de la vida del hijo encerrando dentro de estos términos su permanencia en el tiempo, esto es, su prescriptibilidad. Su afectación al orden público, como todas las acciones relativas a la institución familiar, que conlleva su indisponibilidad en general. Tampoco ha sido descuidadamente desatendido el aspecto de la transmisibilidad, no de la acción, que no la tiene el padre, sino de las proyecciones patrimoniales de los derechos de familia implicados en el reconocimiento judicial del hecho de la paternidad, en los diversos estudios, unos en forma de salvamento de voto mientras prevaleció la tesis de que la muerte del padre extinguía la acción, y en sentencias de lar-

ga exposición doctrinaria cuando unánimemente ha adoptado la Sala la doctrina de que la acción de la Ley 45 es procedente contra los herederos del padre.

5.—Entre la prescripción y la caducidad, aunque ambas son medios de técnica jurídica para producir la extinción de los derechos y las acciones, hay diferencias sustanciales, notadas por todos los tratadistas. La primera, como modo de extinguir las acciones ajenas sólo se produce como consecuencia de no haberse ejercitado dichas acciones durante cierto lapso de tiempo, en tanto que la caducidad, es la extinción por cualquiera causa, el transcurso del tiempo inclusive. Pero ni aun en el caso en que coincidan en la causa del decurso temporal, cuando la caducidad opera sobre los plazos o términos prefijados, pueden confundirse, porque la extinción prescriptiva, consecuencia del abandono o negligencia en el titular de la acción, no es de declaración oficiosa, debe ser alegada, puede interrumpirse y suspenderse y renunciarse, en tanto que la caducidad opera IPSO JURE y sus efectos se cumplen fuera del alcance de la voluntad particular, como un imperioso mecanismo legal. En todo caso, ambos fenómenos, como destructores o esterilizantes de derechos civiles que son, pertenecen al orden público y se gobiernan por las disposiciones restrictivas que los establecen y consagran. Pugna con todos los principios y normas generales de derecho deducir o aplicar plazos de prescripción o de caducidad cuando la ley no los ha creado expresamente, como acontece con la Ley 45 de 1936, y resulta arbitrario e irregular interpretar este silencio de la ley colombiana en un sentido excepcional y restricto que conduce al sacrificio del derecho. Carece de fundamento aceptable la deducción de que si la muerte del padre no extingue la acción de la ley 45 se convierte ésta en perpetua, porque fuera de que, como ya se vio, está aparejada en su duración a la vida del hijo, lo que ya le quita la perennidad, la muerte del obligado a responder de los resultados de la acción no es acontecimiento que pueda influír en el fenómeno prescriptivo, subordinado de manera exclusiva a la inercia de su dueño en ejercerla, o silencio de la relación jurídica, según expresión de algunos tratadistas.

La calidad de personal que tiene la acción de que se trata, unida inseparablemente a la vida del hijo, pierde su sentido y operancia jurídica cuando se la desplaza de quien tiene el derecho de actor hacia el responsable legal de la acción, de su sujeto. Respecto de éste es impertinente hablar de intransmisibilidad de la acción de declaración de paternidad a sus herederos para deducir la improcedencia de ejercerla contra los continuadores de la personalidad jurídica del padre difunto. La cuestión a este respecto hay que plantearla y resolverla desde el punto de vista de la transmisibilidad de las consecuencias onerosas que la ley atribuye precisamente al hecho de la paternidad judicialmente declarada, y desde este ángulo de apreciación nada se opone a la solución adoptada, porque la regla o norma general de derecho es la de que todos los derechos y obligaciones que integran la universalidad patrimonial pasan a los herederos, en quienes se prolongan los efectos de los actos y hechos jurídicos de su causante, con las excepciones, como tales, expresamente determinadas en la ley y los que por su naturaleza jurídica de personales deben tener la calidad de intransmisibles, categoría ésta en que el recurrente pretende colocar la acción de la Ley 45 respecto de los herederos del padre, porque —dice él— si la ley hubiera querido que fuera transmisible, lo habría tenido que decir. La raíz de toda esta equivocación consiste principalmente en considerar que es la sentencia judicial la que crea el STATUS jurídico de hijo natural, olvidando que la acción de la ley 45 no puede tenerse ni llamarse de investigación de la paternidad porque ella no autoriza ninguna inquisición al respecto sino que se limita a declararla a base de la adecuada demostración de uno de los hechos predeterminados taxativamente que conllevan implícitamente la calificación jurídica de paternidad natural con las consecuencias de todo orden que la ley le atribuye. No correspondiéndoles a estos efectos, que son obligaciones nacidas de la ley, la condición excepcional de intransmisibles por disposición legal expresa, ni por su calidad de personales como son los generados en contratos

INTUITU PERSONAE, se impone la aplicación de los principios generales como solución de doctrina, porque en esto, como ya se dijo, en relación con los plazos prefijos o caducidad, los casos de excepción o que se separan de la regla general deben encontrarse consignados en textos positivos y concretos. Resulta menos desacertado parangonar las obligaciones que la ley asigna a la paternidad como hecho extramatrimonial con las que se generan en la comisión de un ilícito civil, sobre la transmisibilidad de las cuales no cabe sugerir ninguna duda.

En Colombia los juicios de la doctrina y de la jurisprudencia francesas no pueden ser eludidos bajo ningún pretexto, porque aquí como en la legislación francesa impera el principio de derecho universal de que el heredero es el continuador jurídico de la persona del causante, y hoy, aquí como allá, la filiación natural declarada judicialmente se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aun en concurrencia con los hijos legítimos. No habiendo regla especial que liberte a los herederos del padre de la obligación de contestar al derecho ejercitado por el hijo, ellos son los llamados legítimamente al juicio y no lo pueden eludir.

6.—La partida de bautismo o el acta de nacimiento es la forma de probar la maternidad, que se vincula al hecho del parto; pero no es bastante por sí sola para probar la paternidad natural. Para que lo fuera sería preciso que estuviera firmada por el padre porque así se establecería el estado de hijo natural por reconocimiento y a la vez sería su medio de prueba, equivalente a la confesión.

7.—En el sistema primitivo del Código Civil (artículo 318) como sólo se exigía la circunstancia de haber nacido fuera del matrimonio, toda persona nacida de unión ilegítima tenía capacidad y aptitud para ser hijo natural. Bajo el sistema de la ley 153 de 1887 las condiciones para obtener el STATUS jurídico de hijo natural estrecharon el criterio anterior porque no podían obtenerlo sino los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse entre sí libremente. Se creó la especie legal de los hijos de dañado ayuntamiento, deshonrados a perpetuidad, y una situación privilegiada para los naturales. Dentro del régimen actual de la ley 45 de 1936 ha quedado excluída aquella especie de los de dañado ayuntamiento, y tienen aptitud para adquirir la condición de hijos naturales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, esto es, todos los nacidos fuera del matrimonio, salvo el concebido por mujer casada cuando el marido no lo ha desconocido y no se ha declarado por sentencia judicial ejecutoriada que él no es padre.

La parte final del artículo 1º de la ley 45 no se refiere a paternidad natural; no hay en él nada distinto de la antigua presunción de maternidad natural por el hecho del parto, que no opera, como es natural, sino respecto de solteras o viudas. El artículo 3º es un corolario del sistema adoptado por el artículo 1º que abolió los hijos adulterinos, porque bajo el régimen de la ley 153 de 1887 era preciso, para tener la calidad de natural, que el hijo no fuera de dañado ayuntamiento, esto es, que sus progenitores, al tiempo de la concepción, hubieran estado en capacidad de contraer matrimonio entre sí, de modo que si uno estaba casado con persona distinta de la con quien tuvo el hijo, la ley lo rechazaba. No había posibilidad de interferencia con la presunción del artículo 214, pero como dentro del nuevo estatuto las mujeres casadas pueden tener hijos naturales, porque tal calidad corresponde también a los adulterinos, para salvar el principio universalmente aceptado que consigna el artículo 3º de la ley 45 que para que el hijo concebido por una mujer casada pueda ser reconocido como natural o para que pueda declararse judicialmente la maternidad natural de la mujer casada, es indispensable que el marido desconozca al hijo y que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el marido no es el padre del hijo que se trata de reconocer. Los dos incisos del artículo 3º tienen una vinculación inseparable, puesto que la declaración de maternidad natural de mujer casada conlleva la de paternidad de un hombre diferente de su marido, y por eso es necesario destruír primero, en acción cuyos titulares exclusivos determina la ley, la presunción aludida de legitimidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 5º de este circuito, Teresa Grillo, en representación de su menor hijo Jorge Grillo, demandó en juicio ordinario a Estefanía Cabo v. de Villamizar, Luis B. Cruz, Margarita Villamizar Pérez, Carmen Latorre Villamizar, Jorge Ossa Villamizar y María Benilda Ossa Villamizar L., todos asignatarios de la sucesión testamentaria de Jorge Villamizar C., como cónyuge sobreviviente y heredera, la primera, y como legatarios los cinco últimos, para que se hicieran las declaraciones que en seguida se resumen:

"**Primero.** Que Jorge Grillo es hijo natural del señor Jorge Villamizar L. y de consiguiente legitimario del mismo señor Villamizar.

Segundo. Que se reformara el testamento cerrado otorgado por el señor Jorge Villamizar L. el día 24 de diciembre de 1936 ante el Notario Primero de Bogotá, al efecto de que al nombrado Jorge Grillo le fueran reconocidos en la sucesión del citado señor Villamizar L. los derechos que la ley le reconoce como legitimario.

Tercero. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se reformara el acto de partición y adjudicación de los bienes del nombrado causante señor Jorge Villamizar L., a fin de que se adjudicara al menor Jorge Grillo la parte de los bienes que le corresponden en la sucesión del señor Jorge Villamizar L.

Cuarto. Subsidiariamente, que se condenara a los demandados a restituír al menor Jorge Grillo, dentro del término que la sentencia señalara y en la cuantía y proporción legal necesaria para cubrirle su legítima efectiva, lo que en razón de tal legítima le correspondiera en los bienes de la sucesión del causante, señor Villamizar L.

Quinto. Que el contrato de compraventa celebrado entre la señora Estefanía Cabo v. de Villamizar y el doctor Peregrino Ossa, por el cual éste vendió quince lotes de terreno a la primera y que consta en la escritura Nº 3239 de 24 de diciembre de 1936, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, es un contrato simulado.

Sexto. Que, subsidiariamente, se declarara que el mismo contrato a que se refiere el numeral anterior es nulo.

Séptimo. Que como consecuencia de cualesquiera de las dos declaraciones anteriores, la sucesión del señor Jorge Villamizar L. es dueña de los mismos lotes.

Octavo. Que, como consecuencia de esta última declaración, la señora Estefanía Cabo de Villamizar debe restituír a la sucesión del señor Jorge Villamizar L. los quince lotes de terreno a que se refieren las últimas peticiones, con sus frutos naturales y civiles.

Noveno. Que la señora Estefanía Cabo de Villamizar, por el hecho de haber ocultado los quince lotes de terreno al tiempo de la facción de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión del señor Jorge Villamizar L., ha perdido su porción en ellos y debe hacer la restitución a la sucesión por el valor doblado de ellos.

Décimo. Que subsidiariamente, se declare que los citados quince lotes de terreno pertenecen a la sociedad conyugal habida entre el señor Jorge Villamizar L. y la esposa, señora Estefanía Cabo de Villamizar, y son gananciales de esta sociedad.

Undécimo. Que se declare cancelada la escritura número 3239 de 24 de diciembre de 1936 de la Notaría 4ª de esta ciudad y el registro de tal escritura.

Duodécimo. Que para el caso de que los demandados se opongan a las declaraciones pedidas en la demanda, se les condene en costas por lo temerario de la oposición".

Los hechos fundamentales de la acción son en resumen:

"Jorge Villamizar Leal, otorgó testamento cerrado el 24 de diciembre de 1936, ante el Notario 1º de Bogotá, y murió el 15 de enero de 1937; las diligencias de apertura y publicación del testamento, fueron protocolizadas ante el mismo Notario por escritura 391 de 17 de febrero de 1937; el juicio de sucesión del citado Villamizar Leal, se halla en curso en el mismo Juzgado 5º, y en él aparece liquidada la herencia y hecha la adjudicación de los bienes, con prescindencia absoluta de los derechos del menor Jorge Grillo, como legitimario del causante, pero el trabajo de partición no se ha registrado ni protocolizado; el causante vivió maritalmente (hecho 4º), con la demandante Teresa Grillo, sosteniendo relaciones sexuales en forma estable y notoria, y suministrándole todo lo necesario para su vida en esta ciudad, desde 1929 hasta algún tiempo antes de contraer aquél matrimonio; en el curso de esas relaciones, hubo un hecho más importante y destacado respecto de los demás, pues el causante invitó y tuvo a la demandante en la hacienda "El Porvenir", a inmediaciones de Bucaramanga, y

allí estuvieron cerca de tres meses, de julio a 24 de septiembre de 1929; en dicha hacienda, Jorge Villamizar Leal y la demandante Teresa Grillo, salían constantemente a pasear a pie y a caballo, solos unas veces y acompañados otras, y durante las salidas sacaron numerosas fotografías en los tabacanales y otros lugares; al regresar la demandante, sintió los primeros síntomas de preñez, y el causante continuó viendo por ella y cuidándole en condiciones correspondientes a su estado. El 1º de junio de 1930, a las nueve y media de la mañana más o menos, nació Jorge Grillo, y en el alumbramiento fue la demandante asistida por la enfermera María Elena Rozo, y por el médico Miguel Rueda Acosta; ese día, tan pronto llegó Jorge Villamizar Leal, la enfermera le presentó al recién nacido, y él le tomó en sus brazos, le acarició como padre, y manifestó a la enfermera que era el padre; el pago de ésta lo hizo dicho Villamizar Leal, e hizo los gastos del caso; posteriormente siguió atendiendo al niño, pues aunque se interrumpieron relaciones con la demandante, siguió del matrimonio del presunto padre, éste continuó atendiendo a los gastos de todas sus necesidades; el menor es muy parecido al padre, y éste lo presentaba como su hijo a sus amigos; en el testamento el presunto padre apenas dijo que no tenía hijos naturales reconocidos, pero no se atrevió a negar el hecho de que sí los tenía sin reconocer; para colocarse en condiciones de defender sus intereses, contra ejecuciones bancarias, Villamizar L. colocó en cabeza de su cuñado Peregrino Ossa, el 40 por ciento de la hacienda "Querenté" y sus anexidades, según aparece de la escritura 438 de 18 de febrero de 1929, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá, pues aunque Ossa aparece comprando y pagando, era en realidad para Villamizar L.; ya que aquél no pagó suma alguna y todo fue de cargo de Villamizar L.; en 1933 se otorgó la escritura 2669 de 29 de noviembre, en que Villamizar L. y Ossa aparecen celebrando un contrato de permuta, conforme al cual éste recibe en propiedad quince lotes de terreno situados en la Urbanización "La Concepción", barrio Chapinero de esta ciudad, pero todo eso simulado porque en realidad tanto el 40 por ciento de la hacienda "Querenté" como los quince lotes, eran de propiedad de Villamizar L., quien los hacía figurar en cabeza de Ossa para los fines antedichos; por orden de Villamizar Leal, Ossa apareció vendiendo luégo, por $ 5.000.00, a la señora Estefanía Cabo de Villamizar, los quince lotes, según escritura 3229 de 14 de diciembre de 1936, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá; y, el contrato de compraventa que aparece celebrado entre Ossa y la señora Estefanía, consignado en la predicha escritura no es real, y apenas implica una forma de pasar la propiedad de los 15 lotes, cuyo verdadero dueño era Villamizar L., a su consorte Estefanía, por interpuesta persona, pues fue una orden no más lo que dio Villamizar L. a Ossa, y éste sin recibir precio ni haberlo acordado con la que aparece comprando, le otorgó la escritura de venta".

Los demandados contestaron separadamente la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora y alegando las excepciones perentorias de ilegitimidad de personería sustantiva de la demandante y petición de un modo indebido. La viuda de Villamizar, a su turno, contrademandó a Jorge Grillo, representado por su madre, para que en el caso de que sea declarado hijo natural, con intervención de todos los que forman la parte demandada, se decrete la liquidación de la sociedad conyugal formada por ella y el causante Villamizar L. y se declare que todos los bienes inventariados en su sucesión pertenecen a esa sociedad disuelta y en ellos le corresponde, a título de gananciales, la mitad, quedando, a salvo, su derecho de heredera universal de su marido al tenor del testamento que gobernó su sucesión.

El actor contrademandado manifestó no oponerse a la liquidación de la sociedad conyugal, pero sí a las demás peticiones de la demanda de reconvención.

Planteada de esta suerte la controversia, el Juzgado del Circuito sentenció en primer grado el 17 de mayo de 1944 absolviendo totalmente a los demandados en ambas acciones, la directa y la de reconvención.

Sentencia acusada

Apelada esta sentencia por la parte demandante, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, al cabo de los trámites de la segunda instancia, la revocó en la suya de 23 de noviembre de 1945, y decidió, en cambio, así:

"1º—Hállanse justificados hechos que constituyen las siguientes excepciones perentorias:

a) En la demanda principal, petición antes de tiempo en la súplica tercera; petición antes de tiempo en la súplica cuarta; falta de interés jurídico actual, y por ende petición antes de tiempo en la súplica quinta; falta de interés jurídico

y por tanto falta de acción en la súplica sexta; falta de interés jurídico actual y por ende petición antes de tiempo en las súplicas séptima y octava; y falta de derecho, obligación y acción en la súplica novena.

b) En la demanda de reconvención, petición antes de tiempo en la súplica segunda, (según la ordenación hecha en la parte motiva de esta sentencia), y la misma excepción de relación con la súplica tercera.

2º—Declárase que el menor Jorge Grillo, a que se refiere la súplica primera de la demanda principal, es hijo natural del señor Jorge Villamizar Leal, fallecido éste el quince de enero de mil novecientos treinta y siete (enero 15 de 1937) en Bogotá, y que por ende, tiene la calidad legal de legitimario de dicho causante.

3º—En armonía con la declaración anterior, refórmase el testamento cerrado que el mencionado causante otorgó en esta ciudad, Bogotá, el veinticuatro de diciembre de mil novecientos treinta y seis, (diciembre 24 de 1936), ante el Notario Cuarto, testamento que consta en la escritura pública número trescientos noventa y uno (391) de fecha diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y siete, (febrero 17 de 1937), de la misma Notaría, en la cual aparece junto con las diligencias de apertura y publicación del testamento. La reforma se decreta a efecto de que el citado menor Jorge Grillo, tenga en la sucesión de su padre natural Jorge Villamizar Leal, los derechos que la ley civil le otorga como legitimario en calidad de hijo natural.

4º—No es el caso de hacer, por ahora, las declaraciones a que se refieren las súplicas tercera, cuarta y quinta de la demanda principal.

5º—Deniégase la súplica sexta de la demanda principal, y consecuencialmente absuélvese a los respectivos demandados de los cargos formulados en dicha súplica.

6º—No es el caso de hacer, por ahora, las declaraciones solicitadas en las súplicas séptima y octava.

7º—Deniégase la petición novena de la demanda principal, y consecuencialmente absuélvese a los respectivos demandados de los cargos formulados en ella.

8º—Declárase que los quince lotes de terreno determinados en el aparte e) de la petición cuarta de la demanda principal, y a los cuales se refiere el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número tres mil doscientos treinta y nueve (3.239), otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá el veinticuatro de diciembre de mil novecientos treinta y seis, (diciembre 24 de 1936), pertenecen a la sociedad conyugal habida entre el mencionado señor Jorge Villamizar Leal y su cónyuge supérstite señora Estefanía Cabo Gómez v. de Villamizar, por lo cual, deben considerarse como gananciales e inventariarse y avaluarse en el juicio de sucesión del referido causante Villamizar Leal, para los fines y dentro del alcance señalados en el artículo 34 de la Ley 63 de 1936.

9º—Deniégase la petición undécima de la demanda principal; en consecuencia, los respectivos demandados quedan absueltos a este respecto.

10.—Decrétase la liquidación definitiva de la sociedad conyugal formada por la celebración del matrimonio entre Estefanía Cabo Gómez y Jorge Villamizar Leal, el día once de febrero de mil novecientos treinta y dos, (febrero 11 de 1932), en esta ciudad, sociedad que se disolvió por muerte de Villamizar Leal el día quince de enero de mil novecientos treinta y siete, (enero 15 de 1937).

11.—No es el caso de hacer, por ahora, las declaraciones a que se refieren las súplicas segunda y tercera de la demanda de reconvención.

12.—Declárase que quedan a salvo los derechos de Estefanía Cabo Gómez v. de Villamizar como heredera universal en la sucesión de Jorge Villamizar Leal, siempre que haya lugar a ellos, o sea, si llegaren a concretarse en algún remate de bienes, una vez reconocidos en dicha sucesión los derechos del menor legitimario Jorge Grillo, determinados en la parte motiva de esta sentencia, y los derechos de los legitimarios, en la proporción o cuantía, a que hubiere lugar, de conformidad con lo determinado en la parte motiva de esta sentencia.

13.—Declárase que Estefanía Cabo Gómez v. de Villamizar, en frente del legitimario Jorge Grillo, conserva el derecho de reembolso de la suma o sumas que ella haya pagado por concepto de impuesto de sucesiones en la sucesión de Jorge Villamizar Leal, en la cuota o proporción que legalmente corresponda pagar en tal sucesión al menor Jorge Grillo.

14.—Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en relación con las súplicas de la demanda principal a las cuales se imparte prosperidad judicial; y

15.—No se condena en las costas de las demandas principal y de reconvención a ninguna de las partes litigantes".

Comienza el Tribunal su exposición de motivos advirtiendo que por aparecer legalmente configurados todos los presupuestos procesales, no hay inconveniente para proferir fallo de fondo. Respecto de la llamada legitimación en causa, en cuanto a que la persona que instaura la acción es la titular de ella conforme a la ley y la persona contra la cual se hace valer es la legalmente responsable, la sentencia la estima perfecta porque el hijo, dueño de la acción, puede ejercerla por medio de su representante legal, y porque los demandados, muerto el presunto padre, deben responder como continuadores de su personalidad jurídica en la acción sobre declaración de filiación natural, como lo ha establecido esta Sala de Casación Civil en sentencia del 1º de octubre de 1945, que el Tribunal acoge.

La declaración de que Jorge Grillo es hijo natural de Jorge Villamizar y consiguientemente su legitimario, a que se refiere la primera súplica de la demanda, eje y fuente de los demás pedimentos, se apoya, según los hechos y pedimentos del libelo, en los numerales 3º, 4º y 5º del art. 4º de la Ley 45 de 1936. De estos fundamentos el Tribunal desechó el primero y el último por no hallar jurídicamente configurados ni probados los casos a que en ellos alude la ley. La declaración de filiación natural que trae la sentencia se funda en el referido numeral 4º, cuyas condiciones y circunstancias de hecho con todas las calidades jurídicas allí exigidas, tuvo por plenamente establecidas el Tribunal después de un dilatado y minucioso análisis de pruebas de diversa naturaleza. "Conclúyese por ende, —dice el sentenciador— que en este proceso, la demandante logró demostrar en forma plena, productora de completa certidumbre judicial, que ella tuvo relaciones sexuales estables y notorias con Villamizar Leal, señalado como padre del menor Jorge Grillo, aunque no tuviera comunidad de habitación, exceptuando quizás el tiempo de permanencia en la hacienda "El Porvenir", en que sí es de presumir que la hubo, y que el hijo menor nació después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron las relaciones. No hay, para impedir esta declaración, prueba alguna de que Villamizar Leal estuvo en absoluta incapacidad física, pero ni siquiera moral, de tener acceso á la demandante, durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el art. 92 del C. C. ni tampoco la prueba de que dentro de dicho tiempo, la demandante tuvo relaciones carnales con otro hombre".

La prosperidad de la petición sobre reforma del testamento de Jorge Villamizar es una consecuencia de la declaración de filiación natural a fin de que le sea reconocido al demandante Grillo su derecho herencial de legitimario de acuerdo con la ley.

La negativa de los pedimentos relacionados con la reforma de la partición de los bienes sucesorales del causante Villamizar Leal y la consiguiente restitución al menor Grillo de los bienes correspondientes a su cuota herencial, contenidos en las súplicas tercera y cuarta de la demanda, se funda en que no se ha demostrado que la referida partición se haya efectuado porque a los autos no se trajo la prueba legal correspondiente.

La petición sexta subsidiaria de la demanda, enderezada a obtener la declaración de nulidad del contrato de venta recogido en la escritura pública número 3239 del 24 de diciembre de 1936, de la Notaría 4ª de Bogotá, fue denegada por el Tribunal por considerar que el demandante Grillo carece de interés jurídico para demandar la nulidad de este contrato en que Estefanía Cabo de Villamizar compra unos lotes a Peregrino Ossa.

La prosperidad de la súpliça décima subsidiaria, para que se declare que los aludidos lotes, comprados por la cónyuge de Villamizar a Ossa pertenecen a la sociedad conyugal Villamizar-Cabo y deben considerarse como gananciales, se basa en que se trata de bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y existentes al tiempo de la disolución social por muerte del marido, como resulta de la confrontación de las fechas correspondientes según los instrumentos respectivos.

El recurso

Esta sentencia, extractada en sus fundamentos relacionados con el temario del recurso, está a la consideración de la Corte por haber recurrido en casación contra ella ambas partes. Agotada la tramitación legal, se decide hoy considerando separadamente y en el orden en que se han producido las demandas fundamentales.

Recurso de la parte demandante

Formula el recurrente los tres siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal:

a) En lo tocante a la negativa de la solicitud

de reforma del acto de partición y adjudicación de los bienes del causante Jorge Villamizar Leal viola la sentencia los arts. 1226 y 1239 ordinal 3º (sic), del C. C. como consecuencia del error de hecho en que incurrió al no apreciar el certificado expedido por un Magistrado del Tribunal Superior como prueba de haberse realizado la aludida partición, ni la aceptación que los demandados han hecho de la verificación de tal acto.

b) Por haber denegado la petición cuarta de la demanda sobre restitución de bienes en la cuantía legal necesaria para cubrir al hijo natural su legítima efectiva se violaron los arts. 1321 y 1387 del C. C., como consecuencia de haber despreciado las precitadas pruebas, porque demostrada como queda por ellas la partición, la entrega de que se trata se imponía.

c) Al negar la declaración de nulidad del contrato de venta celebrado por Estefanía Cabo de Villamizar con Peregrino Ossa, que entraña una manera de traspasar Jorge Villamizar, bienes raíces de su propiedad, a su esposa, por interpuesta persona, violó el Tribunal el art. 1852 del C. C. por no haber tenido en cuenta la confesión que los contratantes han hecho en posiciones sobre la simulación de que tal contrato fue ficticio ni el hecho demostrado de que los lotes allí vendidos fueron de propiedad de Jorge Villamizar Leal.

Considera la Sala:

Se refiere el primer cargo a la razón fundamental que respalda la negativa a decretar la reforma de la partición de los bienes herenciales de Jorge Villamizar, consistente, como se vio, en que no se probó en forma legalmente adecuada la existencia de tal acto y por consiguiente no es posible decidir nada acerca de su variación y sus efectos. Ningún reparo merece en concepto de la Corte, el juicio de admisibilidad probatoria que contiene la sentencia, conducente a establecer la ineficacia de la prueba aducida para demostrar la verdad de que el acto jurídico de la partición judicial aludida se realizó. Bien sabido es que la demostración de los actos jurídicos está en general sometido al régimen legal de las pruebas llamadas preconstituídas y que cuando se trata de actos solemnes, la prueba por lo regular es única. Tal acontece con la partición de bienes herenciales que la ley somete, junto con su sentencia aprobatoria, a la formalidad del registro y a su protocolización notarial, de modo que su prueba tiene que consistir en el correspondiente instrumento público expedido y traído al proceso en la forma legal, y cuya falta no puede suplirse válidamente por otra prueba. En esta exclusividad probatoria se respalda suficientemente la desestimación que el Tribunal hizo como prueba de la referida partición del certificado expedido por el Magistrado que conocía del juicio sucesorio, aducido con la demanda, y del que aparece que la partición de bienes en el juicio sucesorio de Villamizar se verificó y fue aprobada por sentencia; pero además es valedera también la razón de que tal certificado carece de fuerza probatoria acerca de su contenido, por referirse a hechos constitutivos de actuación procesal al tenor del artículo 632 del C. J.

Fuera, pues, de que no se ha incurrido en el error de estimación probatoria que se imputa en el cargo en estudio, las disposiciones sustantivas que se citan como violadas consecuencialmente, contentivas de las definiciones de **asignación forzosa** y de **legítima**, se muestran en un plano de inconexión que le resta eficacia a la acusación.

La súplica cuarta de la demanda, a que alude el segundo cargo, buscaba la condena a restituír al demandante Grillo su cuota correspondiente en diversos bienes que allí se enumeran particularmente, y está hecha "subsidiariamente y para el caso de que el acto de partición y adjudicación de los bienes de esta partición quedare en firme". Siendo, como se ve, el pedimento, accesorio o subordinado a la firmeza de la partición, y habiendo concluído el Tribunal acertadamente que no resulta que tal acto partitivo se haya realizado, el cargo queda sin razón ni sostén. Valen también para no acoger esta acusación las antedichas razones con que el Tribunal se negó a dar por demostrada la partición con pruebas ilegales. Por otra parte, como en el cargo anterior, los textos legales que se dicen quebrantados por el Tribunal están fuera del alcance de la imputación: el primero, porque el Tribunal, ciñéndose a la demanda, decidió una acción de reforma de testamento, y como consecuencia de su prosperidad declaró el derecho hereditario del actor como legitimario en la sucesión de su padre, cosa diferente de la acción de petición de herencia propiamente dicha, y se abstuvo de decretar la restitución de bienes determinados en la cuantía necesaria para cubrir su legítima efectiva y por la razón ya conocida de la falta de prueba de la partición, pues es en ésta "donde se determinan los bienes que corresponden a los herederos y legatarios, y mientras ella no suceda, la restitu-

ción a favor de un heredero, de determinada parte de bienes, es completamente prematura". Y el segundo, porque en él se contempla una situación diferente de la que se plantea en esta controversia, iniciada con posterioridad a la partición de bienes, como resulta de la demanda.

El cargo tercero alude a la súplica sexta del libelo inicial, que persigue la declaración de que es nulo el contrato de que da cuenta la escritura pública número 3239 de 4 de diciembre de 1936, de la Notaría 4ª de Bogotá, por medio del cual Peregrino Ossa vendió a Estefanía Cabo de Villamizar los quince lotes en ella singularizados, y que se propuso en forma subsidiaria, para el caso de que no prosperara la súplica sobre declaración de que era simulada la referida compraventa. El motivo de nulidad se hace consistir en que este contrato entraña una manera de traspasar Jorge Villamizar Leal inmuebles de su propiedad a su mujer, sirviéndose de interpuesta persona, negocio éste prohibido por el artículo 1852 del C. Civil.

Esta última acusación, consistente en que el Tribunal estimó la confesión de simulación de los contratantes, carece completamente de fundamento y no ataca en realidad la razón con que el Tribunal denegó la declaratoria de nulidad. La forma y naturaleza del motivo de invalidez aducido, el mecanismo que la demanda da a la pretendida transgresión del precepto legal que prohibe la compraventa de inmuebles entre cónyuges, en que se hace aparecer un intermediario para lograr el objeto ilícito, subordina lógicamente la pretensión de invalidez a la declaratoria de simulación de los dos contratos que jurídicamente la integran: el que sirvió para sacar los bienes del patrimonio del marido para llevarlos simuladamente al del intermediario, y el que de esta misma manera de enajenación ficticia se usó para llevarlos de este aparente dominio al de la cónyuge. Sólo de esta manera se completa la figura simulatoria que describe la demanda como base de la nulidad absoluta de que considera afectado el verdadero contrato, ocultamente celebrado; pero acontece, fuera de que la petición principal sobre simulación fue denegada y no está atacada en casación, que la demanda inicial del juicio no ha colocado **sub judice** en forma alguna ningún acto de enajenación por medio del cual Villamizar Leal llevara a la propiedad de Peregrino Ossa los inmuebles que éste vendió a Estefanía Cabo de Villamizar por medio del contrato cuya validez se ataca con el fundamento ya visto, y en cuya sola presencia resulta desarticulada e incompleta la pretendida simulación, e inexistente, en consecuencia, la nulidad impetrada. En esta situación, el cargo en estudio, aun aceptando la confesión a que alude el recurrente de que es simulado el contrato recogido en la citada escritura número 3239 de diciembre de 1936, carece de razón legal, porque la súplica de la demanda a que corresponde la resolución que se ataca no versa sobre simulación (pedida en otro numeral del libelo y negada en otro aparte de la sentencia), sino sobre nulidad, y es sabido que la simulación no es por sí sola ni por sí misma, determinante de este fenómeno jurídico.

En las obvias razones que preceden se inspira y asienta la sentencia recurrida en torno de las cuestiones enfocadas por los tres cargos —infundados todos— que formula el demandante como recurrente en casación, con base en la causal primera.

Recurso de la parte demandada. — Esta parte, en demanda conjunta suscrita por los cuatro abogados que han llevado la representación de las personas que la integran, pide la casación de la sentencia recurrida para que en su lugar sean absueltos los demandados, y con este objeto acusa el fallo del Tribunal con apoyo en las causales 1ª y 6ª del artículo 520 del C. J. Como conviene al orden lógico, se comienza el estudio de las acusaciones por la referente a la validez de la actuación procesal.

Causal sexta.—Dos son los motivos de nulidad que se aducen como fundamento de esta causal: "no haberse seguido el juicio en su primera instancia por medio de abogado titulado, tal como lo establece perentoriamente el artículo 12 de la ley 45 de 1936, y no haberse dado intervención al Ministerio Público en dicho juicio, como lo previene la misma disposición citada". Separadamente se consideran:

a) Dice el recurrente que habiéndose instaurado la demanda directamente por Teresa Grillo, en representación de su menor hijo Jorge, se pretermitió la formalidad legal ineludible que manda surtir estas acciones sobre filiación natural "precisamente por medio de abogado titulado", como garantía para los demandados contra posibles demandas temerarias y para evitar chantages, y que aunque fue posteriormente llenada dentro del juicio esta omisión y revalidada la actuación judicial, no ha desaparecido este vicio original de ilegalidad de la personería de la parte demandante, "por no ser esa nulidad allanable,

ni haberse saneado por parte legítima, en la hipótesis de que pudiera sanearse".

Acerca de este punto de nulidad por no intervención de abogado titulado se ha debatido largamente en el proceso. La articulación que al efecto se promovió en primera instancia por la parte demandada, negada por el Juzgado de Circuito, fue decidida por el Tribunal Superior declarando nulo todo lo actuado en el juicio desde el auto admisorio de la demanda, por ilegitimidad adjetiva de la personería de la parte demandante. Vuelto el negocio al Juzgado de origen, se constituyó apoderado en las condiciones legales, y hecha por éste conjuntamente con su mandante la manifestación de revalidación de lo actuado, el Tribunal, al decidir la apelación contra el auto denegatorio del Juzgado, declaró revalidada la actuación en este juicio.

A todo esto, que forma un abultado cuaderno del proceso, se refiere el Tribunal en las consideraciones previas de su sentencia para concluír que habiéndose ya decidido en auto ejecutoriado la cuestión planteada con ocasión del artículo 12 de la ley 45 de 1936, el problema de nulidad procedimental ha desaparecido propiamente. "El Tribunal —se lee en la providencia que declaró revalidada la actuación— declaró nulo todo lo actuado en el juicio a partir del auto que admitió la demanda, por ilegitimidad adjetiva de la personería de la parte demandante, que no compareció al juicio por medio de un abogado titulado como rigurosamente lo exige la ley, para que tales causas como lo anota dicha providencia, tengan desde el primer momento el respaldo de una persona reconocidamente idónea, capaz de garantizarle a la sociedad, mediante el título que el Estado mismo le otorgó, que los intereses cuya defensa patrocina no son ficticios sino el trasunto fiel de la legitimidad de un derecho a que la ley debe defensa y protección. Hoy, ese respaldo moral que precisamente hubo de exigir la ley, se lo otorga a toda la causa un abogado que reúne las condiciones que la ley misma exigió para ese efecto; y como según el artículo 459 del C. J., "declarada la nulidad, los interesados pueden revalidar lo anulado, y por este hecho no surte efecto la condenación en costas de que trata el artículo anterior", síguese que siendo un abogado titulado quien en el presente caso tiene el interés social para respaldar con su nombre la actuación, y quien formula la solicitud, ésta debe declararse de conformidad".

Armoniza con el espíritu y objetivo de la ley y no pugna con ninguno de los principios y normas sobre nulidad de los procedimientos esta interpretación legal de la sentencia, que deja a salvo el derecho a la ratificación procesal. Si el requisito de la intervención de abogado titulado tiene el fin y sentido, como está espaciosamente consignado en los antecedentes de la ley 45, de una garantía de honestidad y de técnica jurídica que evite en lo posible el ejercicio temerario de la acción o su uso antisocial como medio de expoliación y de chantage, garantía ésta que el artículo 40 de la Constitución Nacional amplió a toda clase de litigios, no se ve la razón para deducir la imposibilidad de revalidar la actuación cuando los fines de la ley se realizan con la presencia en juicio de un abogado calificado que asume la personería de la parte demandante y responde socialmente de la seriedad jurídica y de la moralidad de la litis, en todo su desarrollo. Si de esta manera no se burlan los fines sociales de la ley resultaría exagerada la solución propugnada por el recurrente de la insaneabilidad de la nulidad por omisión del requisito aludido, que en el campo de las nulidades de procedimiento hay que considerarla, como ya lo ha hecho esta Sala, como un caso de ilegitimidad de la personería adjetiva o manera de comparecer en juicio.

En estas condiciones, no hay duda de que el primer motivo de nulidad aducido no da base a la invocación de la causal sexta del artículo 520 del C. J., porque para que proceda es preciso que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley, y aquí lo fue como aparece del auto en que la referida irregularidad fue estudiada y fallada en forma que no es posible revivirla ahora para efectos de acusar la sentencia en casación.

b) Respecto de la no intervención del Ministerio Público, que como segundo motivo de la causal de nulidad se aduce, la Corte ha decidido en numerosas ocasiones que a tal entidad no corresponde siempre y necesariamente la calidad de parte en los juicios sobre declaratoria de filiación natural, en forma que su ausencia determine nulidad de lo actuado. En este caso, con ocasión del pedimento del Procurador Delegado en lo Civil para que se le tuviera como parte en este juicio, dijo la Sala:

"La calidad de parte en un pleito hay que buscarla y deducirla —como lo ha dicho la Corte— del litigio mismo, de la relación procesal sustancial que es el objeto del debate". "El concepto de parte —enseñan los doctrinantes del

derecho procesal— derívase del concepto de proceso y de la relación jurídico procesal. Es parte el que demanda en nombre propio o en cuyo nombre se demanda, es decir, quien acciona, y aquel frente al cual se pide la intervención del Estado con su actividad jurisdiccional".

La ley 45, separándose del principio general de que todo el que tenga interés jurídico en el resultado de una acción puede ejercitarla u oponerse a ella, como en todos los casos sobre declaración o impugnación del estado civil, que aunque son acciones privadas se relacionan con el orden público, ha circunscrito el ejercicio legal de la acción a determinadas personas, en forma que solamente ellas puedan ser los sujetos activos de la acción de declaratoria de filiación natural, durante la vida del hijo. Este es el sentido de la palabra parte en el citado artículo 12, que bien leído quiere decir:

Si el hijo es capaz, solamente él puede incoar la acción.

Si es incapaz, corresponde su ejercicio a quien ejerza su representación legal por patria potestad o por guarda.

A falta de este representante legal, puede hacerlo la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor.

Estas son las personas que pueden ser actoras como particularmente interesadas en el ejercicio de la acción de que se trata.

En último término menciona el artículo 12 al Ministerio Público, comprensivo de todas sus jerarquías, entre quienes pueden iniciar, en calidad de parte actora, la acción de filiación. Se entiende que esta intervención que la ley da al Ministerio Público no tiene carácter obligatorio sino que es facultativa, para que pueda iniciar como actor la acción de filiación cuando los interesados a que antes se ha aludido se hayan abstenido de hacerlo. Cosa diferente, como se ve, de querer convertir en juicios tripartitas a los que nacieron por iniciativa pública. El Ministerio Público no es, pues, **parte,** en el sentido que en el derecho procesal corresponde a esta palabra, sino cuando por su iniciativa, **motu propio,** promueve la acción que consagra la ley 45, caso éste en que su agente demandante tiene todos los derechos sustantivos y adjetivos que a las partes corresponden en el proceso civil.

Con este entendimiento ha decidido la Corte que en los casos en que el Ministerio Público no ha sido actor demandante (promotor de la primera instancia), no hay por qué oirlo necesariamente, de modo que su falta de audiencia no es inductiva de nulidad procedimental".

Por las antedichas razones se rechazan las acusaciones por la causal sexta.

Causal primera.—Por quebranto de ley sustantiva se formulan los cargos que en seguida se enuncian y consideran separadamente, destinados, como dice la demanda, "de un lado a saber si puede el hijo natural demandar a los herederos del presunto padre fallecido, impetrando al efecto de la Corte un nuevo estudio revaluador de la doctrina vigente; y del otro, a establecer si efectivamente está probado el caso del ordinal 4º de la ley 45 de 1936 en conformidad con lo cual se ha hecho el reconocimiento de filiación natural pedido en la demanda inicial del juicio".

1º) Violación, por interpretación errónea, de los arts. 401, 402, 403, 404, y 406 del C. C. en relación con el art. 7º de la ley 45 de 1936.

Para fundar su cargo exponen los recurrentes las razones que en seguida se extractan del extenso capítulo correspondiente de su demanda, que encabezan con la afirmación de que la Corte, en sus decisiones sobre filiación natural, no ha considerado sino el problema del legítimo contradictor, pero ha olvidado tener presente y ha dejado pasar inadvertida la gran cuestión de la naturaleza de las acciones de estado, y esta omisión explica la equivocación de sostener que "la acción en referencia pasa, por el aspecto pasivo, del padre a los herederos". Las llamadas acciones de estado, ya para que se nos reconozca uno que no nos pertenece o para impugnar uno de que otro disfruta sin corresponderle, son a manera de una emanación directa y necesaria de la personalidad y no corresponden a las de orden patrimonial. Por ello no participan de los caracteres de las acciones comunes sino que se distinguen y gobiernan por principios que las individualizan, y así se dice que son absolutamente personales, esto es, no pueden ejercitarse sino por quien legalmente las tiene; que pertenecen al orden público y son irrenunciables, imprescriptibles, intransferibles e intransmisibles y están fuera del comercio. Pero como en derecho no puede haber acciones de duración indefinida, la doctrina ha acudido a la figura de la caducidad, que opera en todos los campos y no sólo en el patrimonial como ocurre con la prescripción. "Siendo imprescriptible dicha acción (la de la Ley 45 de 1936) y no habiéndose fijado plazo alguno para que caduque, "hay que acudir a un término de caducidad, determinado e indeterminado, pero

cierto. Ese lapso termina por la muerte del padre, porque es un imposible jurídico y metafísico el que puedan existir acciones que no fenecen". "Fenece con el hijo, según el art. 12 de la ley 45 de 1936; por falta de un texto expreso, ¿no ha de ocurrir lo mismo al morir el padre? La acción de filiación, por pasiva, no puede transmitirse del padre a sus herederos, porque aunque es cierto que generalmente pasa a los sucesores la universalidad íntegra, con la sola excepción de los derechos cuya intrasmisibilidad ha declarado la ley, hay casos de intrasmisibilidad no previstos en la ley, sino establecidos por la doctrina, como los concernientes a la personalidad y de ella inseparables, por lo cual no llegan a sobrevivirle. Tal acontece con la acción de que se trata, que atañe al estado de hijo y al estado de padre, y es personalísima puesto que sólo el padre puede responder eficientemente del cargo que se le formula; porque si fuera dicha acción transmisible a los herederos del padre se trataría de una acción perpetua, y porque siendo doctrinariamente intransmisible tal acción, para hacerla transmisible la ley habría tenido que decirlo expresamente. La acción de filiación tiende a crear el estado civil y esto no puede obtenerlo el hijo sino contra el padre. Finalmente, la teoría sobre la relatividad de los efectos de los fallos a que se ha referido la Corte puede tener aplicación cuando se trata de meras repercuciones económicas del estado civil, pero tratándose aquí de una verdadera acción de estado, destinada a producir efectos absolutos por razón de su propia indivisibilidad, no podía adelantarse y decidirse sino entre legítimos contradictores, porque para eso fue ideada tal teoría.

Considera la Corte:

De manera general la acción es una actividad jurídica por excelencia que produce consecuencias, y de ahí por qué no puede ser ejercida o desenvuelta inconsideradamente por cualquiera, sino por el titular del interés jurídico destinado a ser tutelado por ella. Este principio cobra su mayor importancia y es sometido a estricta reglamentación legal, con carácter de orden público, en lo relacionado con las llamadas acciones de estado, ya se trate de las acciones destinadas a reclamar un estado civil que nos pertenece, pero que no ha sido reconocido como la de la ley 45 de 1936, o de impugnar uno de que otro disfruta sin corresponderle. "El acceso a las vías judiciales conducentes a la declaración de paternidad natural está perentoriamente limitado en la ley en favor del hijo mismo y de las personas expresamente determinadas que pueden asumir para el efecto su representación legal. Esta destinación exclusiva de la acción legal para establecer judicialmente la filiación natural se explica, además de las razones de orden público que a su vez se basan en el peligro social que implica su ejercicio abusivo, en la naturaleza fuertemente personal de la acción, deducida del carácter de parentesco natural jurídicamente restringido a la relación de autores y a la condición jurídicamente irregular que corresponde a este parentesco, de donde se deduce la conclusión de que no puede serle impuesta a los interesados vinculados por la relación personal, por un tercero, cualquiera que sea el interés que alegue", como lo ha dicho esta Sala de Casación Civil. La acción consagrada en la ley 45 de 1936, pertenece al hijo que es el titular del interés jurídico a que corresponde, como beneficiario exclusivo de los derechos anexos al título de hijo natural, que la acción judicial se limita a probar. Es una acción declarativa positiva porque con ella se persigue la declaración de que existe una determinada relación de derecho como efecto jurídico de un hecho del padre y que desde entonces pertenece al hijo, o si se quiere, la constatación judicial de un hecho jurídico ejecutado por un hombre y creador de vinculaciones familiares y patrimoniales. "La receptibilidad o procedencia de la acción no puede subordinarse en realidad jurídica, sino al establecimiento previo de hechos especialmente determinados en la ley, o sea, a los cinco enumerados en el art. 4º de la ley 45 de 1936 como únicos que pueden dar lugar a la declaración judicial de la paternidad natural, en forma que su establecimiento judicial no viene a ser más, en puridad de verdad jurídica, que la constatación o prueba de ese estado preexistente en el hecho determinado que se demuestra. De ahí por qué siempre esta acción, según la unánime afirmación de los tratadistas, es únicamente declaratoria y no constitutiva de estado civil. Realmente es un estado involucrado en un hecho predeterminado en la ley lo que revela la sentencia, la que propiamente se reduce a reconocer que tal estado existía. La ley no crea. Lo reconoce y promulga sobre la comprobación de un hecho, casi pudiera decirse que la sentencia judicial se limita a calificar jurídicamente una situación de hecho creada voluntariamente por un hombre que al morir no puede destruírse como fuente de consecuencias jurídicas. Es verdad que la muerte finaliza la vida, pero no la destruye ni la borra en sus acti-

vidades creadoras, ni desnaturaliza los hechos que durante ella se consumaron".

"La acción, según Chiovenda, es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley", esto es, en el caso de que se trata, frente al hombre que engendró el hijo. El padre no tiene la acción de la ley 45; él no puede demandar la declaración judicial de su paternidad. Dentro de su potestad está producir ese efecto con el acto voluntario de su reconocimiento del hijo natural en cualquiera de las formas legales. El padre, cuando voluntariamente no acepta las consecuencias y obligaciones familiares y de orden patrimonial anejas a su acto de procreación, queda legalmente sujeto a la acción del hijo para que sea judicialmente obligado a asumirlas y pueda ser coercitivamente obligado a cumplirlas.

El olvido de estas nociones sobre la naturaleza jurídica de la acción, su titular y adversario, y las distintas posiciones y efectos que corresponden a las partes que se enfrentan en las acciones sobre declaración de paternidad natural, condujeron a los recurrentes, en el planteamiento de este cargo, a las conclusiones empíricas que en torno de estos aspectos consigna la demanda de casación, consistentes en querer aplicar indiscriminadamente a ambas partes litigantes las consecuencias deducibles de las condiciones esenciales que corresponden a las acciones de estado, predicables sólo respecto de su titular y dueño. En las varias decisiones en que ha sido oportuno y procedente hacerlo por necesitarse calificar la personería sustantiva de la persona que la agitaba, la Corte se ha detenido en la consideración y estudio de las características sobresalientes que por la materia sobre que recae distinguen a la acción de declaración de paternidad, tales como su naturaleza personal que la liga en su duración al comienzo y al fin de la vida del hijo encerrando dentro de estos términos su permanencia en el tiempo, esto es, su prescriptibilidad. Su afectación al orden público, como todas las acciones relativas a la institución familiar, que conlleva su indisponibilidad en general. Tampoco ha sido descuidadamente desatendido el aspecto de la transmisibilidad, no de la acción, que no la tiene el padre, sino de las proyecciones patrimoniales de los derechos de familia implicados en el reconocimiento judicial del hecho de la paternidad, en los diversos estudios, unos en forma de salvamento de voto mientras prevaleció la tesis de que la muerte del padre extinguía la acción, y en sentencias de larga exposición doctrinaria cuando unánimemente ha adoptado la Sala la doctrina de que la acción de la ley 45 es procedente contra los herederos del padre.

Entre la prescripción y la caducidad, aunque ambas son medios de técnica jurídica para producir la extinción de los derechos y las acciones, hay diferencias sustanciales, anotadas por todos los tratadistas. La primera, como modo de extinguir las acciones ajenas sólo se produce como consecuencia de no haberse ejercido dichas acciones durante cierto lapso de tiempo, en tanto que la caducidad, es la extinción por cualquiera causa, el transcurso del tiempo inclusive. Pero ni aún en el caso en que coinciden en la causa del recurso temporal, cuando la caducidad opera sobre los plazos o términos prefijados, pueden confundirse, porque la extinción prescriptiva, consecuencia del abandono o negligencia en el titular de la acción, no es declaración oficiosa, debe ser alegada, puede interrumpirse y suspenderse y puede renunciarse, en tanto que la caducidad opera **ipso jure** y sus efectos se cumplen fuera del alcance de la voluntad particular, como un imperioso mecanismo legal. En todo caso, ambos fenómenos, como destructores o esterilizantes de derechos civiles que son, pertenecen al orden público y se gobiernan por las disposiciones restrictivas que los establecen y consagran. Pugna con todos los principios y normas generales de derecho deducir o aplicar plazos de prescripción o de caducidad cuando la ley no los ha creado expresamente, como acontece con la ley 45 de 1936, y resulta arbitrario e irregular interpretar este silencio de la ley colombiana en un sentido excepcional y restricto que conduce al sacrificio del derecho. Carece de fundamento aceptable la deducción de que si la muerte del padre no extingue la acción de la ley 45 se convierte ésta en perpetua, porque fuera de que, como ya se vio, está aparejada en su duración a la vida del hijo, lo que ya le quita perennidad, la muerte del obligado a responder de los resultados de la acción no es acontecimiento que pueda influir en el fenómeno prescriptivo, subordinado de manera exclusiva a la inercia de su dueño en ejercerla, o silencio de la relación jurídica, según expresión de algunos tratadistas.

La calidad de personal que tiene la acción de que se trata, unida inseparablemente a la vida del hijo, pierde su sentido y operancia jurídica cuando se la desplaza de quien tiene el derecho

de actor hacia el responsable legal de la acción, de su sujeto. Respecto de éste es impertinente hablar de intransmisibilidad de la acción de declaración de paternidad a sus herederos para deducir la improcedencia de ejercerla contra los continuadores de la personalidad jurídica del padre difunto. La cuestión a este respecto hay que plantearla y resolverla desde el punto de vista de la transmisibilidad de las consecuencias onerosas que la ley atribuye precisamente al hecho de la paternidad judicialmente declarada, y desde este ángulo de apreciación nada se opone a la solución adoptada, porque la regla o norma general de derecho sucesorio es la de que todos los derechos y obligaciones que integran la universalidad patrimonial pasan a los herederos, en quienes se prolongan los efectos de los actos y hechos jurídicos de su causante, con las excepciones, como tales, expresamente determinadas en la ley y los que por su naturaleza jurídica de personales deben tener la calidad de intransmisibles, categoría ésta en que el recurrente pretende colocar la acción de la ley 45 respecto de los herederos del padre, porque —dice él— si la ley hubiera querido que fuera transmisible, lo habría tenido que decir. La raíz de toda esta equivocación consiste principalmente en considerar que es la sentencia judicial la que crea el **status** jurídico de hijo natural, olvidando que la acción de la ley 45 no puede tenerse ni llamarse de investigación de la paternidad porque ella no autoriza ninguna inquisición al respecto sino que se limita a declararla a base de la adecuada demostración de uno de los hechos predeterminados taxativamente que conllevan implícitamente la calificación jurídica de paternidad natural con las consecuencias de todo orden que la ley le atribuye. No correspondiéndoles a estos efectos, que son obligaciones nacidas de la ley, la condición excepcional de intransmisibles por disposición legal expresa, ni por su calidad de personales como son los generados en contratos **intuitu personae,** como la mayor parte de los ejemplos con que ilustra su tesis el recurrente, se impone la aplicación de los principios generales como solución de doctrina, porque en esto como ya se dijo en relación con los plazos prefijos o caducidad, los casos de excepción o que se separan de la regla general deben encontrarse consignados en textos positivos y concretos. Resulta menos desacertado parangonar las obligaciones que la ley asigna a la paternidad como hecho extramatrimonial con la que es general en la comisión de un ilícito civil, sobre la transmisibilidad de las cuales no cabe sugerir ninguna duda.

La revista que ha hecho la Sala de las razones vitales de su nueva jurisprudencia, que acepta la procedencia de la acción de la ley 45 de 1936 contra los herederos del padre muerto, como continuadores de su personalidad jurídica, con ocasión del cargo que se está considerando, no ha revelado fallas de doctrina en su estructura jurídica ni omisiones sustanciales en su planteamiento, ni en los argumentos con que se la combate en la demanda de casación encuentra razones nuevas y poderosas que justificaran científicamente la inconveniente oscilación jurisprudencial en cuestión tan sustancial como la debatida. Por lo que hace al sujeto pasivo de la acción y los efectos de la aplicación de la teoría del legítimo contradictor en la ley 45 de 1936, la Sala se limita a reproducir los siguientes apartes del capítulo II de su sentencia del 1º de octubre de 1945, visible a páginas 679 a 703 del tomo LIX de la GACETA JUDICIAL, donde está expuesta su interpretación doctrinaria sobre el particular y los demás puntos a que se ha hecho breve referencia en esta decisión:

"Esta acción de carácter personalísimo en relación con el hijo depende en su duración de la vida del hijo y no de la vida del padre o de la madre, cuya muerte no es fenómeno que la extinga, porque si así fuera se llegaría al absurdo de que a pesar de que la ley declara el derecho de reclamación imprescriptible, siempre estaría sometido en vida del hijo a un hecho incierto, constituído por el deceso del padre o madre, que lo aniquilara; absurdo que subiría de punto considerando que en esa hipótesis quedarían radicalmente privados del ejercicio de la acción los hijos póstumos, esto es, los nacidos después de la muerte del padre.

Por tales circunstancias nadie antes de ahora había puesto en duda que muerto el padre que desconoce la legitimidad del hijo, sobre los herederos de aquél recae la obligación de contestar la acción del hijo, tendiente a aclarar su estado civil.

De donde se ve claro el funcionamiento de la institución del legítimo contradictor en las acciones reservadas al hijo para reclamar contra el padre, que lo desconoce, su condición de legítimo. Demandando en vida al padre la sentencia se profiere entre legítimos contradictores: el hijo contra el padre, según el pensamiento normativo del artículo 402. Pero durante la secuela del juicio

muere el padre: sus herederos lo representan como contradictor legítimo, según el artículo 404; y el fallo pronunciado en favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, **citados**, no comparecieron. Luego a los herederos que no fueron citados, tampoco les perjudica el fallo. La acción se inicia fallecido el padre, contra sus herederos: por ausencia del legítimo contradictor, la sentencia tiene alcances relativos, en forma que las restituciones patrimoniales consecuenciales del reconocimiento de la legitimidad del hijo obligarán exclusivamente a los herederos demandados.

Igual fenómeno acontece en la acción de declaración de la paternidad natural instituída en la ley 45 de 1936. Complementada esa acción con la institución del legítimo contradictor, aplicable por mandato del art. 7º de la ley, a los fallos que le pongan término a las investigaciones de esa paternidad, se concluye que demandando al pretenso padre en vida, la sentencia dictada con audiencia del legítimo contradictor tiene efectos contra todos, auncuando el padre muera durante el seguimiento del proceso, pues en tal caso, citados todos los herederos, opera el art. 404. Si muerto el padre se inicia la acción, la sentencia que sobrevenga, por no haber sido dictada con audiencia del legítimo contradictor, limita su imperio a las partes contendientes.

Se podría argüir que la ley 45 en el art. 7º menciona taxativamente los arts. 401, 403 y 404, omitiendo el 402. Pero es que la estructura legal del legítimo contradictor trazada por los artículos 401 a 404 ostenta unidad tan indivisible, tal es su trabazón, que dislocada una de sus disposiciones el edificio de la institución se derrumba o se hace incomprensible. Sobre todo, ¿cómo es posible conciliar aislada la regla del artículo 403, si ella se subordina al principio apenas enunciado en el ordinal 2º del art. 402, del cual es mero desarrollo y consecuencia, en forma que la primera no se concibe sin la segúnda, porque esencialmente conlleva su implicación?

Determinando claramente cuál es el verdadero significado de la noción técnico legal del legítimo contradictor dentro de las acciones de investigación de la paternidad natural contempladas en la ley 45 de 1936, dedúcese ineludiblemente que muerto el padre, subsiste el derecho del hijo a obtener la declaración judicial de su filiación, pues la voluntad del padre en nada afecta la vigencia de ese derecho, comoquiera que el reconocimiento depende de un hecho independiente de esa voluntad. En Francia nadie discute que el hijo tiene derecho a provocar contra los herederos del padre la declaración de su filiación natural. El artículo 4º de la ley colombiana es tomado de la ley francesa de 16 de noviembre de 1912. Sólo que en Francia, con el objeto de evitar, como dicen los principales autores que se han ocupado de esa ley que un hombre permanezca indefinidamente bajo la amenaza de una investigación de paternidad que, bajo la forma de chantage, puede usarse contra él o sus herederos, se tomó la precaución, en Colombia abandonada, de encerrar la acción dentro de plazos fijos, a fin de hacer más seguras y fieles las pruebas que se aporten.

La omisión de términos de prescripción en la ley colombiana fue pues voluntaria y expresa del legislador. Este defecto que acarrea a no dudarlo las graves consecuencias que anotan los autores franceses, de inseguridad y perturbación social permanente, en justificación de los plazos breves de prescripción señalados por el estatuto francés, en Colombia corresponde corregirlo al legislador. Aquí convendría establecer un plazo corto y perentorio a partir de la muerte del padre, como término de caducidad de la acción de ininvestigación de la paternidad natural; en esta forma se salvaría el inconveniente de que sobre los herederos quede flotando indefinidamente, hasta cumplir el plazo de prescripción de la acción ordinaria, la amenaza de una acción de investigación tanto más difícil de contestar cuanto más se va alejando el día de la muerte del pretendido padre. En materia de reconocimiento de la filiación natural es inaplicable el principio legislativo de imprescriptibilidad que gobierna la acción de reconocimiento de la filiación legítima, pues ésta supone el hecho del matrimonio, que es obstáculo muy serio para que tal acción se trueque por gentes inescrupulosas en causa de explotación y chantage contra herederos desprevenidos.

Refiriéndose a la acción de declaración de la paternidad natural establecida por la ley francesa dicen Planiol y Ripert, con la colaboración de Rouast, en el tomo II de su conocida obra, bajo el número 921: "Después de la muerte del padre la acción puede ser contra sus herederos; no haciendo el texto ninguna reserva sobre este punto, se debe aplicar el derecho común. Se dijo, que es verdad, en el curso de los trabajos preparatorios, que la acción era personal en lo concerniente al demandado y que por lo tanto no podía ser

intentada después de su muerte. Pero esta opisión debe considerarse como propia de su autor, porque ella fue contradicha por varios de los oradores en el curso de los debates en el Senado. Hay unanimidad entre los comentadores de la ley para decidir que la acción puede ser ejercitada contra los herederos después de la muerte del padre. La misma solución es aceptada por las decisiones judiciales que han estatuído hasta el presente sobre este punto".

Y los todavía más modernos expositores Beudant y Lerebours-Pigeoniere, en su obra "Curso de Derecho Civil Francés" dicen: "No parece dudoso que la acción de investigación de la paternidad natural pueda ser ejercida a pesar de la muerte del pretendido padre. La ley, sin duda, nada dijo, pero la aplicación pura y simple del derecho común para ser descartada necesitaría un texto especial. Por lo demás, no se encuentra ni un autor, ni una decisión judicial que admitan la extinción de la acción por la muerte del padre".

En Colombia los juicios de la doctrina y de la jurisprudencia francesas no pueden ser eludidos bajo ningún pretexto, porque aquí como en la legislación francesa impera el principio de derecho universal de que el heredero es el continuador jurídico de la persona del causante, y hoy día aquí como allá la filiación natural declarada judicialmente se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aun en concurrencia con los hijos legítimos. No habiendo regla especial que liberte a los herederos del padre de la obligación de contestar al derecho ejercitado por el hijo ellos son llamados legítimamente al juicio y no lo pueden eludir.

Para concluír este estudio se suministran tres últimas razones de orden jurídico y una de orden moral que militan en pro de la doctrina defendida en este fallo:

1º La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa. Para demostrarlo basta leer la fórmula literal con que se consagra la acción en el artículo 4º de la ley y las cinco causales que dan derecho al reconocimiento judicial. El hijo que está en alguna de esas causales es ya hijo natural; sólo que en caso de que el padre se niegue a reconocerlo viene la investigación y luego la sentencia judicial a **declarar** el hecho. Por ser declarativa la sentencia tiene efectos en el pasado en cuanto el hijo adquiere su verdadero estado civil desde la concepción; en manera alguna desde la sentencia.

2º De que el estado civil de las personas sea personal e intransmisible, no se infiere que sus consecuencias en el orden de las relaciones jurídicas y patrimoniales perezcan con el titular del respectivo estado. Las diversas condiciones cuya reunión forma el estado civil de la persona, esposo, padre, madre, hijo legítimo, hijo natural, etc., son fuentes de derecho y obligaciones para la persona, y producen el parentesco que origina toda una serie de relaciones jurídicas según el grado de proximidad, de los parientes, relaciones que son de dos clases: las unas de orden puramente moral, por ejemplo, la potestad paterna, la potestad marital; las otras engendran derechos pecuniarios que forman parte del patrimonio. Las acciones de impugnación y de reclamación de estado nacen generalmente con motivo del ejercicio de estos últimos derechos, y por eso se otorgan también en consideración a móviles puramente patrimoniales.

No obstante que el estado civil es indivisible e intransmisible, el código civil contempla según está ya visto, las acciones de impugnación de la filiación legítima en cabeza de los herederos del marido (artículo 219) o en cabeza de cualquiera persona que tenga interés en ello (artículo 220), con el objeto de que establecido el verdadero estado de hijo se realicen las consecuencias patrimoniales que de tal estado dependen. El mismo código contempla también la acción de impugnación cuando obedece a un interés puramente moral en favor de los ascendientes del supuesto padre que ha fallecido (artículo 222). En lo concerniente a las disputas sobre la maternidad se da también la acción de impugnación "a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique en sus derechos hereditarios" (artículo 337). Y la acción de reclamación de la filiación legítima está visto que se da contra los sucesores del supuesto padre o de la supuesta madre (artículo 406).

En todos los casos anteriores no se rompe el principio de la indivisión y de la intransmisibilidad del estado civil. Partiendo de este principio la acción tiende precisamente a definir determinado estado civil, con el objeto de deducir de allí las consecuencias en orden al patrimonio, ese sí transmisible y divisible.

¿Acaso la filiación natural debe estar sometida a principios diferentes? No. Por eso con razón se ha dicho:

"La aplicación de la teoría del legítimo contradictor no se vincula al concepto de divisibilidad

del estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Josserand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber en frente de qué personas puede prevalerse el demandante de las consecuencias que corresponden al estado que se ha atribuído por sentencia judicial. No es, pues; que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla, se entendía hecha sin perjuicio de terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicios de dominio; no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueña o dueño para unos y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcances sino en relación con el "litigante vencido". (G. J. Tomo LI, pág. 636).

3º Con la tesis de que muerto el padre muere la acción del hijo natural para reclamar su estado, piénsese en la categoría de hijos que radicalmente estarían desposeídos de la acción al nacer: los póstumos. Se hace imposible concebir que estén excluídos. No pueden estarlo, si el principio en que se inspiran los artículos 91 y 93 del C. C., de que la ley protege la vida y el patrimonio del que está por nacer, traduce imperativos de justicia que impiden quebrantar sin motivos legítimos la igualdad de posibilidades de los hombres ante la ley. Romperíase esa igualdad de tolerarse que a determinada categoría de hijos naturales se les negase el derecho que a otros se les otorga, solamente porque éstos tuvieron el privilegio de conocer al padre, en contraste con la situación de aquellos nacídos bajo la desventura de la orfandad, que parejamente se les convertiría en desamparo legal.

Pero a tamaña desigualdad —vitanda, por lo demás, enfocada a la luz de las directrices positivas de nuestra organización constitucional— llégase por interpretar los artículos 401 y 403 aisladamente, cual disposiciones que actuaran sueltas, sin vínculos de relación con otros antecedentes; método de interpretación desusado aun dentro del criterio de los primeros exégetas, quienes en la aplicación de las normas nunca abandonaron el enlace de las disposiciones conexas. Menos podría ampararse semejante método con las recomendaciones de la Escuela Científica, cuyas críticas estigmatizan la fórmula de **dura lex sed lex**, como contrapuesta a la armonía social en que supónese inspirada toda regla de derecho privado, escuela para la cual la ley tiene un alcance limitado y objetivo, que se determina mediante la fórmula literal del texto y del fin social perseguido por el legislador en el momento de elaborarla. Texto y objeto social son pues los dos factores preponderantes en la hermenéutica que se precie de científica. De consiguiente, ni torturar el texto arrancándole conceptos contrarios a los que fluyen de su sentido literal ni desviarlo del fin social a que responde. Desalojando a los póstumos del amparo que la ley 45 de 1936 les confiere a los hijos naturales, ¿acaso esa fuera la manera de acomodar ésta al fin social que la inspira?; y por el otro aspecto, ¿no será deformar el tenor literal de los dos artículos 401 y 403, leyéndolos sin el auxilio del 402, y todos tres desconectados de las disposiciones orgánicas de las acciones de filiación que se dejan examinadas en este fallo, en donde aquéllas encuentran su natural anclaje?"

Por estas razones se rechaza el cargo.

2º Por violación directa de los artículos 1073, 1127, 1757 y 1759 del C. C., 593, 601 y 603 del C. J. y 4º de la ley 45 de 1936 en que incurrió el Tribunal como consecuencia del error de hecho cometido en la apreciación de la cláusula testamentaria de Jorge Villamizar Leal en que se expresó no tener descendencia legítima ni "hijos naturales reconocidos" y consistente en ver en ella una confesión implícita de paternidad contra todos los principios que gobiernan esta prueba judicial, según los cuales para que pueda ser elemento demostrativo de la paternidad debe la confesión ser expresa y estar exenta de todo equívoco.

Considera la Sala:

Todas las consideraciones que con ocasión de este cargo trae la demanda acerca de la confesión y de las condiciones jurídicas que debe reunir como prueba de la paternidad están fuera de sitio e inútiles porque en realidad no resultan contrapuestas con ninguna conclusión probatoria de la sentencia que las pudiera justificar. La declaratoria de filiación natural de Jorge Grillo, como ya se sabe, no se apoya en el caso del numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 que es donde se alude a la confesión inequívoca de paternidad. Ni el Tribunal le ha dado a la aludida declaración testamentaria la calidad ni el valor de

una confesión propiamente dicha, sino que en torno de ella, criticando la sentencia de primer grado que allí vio una negación rotunda de paternidad, hizo consideraciones generales sobre el ambiente probatorio del proceso.

De esto no dejan duda los siguientes apartes del fallo: "Obsérvase que estas declaraciones del señor Juez **a quo** adolecen de serios defectos: en primer lugar, si el causante Villamizar en su testamento dice que no tiene hijos naturales reconocidos, en lugar de constituír con ello una negación de paternidad natural, la deja flotando como real, por la siguiente razón: los hijos extramatrimoniales, desde el punto de vista del título del estado civil, pueden dividirse en reconocidos y no reconocidos... Por tanto es absurdo creer que un hijo no reconocido, no existe, o que la paternidad no existe por el solo hecho de que el reconocimiento paterno no se haya hecho por los medios legales; y así, la persona que en un acto tan solemne como el testamento, en que la última voluntad de la persona se consagra, sabe que no tiene hijos naturales, lógicamente dice que no los tiene; pero si los tiene, entonces puede tenerlos, reconocidos o no reconocidos; si lo primero, dirá que los tiene reconocidos; si lo segundo dirá que no tiene hijos naturales reconocidos, o que los tiene sin reconocer. De aquí que la interpretación del testamento al respecto, debe entenderse en el sentido de que el testador apenas se limitó a negar que él hubiese reconocido hijos naturales, pero no negó que los tuviese; más, de acuerdo con lo antedicho, la interpretación lógica del testamento, es la de que el testador dijo implícitamente que tenía hijos naturales pero no reconocidos.... La expresión, pues, en lugar de perjudicar las pretensiones deducidas en la primera súplica, las favorece, pues plantea la controversia sobre filiación en un plano que da al funcionario judicial cierta idea de que la acción no es temeraria, y de que si las pruebas producidas hacen plena prueba, no hay motivo para mirar con reato la declaración de filiación....." Esta referida declaración del testador Villamizar aparece calificada probatoriamente en la sentencia, con el entendimiento que le da el Tribunal, como uno entre los numerosos indicios que cita y analiza como elementos de fuerza corroborante de la prueba en que fundó su declaración de que el demandante es hijo natural de Jorge Villamizar.

Por lo visto, no puede configurarse el error de estimación probatoria que se le imputa a la sentencia, que de existir, lo sería de derecho y no de hecho. Sin dejar de advertir también que un ataque señero contra una consideración probatoria incidental o una simple prueba indirecta de refuerzo es completamente ineficaz para obtener la casación de una sentencia.

3º) "Al estimar el Tribunal que entre Jorge Villamizar y Teresa Grillo habían existido relaciones sexuales estables y notorias, apoyándose en la prueba testimonial aducida por la parte demandante, incurrió en error de hecho en la apreciación de tales pruebas, porque dio por acreditados hechos y circunstancias sin estarlo, con lo cual violó los arts. 1757, 1768 del C. C. 593, 601, 666, 667, 670, 697, 698, y 699 del C. J. y 4º ordinal 4º de la ley 45 de 1936. Incurrió así mismo en error de derecho que lo llevó al quebrantamiento de las mismas precitadas disposiciones por cuanto se valió de la prueba indicial para dar por acreditadas tales relaciones con sus caracteres de estabilidad y notoriedad exigidas por la ley, siendo así que tales caracteres sólo pueden acreditarse con prueba directa".

De todos los testimonios a que la sentencia se refiere, el recurrente cita y discrimina solamente los de Julián Clavijo, Gilberto Carrizosa y Angel María Bulla, los más importantes en concepto del Tribunal. Todas las demás pruebas, sin mención esepcial de ninguna, aparecen comprendidas dentro de conceptos generales de descalificación. "Apoyado en un esfuerzo de dialéctica, de toda la vaguedad que caracteriza los testimonios valorados, el Tribunal llega a la conclusión de que, relacionando detalles y circunstancias, se puede edificar con tales declaraciones al menos una prueba indicial de naturaleza plena, para fundar en ella una sentencia condenatoria. La crítica de los testimonios realizada por el Tribunal no puede ser más arbitraria, menos falta de lógica ni más contraria a su fines". Todo lo demás que contienen las numerosas páginas en que se desenvuelve este cargo son transcripciones de expositores franceses sobre las condiciones que debe reunir el concubinato para que pueda servir de prueba básica de la filiación natural según las leyes de Francia. Se transcriben también doctrinas de esta Sala sobre el criterio judicial, severo y restricto, que debe imperar en el estudio probatorio de esta clase de acciones.

Se considera:

Numeroso y variado en sus elementos integrantes es el acervo probatorio de este proceso, en cuyo mérito demostrativo general y coherente

apoyó el Tribunal su declaración de paternidad natural sobre la demostración del caso autorizado en el numeral 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936, después del ponderado análisis, discriminado y cuidadoso, que realizó de la totalidad de las pruebas producidas. Sin dejar de advertir desde ya que con la sola cita parcial de prueba que forman la fuente común de la certidumbre judicial no se satisfacen a cabalidad las exigencias técnicas legales de este recurso, que ordenan, cuando de violación indirecta de la ley se trata, la puntualización exacta de las pruebas que se consideran erróneamente apreciadas, con su citación minuciosa y precisa, se hace a continuación una revista somera de las que la sentencia enumera y estudia, como la única o mejor forma de hacer valer la falta de fundamento de la acusación global que formula la demanda contra las conclusiones probatorias del fallo recurrido.

Tales son:

Las cartas que forman los folios 17 a 30 del cuaderno 3º, dirigidas a Teresina y suscritas por Jorgín, en alguna de las cuales se hace alusión directa a Yorgín, a la necesidad de cuidarlo, educarlo y hacerlo bautizar. Los telegramas, visibles a los folios 33 a 49 del mismo cuaderno, firmados por Jormizar y dirigidos a Tegril desde Bucaramanga, la mayor parte de simples recuerdos amorosos, y 22 fotografías, tomadas en la hacienda de El Porvenir, de propiedad de Villamizar Hermanos en las cercanías de Bucaramanga, en muchas de las que aparece Jorge Villamizar y Teresa Grillo solos y en condiciones de intimidad cariñosa. Estas tres especies de documentos fueron desestimados por el Tribunal como prueba suficiente del caso 3º del art. 4º de la ley 45 de 1936, porque aunque no se ha discutido su origen y procedencia, no contienen confesión de paternidad, ni menos inequívoca; pero fueron estimadas como indicios de fuerza corroborante dentro del análisis general de la prueba de las relaciones sexuales a que alude el numeral 4º del art. citado de la ley 45.

De los testimonios examinados resulta:

Jorge Méndez Valencia conoció en casa de Teresa Grillo —carrera 7ª entre calles 33 y 34 de esta ciudad— a Jorge Villamizar, a principios de 1929, y por lo que pudo observar sobre el modo de bailar y las especiales manifestaciones de aprecio, comprendió que Villamizar la requería de amores. Tiempo después se mudó la Grillo a la casa 21-bis de la carrera 11 y el arriendo lo pagaba Villamizar, y al poco tiempo de esto se fue para Bucaramanga, invitada por Villamizar a su hacienda El Porvenir, donde permaneció dos o tres meses más o menos en 1929, lo que le consta por haber visto cartas de Teresa a su madre en la que le daba sus impresiones de la tierra santandereana. Poco después del regreso de Teresa a Bogotá apreció el testigo su estado de gravidez, y una vez nacido el niño, Villamizar le dio las gracias al testigo por su intervención para conseguir médico y enfermera para el parto. En varias ocasiones en que estaba de visita en casa de Teresa vio que Villamizar entraba directamente a su alcoba y una vez que se encontraron en la calle, Villamizar le expresó su contento con el parto de Teresa y su satisfacción por haber sido un hombre el nacido.

Alicia Wiesner de Acero dice que en casa de Teresa, a quien mucho conoce, se relacionó con Villamizar, y por el conocimiento directo que así adquirió le consta que éste vivía con Teresa, la trataba como a su mujer legítima, atendía a sus gastos personales, arrendamiento, etc. Por haber ayudado a arreglar el equipaje le consta que en el mes de junio de 1929 se fue con Villamizar a El Porvenir en Santander, y de donde regresaron juntos en el mes de septiembre siguiente. Le consta, por su intervención directa en los sucesos, que el niño Jorge nació el 1º de junio de 1930, día en que estuvo en casa de la madre con Rosa Elena Rozo donde encontró a Villamizar con el niño alzado, haciéndole cariños y diciéndole hijo querido. Siempre vio que Villamizar contemplaba y miraba mucho al niño, y cita casos que recuerda haber visto que daba dinero para gastos del pequeño a quien regalaba juguetes. El día que regresó con Teresa de Santander, Villamizar durmió en casa de Grillo, y sólo salió a las dos de la tarde del día siguiente. Villamizar vivía en casa de su familia, pero iba casi diariamente a la de Teresa y allí dormía muchas veces. Allí lo vio muchas veces a Méndez, amigo de Jorge y Teresa.

Francisco Clavijo, amigo afectuoso y de muchos años de Villamizar, por haberlo visto y presenciado sabe que vivió con Teresa Grillo como marido y mujer en los años de 1929 a 1931, subviniendo en este tiempo a todos sus gastos y necesidades. Cuando viajó Villamizar a El Porvenir él mismo le dijo que se llevaba a Teresa para la hacienda. Supo del nacimiento del hijo al regreso de Santander y afirma que cuando esto ocurrió Villamizar y la Grillo todavía vivían juntos. Contestando repreguntas acepta este testigo que Villamizar no vivía en casa de Teresa, sino que la frecuentaba, y en ella no vio nunca otros hom-

bres y su habitante era reputada como mujer honrada.

Gilberto Carrizosa, con el conocimiento correspondiente a la estrecha amistad con Villamizar y la Grillo, cuya casa visitaba invitado por él, afirma que ésta vivió con aquél en los años de 1929 a 1931; que él trataba en todo como si fuera su esposa, prodigándole atenciones y suministrándole todo lo necesario. Le consta que la llevó para El Porvenir, donde convivieron los meses de julio, agosto y septiembre de 1929, regresando a fines de este mes. Durante la ausencia, como empleado de David y Ernesto Puyana, apoderados de Villamizar Hermanos, le consta que aquella firma les suministró dinero a la madre de Teresa por cuenta de Villamizar Leal. Al regreso de Santander, en presencia de Jorge y con su agrado, Teresa le contó que estaba embarazada. Nacido el niño, Villamizar se le presentó declarándole que era su hijo.

María Elena Rozo, como enfermera asistente en el parto de Teresa, dice que el 1º de junio de 1930, día en que nació el hijo de Teresa en su casa 21-bis de la carrera 11, llegó allí Jorge Villamizar, a quien conoció por la presentación que le hizo la madre. Que le presentó el niño y Villamizar lo tomó en brazos muchas veces y lo llamó su hijo, lo que repitió durante todos los quince días que ella permaneció en la casa como enfermera. Villamizar le pagó sus servicios.

Sofía Chávez v. de Escovar, vieja amiga de Teresa Grillo, refiere que en casa de ésta conoció y trató a Villamizar Leal y vio como éste vivía con ella, la trataba como a su mujer legítima y atendía a sus gastos personales, arrendamiento de casa, etc. Por haber ayudado a comprar ropa para tierra caliente y haberlos despedido el día que se fueron y recibido el día que regresaron, relata el viaje de los amantes a El Porvenir en el mes de julio de 1929 y su regreso en septiembre siguiente, que bien recuerda porque le trajeron frutas, alfandoques y otros regalos. Cuando la testigo fue a la casa de la Grillo el día siguiente de su regreso, Villamizar estaba acostado y como a las dos de la tarde dijo que se iba para su casa. La testigo veía que Villamizar vivía con Teresa, con ella comía y muchas veces dormía y era muy cariñoso con ella. El día del nacimiento del niño. Villamizar se lo mostró y le preguntó a quién se iría a parecer; vio que lo trataba con hondo afecto y lo acariciaba como padre.

Angel María Bulla conoció a Villamizar en 1929 en casa de Teresa Grillo, donde le fue presentado. Durante los años de 1929 a 1931, en que frecuentó la casa siempre encontró allí a Villamizar, y en algunas ocasiones con el niño en brazos, sentado a la orilla de la cama, acariciándolo y manifestando su satisfacción por su hijo, que así lo llamaba. Le consta que siempre hizo una vida íntima con Villamizar, y recuerda que en los carnavales de 1930 formaron una comparsa con la Grillo utilizando un camión de Villamizar, a quien encontró de noche en casa de Teresa.

Fuera de estas declaraciones, obran también en autos las rendidas por Francisco Arias R., Aurelio Cubillos, Margarita Fonseca, y María Rincón Plazas que aunque versen sobre relaciones sexuales de Villamizar y la Grillo y presentación de Jorge Grillo como hijo de él, no son sin embargo estimadas en forma principal y directa en la sentencia por referirse a época posterior a 1931, y no dar base, por consiguiente, a relacionarlas con el tiempo de la concepción del hijo.

El Tribunal somete a minucioso análisis todos estos testimonios rendidos en la forma legal, no tachados y sometidos algunos sin merma de su valor, al trámite de las preguntas y destaca los hechos que resultan fehacientemente establecidos con ellos, y después de valorar una serie de inferencias indiciarias sobre hechos plenamente probados, que agrupa como pruebas de refuerzo en torno a la testimonial, concluye así: "Ante este acervo de pruebas, no es posible desconocer la rigidez o severidad en la crítica de los testimonios; tal cosa se debe hacer en general en las cuestiones sobre filiación, de suyo tan importantes y trascendentales, y en vista de la relatividad del testimonio; pero en el presente caso, aun considerando las pruebas con criterio rígido y severo, se viene en conclusión que las relaciones sexuales permanentes y estables, entre la demandante y el causante Villamizar Leal, en la época en que el legislador presume de derecho la concepción, fueron reales y verdaderas: es decir, que hay plena prueba sobre ellas, al menos con los testimonios de Julián Clavijo, Gilberto Carrizosa y Angel María Bulla; sin perder de vista, el aporte del elocuente respaldo que le dan las demás declaraciones, el hecho de no haber sido tachadas éstas, el de no haber dicho el testador que no tenía hijos naturales, y la presencia de las numerosas fotografías y correspondencia postal y telegráfica a que se hizo ya referencia... Según los testimonios, y en especial los tres que se citaron, las relaciones sexuales existían en 1929 y 1930, es decir, que el requisito legal de que el hijo hubiese nacido des-

pués de 180 días de comenzadas las relaciones se cumplió. Y como hablan de que Villamizar L. y la demandante se estaban viendo frecuentemente, y de que así éstuvieron por más de dos años, suministrándole además Villamizar todo lo necesario a la demandante, a la cual trataba como a su mujer, y se quedaba con ella, tiénese que ante la ley, están demostrados los requisitos de notoriedad y estabilidad en las relaciones; eran notorias, porque no tenían carácter oculto o clandestino: tanto, que el causante le daba todo lo necesario a la demandante, la visitaba frecuentemente, diaria o al menos casi diariamente, hablaba de que el menor era su hijo, le acariciaba y llamaba públicamente su hijo; y los declarantes en conjunto establecen que esas relaciones estaban a la vista de todo el mundo; establece, debido a que en la época en que la concepción se presume, y en especial dentro de los 180 días de principiadas las relaciones, y aun después, mucho después de estos 180 días las relaciones eran permanentes, diarias o casi diarias, ininterrumpidas; de lo cual, surge la característica general de estabilidad, opuesta a la de accidental, ocasional o simplemente inestable. Tan estables eran las relaciones, que ellas duraron al menos durante tres años, en forma continua, según los aludidos testigos...".

Es perfectamente adecuada la prueba testifical como medio para constatar y establecer la veracidad de las relaciones sexuales, como lo hizo el Tribunal, que la utilizó como prueba directa, y no indiciaria como lo afirma el recurrente. La sola multiplicidad de los testigos que deponen por conocimiento directo de ellas, por haberse agitado en el círculo normal de las relaciones sociales en que se movían los amantes, es ya de por sí demostración de la notoriedad que debe tener según la ley, o, lo que es lo mismo, de que no fueron ocultas. El concepto de notoriedad, no definido en la ley, es indeterminado y relativo por naturaleza y para su acertada calificación habrá necesidad de tener en cuenta las modalidades circunstanciales de cada caso según la posición de los amantes, sus condiciones personales, el medio social que los rodea, etc., que el Juez debe estimar y deducir con cierto grado de libertad lógica de la trama probatoria de donde ha de derivar su certidumbre al respecto. La notoriedad de las relaciones sexuales ha de interpretarse en el sentido de que deban ser comúnmente conocidas en el lugar donde residan los amantes, dentro del círculo normal de sus relaciones, de tal modo que toda persona que se mueve dentro de él pueda tener conocimiento de ellas. No se puede sacar de esta zona de conocimiento el concepto de notoriedad, porque paradojalmente no hay duda de que esta especie de relaciones resultan menos notorias a medida que se hace más populoso el medio en que se realizan. Deben ser además estables, por oposición conceptual a efímeras o pasajeras, esto es, deben haber permanecido en el tiempo, con la notoriedad indispensable, por lo menos durante todo el período legal en que la concepción se presume para que pueda emanar de ellas la declaración judicial de paternidad natural a base analógica de la presunción del art. 214 del C. C.

En concepto de la Sala está bien deducida del haz probatorio la existencia de las relaciones sexuales con las calidades jurídicas a que se ha hecho referencia. No hay equivocación visible en la valoración de las pruebas, ni lenidad ni largueza en la deducción de su mérito. Por lo demás, como se advirtió al comienzo de este capítulo, la deficiente formulación del cargo por error en la estimación de las pruebas, no daría base, si no fueran acertadas las conclusiones probatorias del fallo, para que la Corte se separara de ellas.

Por lo expuesto se rechaza este cargo.

4º) El Tribunal incidió en error de derecho en la apreciación de las pruebas, al desechar la partida de origen eclesiástico sobre nacimiento de Jorge Grillo, sentada ante el cura párroco de San Diego, el día 22 de octubre de 1935, por la propia madre Teresa Grillo, y de la cual aparece que aquél es hijo legítimo de ésta y de Juan Obregón, partida que obra en autos, traída en oportunidad por la parte demandada, y que no puede ser desvirtuada por la presentada con su demanda por la demandante, sentada **ad hoc** y cuando Villamizar Leal había muerto, ante el Notario 4º de Bogotá, el 10 de agosto de 1937, de la cual aparece que el 1º de junio de 1930 nació el menor Jorge Grillo, hijo natural de la demandante, aceptada en cambio por el Tribunal.

Dice el recurrente que la aludida partida eclesiástica prueba plenamente que el menor demandante es hijo legítimo de Obregón y la Grillo, porque es un documento público revestido de fe completa, cuya autenticidad no ha sido desvirtuada en forma alguna, y porque es cierto que la legitimidad es consecuencia del matrimonio, las declaraciones que sobre ella contenga un acta de bautismo no deben desecharse de plano, como lo tiene aceptado la jurisprudencia. Si esa partida no acreditara la legitimidad, sí prueba sin duda

el hecho de que Jorge Grillo es hijo ilegítimo de Obregón y consiguientemente que no es hijo de Villamizar Leal, y por tanto, en ningún caso procede la declaración de filiación que trae la sentencia: porque, o es hijo concebido por mujer casada, que no tiene la calidad de natural, o está probado que es hijo de hombre distinto del que se le señala como padre.

Se considera:

En este particular la sentencia, en breve capítulo que denomina "Las partidas de nacimiento del menor", analiza estos documentos en relación con las pretensiones probatorias de la parte demandada, y concluye, después de advertir que no hay prueba del matrimonio Obregón-Grillo, que la partida de origen eclesiástico, en que se menciona como padre a Juan Obregón, "no tiene ningún poder de influencia para originar legitimidad en el hijo", a quien es preciso considerar y declararlo como natural de Jorge Villamizar Leal porque las pruebas del proceso demuestran plenamente que fue concebido en las condiciones que determina el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Ningún reparo merece, en concepto de la Sala, esta estimación probatoria de la mera partida de nacimiento como insuficiente para demostrar la calidad de hijo legítimo. Con este solo documento, demostrativo del hecho del nacimiento, ni con la sola acta del matrimonio es posible establecer el estado civil de hijo legítimo; se necesitan ambas actas o partidas para deducir de ellas la legitimidad aplicando la presunción **pater est quem nuptiae demonstrant.** Por ser el matrimonio un acto solemne, de la mayor trascendencia en la organización social, como constitutivo y fuente de estado civil, su prueba o demostración está revestida de solemnidades especiales y organizada y regida por normas legales restrictas como correspondientes que son al orden público. La partida de bautismo o el acta de nacimiento es la forma normal de probar la maternidad, que se vincula al hecho del parto; pero no es bastante por sí sola para probar la paternidad natural. Para que lo fuera sería preciso que estuviera firmada por el padre porque así se establecería el estado de hijo natural por reconocimiento y a la vez sería su medio de prueba, equivalente a la confesión.

Nada consigna, como se ve, la sentencia, sobre ineptitud de la partida eclesiástica aludida como documento legalmente hábil para demostrar el estado civil de las personas, ni hay nada en ella inductivo de la idea de supervaloración o de valoración menguada del mérito que la ley le atribuye a esta clase de documentos, como sería indispensable para aceptar la presencia del error de derecho que el recurrente le imputa. Lo que el Tribunal ha dicho es que con la prueba del nacimiento no se establece el estado civil de hijo legítimo, que es la consecuencia de haber ocurrido dentro del matrimonio de los padres, que también debe probarse en forma legalmente adecuada.

Se rechaza el cargo por infundado.

5º) Dice el recurrente en fundamentación de este cargo que la reforma de 1936 conservó la condición ineludible que exigía la ley 57 de 1887 (artículo 7º), de que tanto el uno como el otro de los padres fuesen solteros, para poder adquirir la calidad de hijo natural. "Es indispensable, por lo tanto, que en los juicios sobre investigación de la paternidad natural se establezcan dos hechos básicos: el nacimiento del hijo, mediante su comprobación con la partida de estado respectiva, y la calidad de soltera o viuda de la madre, hechos sin cuya comprobación no podrá prosperar, en ningún caso, la acción. No acompañó la demandante Teresa Grillo la prueba referente a su calidad de soltera o viuda al tiempo de la concepción, y mientras tal calidad no aparezca probada no puede hacerse la declaración de paternidad natural. Por el contrario, aparece de la partida correspondiente que Jorge Grillo es hijo legítimo de Juan Obregón y Teresa Grillo, es decir, que éstos se hallaban casados entre sí al tiempo de la concepción. El Tribunal incidió en error de derecho en la apreciación de la prueba al dar por establecidas las circunstancias exigidas por el artículo 1º de la ley 45 de 1936 para que un hijo tenga la calidad de natural y como consecuencia de este error violó los artículos 346, 347, 351, 1557, 1759 del C. C., 593, 601, 603, 632, 661 del C. J., 22 de la ley 57 de 1887, y 1º, 3º y 4º de la ley 45 de 1936.

Se considera:

En el sistema primitivo del código civil (artículo 318) como sólo se exigía la circunstancia de haber nacido fuera del matrimonio, toda persona nacida de unión ilegítima tenía capacidad y aptitud para ser hijo natural. Bajo el sistema de la ley 153 de 1887 las condiciones para obtener el **status** jurídico de hijo natural estrecharon el criterio anterior porque no podían obtenerlo sino los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse entre sí libremente. Se creó la especie legal de los hijos de dañado ayuntamiento, deshonrados a perpetuidad, y una si-

tuación privilegiada para los naturales. Dentro del régimen actual de la ley 45 de 1936 ha quedado excluída aquella especie de los de dañado ayuntamiento, y tienen aptitud para adquirir la condición de hijos naturales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, esto es, todos los nacidos fuera del matrimonio, salvo el concebido por mujer casada cuando el marido no lo ha desconocido y no se ha declarado por sentencia judicial ejecutoriada que él no es el padre.

La parte final del artículo 1º de la ley 45, no se refiere a paternidad natural; no hay en él nada distinto de la antigua presunción de maternidad natural por el hecho del parto, que no opera, como es natural, sino respecto de solteras o viudas. El artículo 3º es un corolario del sistema adoptado por el artículo 1º que abolió los hijos adulterinos, porque bajo el régimen de la ley 153 de 1887, era preciso, para tener la calidad de natural, que el hijo no fuera de dañado ayuntamiento, esto es, que sus progenitores, al tiempo de la concepción, hubieran estado en capacidad de contraer matrimonio entre sí, de modo que si uno estaba casado con persona distinta de la con quien tuvo el hijo, la ley lo rechazaba. No había posibilidad de interferencia con la presunción del artículo 214, pero como dentro del nuevo estatuto las mujeres casadas pueden tener hijos naturales, porque tal calidad corresponde también a los adulterinos, para salvar el principio, universalmente aceptado que consigna el artículo 214 del Código Civil estableció el citado artículo 3º de la ley 45 que para que el hijo concebido por una mujer casada pueda ser reconocido como natural o para que pueda declararse judicialmente la maternidad natural de la mujer casada, es indispensable que el marido desconozca al hijo y que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el marido no es el padre del hijo que se trata de reconocer. Los dos incisos del artículo 3º tienen una vinculación inseparable, puesto que la declaración de maternidad natural de mujer casada conlleva la de paternidad de un hombre diferente de su marido, y por eso es necesario destruír primero, en acción cuyos titulares exclusivos determina la ley, la presunción aludida de legitimidad.

Al recuerdo de estas nociones legales se ve con toda claridad la sinrazón del cargo que se estudia. Si cuando la ley imponía como condición para la filiación natural la de provenir de una unión que aunque ilegítima podía ser saneada por el matrimonio de los padres, la jurisprudencia estableció que quien alegaba su estado de hijo natural no tenía necesidad de probar que sus padres podían casarse libremente al tiempo de la concepción, sino que quien negaba esa libertad era quien debía probar la existencia de un hecho o vínculo que impidiera ese matrimonio, menos tendrá que probar ahora nada quien demande su declaratoria de filiación natural bajo un régimen legal en que corresponde ordinariamente tal calidad a todos los nacidos extramatrimonialmente. Quien se oponga a la declaración judicial debe demostrar la situación de excepción que la haga jurídicamente improcedente. El estado de solterismo, presumible por ser el originario, no es probable con instrumentos ni registros; lo que se prueba es el estado de casada acreditando el matrimonio. Y ya se vio en capítulo anterior la ineficacia de la prueba con que se ha querido demostrar que Teresa Grillo era casada con Juan Obregón cuando concibió a su hijo.

Inexistente, por lo dicho, el error probatorio en que se funda esta acusación por quebranto indirecto de la ley, se rechaza el cargo.

En forma de "sobrecarta de la demanda" colectiva, el apoderado de la viuda de Villamizar formula los cargos que en seguida se exponen y consideran y que propone subsidiariamente, esto es, para el caso —ocurrido ya— de que no prosperen las acusaciones contra la declaración de filiación natural que contiene la sentencia recurrida:

a) Se alude en este cargo al numeral 8º de la parte resolutiva de la sentencia en que se declara, con base en la petición 10ª de la demanda, que los quince lotes que Estefanía Cabo Gómez de Villamizar compró a Peregrino Ossa por escritura 3239 de 24 de diciembre de 1936, de la Notaría 4ª de Bogotá, pertenecen a la sociedad conyugal Villamizar-Cabo y deben considerarse como gananciales e inventariarse y avaluarse en el juicio de sucesión del marido de acuerdo con el artículo 34 de la ley 63 de 1936. Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error en la apreciación del título de adquisición de la cónyuge, posterior a la vigencia de las leyes 28 de 1932 y 68 de 1946, error que lo condujo a la violación de los artículos primeros de las precitadas leyes y del también citado 34 de la ley 63 de 1936 al considerar los referidos inmuebles como materia partible y liquidable dentro de la sociedad conyugal y no como bienes de la exclusiva propiedad de la cónyuge supérstite.

Se considera:

Tan viable es la falta de fundamento de esta acusación, que muy parvas razones son bastantes para rechazarla. Bien se cuidó el recurrente de explicar jurídicamente el concepto de violación legal que le imputa al Tribunal, pero parece que partiera del supuesto de que la nueva organización patrimonial del matrimonio, consagrada en la reforma de la ley 28 de 1932, hubiera abolido la institución de la sociedad conyugal que venía produciéndose como consecuencia de la celebración del matrimonio, tesis ésta rechazada desde un principio por los Tribunales como opuesta a la realidad del nuevo sistema y a los términos de la ley. Esta, en efecto, en su artículo primero estableció que "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que le pertenecen al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación". No hay duda de que durante la sociedad los bienes que cada cónyuge adquiere son de su exclusiva propiedad y de su libre disposición; pero una vez disuelta, por muerte de uno de los cónyuges, entre otras cosas, surge la comunidad sobre los bienes existentes en ese momento en poder de cualquiera de los dos, comunidad que habrá de liquidarse en conformidad con las reglas del código compatibles con el nuevo régimen y con aplicación de las normas de la liquidación y partición de las herencias, una de las cuales es la formación de inventario, que es a lo que provee el artículo que se cita de la ley 63 de 1936.

b) Se refiere este cargo, tampoco jurídicamente razonado, a la súplica cuarta de la demanda de reconvención en que se pide que se dejen a salvo los derechos de la viuda en su calidad de heredera universal de su marido, según el testamento otorgado por éste, súplica a la que recayó la resolución contenida en el numeral 12 de la sentencia, en que se dijo: "Declárase que quedan a salvo los derechos de Estefanía Cabo Gómez v. de Villamizar como heredera universal en la sucesión de Jorge Villamizar Leal, siempre que haya lugar a ellos, o sea, si llegaren a concretarse en algún remanente de bienes, una vez reconocidos en dicha sucesión los derechos del menor legitimario Jorge Grillo, determinados en la parte motiva de esta sentencia, y los derechos de los legitimarios (sic), en la proporción o cuantía a que hubiere lugar, de conformidad con lo determinado en la parte motiva de esta sentencia".

Dice el recurrente que con esta decisión viola el Tribunal el primer inciso del artículo 20 y el 23 de la ley 45 de 1936, porque "no puede darse nada más aberrante, nada más reñido con la ley y con la voluntad del testador; éste confeccionó su testamento e instituyó los legados sobre la base de no tener otro heredero forzoso ni legitimario. Variada tal situación con la presencia del hijo natural, necesariamente hay que considerar que la voluntad del causante no fue otra sino la de dejar la mayor parte de sus bienes a su legítima esposa, a la que no se puede desheredar, y en este caso ya no sería la reforma del testamento la que campearía aquí de acuerdo con lo previsto en la sentencia sino la anulación del mismo a efecto de que se siguiese la sucesión intestada, pues, de lo contrario, se habría producido aquí un desheredamiento sin origen, causa ni explicación".

Se considera:

La resolución del fallo que enfoca este cargo no es más que la consecuencia lógica y necesaria de la declaración contenida en el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia acusada en que se decretó la reforma del testamento otorgado por Jorge Villamizar Leal el 24 de diciembre de 1936 anet el Notario 4º de Bogotá, a efecto de que el demandante Jorge Villamizar Grillo tenga en la sucesión de su padre los derechos que la ley civil le otorga como legitimario en calidad de hijo natural. Desde luego, reformado el testamento, la salvedad de los derechos de la viuda como heredera universal, impetrada por ella en su demanda de reconvención, no podía declararse según la referida memoria, como ella lo pretende, para evitar inconsonancia con la reforma decretada. Era preciso hacerlo, sin desconocer la institución testamentaria, acomodándola a la realidad jurídica que imponía la presencia de un legitimario, que es lo que en verdad reza la parte de la sentencia de que aquí se trata, y lo que explica el Tribunal en la parte pertinente de su exposición de motivos. La circunstancia de haber prosperado la acción de reforma del testamento no lo invalida para regir la sucesión de Villamizar Leal, de tal manera que es impertinente la cita del artículo 2º de la ley 45 de 1936 que se refiere a un orden de sucesión intestada. Ninguna relación

tiene tampoco la cláusula de la sentencia sobre salvedad de derechos herenciales de la viuda con la disposición del artículo 23 de la citada ley 45, que es la otra que el recurrente cita como infringida por el Tribunal con su declaración décimasegunda de su fallo.

No habiendo resultado demostrada, según las consideraciones que anteceden, ninguna de las acusaciones de ilegalidad imputadas por parte y parte a la sentencia definitiva de segunda instancia, 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 23 de noviembre de 1945, materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR LESION ENORME. — POSESION DE LOS PERITOS

Se ha discutido largamente sobre la eficacia de los dictámenes periciales rendidos sin que los expertos con anterioridad presten el juramento que en nuestra ley ordena el artículo 715 del C. J.; mientras algunos, siguiendo la antigua tendencia civilista respecto del derecho de acción, consideran que si las partes gozan de plena capacidad para disponer del objeto litigioso con mayor razón tienen potestad para, de común acuerdo, dispensar la posesión y el juramento al perito, otros profesando las nuevas tendencias procesales que en el juicio no ven vínculo directo entre las partes sino entre cada una de ellas y el Estado, afirman la noción ya sostenida por Saredo dentro de la ciencia italiana según la cual el perito "jura no sólo en interés de las partes sino también, y principalmente, en el de la justicia y de la verdad".

El juramento por parte del perito lo inviste de la función de auxiliar judicial que lo hace recusable como los jueces; participa así la función pericial en la administración de justicia que es por definición constitucional uno de los atributos eminentes del poder del Estado; el perito, según nuestro derecho, ha de conformarse en su posesión a una fórmula solemne cuyas palabras expresan la garantía que para las partes representa el recto y escrupuloso cumplimiento de su función; parece, pues, que según el código colombiano haya de descartarse la vieja noción según la cual las formalidades que rodean el funcionamiento de la prueba pericial se instituyen en provecho exclusivo de los litigantes, ya que la posesión es consubstancial de la función encargada por nuestra ley a los peritos. Pero aun cuando estaban en boga las nociones civilistas sobre la naturaleza del derecho de acción el Tribunal de Casación de Turín en sentencia de veintitrés (23) de mayo de mil ochocientos ochenta y siete (1897), transcrita por Mattirolo en las notas al Tomo 2º del Derecho Judicial Civil, concluyó así: "Estas (las partes) pueden invocar la nulidad de la prueba pericial en el caso de que falte el juramento; pero tal nulidad no podrá ser declarada de OFICIO frente a la renuncia o simplemente al silencio de las partes". Es obvio que el concepto de "nulidad" traído en la transcripción anterior no puede tomarse literalmente porque ese vocablo en nuestro léxico induce nociones diferentes de las expresadas en la doctrina de que se hace mérito, en la cual se emplea asimilándolo a ineficacia, inanidad, esterilidad; así tomada aquélla, fácilmente puede advertirse que desechando las características de función pública adscrita a la jurisdicción, que en nuestro derecho configura la actividad pericial, la ausencia legal de la posesión por parte de un experto ha sido reconocida como un vicio radical cuya purga, dentro de la noción más amplia, sólo podría buscarse en un acuerdo expreso de los litigantes.

En derecho moderno no existe el proceso convencional en que juez y partes gobiernan a voluntad la secuela material del litigio; en casos particulares los contendientes pueden separarse de una norma procesal en virtud de acuerdo expreso o tácito, u omitiendo reclamo sobre su inobservancia, pero esta libertad resulta de que la norma sea dispositiva y no obligatoria, debiendo entenderse de este último linaje la que no derive de la ley los caracteres del primero.

Es indiferente para la aplicación de estos conceptos que la posesión no se haya surtido, o que habiéndose practicado conste en acta que por incompleta en su forma es inoperante, comoquiera que la regularidad exterior de los actos procesales, desde el principio hasta la definición del pleito, es condición indispensable para la actuación de la ley. Chiovenda, en el tomo segundo de los Principios de Derecho Procesal Civil, a este respecto se expresa así: "Por las gentes profanas dirígense numerosas censuras a las

formas judiciales, basándose en que las formas originan largas e inútiles cuestiones y frecuentemente la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho; y se proponen sistemas procesales simples o exentos de formalidades. No obstante, la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aun mucho más que en cualquiera otra relación social; su falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre". Consecuencia de lo anterior es que aunque el fin al cual se dirige un acto procesal se alcance de diversas maneras, sólo la elegida por la ley es eficaz porque al señalarla le ha dado el carácter de formalidad excluyente de los demás medios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Por medio de escritura pública número 1594 otorgada el dieciocho (18) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) ante el Notario Quinto de Bogotá, Timoleón Moncada vendió a Matilde Garzón un inmueble singularizado según lo reza el dicho instrumento, pactándose como precio la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), la cual declaró el vendedor recibida por él de manos de la compradora; ésta, el veinte de enero subsiguiente, vendió el mismo bien raíz a Siervo Secundino Plazas por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal.

Con base en estos hechos fundamentales y en otros que reputó influyentes, Timoleón Moncada demandó a su causahabiente y al de ésta para que la justicia pronunciara, previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, las siguientes declaraciones impetradas a través de numerosas súplicas: la de falsedad y nulidad del contrato pactado entre Matilde Garzón y Siervo Secundino Plazas; la de rescisión por lesión enorme de la compraventa concluída entre Timoleón Moncada y Matilde Garzón y, subsidiariamente, la de condena de ésta última a pagar a Moncada "la suma que exceda entre el precio en que compró el lote de terreno mencionado... y el precio en que vendió el mismo lote... en la forma estipulada en el artículo 1951 del C. C. más las costas del juicio".

Agotado el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, Quinto Civil del Circuito de Bogotá, en fallo fechado el dieciocho (18) de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) absolvió a los demandados de los cargos contra ellos deducidos, y condenó al actor en costas.

La parte desfavorecida se alzó contra dicha providencia en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito y éste, previas las ritualidades procedimentales del caso, en sentencia que profirió el veinte (20) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), confirmó la apelada salvo en cuanto había desechado la súplica subsidiaria e impuesto costas, respecto de lo cual la revocó para condenar a Matilde Garzón al pago de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00) a favor de Moncada; Matilde Garzón ha interpuesto casación contra lo decidido por el Tribunal, recurso que sólo se refiere a la condena de que fue objeto dejando intacto y firme el resto de lo sentenciado en la segunda instancia.

El fallo recurrido

El Tribunal de Bogotá halló viable la acción subsidiaria incoada con base en el artículo 1951 del C. C. mediante las siguientes consideraciones: "Dado que la Garzón compró a Moncada por $ 2.500.00, y que el justo precio del inmueble en la fecha de la primera venta era de doce mil pesos por lo menos, según el dictamen pericial, la pretensión aquí deducida cobra completo fundamento legal, a la luz de lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 1951 del C. C., ya transcrito".

El recurso

Matilde Garzón formula contra el fallo de segunda instancia, en cuanto le fue desfavorable, dos cargos de los cuales se estudiará uno que por prosperar descarta el estudio del otro; se presenta así: "El H. Tribunal da por probado que el precio del inmueble por la época de la venta era de doce mil pesos aceptando una prueba que no tiene mérito legal correspondiente de acuerdo con las reglas de los artículos 721, 722 y 723 del C. J. Es decir da como probada la lesión para el efecto de aplicar el artículo 1951, ordinal 2º, por no ser aplicable el ordinal 1º en atención a que la compradora demandada había enajenado el bien a un tercero. Pero sobre este punto el H. Tribunal incurre en un verdadero error de hecho que lo lleva a otro de derecho. Error de hecho en cuanto ve una prueba pericial completa y legal donde ella

no existe, y de derecho en cuanto le da un significado legal que no tiene, porque de acuerdo con las normas de los artículos 715 y 727 del C. J., el acta de inspección ocular y de posesión de los peritos debe aparecer firmada por todos los que intervinieron en el acto a fin de que ella conserve su validez legal, y de no tener dicha conformación legal, no puede meritarse de acuerdo con los artículos 721, 722, 730, 723 del C. J., sin violar esos artículos. La razón de invalidez o de falta de valor legal de la inspección ocular y de la posesión de uno de los peritos, está en que la ley exige que dicha acta y posesión debe aparecer legalmente hecha, cumpliendo dichos preceptos legales, y si no se cumplen dichas prescripciones legales, en realidad, no puede hablarse dentro de la técnica jurídica de una prueba conformada legalmente y de mérito probatorio. Por consiguiente, el sentenciador al darle valor de plena prueba a la inspección ocular que no aparece autenticada por el Secretario del H. Tribunal quien concurrió o debió concurrir al dicho acto legal, así como el dictamen del perito Romero Conti, violó por no haberlos tenido en cuenta los citados artículos 715, 727, 721, 722, 723 y 730 del C. J. Y por refracción el artículo 1951 del C. C. por haberlo aplicado a un caso que no correspondía, ya que previamente no se había demostrado la lesión, elemento indispensable para darle relevancia jurídica en el proceso mediante el reconocimiento de la acción".

Se considera:

El error de derecho en que incurrió el Tribunal es evidente: en el transcurso del segundo grado se pidió la práctica de una inspección ocular sobre la finca alrededor de la cual versa el litigio con intervención de peritos; la parte actora designó al doctor Alfonso Romero Conti, y el Tribunal supliendo el silencio de la demandada, nombró al doctor Alvaro Hinestrosa; éste se posesionó legalmente según el acta que corre al folio ocho vuelto del respectivo cuaderno de pruebas, no así el otro experto quien asistió a la inspección sin haberse posesionado previamente; en el acta que recoge lo actuado en dicha diligencia aparece una adición relativa al juramento que prestó el perito Romero de cumplir bien y fielmente con sus deberes, pero ocurre que el acta en cita no lleva la firma del Secretario, prevista por el artículo 121 del C. J., numeral 2º.

Se ha discutido largamente sobre la eficacia de los dictámenes periciales rendidos sin que los expertos con anterioridad presten el juramento que en nuestra ley ordena el artículo 715 del C. J.; mientras algunos, siguiendo la antigua tendencia civilista respecto del derecho de acción, consideran que si las partes gozan de plena capacidad para disponer del objeto litigioso con mayor razón tienen potestad para, de común acuerdo, dispensar la posesión y el juramento al perito, otros profesando las nuevas tendencias procesales que en el juicio no ven vínculo directo entre las partes sino entre cada una de ellas y el Estado, afirman la noción ya sostenida por Saredo dentro de la ciencia italiana según la cual el perito "jura no sólo en interés de las partes sino también, y principalmente, en el de la justicia y de la verdad".

El juramento por parte del perito lo inviste de la función de auxiliar judicial que lo hace recusable como los jueces; participa así la función pericial en la administración de justicia que es por definición constitucional uno de los atributos eminentes del poder del Estado; el perito, según nuestro derecho, ha de conformarse en su posesión a una fórmula solemne cuyas palabras expresan la garantía que para las partes representa el recto y escrupuloso cumplimiento de su función; parece, pues, que según el código colombiano haya de descartarse la vieja noción según la cual las formalidades que rodean el funcionamiento de la prueba pericial se instituyen en provecho exclusivo de los litigantes, ya que la posesión es consubstancial de la función encargada por nuestra ley a los peritos.

Pero aun cuando estaban en boga las nociones civilistas sobre la naturaleza del derecho de acción el Tribunal de Casación de Turín en sentencia de veintitrés (23) de mayo de mil ochocientos ochenta y siete (1887), transcrita por Mattirolo en las notas al Tomo 2º del Derecho Judicial Civil, concluyó así: "Estas (las partes) pueden invocar la nulidad de la prueba pericial en el caso de que falte el juramento; pero tal nulidad no podrá ser declarada de oficio frente a la renuncia o simplemente al silencio de las partes".

Es obvio que el concepto de "nulidad" traído en la transcripción anterior no puede tomarse literalmente porque ese vocablo en nuestro léxico induce nociones diferentes de las expresadas en la doctrina de que se hace mérito, en la cual se emplea asimilándolo a ineficacia, inanidad, esterilidad; así tomada aquélla, fácilmente puede advertirse que desechando las características de función pública adscrita a la jurisdicción, que en nuestro derecho configura la actividad pericial,

la ausencia legal de la posesión por parte de un experto ha sido reconocida como un vicio radical cuya purga, dentro de la noción más amplia, sólo podría buscarse en un acuerdo expreso de los litigantes.

En derecho moderno no existe el proceso convencional en que juez y partes gobiernan a voluntad la secuela material del litigio; en casos particulares los contendientes pueden separarse de una norma procesal en virtud de acuerdo expreso o tácito, u omitiendo reclamo sobre su inobservancia, pero esta libertad resulta de que la norma sea dispositiva y no obligatoria, debiendo entenderse de este último linaje la que no derive de la ley los caracteres del primero.

Es indiferente para la aplicación de estos conceptos que la posesión no se haya surtido, o que habiéndose practicado conste en acta que por incompleta en su forma es inoperante, comoquiera que la regularidad exterior de los actos procesales desde el principio hasta la definición del pleito es condición indispensable para la actuación de la ley. Chiovenda, en el tomo segundo de los Principios de Derecho Procesal Civil, a este respecto se expresa así: "Por las gentes profanas dirígense numerosas censuras a las formas judiciales, basándose en que las formas originan largas e inútiles cuestiones y frecuentemente la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho; y se proponen sistemas procesales simples o exentos de formalidades. No obstante, la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social; su falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre".

Consecuencia de lo anterior es que aunque el fin al cual se dirige un acto procesal se alcance de diversas maneras, sólo la elegida por la ley es eficaz porque al señalarla le ha dado el carácter de formalidad excluyente de los demás medios.

De esta suerte, y aplicando los anteriores conceptos al caso de autos, la solemnidad procesal de la posesión de un perito es necesaria en su integridad para que pueda reputarse que ese auxiliar jurisdiccional está realmente investido de los atributos propios de tal función, y que la ausencia de formalidades esenciales en torno de dicha posesión no puede suplirse con otras ocurrencias a las cuales la ley no ha dispensado esa finalidad concreta.

El Tribunal tuvo por plena prueba el dictamen pericial surtido en este pleito aplicando sin decirlo, el inciso primero del artículo 721 del C. J., precepto regulador del mérito probatorio del dicho de expertos en cuanto a valoraciones en cifra numérica; tal ordenamiento concede sólo al "dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos", el mérito de plena prueba, y al otorgárselo a dictamen de uno solo, por cuanto el otro realmente no había logrado la investidura del caso, transgredió la mencionada norma, con lo cual aplicó indebidamente, quebrantándolo también, el mandamiento contenido en el artículo 1951 del C. C., segundo inciso.

El justo precio de la cosa materia de la compraventa concluída entre Moncada y Matilde Garzón sólo vino a conocimiento judicial por medio del peritaje a que se alude, de tal suerte que siendo éste ineficaz carecía el fallador de base para la condena que impuso a la demandada comoquiera que la norma sustancial citada parte del "justo valor de la cosa", el cual en esta causa se ignora.

Ha de prosperar, como ya se había advertido, el cargo que se examina, acarreando la casación del fallo en cuanto es materia del recurso; los motivos porque se llega a aquélla lo son también de la sentencia de instancia que debe proferir la Corte para reemplazar la parte infirmada de la sujeta al recurso extraordinario.

Con base en las consideraciones que se dejan expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA, en cuanto está sujeta al recurso, la sentencia que con fecha veinte (20) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946) profirió en esta causa el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar CONFIRMA en todas sus partes el fallo de primer grado o sea el que dictó en esta causa el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá el día dieciocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

Las costas de la segunda instancia a cargo del apelante.

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

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

ACCION DE REVISION DE UNA SENTENCIA. — NOCION JURIDICA DE LA FUERZA MAYOR LIBERATORIA DE LA OBLIGACION

El poder liberatorio de la fuerza mayor en el campo de las obligaciones civiles, que se proyecta por ministerio de la ley a situaciones procesales que exceden los linderos del derecho privado, radica en la confluencia de lo imprevisible y de lo irresistible de un hecho; ambos conceptos dentro del absolutismo de los términos que los contienen son, sin embargo, relativos; lo que es previsible para una persona puede no serlo para otra, y lo que un sujeto debe resistir jurídicamente otro puede no estar obligado a soportarlo; sobre la latitud de esta relatividad está edificada precisamente la llamada "teoría de las esferas de los riesgos", que en el comercio jurídico de las obligaciones se enuncia diciendo que los riesgos se reparten de tal modo entre el acreedor y el deudor que cada uno responde de los que se desarrollan dentro de su respectiva esfera. Es ésta la órbita individual en que tienen cabida las nociones de lo previsible y de lo irresistible sujetando ambas ideas a la obligación contractual o legal de prever y de resistir.

No hay fuerza mayor cuando es posible prever el hecho que se opone a la ejecución de un acto jurídico, ni cuando el evento es susceptible de evitarse con mediana diligencia y cuidado; mucho menos cuando, como en el caso de autos, el turno en la oficina de registro no sólo era imperiosamente previsible, sino que sus efectos podían evitarse con mediana prudencia y diligencia. Dice Radouant que la imprevisibilidad respecto del caso fortuito depende de la rareza del acontecimiento, y que la frecuencia no es sino uno de los aspectos de un criterio más general: el carácter moral del suceso, pues lo que es normal debe preverse, dejando así limitado a lo excepcional la imposibilidad de preverlo. Los trámites habituales a que está sometido cualquier negocio en las oficinas públicas por ser más que normales, necesarios e imprescindibles, no pueden olvidarse sin incurrir en franca negligencia; por sí mismos, y mientras no llegan a caracterizarse por manifestaciones excepcionales que escapan a la regularidad legal, reglamentaria o consuetudinaria, no pueden reputarse jamás constitutivos de fuerza mayor pues no sólo son previsibles materialmente, sino que su ocurrencia forzosa no puede ser desconocida por el interesado que alrededor de tales trámites practique un cálculo cronológico.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Por la vía extraordinaria que consagra el Capítulo VII, Título XIV, Libro Segundo del Código de enjuiciamiento civil pretende Santos González revisar el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) en el juicio ordinario promovido por el dicho González para la sucesión de Bárbara Passo contra Heliodoro Quintana Uribe; la citada sentencia solucionó definitivamente la litis planteada sobre el dominio de un inmueble y otras súplicas consecuenciales de la petitoria principal.

La controversia fue decidida en forma adversa al demandante tanto en la primera como en la segunda instancia; en aquélla por no haber demostrado el actor la vocación hereditaria que le permitiera pedir para la sucesión, y en la última porque no adujo prueba de que el inmueble fuera en realidad de la causante para cuya mortuoria ilíquida se pidió.

Alrededor de esta última circunstancia se edifica hoy el recurso de revisión propuesto; considera Santos González que la demostración atinente a la propiedad del inmueble no se adujo a los autos por fuerza mayor comoquiera que el turno a que estuvo sometida en la Oficina de Registro impidió que llegara al proceso antes de la citación para sentencia.

El expediente suministra los siguientes datos de hecho: la prueba fue pedida el veintisiete (27) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), y decretada el mismo día; el correspondiente despacho para el Notario se libró con fecha once de julio subsiguiente, tal funcionario lo recibió el cuatro (4) de septiembre del mismo año, y el seis (6) expidió la copia del título, o sea dos días después; aquélla, según el recurrente, fue llevada a la Oficina de Registro "a fines del mes de septiembre" en donde le fue puesta la nota respectiva el once (11) de octubre; el auto de citación para sentencia fue proferido el seis (6) de septiembre del año a que se viene haciendo referencia, al cabo del término probatorio que se inició el dieciseis (16) de junio anterior y expiró hacia la mitad del mes de agosto.

Destacadas así las circunstancias que influyen en el recurso a través de las bases que le asigna González, y verificado que se trata de una sentencia firme pronunciada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, que la revisión se pretende sobre una de las causales taxativas enumeradas en el artículo 542 del C. J., y que fue interpuesto dentro del lapso determinado en el artículo 543 ibídem, se procede a decidirlo, para lo cual se considera:

El simple examen de las fechas en que sobrevinieron los actos procesales a que ya se hizo mención pone de presente que la verdadera causa para que el actor no allegara oportunamente la prueba del dominio cuyo reconocimiento jurisdiccional pretendía, no fue el turno a que el título estuvo sometido en la oficina de registro desde los últimos días de septiembre hasta el once (11) de octubre, por cuanto el auto de citación para sentencia se había dictado desde el seis (6) de septiembre precluyendo la etapa probatoria del pleito; la ausencia irremediable de la prueba en los autos estaba ya causada, y el tránsito en la oficina de registro por posterior a ella no pudo ser su causa.

Talvez pudiera hallarse ésta en la inexplicable demora en que incurrió el demandante absteniéndose de entregar para su diligenciamiento hasta el cuatro (4) de septiembre un despacho librado desde el once (11) de julio anterior; la rapidez con que fue diligenciado en la Notaría hace pensar que si oportunamente se hubiera recibido en ella, el elemento de convicción a que se alude habría llegado a su destino final con tiempo sobrado para que su mérito influyera en el fallo.

Pero aun descartando, si posible fuera, estas elementales e imprescindibles consideraciones de hecho, el recurso en estudio no podría prosperar porque la circunstancia impeditiva alegada, aunque fuera evidente como tal, no reuniría las características de fuerza mayor que el demandante le atribuye.

El poder liberatorio de la fuerza mayor en el campo de las obligaciones civiles, que se proyecta por ministerio de la ley a situaciones procesales que exceden los linderos del derecho privado, radica en la confluencia de lo imprevisible y de lo irresistible de un hecho; ambos conceptos dentro del absolutismo de los términos que los contienen, son, sin embargo, relativos; lo que es previsible para una persona puede no serlo para otra, y lo que un sujeto debe resistir jurídicamente otro puede no estar obligado a soportarlo; sobre la latitud de esta relatividad está edificada precisamente la llamada "teoría de las esferas de los riesgos" que en el comercio jurídico de las obligaciones se enuncia diciendo que los riesgos se reparten de tal modo entre el acreedor y el deudor que cada uno responde de los que se desarrollan dentro de su respectiva esfera; es ésta la órbita individual en que tienen cabida las nociones de lo previsible y de lo resistible sujetando ambas ideas a la obligación contractual o legal de prever y de resistir.

No hay fuerza mayor cuando es posible prever el hecho que se opone a la ejecución de un acto jurídico, ni cuando el evento es susceptible de evitarse con mediana diligencia y cuidado; mucho menos cuando, como en el caso de autos, el turno en la oficina de registro no sólo era imperiosamente previsible, sino que sus efectos podían evitarse con mediana prudencia y diligencia.

Dice Radouant que la imprevisibilidad respecto del caso fortuito, depende de la rareza del acontecimiento, y que la frecuencia no es sino uno de los aspectos de un criterio más general: el carácter normal del suceso, pues lo que es normal debe preverse, dejando así limitado a lo excepcional la imposibilidad de preverlo.

Los trámites habituales a que está sometido cualquier negocio en las oficinas públicas por ser más que normales, necesarios e imprescindibles, no pueden olvidarse sin incurrir en franca negligencia; por sí mismos, y mientras no llegan a caracterizarse por manifestaciones excepcionales que escapan a la regularidad legal, reglamentaria o consuetudinaria, no pueden reputarse jamás constitutivos de fuerza mayor pues no sólo son previsibles materialmente, sino que su ocurrencia for-

zosa no puede ser desconocida por el interesado que alrededor de tales trámites practique un cálculo cronológico.

Como en el caso de autos el recurso extraordinario se plantea sobre tan exiguo fundamento, contradicho en el hecho, y desconectado del ordenamiento jurídico, no puede prosperar.

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, DECLARA INFUNDADO el recurso de revisión propuesto por Santos González contra la sentencia de que se ha hecho mérito en la presente.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Devuélvase el proceso a la oficina de su origen.

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

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

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO, DE PAGO DE PERJUICIOS, ETC. QUE SE ENTIENDE POR PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.—SUS REQUISITOS. — CAJERO O SIMPLE EMPLEADO DE COMERCIO. — FACTOR. — PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA SEGUN EL EXPOSITOR RICCI

1.—Por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal del que trae el artículo 93 de la ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara, total y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuirle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso.

2.—El cajero de una casa comercial no es un factor, pues por tal se denomina, según la definición que da el inciso 2º del artículo 435 del C. de Co., la persona encargada de la administración de un establecimiento mercantil o fabril, sino un simple empleado o dependiente de comercio dentro de cuyas gestiones naturales obligatorias, por tanto, para el patrón sólo quedan comprendidas, con las limitaciones establecidas en la ley, las de recibir pagos y expedir la constancia de esos hechos; pero las operaciones que se salgan de ese radio de acción no obligan a aquéllos, salvo, naturalmente, el caso en que tengan facultad expresa para ejecutarlas, según así lo prescribe el artículo 457 del C. de Co.

3.—La verosimilitud propia del principio de prueba por escrito, requiere que entre el documento y el hecho que se trata de probar haya una relación cierta y no vaga, ambigua o imprecisa.

4.—En su Tratado de Pruebas dice el expositor Francisco Ricci: "Según dispone el artículo 1347, para que haya principio de prueba escrita, que haga admisible la prueba testifical, no basta que se tenga un escrito cualquiera proveniente de aquel contra quien se propone la demanda, o quien lo represente, sino que es necesario que el escrito haga verosímil el hecho alegado, esto es; el hecho que se quiera probar por medio de testigos. Se deduce de aquí que el documento sobre que se funda el principio de prueba debe tener necesariamente relación con el hecho que se quiera por medio de testigos; no basta, no vale que tenga relación con otro hecho cualquiera. El que se tenga la prueba de un crédito no basta para que éste pueda servir de principio de prueba por escrito hasta hacer admisible la prueba oral, a fin de demostrar la existencia de otros diferentes créditos. El escrito que haga verosímil el hecho alegado de que habla el artículo 1347, es aquel que está ligado con el hecho mismo que se alega. Es de necesidad lógica y jurídica que uno y otro se relacionen directamente; de otra suerte, el escrito no puede hacer el hecho verosímil. Deben, pues, estar como dos términos de una relación, y una vez que esto falte, ya no hay principio de prueba por escrito. Y es esto tan evidente, que no hay por qué insistir". (Obra citada, Tomo 2º, pág. 35).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario adelantado por Deogracias Romero contra la sociedad anónima "Galster & Crump", del comercio de esta plaza, representada por su Gerente Luis W. Crump, y contra éste personalmente.

Según el libelo de demanda los hechos principales en que la acción se funda son los que en seguida se resumen:

César Uribe, como agente vendedor de "Galster & Crump", tenía autorización otorgada por esa sociedad para ofrecer en venta automóviles y camiones de los que constituyen el giro ordinario de sus negocios y para arreglar con los presuntos compradores las condiciones de venta de tales carros, sobre la base de que el Gerente de Galster & Crump apruebe y ratifique lo pactado por su agente con los clientes de la casa en cada caso particular.

Entre el 20 y el 25 de abril de 1941, Uribe, en su condición indicada, celebró con Romero un contrato de compraventa de un camión nuevo, marca "Dodge", modelo 1941, por un precio de $ 3.945.00 que se pagaría así:

a) Con una cuota inicial de $ 1.500.00, que debía ser cubierta con la entrega de un camión usado marca Diamond, valorado en quinientos pesos; con $ 500.00 en efectivo, que debían ser entregados en el momento mismo en que el Gerente aprobara el contrato, y con $ 500.00 al mes siguiente a la ratificación y contra recibo del camión nuevo, objeto del negocio; y

b) Con trece letras por el saldo del precio, giradas por Galster & Crump a cargo de Romero, pagaderas cada mes siguiente, en dinero efectivo.

El 29 de abril del mismo año, Luis W. Crump, en su calidad de Gerente de la firma mencionada, y en presencia de varias personas, expresó verbalmente su voluntad de aprobar y ratificar el contrato celebrado entre Uribe y Romero, por lo cual éste consignó el mismo día en la caja de Galster & Crump la suma de $ 500.00, que fue contada en presencia de Crump y de la Cajera, Leonor de Gaitán. El camión Diamond fue entregado a Uribe, el mismo día en que con éste negoció Romero y colocado en los garages de la sociedad.

Dentro del mes siguiente al perfeccionamiento del contrato y en cumplimiento de sus obligaciones se presentó Romero no menos de cinco veces en las oficinas de la sociedad, y especialmente el 29 de mayo, con el fin de pagar los últimos quinientos pesos de la cuota inicial; firmar las letras o pagarés destinadas al pago del resto del precio, y recibir el camión nuevo, pues la casa vendedora se había comprometido a entregar el vehículo, al mes de ratificado el contrato por el Gerente.

El señor Luis W. Crump se mostró renuente a cumplir con la obligación de entregar, por lo cual viéronse frustrados los propósitos de Romero. Crump daba como motivo para no cumplir el contrato que aún no habían llegado los camiones Dogde, modelo 1941. Después de más de cinco visitas a las oficinas de Galster & Crump, con posterioridad al 29 de mayo, el señor Crump le manifestó a Romero, para evitarle los continuos viajes, que le avisaría telegráficamente a Guateque la llegada de los camiones nuevos. El quince de julio, Crump le dirigió un telegrama diciéndole que podía venir a recibir el camión, o sea, cuarenta y seis días después de vencido el término para la entrega. Vino a esta ciudad Romero, le hizo saber a Luis W. Crump que estaba listo a pagar el resto de la cuota inicial y a firmar las letras, pero Crump le dijo que el camión no estaba listo y sólo podía entregárselo el veinticuatro de julio. Dicho día volvió Romero a pagar los quinientos pesos, a firmar las letras y a recibir el camión Dogde, pero el señor Crump le manifestó que había decidido no venderle el camión porque había recibido malas referencias sobre su honorabilidad y solvencia, y que, por tanto, debía llevarse el camión usado que había dejado y los quinientos pesos que había entregado como cuota inicial.

Con fundamento en esos hechos el actor solicitó se declarase que el 29 de abril de 1941 se perfeccionó entre él y la sociedad demandada el contrato de compraventa en referencia; que Galster & Crump dejó de cumplir lo pactado, y especialmente la obligación de entregar la cosa vendida dentro del término estipulado para ello; que, como consecuencia, se declare resuelto el contrato; se condene al demandado al pago de los daños y perjuicios y a restituírle el camión Dodge y la cantidad de $ 500.00 que entregó como parte del precio, más las costas del juicio.

Subsidiariamente pidió se declare que si la convención ya mencionada no llegó a perfeccionarse, ello se debe al dolo, negligencia o culpa grave con que procedió Crump al no cerciorarse previamente de la solvencia del demandante y al alimentar en su ánimo, de manera dolosa y culpa-

ble, la esperanza del perfeccionamiento del contrato; que tanto la sociedad como Crump son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que le ocasionaron con el proceder del último; que se les condene al pago de ellos, y a restituírle el camión Diamond y los $ 500.00 entregados a cuenta del precio del contrato que no llegó a perfeccionarse por culpa de Crump.

Este, personalmente y como Gerente de la sociedad "Galster & Crump", contestó la demanda oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas y en cuanto a los hechos que le sirven de fundamento, dijo, entre otras cosas, que es cierto que los Agentes vendedores de Galster & Crump pueden ofrecer en venta automóviles y camiones a base de que el Gerente apruebe y ratifique lo ofrecido por aquéllos; que César Uribe, agente vendedor de esa firma, discutió con el demandante un contrato de compraventa, pero que él no estaba autorizado para perfeccionarlo; que su misión, como lo dice el demandante en el hecho quinto, no era otra que la de hacer ofrecimiento de venta que debía ser ratificado y aprobado por el Gerente y hecho constar en documento suscrito por las partes con la condición expresa de la reserva del dominio hasta su completo pago del precio, tal como aparece en el modelo de contrato que acompaña; que en ningún caso la Gerencia aprobó el ofrecimiento hecho por Uribe a Romero, pues éste no presentó las referencias y garantías necesarias; que el camión Diamond lo llevó el demandante a los garages de Galster & Crump, en donde quedó provisionalmente para ser revisado al perfeccionarse o al elevarse a contrato el ofrecimiento hecho por Uribe; que es cierta la consignación del dinero que se menciona, pero que no es cierto que se hubiera hecho en presencia suya ni de manera definitiva; que la cajera recibió esa consignación de manera provisional puesto que no estaba aprobado el ofrecimiento hecho por Uribe, y que ella expidió el recibo de esa suma, sin que la consignación hubiera sido autorizada por él personalmente; que la cajera la recibió, como lo hubiera hecho cualquier cajero de empresa similar, para ser tenida en cuenta al suscribirse el contrato de acuerdo con los modelos que para el efecto la casa presenta a los clientes; que el telegrama de 15 de julio en ningún caso se refería a la entrega del camión ofrecido vender por Uribe al demandante, sino al dejado por éste sin examen alguno, para que lo retirara; que como las referencias y garantías ofrecidas por el demandante no fueron satisfactorias no se aprobó el ofrecimiento de Uribe y se pusieron a disposición de aquél su camión Diamond y los $ 500.00 consignados en forma provisional.

Tramitado el juicio, y después de algunas incidencias, el Juez del conocimiento, que lo era el 2º Civil de este Circuito, lo decidió en sentencia de 24 de abril de 1945, declarando, entre otras cosas, resuelto el contrato, por incumplimiento de sus obligaciones por parte del demandado, a quien condenó a pagar perjuicios y a entregarle al actor tanto el camión Diamond como los $ 500.00, junto con sus intereses legales, sin costas.

El Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del negocio por virtud de recurso de apelación concedido al demandado, al cabo de la tramitación legal correspondiente profirió la sentencia que es objeto del presente recurso, por medio de la cual confirmó la apelada en todas sus partes.

En la motivación de ese fallo comenzó el Tribunal por estudiar lo relativo a la primera súplica de la demanda en que se pide se declare que el día 29 de abril de 1941 se perfeccionó entre los litigantes el contrato de compraventa sobre que versa la litis, alrededor de lo cual dijo, en síntesis, que siendo éste de un valor mayor de $ 500.00, la prueba testimonial no es admisible para demostrarlo, salvo en el caso excepcional de que exista un principio de prueba por escrito, y reputando como tal el recibo número 1952 antes aludido, que el propio demandado aceptó que había sido expedido por la Cajera, procedió a considerar lo aseverado por los varios testigos que declararon a solicitud de la parte actora y el telegrama de 15 de julio dirigido por Crump a Romero, y con apoyo en estos elementos de convicción concluyó así:

"El convenio entre Uribe y Romero sobre el contrato de compraventa, haber recibido el camión viejo de Romero y la suma de quinientos pesos, el telegrama para que viniera Romero a recibir el camión y, con posterioridad a éste mostrarle a Romero el camión y decirle que volviera el lunes por él que lo estaba engrasando y el telegrama del 22 de julio de Uribe, son indicios que convencen al juez que las partes habían perfeccionado el contrato de compraventa, pues no tendrían ninguna explicación los actos ejecutados por las partes en cumplimiento del contrato.

"Está demostrado que entre Galster & Crump, S. A., representado por Luis W. Crump y Deogracias Romero se perfeccionó el 29 de abril de 1941 un contrato de compraventa de un camión

Dodge 1941 y que el precio del camión era mayor de mil pesos".

Finalmente, halló que habiendo el demandado incurrido en mora de cumplir el contrato, la resolución e indemnización de perjuicios decretadas por el Juzgado debían confirmarse.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. se proponen en la demanda de casación varios cargos contra la sentencia; pero como la Corte encuentra que dos de ellos están debidamente fundamentados, prescinde del estudio de los restantes en atención a lo dispuesto en el artículo 538 ibídem.

Esos cargos, que se consideran conjuntamente dada la estrecha vinculación que entre sí tienen, son, en resumen, los siguientes:

a) Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho en calificar como principio de prueba por escrito de la ratificación expresa del contrato Uribe-Romero el recibo expedido por la cajera señora de Gaitán, ya que ésta era una simple trabajadora o empleada de la compañía, que no tenía procuración legal suficiente para responsabilizarla en la imputación que hizo de los quinientos pesos consignados por Romero, y que por ello no puede decirse que dicho recibo sea un documento que provenga del Gerente de la casa demandada o de un legítimo representante o delegado de éste; que cometió error de derecho el Tribunal al dividir la confesión de Crump, ya que si bien es cierto que éste acepta la consignación del dinero en la Caja de la compañía, advierte que esa consignación se hizo no de manera definitiva y en pago de una parte de precio, sino de manera provisional y mientras él impartía su aprobación al contrato Uribe-Romero; que no habiendo principio de prueba por escrito de la pretendida ratificación expresa del contrato ni en el recibo de la cajera, ni en este recibo conjugado con la confesión de Crump, incurrió el Tribunal en igual error de derecho al dar por establecida esa ratificación con la declaración de Juan E. Moya y demás elementos indiciarios que tomó en cuenta el fallo, y que a consecuencia de esos errores violó los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887; 604 y 609 del C. J.; 1502, 2507, 1602, 1767, 1769 y 2142 del C. C.; 331 y 435 del C. de Co.

b) Que además si el Tribunal tomó el telegrama firmado por Crump y dirigido a Romero en que se le dice: "Puede venir recibir camión" como principio de prueba por escrito de la pretendida ratificación, incurrió en doble error de hecho y de derecho en la apreciación de ese elemento probatorio, porque no hace verosímil la ratificación que se da por probada, ya que sus términos crean inmediatamente la duda de si se refiere al camión viejo de Romero o al que vendería la casa demandada, y desde luego esa ambigüedad es contraria a la verosimilitud propia de un principio de prueba por escrito; que no siendo tal ni el recibo de la cajera sólo ni conjugado con la confesión de Crump, ni el telegrama mencionado, no puede darse por probada la ratificación expresa o tácita del convenio Uribe-Romero con solas declaraciones de testigos ni con indicios; que ninguno de los hechos que el Tribunal valora como indicios está suficientemente probado, pues no cuenta sino con un solo testimonio, por lo cual el fallador incurrió en error de derecho; que con tal error y por motivo de la solución dada al pleito quebrantó los artículos 661 y 666 del C. J. y demás disposiciones antes citadas.

La Sala considera:

La convención Uribe-Romero, sobre la cual versa este pleito, que tanto el demandante como la sentencia acusada sostienen que, necesitando de la aprobación del demandado para su perfeccionamiento, fue ratificada por éste en 29 de abril de 1941, es de cuantía mayor de $ 500.00. De consiguiente, ella debió constar por escrito conforme a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, y para su demostración se excluye la prueba testimonial, en atención a lo previsto en los artículos 1767 del Código Civil y 92 de la ley citada, salvo el caso de que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. (Artículo 93, inciso 1º, Ley 153 de 1887). El Tribunal, reputando como principio de prueba por escrito el recibo número 1952 expedido por la Cajera de Galster & Crump, y en atención a que estos aceptaron que ella fue quien lo extendió, dio cabida a la prueba testimonial aportada al debate y tuvo así por demostrada la existencia y perfeccionamiento del contrato materia de la litis. Ese documento es del siguiente tenor: "Nº 1952.- Por $ 500.000.- Bogotá, abril 29 de 1.941.- Recibí de Deogracias Romero M. quinientos pesos m|cte. parte cuota inicial camión Dodge 1941. Lleva un sello, que dice: Galster & Crump S. A. carrera 13 número 27-83.- Teléfono número 47-91.- Firmado L. de G.

Por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal que trae el artícu-

o 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara, total y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso.

Tanto en la diligencia extrajudicial de absolución de posiciones como en la contestación de la demanda, el recurrente negó que hubiera ratificado la convención Uribe-Romero, y que ésta se celebrara en los términos de que da cuenta el libelo, y en lo referente al recibo manifestó, como antes se vio, que es cierta la consignación del dinero que allí se menciona pero que no es cierto que se hubiera hecho en presencia suya ni de manera definitiva, ni autorizada por él personalmente, y que la cajera recibió de manera provisional, puesto que no estaba aprobado el ofrecimiento hecho por Uribe a Romero.

Habiendo ocurrido en tales términos el reconocimiento del documento transcrito y siendo la indivisibilidad de la confesión una de sus características jurídicas, al tenor de lo preceptuado en el artículo 609 del Código Judicial, no es posible sostener legalmente que en esas circunstancias exista un principio de prueba por escrito que haga verosímil el hecho fundamental discutido en este juicio, cual es el de que el demandado hubiere ratificado y aprobado la convención Uribe-Romero, pues el documento conjugado con la confesión apenas acredita la entrega del dinero, pero en forma provisional, lo cual no da lugar a inferir sino por el contrario a excluír la posibilidad de la ratificación. Y no resulta extraña la versión del demandado, pues según los propios términos del demandante fue depositado en los garages de Galster & Crump aún antes de que éstos decidieran sobre si ratificaban o no la aludida convención.

Se alega por el opositor en el recurso que estando admitido por el recurrente que la signataria del recibo era cajera de la empresa demandada y apareciendo aquel con la correspondiente antefirma social, hay que presumir legalmente la autorización del segundo de los nombrados y considerar el acto como cumplido por el mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 436 y 437 del Código de Comercio.

A lo anterior observa la Sala que el hecho del recibo del dinero no se discute en este pleito, pues el demandante lo afirma y el demandado lo acepta; lo que aquí se controvierte es si ha habido o no ratificación por parte del último de lo acordado entre Uribe y Romero, y de aquel sólo hecho, dadas las circunstancias en que lo aceptó el recurrente, no es posible deducir, como se ha dicho, la ratificación pretendida.

De otro lado, el cajero de una casa comercial no es un factor, pues por tal se denomina, según la dfinición que da el inciso 2º del artículo 435 del C. de Co., la persona encargada de la administración de un establecimiento mercantil o fabril, sino un simple empleado o dependiente de comercio, dentro de cuyas gestiones naturales y obligatorias, por tanto, para el patrón sólo quedan comprendidas, con las limitaciones establecidas en la ley, las de recibir pagos y expedir la constancia de esos hechos; pero las operaciones que se salgan de ese radio de acción, no obligan a aquellos, salvo naturalmente el caso en que tengan la facultad expresa para ejecutarlas, según así lo prescribe el artículo 457 del C. de Co.

Y como en el presente pleito no se ha demostrado y ni siquiera sostenido que la Cajera de Galster & Crump tenga autorización suficiente para celebrar contratos o para ratificar en nombre de sus patrones los que otros empleados celebren, la imputación que ella dió al pago cuando en el recibo expresó que era por concepto de "parte cuota inicial camión Dodge 141", no puede ser tenida como ratificación expresa o tácita del convenio Uribe-Romero ni por consiguiente como principio de prueba por escrito que haga verosímil ese hecho, porque según la ley sólo se le asigna ese valor al documento que ante todo proviene del demandado o de un representante suyo, y sobra por lo expuesto decir que la señora de Gaitán no tenía la última de esas calidades en cuanto actuó fuera del límite propio de sus atribuciones.

Otro documento obra en autos, que también

pudo ser reputado por el sentenciador como principio de prueba por escrito de la existencia del contrato. Es el telegrama dirigido por Crump a Romero con fecha 15 de julio en que le dice: "Puede venirse recibir camión". Acerca de esa pieza manifestó el demandado que ella se refiere al camión Diamond de segunda mano, que se le había recibido provisionalmente, pues para esa fecha ya se había averiguado que las referencias de Romero no eran aceptables, motivo por el cual no se aprobó la convención celebrada con Uribe.

Esa manifestación, sumada al hecho aseverado por el demandante de que el camión Diamond fue recibido en los garages de Galster & Crump el mismo día en que negoció con Uribe, es decir, antes de que se produjera —según la demanda— la ratificación de la aludida convención, crea evidentemente el equívoco de que ese telegrama pueda referirse de igual modo tanto al camión Diamond como al Dodge, materia de la convención, y esa ambigüedad o duda, es contraria a la verosimilitud propia del principio de prueba por escrito, que requiere que entre el documento y el hecho que se trata de probar haya una relación cierta y no vaga o imprecisa.

En su "Tratado de Pruebas" dice el expositor Francisco Ricci, lo siguiente:

"Según dispone el artículo 1.347, para que haya principio de prueba escrita, que haga admisible la prueba testifical, no basta que se tenga un escrito cualquiera proveniente de aquel contra quien se propone la demanda, o de quien lo represente, sino que es necesario que el escrito haga verosímil el hecho alegado, esto es, el hecho que se quiera probar por medio de testigos".

"Se deduce de aquí que el documento sobre que se funda el principio de prueba debe tener necesariamente relación con el hecho que se quiera probar por medio de testigos; no basta, no vale que tenga relación con otro hecho cualquiera".

"El que se tenga la prueba de un crédito no basta para que ésta pueda servir de principio de prueba por escrito hasta hacer admisible la prueba oral, a fin de demostrar la existencia de otros diferentes créditos. El escrito que haga verosímil el hecho alegado de que habla el artículo 1.347, es aquel que esté ligado con el hecho mismo que se alega. Es de necesidad lógica y jurídica que uno y otro se relacionen directamente; de otra suerte, el escrito no puede hacer el hecho verosímil. Deben, pues, estar como dos términos de una relación, y una vez que esto falte, ya no hay principio de prueba por escrito. Y es esto tan evidente, que no hay por qué insistir". (Obra citada, Tomo 2º página 35).

De lo anterior se colige que el sentenciador al reputar como principio de prueba por escrito de la ratificación cuestionada los dos aludidos documentos y al admitir la prueba testimonial de que da cuenta el fallo para demostrar la existencia y perfeccionamiento del contrato materia de la litis, quebrantó los artículos 91, 92, 93 de la Ley 153 de 1887, 1767 y 1502 que se citan del Código Civil.

Debe, pues, ser casada la sentencia recurrida y para la decisión de instancia son suficientes las razones expuestas en cuanto atañe a la acción propuesta como principal en el libelo, ya que no se trajo al proceso prueba escrita de la convención ni principio de prueba por escrito diferente de los dos documentos aludidos, y por lo que respecta a la subsidiaria, es suficiente decir de un lado, que el dolo o la culpa grave, en que ella se fundamenta, no se presumen y que al juicio no se ha traído prueba que los demuestren, y de otro, que la ratificación del convenio Uribe-Romero dependía del consentimiento voluntario o libre del demandado, por lo cual mientras éste no lo prestara no contraía obligación alguna, y al abstenerse de hacerlo obró dentro de su derecho. (artículo 1502 del C. C.).

Las súplicas referentes a la restitución del camión Diamond y de la suma de $ 500.00 se proponen como consecuencia de las peticiones principales y subsidiarias de la demanda, por lo cual no prosperando éstas aquellas tienen que ser también denegadas. Empero ello naturalmente no implica que el demandado con la absolución que aquí ha de proferirse quede libre de cumplir la restitución, pues hasta él mismo ha reconocido en la contestación de la demanda que por no haberse perfeccionado la convención de que en este fallo se habla ha estado voluntariamente dispuesta a efectuar esa restitución.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPRE

MA 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 fecha catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y revocando la de primera instancia, datada el 24 de abril de 1945, absuelve a los demandados de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda, sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez — 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 TESTAMENTO POR DEMENCIA DE LA TESTADORA

1. — La ratificación y ampliación hechas con juramento en un juicio ordinario de nulidad de un testamento, de las exposiciones rendidas por médicos que reconocieron a la testadora y rindieron sus exposiciones en el juicio anterior de interdicción, no dan a estas exposiciones o ampliaciones el carácter de prueba legal de peritos.

2.—Los conceptos técnicos de expertos designados por una sola de las partes, producidos en juicio ordinario por orden del juez, no son prueba legal de peritos sino peritaciones extrajudiciales cuya apreciación se hace en consonancia con los principios generales de equidad.

3.—Es principio que tiende a afirmarse en la doctrina y la jurisprudencia el de que las pruebas son utilizables en proceso distinto de aquel en que fueron producidas, siempre que los dos procesos se ventilen entre las mismas partes. La transferencia de la prueba no puede hacerse sino en las mismas circunstancias en que fue producida y su apreciación por el juzgador que la recibe, sin haber intervenido en su administración, debe hacerla según su propio criterio, pero sin dejar de tener en cuenta la naturaleza del juicio en que fue producida y el papel que allí desempeña el juez que la decretó.

4.—La jurisdicción voluntaria tiene como carácter distintivo de la contenciosa, que su fin es completar o desarrollar relaciones jurídicas imperfectas o constituír relaciones jurídicas nuevas entre los particulares; en el ejercicio de esa jurisdicción voluntaria el Estado tiene interés por la mejor administración del derecho privado, por lo cual se reserva la facultad de intervenir en cada proceso para controlar si existen en concreto los presupuestos establecidos por la ley civil para la obtención del efecto jurídico pretendido por los interesados.

5.—El proceso que entonces se desarrolla es un proceso civil de tipo inquisitorio, donde el juez no está forzado a decidir "secundum allegata et probata partium", como en el proceso de tipo dispositivo, sino que puede ordenar de oficio la práctica de las pruebas que le parezcan convenientes pues su deber consiste en buscar y declarar no una verdad meramente formal, como en la jurisdicción contenciosa, sino una verdad real, por lo cual las normas de derecho probatorio, de aplicación ordinaria en los juicios contenciosos, adquieren tal amplitud que se podría decir que el funcionario decide como en el sistema de la libertad de prueba o de la prueba moral.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Antecedentes

Rosa Sierra v. de Alzate, vecina de Medellín, otorgó testamento abierto el 8 de marzo de 1934, instituyendo como sus herederas a su madre Martina Agudelo de Sierra en una mitad, y a sus hermanas Paulina, Isábel y Ursula Sierra en la otra mitad, con deducción de unos legados.

El 31 de julio de 1940 la misma señora vendió a su hermano Santiago Sierra sus derechos en la sucesión de su madre y en la de su hermana Isabel, y unos derechos proindiviso en un lote de terreno situado en dicha ciudad. Y el 14 de febrero de 1941 la viuda de Alzate vendió al señor José Toro Greifestein una casa situada en la calle Maracaibo por $ 6.210.00, de los cuales recibió dos mil pesos a su satisfacción y le quedó debiendo el comprador $ 4.210.00 pagaderos por mitad, con plazos de dos y cuatro años, con intereses del 6% anual y garantizados con hipoteca de la misma finca, constituída por el deudor.

A los cuatro días, el 18 de febrero de 1941, Santiago Sierra pidió al Juez 2º Civil del Circuito de

Medellín que decretara la interdicción definitiva de su hermana Rosa Sierra v. de Alzate, por causa de demencia, "aun cuando tiene intervalos lúcidos", al decir del peticionario, y que oyera previamente el dictamen de facultativos y el concepto del Ministerio Público; indicó, además, que podían dar informes Antonio Saldarriaga y su esposa, Francisco Saldarriaga, Valerio Tobón y otros. Los reconocimientos médicos de la presunta demente se verificaron en presencia del Juez en los días 20, 21 y 22 de marzo de 1941 y el 27 de marzo los facultativos Agustín Piedrahita H. y Lázaro Uribe C., expusieron en el Juzgado su dictamen concluyendo que la señora Rosa se hallaba en estado de demencia senil, lo que justificaba la interdicción judicial.

Doña Rosa se había dirigido el día anterior, 26 de marzo de 1941, al Personero Municipal diciéndole que con la solicitud de interdicción su hermano Santiago quería quitarle el manejo de sus bienes e impedirle que dispusiera de ellos e hiciera testamento en favor de quien ella quisiera, y que le pedía vigilara el asunto y la defendiera; pero el Personero se limitó a agregar el memorial a su vista del dos de abril de 1941, donde manifestó que era inútil la recepción de declaraciones insinuada por la memorialista porque la cuestión era técnica y ya había un dictamen médico que le permitía opinar en favor del decreto de interdicción.

El 25 de abril de 1941 la señora v. de Alzate pidió al Juzgado que se practicaran estas pruebas: la ratificación jurada del concepto emitido en la misma fecha por los doctores José Miguel Restrepo y Arturo Orozco sobre la salud y estado mental de la peticionaria, y la recepción de declaraciones a los señores Eduardo Restrepo Gaviria, Juan Bautista Restrepo, Eduardo López y Enrique Giraldo sobre la vida anterior y conducta habitual de la misma peticionaria. Al respecto no consta sino que el 13 de mayo de 1941 los médicos Restrepo y Orozco se ratificaron con juramento, dentro del proceso de interdicción, en el dictamen escrito que había presentado la interesada, donde, entre otras opiniones, conceptuaron que las perturbaciones de la inteligencia que le habían observado, no oscurecen su actuación social ni justificarían un aislamiento ni tampoco una interdicción judicial; y también consta que se recibió la declaración de Enrique Giraldo.

El procedimiento de interdicción quedó en suspenso desde fines de mayo de 1941 y no había terminado con decisión de fondo, cuando la viuda de Alzate falleció el 13 de junio de 1941, a consecuencia de una hemorragia cerebral que le había sobrevenido tres días antes.

Al morir dejó testamento cerrado que había presentado al Notario 4º de Medellín según consta en la escritura pública número 811 del 25 de marzo de 1941, o sea tres días después del último reconocimiento judicial que se le había practicado en asocio de los peritos, en el juicio de interdicción, dos días antes de que los peritos rindieran su dictamen y la víspera del día en que la testadora se dirigió al Personero Municipal solicitando que la defendiera de la intriga de su hermano.

Las diligencias de apertura de ese testamento, protocolizadas el 8 de agosto de 1941 por escritura número 2292 de la dicha Notaría, dan cuenta de que la testadora revocó su anterior testamento del 8 de marzo de 1934, dejó a Luis Eduardo Castaño, quien la había servido y atendido en varios años, sin cobrarle nada por el bien que le hacía, un legado consistente en la casa número 43-41 de la carrera Sucre y un crédito hipotecario contra José Toro Greifestein, menos quinientos pesos para misas y sufragios, e instituyó como herederos del remanente, entre éste los muebles y enseres de la casa, a sus hermanos legítimos por partes iguales.

El juicio

María de la Cruz Ursula Sierra y Paulina Sierra, hermanas legítimas de la testadora, demandaron a Luis Eduardo Castaño, el 7 de abril de 1942, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín, para que con su citación y audiencia se declarara: a) Que es nulo el referido testamento cerrado, "nulidad proveniente de la incapacidad por demencia de la otorgante"; y b) Que por eso se debe cancelar el registro de la citada escritura número 811, de presentación del testamento.

A los antecedentes relacionados, agregaron las demandantes que en noviembre o diciembre de 1940 Luis Eduardo Castaño había logrado hacerse a la amistad de doña Rosa con embustes; habiendo llegado a sugestionarla hasta el punto de inducirla a contraer matrimonio con él, no obstante la edad avanzada de la señora, que contaba ya setenta y ocho años; que en aquellos días había entrado a vivir en la casa de la señora y se había hecho surtir con dineros de ésta una tienda de víveres en un local de la misma casa; que se había apropiado de grandes cantidades de dinero de su víc-

tima, especialmente de la suma que recibió de José Toro G. por la venta de la casa de la calle Maracaibo, contrato a que la indujo Castaño haciéndola vender la finca por la mitad de su precio, a largos plazos y con bajísimo interés.

El Juzgado del conocimiento falló el 27 de abril de 1943 declarando la nulidad del testamento, ordenando la cancelación del registro de la escritura número 811 y absolviendo de costas al demandado. Los señores Jaime Tobón, Luis Gutiérrez y Rafael Posada, cesionarios de los derechos del demandado Castaño, como legatario, se presentaron en el juicio y apelaron de la sentencia, por lo cual subieron los autos al Tribunal de Medellín, el que después de seguir los trámites de la segunda instancia, pronunció sentencia el 7 de marzo de 1946 revocando la del Juzgado **a quo**, y negando las declaraciones impetradas por las demandantes, a quienes libró del pago de las costas.

La sentencia acusada

En este fallo el Tribunal, después de recordar algunos principios legales y decisiones jurisprudenciales sobre el tema de la nulidad por causa de demencia, tanto en lo que se refiere al aspecto sustantivo como en lo que toca a la parte probatoria, entra a estudiar las pruebas sobre el hecho básico del pleito, o sea la demencia de la señora Sierra v. de Alzate al otorgar su testamento el 25 de marzo de 1941, y al efecto empieza por extractar el dictamen de los peritos Uribe y Piedrahita en el juicio de interdicción, el concepto de los médicos Restrepo y Orozco ratificado con juramento en el mismo juicio, y a la adición que expusieron en este juicio ordinario, y las exposiciones que rindieron en la segunda instancia los doctores Edmundo Rico y Gil J. Gil; observa que a las conclusiones de los dos primeros facultativos se oponen las de los cuatro últimos, lo que hace que la cuestión discutida no pueda ser más oscura y vaga, y califica el resultado de la prueba pericial y sus efectos jurídicos así:

"Resulta de esos dictámenes, de su estudio detenido y confrontación de unos con otros, que existe una verdadera duda sobre el estado sano de mente o el estado demencial en que se encontrase doña Rosa el día que otorgó su testamento; y como consecuencia no logró desvirtuarse la presunción establecida por la ley de que dicha señora se hallaba capacitada para el otorgamiento del acto testamentario que quiere anularse.

"En efecto: En presencia de las exposiciones de los doctores Orozco, Restrepo, Gil y Rico, detalladas y explicadas, que conceptúan la sanidad mental de doña Rosa en el día premencionado, o su calidad para actos civiles, sería aventurado e injurídico desatenderlos en absoluto y darle mérito sólo al dictamen pericial que rindieron los otros dos prestantes médicos. De manera que no siendo claro o evidente, ante la ciencia médica, que dicha señora sufría de demencia senil, en la época citada, sería violentar la ley civil, que establece la presunción de habilidad jurídica en el testador, y la del Código procedimental que obliga al demandante a aportar la prueba plena de la demencia, dar por constatado el estado patológico o demencial que se viene discriminando".

Después hace presente el Tribunal que la presunción legal de capacidad de la testadora está reforzada por la circunstancia de haberse expresado en la escritura de presentación número 811 y en la cubierta del testamento, con la firma del Notario y los testigos instrumentales, que la testadora se hallaba "en su completo juicio y pleno goce de sus facultades mentales", siendo de advertirse que la escritura es de la misma fecha del testamento, y que esas dos presunciones, favorables a la validez del testamento están reafirmadas por numerosas declaraciones de testigos que expresan actos de la señora Sierra v. de Alzate, demostrativos de que en la fecha del testamento se hallaban sanas sus facultades mentales. Y en seguida transcribe en lo substancial las declaraciones del Notario y los testigos instrumentales del testamento, la del Notario que autorizó la escritura de la venta de doña Rosa a su hermano en julio de 1940, la del abogado que hizo el testamento, sirvió de testigo instrumental y representó a Castaño en la primera instancia de este juicio, las de dos distinguidos sacerdotes, uno capellán de Coro de la Metropolitana de Medellín, confesor de la testadora en los últimos meses de su vida, y otro Sochantre de la misma Metropolitana, quien la había tratado por mucho tiempo, hasta su muerte, la del comprador de la casa de la calle Maracaibo, la del comisionista y consejero de la señora, la de un testigo instrumental de la escritura de venta de dicha casa, la de dos choferes y la de un vecino y amigo de la misma señora. Además, cita otras seis declaraciones de personas que exponen los hechos indicativos de que doña Rosa no sufría perturbación mental grave.

Sobre una carta del señor Antonio Saldarriaga T. y una certificación escrita del presbítero Emi-

lio Giraldo G. acompañadas por el apoderado de las demandantes al resumen de sus alegaciones orales ante el Tribunal, dice la sentencia que no son pruebas legales por no haber sido ratificadas en juicio, bajo juramento, aunque tienen fuerza de convicción moral.

El resumen de la estimación probatoria y la consecuencia de derecho que saca el Tribunal, están contenidos en estos dos párrafos:

"En presencia de las normas legales y consideraciones de derecho que atrás se indicaron, y del acervo probatorio nutridísimo que se aportó para constatar que la señora Sierra v. de A., en los años o meses que precedieron a su muerte, conservó el relativo equilibrio de sus facultades mentales, es consecuencia que ha de negarse la nulidad del acto testamentario a que se refiere este juicio.

"En efecto: aunque tienden a demostrar el estado demencial de dicha señora la exposición pericial de los doctores Lázaro Uribe Calad y Agustín Piedrahita R. y las dos cartas sin ratificar acompañadas al alegato de la última instancia, en cambio favorecen a la parte demandada, sobre la sanidad mental de dicha señora, un cúmulo muy superior de probanzas, como son las siguientes, en síntesis: a) la presunción de mente sana o capacidad para contratar o testar, que establece la ley; b) la presunción de veracidad respecto del estado mental del testador, afirmado por el notario y testigos instrumentales, la que establece la ley y la jurisprudencia; c) los dictámenes periciales de los doctores Arturo Orozco V., José Miguel Restrepo, Edmundo Rico y Gil J. Gil; d) las múltiples declaraciones de los testigos, más de veinte, atrás indicadas, entre ellas de sacerdotes, abogados, ingenieros, etc., que presenciaron numerosos actos o conocieron la conducta habitual de dicha señora en los meses anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, y que están todas contestes en que dicha señora disfrutaba de sus plenas facultades mentales.

El recurso

Contra este fallo ha recurrido en demanda de casación el apoderado de las demandantes quien en un extenso escrito desarrolla dos cargos por vicios de valoración probatoria, de los cuales deduce la violación de estas disposiciones sustantivas: el numeral 3º del artículo 1061 del C. C., disposición que el Tribunal no aplicó y ha debido aplicar porque hay prueba pericial de la insania mental de la testadora; el artículo 553 del C. C. que no fue aplicado siendo el caso de hacerlo puesto que se probó con dictamen pericial que la testadora padecía de demencia senil tres días antes del testamento; y los artículos 1504 del C. C. y 8º de la Ley 5 de 1890 porque el dictamen pericial que concluyó en la existencia de esa demencia impuso el deber legal de la interdicción de la señora Sierra v. de A., o al menos la certeza en la Corporación que falló este pleito, de la demencia senil de dicha señora para llegar obligadamente a la nulidad del testamento.

- I -

El primer cago es el de error de derecho en la apreciación de la prueba pericial sobre el estado mental de la testadora y lo funda el recurrente en las siguientes razones: a) que el dictamen pericial de los doctores Uribe y Piedrahita, en el juicio especial de interdicción, sobre la demencia senil de la viuda de Alzate, versa sobre hechos sujetos a los sentidos, se funda en la ciencia de los expertos, no da lugar a duda alguna y es uniforme y por todo eso tiene el valor de plena prueba; b) que dichos peritos, designados por el Juez 2º del Circuito de Medellín en el juicio de interdicción, son eminentes facultativos, especializados en psiquiatría y medicina legal, uno de ellos médico de la señora Rosa por más de diez años, y vecino suyo, y ellos dictaminaron reconociendo previamente a la enferma en tres días distintos y consecutivos en presencia del Juez; y a pesar de todo eso, el Tribunal balanceó el dictamen de esos peritos con conceptos de cuatro facultativos, los doctores Restrepo y Orozco, Rico y Gil, favorables a la sanidad mental de la testadora, pero de los cuales los doctores Rico y Gil no conocieron a doña Rosa y sólo dieron un fundamento intrascendente, a saber, que el dictamen de los peritos Uribe y Piedrahita no hizo un cuadro etiológico de la demencia senil, ni de las lesiones anatomo-patológicas, cuando el legislador sólo requiere que los facultativos dictaminen sobre la existencia y naturaleza de la demencia; c) que el Tribunal no hizo la crítica ni la evaluación de las razones dadas por los expertos, sino que usó de un criterio cuantitativo y no del cualitativo que es el que debe usarse en materia pericial; d) que no hay oscuridad ni vaguedad en la cuestión discutida porque existe un dictamen legal de peritos, corroborado por tres conceptos de médicos y sólo impugnado por el doctor Rico, quien no

conoció a la testadora sino a través de informes parcializados por el interés, a quien le contestaron los peritos Uribe y Piedrahita en una réplica que no mencionó la sentencia; y que si después de un análisis crítico de los conceptos de los doctores Rico y Gil la Sala sentenciadora hubiera llegado a la perplejidad, no le era dado balancear la duda porque había una prueba pericial producida legalmente; e) que con la sola comparación del dictamen de los doctores Uribe y Piedrahita con los conceptos de los doctores Restrepo y Orozco, rechazó la sentencia aquel dictamen que es una plena prueba, no desvirtuada como lo manda la ley; y que además no es exacto que el concepto de los doctores Restrepo, Orozco y Gil difiera sustancialmente del dictamen de los doctores Uribe y Piedrahita; f) que el fallo acumula el dictamen de peritos psiquiatras a conceptos de facultativos que ejercen la medicina general o la cirugía y al del doctor Rico que opinó sobre elementos incompletos o sobre datos parciales.

Más adelante, en el capítulo que el recurrente denomina **violación de ley sustantiva,** donde introduce con falta de método consideraciones sobre errores en la estimación de la prueba pericial, deduciendo violación de varias disposiciones de orden adjetivo o probatorio, como los artículos 549, C. C., 705, 716, 722, 820 y 821 del C. J., la demanda de casación repite en otra forma, o detalla más, los fundamentos de este primer cargo y para ese efecto alega que simples conceptos sin "inspectio corporis et mentis". no pueden destruír la prueba pericial producida en el juicio de interdicción y que procesalmente no fue invalidada de acuerdo con la ley; que el Tribunal no analizó a fondo ese dictamen pericial de los doctores Uribe y Piedrahita, sino que lo encontró en minoría respecto de conceptos que no son dictámenes periciales, no dio razones para desecharlo y lo desestimó arbitrariamente; que el Tribunal dio validez al dictamen de los doctores Restrepo y Orozco, que no fueron peritos nombrados por el Juez ni por las partes, y que tuvo como dictamen pericial las opiniones de los doctores Rico y Gil que no son sino glosas al dictamen de Uribe y Piedrahita.

Respecto de este cargo se considera:

El dictamen de los doctores Uribe y Piedrahita, en el juicio de interdicción termina con esta conclusión: "La inafectividad de la señora Sierra v. de Alzate para con sus familiares más íntimos; el extraño afecto que manifiesta por el señor N. declinando en éste su personalidad afectivo-activa; la deficiencia fundamental que se observa en sus facultades mentales: inteligencia, capacidad calculadora, memoria, son fundamento para que conceptuemos que la dicha señora se halla en estado de demencia senil lo cual justifica una providencia judicial que la ampare en el manejo de sus haberes y la administración de su hacienda".

El concepto que los doctores Restrepo y Orozco ratificaron con juramento en el mismo juicio de interdicción saca esta conclusión: "En consecuencia, con las apreciaciones obtenidas durante los tres exámenes, conceptuamos que la señora Rosa Sierra v. de Alzate tiene una ligera decadencia cerebral de marcha lenta que puede corresponder a una demencia senil incipiente, en su forma clínica de presbio-frenia, pero de sintomatología tan atenuada, tan benigna, que las perturbaciones de la inteligencia no oscurecen su actuación social ni justificarían un aislamiento ni tampoco una interdicción judicial. Es un estado común en individuos que pasan de los cincuenta y cinco años, que difícilmente pueden calificarse como patológica; no lo son en absoluto para el estado de vejez y de senilidad".

Estos facultativos ampliaron su concepto en la primera instancia de este juicio ordinario y en la ampliación dijeron que si el 25 de marzo de 1941 la señora Rosa se hallaba en el estado en que ellos la habían encontrado en los días 23 y 25 de abril del mismo año, sus facultades mentales le permitían obrar como persona consciente, y que si esas facultades hubieran estado (aquel día) como les tocó apreciarlas a los primeros peritos, se entiende que en días anteriores, el concepto de los declarantes sería muy distinto ya que perturbaciones como las anotadas por éstos imponen la interdicción; que como hay contradicción entre sus conclusiones y las de los anteriores peritos, manifiestan que los declarantes pudieron comprobar alternabilidad en los períodos de lucidez y enturbamiento mental y por tanto es verosímil que el 25 de marzo la testadora estuviera sana de juicio; que no hay línea marcada de división entre la alteración mental senil y la demencia senil; la primera es un estado fisiológico y la segunda es un estado patológico; que dónde termina el uno y dónde empieza el otro, es tema que se presta y se seguirá prestando a discusiones tal vez sin fin; que de ésta manera no es arriesgado suponer que las perturbaciones de la memoria que en su exposición se calificaron de benignas e hicieron depender de un ésta de decadencia que se inicia, pudieran co-

locarse también en las perturbaciones intermediarias que preceden a la demencia patológica; que es cierto que la presbio-frenia en la mayora de los casos es patológica y sirvió a Wernike para caràcterizar el síndroma que lleva su nombre; es un estado común de la vejez en que a la pérdida de la memoria se unen desorientación en el espacio y confabulación, pero en ese estado el juicio es relativamente conservado.

Los mismos facultativos Restrepo y Orozco volvieron a ampliar su concepto en la segunda instancia de este juicio ordinario diciendo que su primitiva conclusión, fruto de detenida y concienzuda observación personal, es diametralmente opuesta a la de los doctores Uribe y Piedrahita y es imposible interpretar aquélla como una corroboración, prohijamiento o confirmación de la de éstos y que cuando en la anterior ampliación expresaron que si las facultades mentales de la señora de Alzate hubieran estado como les tocó apreciarlas a los doctores Uribe y Piedrahita, su concepto sería muy distinto pues esas perturbaciones imponen la interdicción, habían discurrido sobre una simple hipótesis pero no habían aceptado el hecho porque no les tocó examinar a la señora en los mismos días que los otros médicos y porque la conclusión de los exponentes es sutancialmente contraria a la de dichos médicos.

El estudio del doctor Edmundo Rico, en la segunda instancia de este ordinario, concluye que los dictámenes de los doctores Uribe y Piedrahita por una parte y el de los doctores Restrepo y Orozco por la otra son absolutamente contradictorios; que el primero es deficiente e incompleto por no haberse practicado un examen orgánico para comprobar la demencia senil o siquiera para dilucidar su variedad clínica; que en su concepto, basado en las declaraciones periciales y testimoniales contenidas en el expediente, el 25 de marzo de 1941 la señora Sierra de Alzate no padecía de demencia senil, sino que tenía una mentalidad senil, una senectud fisiológica, inherente a sus 78 años de edad, pero que en nada comprometía el funcionamiento normal de sus facultades de juicio y raciocinio.

Y por último, las opiniones del doctor Gil J. Gil, también en la segunda instancia de este juicio, son estas: las exposiciones de los doctores Uribe y Piedrahita por una parte, Restrepo y Orozco por la otra, son esencialmente opuestas y contradictorias; la señora Sierra, según estudio hecho en declaraciones y exposiciones médico-legales, presentaba cuando otorgó su testamento el deterioro mental fisiológico propio de su edad e inherente a la senectud; el debilitamiento de las facultades psíquicas con restricciones de la actividad intelectual y de la memoria, que es normal en la senectud, no debe confundirse con la demencia senil, estado patológico con deterioro mental progresivo, permanente y definitivo, que viene acompañado de otras manifestaciones psíquicas.

Contra la estimación de estos peritajes dirige su cargo de error de derecho el recurrente y lo sustenta con varias alegaciones separadas que bien consideradas se reducen a hacer valer la única prueba de importancia que su parte presentó sobre el fondo de la cuestión, o sea el dictamen de los peritos nombrados por el Juez en el juicio de interdicción promovido por Santiago Sierra, y a demeritar tanto la exposición pericial con que la presunta demente combatió ese dictamen en el mismo juicio, como los estudios de los expertos que en el presente juicio opinaron sobre las declaraciones periciales y testimoniales.

Las señoritas Paulina y María de la C. Ursula Sierras, como parte actora, venían obligadas a dar en este juicio la prueba plena y legal de la demencia de su hermana Rosa cuando ésta otorgó su testamento, y podían hacerlo por todos los medios legales, aunque naturalmente el principal y más apropiado fuera una pericia practicada ahora por expertos sobre datos o informaciones suministradas por otras pruebas, como los diagnósticos de los facultativos que habían reconocido a la testadora en este tiempo, las declaraciones de las personas que la habían tratado entonces, y demás elementos de investigación. Pero esta pericia no se produjo en este proceso donde solamente se encuentran ratificaciones y ampliaciones de las exposiciones rendidas o juradas por los médicos en el juicio especial de interdicción, y unos conceptos médicos sobre datos e informes contenidos en el expediente; las primeras fueron recibidas en primera instancia sin las formalidades que la ley procesal establece para la administración de la prueba pericial, y aunque en la segunda instancia se dió traslado de una nueva ampliación, ésta no había sido decretada ni sustanciada como prueba de peritos; de los segundos hay que anotar que sus autores fueron designados por una sola de las partes, la demandada, y que si bien el Tribunal dió traslado de los conceptos, no habían venido éstos al plenario como prueba legal de peritos, y por eso los conceptuan-

tes ni siquiera tomaron posesión de ese cargo prestando previamente el juramento que exige la ley a quienes van a desempeñarlo.

La parte actora pretende exonerarse de la carga de la prueba en este juicio ordinario de nulidad del testamento, con la transferencia de la pericia que de oficio se practicó en el anterior juicio especial de interdicción. Pero aunque es principio que tiende a afirmarse en la doctrina y la jurisprudencia el de que las pruebas son utilizables fuera del proceso en que fueron producidas, siempre que se trate de los mismos que allí fueron partes, es de observarse que esta condición de aplicación de ese principio no aparece aquí como de realización propia y estricta ya que el promotor de la interdicción no fueron las demandantes sino su hermano Santiago, y el que hizo de demandado fue el representante del Ministerio Público, entidad diferente de Luis Eduardo Castaño, demandado en el presente juicio. Cierto que la viuda de Alzate, cuando ya estaba rendido el dictamen pericial y había conceptuado el Personero Municipal, se presentó en aquel otro proceso contradiciendo la gestión de su hermano Santiago y pretendiendo acreditar su cabal juicio; pero ella no fue ni podía ser parte en ese proceso, aunque el Juez la oyera sobre su solicitud de pruebas, poniendo así medios de investigación que lo ilustraran en el fallo definitivo.

Admitiendo, sin embargo, que las actuales demandantes puedan aprovechar esa prueba del anterior proceso y que ella tenga valor probatorio en contra del actual demandado, es claro que su transferencia a este proceso no puede hacerse sino en las mismas circunstancias en que fue producida fuera de este expediente y que su apreciación por el juzgador que la recibe en este litigio, sin haber intervenido en su administración, debe hacerla según su propio criterio, pero sin dejar de tener en cuenta la naturaleza del juicio en que fue producida y el papel que allí desempeñaba el Juez que la decretó. En otras palabras y hablando concretamente: el Juez de este juicio ordinario de nulidad del testamento de la viuda de Alzate, al pronunciar su fallo y encontrar una pericia que no se produjo dentro del juicio, se halla en la misma situación que el Juez del juicio de interdicción de dicha señora, donde se produjo esa prueba, en cuanto a la asunción, interpretación y estimación de la misma.

Y el dictamen de los peritos Uribe y Piedrahita, que se trajo de otro juicio para utilizarlo en el presente, estaba inpugnado por la presunta demente con el concepto de los médicos doctores Restrepo y Orozco quienes la habían reconocido en tres días distintos y habían conceptuado a petición de ella y en favor de su sanidad mental; este concepto era una verdadera pericia extrajudicial que había sido admitida como medio probatorio por el Juez y solemnizada con la ratificación jurada de los peritos que la habían rendido. La objeción que implicaba esta nueva pericia no había sido decidida por el Juez que conocía la interdicción solicitada, y la apreciación de las dos pericias tampoco había sido hecha por el Juez cuando el proceso se extinguió por la muerte de la presunta interdicta.

No puede dudarse de que si el Juez hubiera alcanzado a fallar sobre la interdicción habría valorado la pericia practicada por los médicos cuyo concepto había llevado al juicio la señora viuda de Alzate, aunque no reuniera las formalidades legales de la peritación judicial, tanto porque él había recibido y hecho jurar el concepto, como porque obraba en un juicio de jurisdicción voluntaria. Esta jurisdicción tiene como carácter distintivo de la contenciosa que su finalidad es completar o desarrollar relaciones jurídicas imperfectas o constituír relaciones jurídicas nuevas entre los particulares; en el ejercicio de esa jurisdicción voluntaria el estado tiene interés en la mejor administración del derecho privado, por lo cual se reserva la facultad de intervenir en cada proceso para controlar si existen en concreto los presupuestos establecidos por la ley civil para la obtención del efecto jurídico pretendido por los interesados. El proceso que entonces se desarrolla es un proceso civil de tipo inquisitorio, donde el Juez no está forzado a decidir **secundum allegata et probata partium,** como en el proceso de tipo dispositivo, sino que puede ordenar de oficio la práctica de las pruebas que le parezcan convenientes pues su deber consiste en buscar y declarar no una verdad meramente formal, como en la jurisdicción contenciosa, sino una verdad real, por lo cual las normas de derecho probatorio, de ampliación ordinaria en los juicios contenciosos, adquieren una tal amplitud que se podría decir que el funcionario decide como en el sistema de la libertad de prueba o de la prueba moral.

Así, pues, el sentenciador de segunda instancia debía asumir y valorar pericias que desde el punto de vista de su producción tenían el mismo carácter legal; la una incompleta e imperfecta, la

otra practicada extrajudicialmente, pero recibida y solemnizada en el juicio de interdicción; además, existía en los autos un concepto técnico sobre las pruebas del expediente, ordenado por el Tribunal a solicitud de la parte demandada y tenía que apreciarlo en consonancia con los principios generales de equidad según el art. 601 del C. J

No criticó el sentenciador las dos pericias, haciéndoles un análisis cualitativo, porque aunque no lo dijo expresamente, tuvo que encontrarlas igualmente atendibles por las razones que sustentaban las conclusiones, y por la calidad de los médicos, ya que aunque de los dos primeros uno sea experto en psiquiatría y el otro en medicina legal, los segundos son profesores de la Universidad de Antioquia y están respaldados por un técnico en aquella ciencia y por el Rector de la misma universidad; de otro modo no hubiera llegado a un estado real de perplejidad sobre la cuestión de hecho básica en este proceso. Pero resultando de esas pericias, igualmente apreciables, que son esencialmente contradictorias, como se ve por la sola lectura del extracto hecho más arriba, las balanceó y contrapesó concluyendo en cuanto al hecho, como no podía menos de hacerlo, que ante la ciencia médica no era clara ni evidente, sino dudosa, la incapacidad de la testadora en la época de su testamento y que por tanto, en el derecho, no estaba desvirtuada con plena prueba la presunción legal de capacidad y sanidad mental de la viuda de Alzate y por eso no podía anular el testamento.

Más adelante, donde hace un resumen de los resultados probatorios y destaca la superioridad general de las probanzas del demandado, el Tribunal menciona cuatro dictámenes periciales en favor de la tesis del goce de sus facultades mentales por la testadora, pero no por ello puede motejársele de haber usado un criterio meramente cuantitativo, como que las opiniones de los doctores Rico y Gil no pudo mencionarlas sino como elementos corroborantes e ilustrativos puesto que ellos no habían opinado sino como asesores técnicos de la defensa del demandado.

Por lo visto, si el Tribunal obraba con una mayor libertad en la valorización de la prueba pericial, fuera judicial o extrajudicial, si las dos pericias tienen el mismo carácter legal, si la segunda está apoyada por un concepto técnico, si siendo contradictorios los resultados de las dos, surge una duda fundada sobre el hecho técnico de la denuncia, duda que el sentenciador no podía resolver científicamente, síguese que en la apreciación de la prueba pericial por el Tribunal no es posible hallar los errores de derecho que acusa el recurrente.

En su fallo esa corporación tuvo muy en cuenta la doctrina que esta Sala expuso en su fallo del 2 de junio de 1942 cuando dijo: "La capacidad y el estado sano mental del testador, se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Y para destruírla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable, no darle prevalencia a la voluntad de un testador, que no puede defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez, y precisión para que pueda anularse el efecto de lo consignado en el testamento" (G. J., tomo LIII, pág. 613).

Se rechaza, pues, este primer cargo.

III

El segundo cargo que el recurrente hace a la sentencia es el de que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial por estos motivos: a) porque dió validez al testimonio de Horacio Tobar R., testigo inhábil por haber sido redactor del testamento, testigo instrumental de su otorgamiento y apoderado de Castaño durante la primera instancia del juicio y hasta que él cedió sus derechos a los actuales subrogatarios que forman la parte demandada; b) porque dio validez a declaraciones recibidas extrajuicio, no siendo el caso permitido por la ley; c) porque las declaraciones se refieren a hechos aislados que a lo sumo se pueden apreciar como indicios, los cuales no alcanzan a infirmar una prueba pericial, legal y completa; d) porque la prueba testimonial no puede recibirse sumariamente o extrajudicialmente sino en casos especiales (artículos 693, 694 y 695 del C. J.); e) porque de las declaraciones ratificadas dentro de este juicio, se hace otra suma sin anotar que en un lapso de pocos días se ratificaron veintitrés declarantes fuera del Tribunal, sin que esas declaraciones sean aceptables porque los testigos hayan prestado el juramento y firmado sus declaraciones; f) porque la sentencia tomó la prueba testimonial como prueba directa

de la sanidad mental de la testadora cuando cada declarante se refiere a un hecho diverso del cual induce él mismo la normalidad mental, lo que no es función de testigos sino de psiquiatras; g) porque la sentencia dejó de anotar testimonios que se refieren a la incapacidad de la testadora para poner a funcionar el radioreceptor, y a la compra de kimonos de seda; en lo relativo a las declaraciones de los testigos instrumentales y del notario, no captó que había habido una pantomima; y no valoró esos dichos aislados y unitarios de los declarantes ni los enfrentó a la prueba judicial; h) porque la sanidad mental de un testador no puede establecerse con los dichos del notario y los testigos instrumentales.

En el capítulo que el recurrente intitula "Violación de la ley sustantiva", concreta los vicios de valoración probatoria antes denunciados, diciendo que el Tribunal incurrió en errores de derecho por haber estimado la prueba testimonial que fue producida sin las formalidades legales, pues los testigos se limitaron a jurar y firmar las declaraciones, prueba que recayó sobre un hecho científico respecto al cual no es admisible la prueba testimonial, dejando de aplicar los artículos 668, 674, 683, 684 y 688 del C. J.; por haber estimado una prueba testimonial preconstituída fuera de los casos en que los artículos 693, 694 y 695 lo permiten y porque en el supuesto de ser inexacta esta tesis la ratificación se efectuó sin las formalidades legales, con juramento y firma nada más (artículos 683 y ss. del C. J.); y por haber dado valor de plena prueba a los testimonios (artículo 697) cuando esta prueba no puede versar sobre el hecho científico de la existencia o inexistencia de la demencia, el que es materia de prueba pericial según el artículo 705 del C. J.

En relación con este segundo cargo considera la Sala:

Como un argumento general y previo, se hace notar que aunque en la sentencia acusada se hubiera incurrido en los errores de estimación de la prueba testimonial acusados en la demanda de casación, no por eso podría triunfar este recurso, puesto que el Tribunal no negó la nulidad del testamento porque la prueba pericial estuviera infirmada por la testimonial, ni por la consideración de que esta segunda prueba acreditara plenamente la sanidad mental de doña Rosa al tiempo de su testamento. El fallo absolutorio se funda en que según la prueba pericial no es un hecho claro y cierto, ante la ciencia médica, el de la demencia senil de la testadora, por lo cual no está destruída la presunción legal de capacidad y sanidad mental de la misma; en que esta presunción está reforzada por la presunción de veracidad de la mención hecha por el notario, en la escritura de presentación y en la cubierta del testamento, de que la señora Sierra de A. "se halla en su completo juicio y goce de sus facultades mentales", y en que reafirman aún más estas dos presunciones, las numerosas declaraciones que refieren actos demostrativos de que en los años o meses que precedieron a su muerte doña Rosa conservó el equilibrio de sus facultades mentales correspondientes a su edad. Y si este argumento confirmatorio, sacado de las declaraciones, no fuera fundado, subsistiría el argumento principal consistente en la falta de una prueba legal y completa que infirmara las presunciones favorables a la validez del testamento.

La prueba de testigos puede recibirse en juicio o fuera de juicio; en el primer caso requiere la ley, para la apreciación del testimonio, la previa citación de parte contraria al solicitante de la prueba; en el segundo caso, la información testimonial generalmente es sumaria o sin citación previa de parte contraria, y la ley sólo exige la citación del adversario en el abono de testimonios de personas ancianas o enfermas, con los cuales podría el adversario promover el pleito después de que estos testigos hubieran muerto. La información sumaria de testigos es posible en todo caso y lo que sucede es que si se quiere hacer valer en juicio donde la ley no permita aducir declaraciones de nudo hecho, se debe pedir la ratificación de las declaraciones durante el término probatorio a fin de que la contraparte pueda intervenir en la diligencia, repreguntar a los declarantes y ejercitar su derecho a impugnar la prueba. Esto es lo que establecen los artículos 693 a 695 del C. J. y por eso la parte demandada pudo hacer recibir las declaraciones de sus testigos extrajudicial y sumariamente para presentarlas después en la segunda instancia de este juicio ordinario con el objeto de que se decretara y se practicara la ratificación de los declarantes, como así se hizo con previa citación de la parte demandante.

La ratificación de las declaraciones aparece en el expediente con las formalidades legales y no hay prueba de que se recibieran fuera del Tribunal o de un modo irregular.

Aunque cada uno de los declarantes se refiera a hechos aislados sus testimonios tienen el valor probatorio de indicio y de su conjunto el Tribu-

nal dedujo un argumento meramente corroborativo que podría reducirse a que la conducta habitual de doña Rosa en el año o en los meses que precedieron a su muerte era la de una persona que conservaba el equilibrio de sus facultades mentales a pesar de la decadencia que la aquejaba por su avanzada edad. Pero este argumento no equivale a la conclusión de que la prueba pericial hubiera sido infirmada por la testimonial, ni a la conclusión de que ésta última acreditara la sanidad mental de la testadora, como equivocadamente lo supone el recurrente.

La sentencia aprecia el testimonio del doctor Horacio Tobar H. porque aunque pudiera estar inhabilitado por causa de parcialidad por haber sido el redactor del testamento, testigo instrumental y apoderado de Castaño en la primera instancia, la parte demandante no tachó su testimonio ni promovió el incidente respectivo y porque el juzgador no podía aducir y declarar oficiosamente la tacha, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 673 del C. J.

Las declaraciones que el Tribunal dejó de anotar y que son singulares de cada hecho, no servirían ni siquiera para fundar indicios leves y remotos de demencia porque las circunstancias que refieren los declarantes son naturales en una anciana de 78 años o no tienen la significación que el recurrente sugiere.

El error de hecho en la estimación de las declaraciones del notario y los testigos instrumentales del testamento, sólo hubiera podido admitirse en el caso de que el recurrente hubiera demostrado que de ellos resultaba de modo evidente la pantomima de que habla; pero en la demanda de casación no aparece ni siquiera como intentada esa demestración.

Y no siendo sino meramente corroborativo de las presunciones expresadas, el argumento sacado de las declaraciones, el sentenciador no tenía para qué contrastarlo con las conclusiones y fundamentos de los peritos, lo que sí habría tenido que hacer si hubiera sostenido que un grupo de ellos estaba equivocado según los hechos resultantes de la prueba testimonial.

En fin, respecto del valor probatorio del testimonio del notario ya dijo esta Sala en la sentencia citada en el capítulo anterior:

"Además de la presunción de que se hizo mérito, existe otra de carácter general y es la de que siendo los Notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad, que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla".

Por consiguiente, también se rechaza el segundo cargo.

En mérito de lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pronunciado en este juicio con fecha siete de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO. — CAUSALES DE CASACION. — IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — EL FENOMENO JURIDICO DE LA PRECLUSION.

La Sala ha tenido oportunidad de destacar cómo los errores IN PROCEDENDO para cuya reparación instituye la ley las cinco últimas causales de casación de las enumeradas por el artículo 520 del C. J., provienen siempre de vicios que en una u otra forma afectan los presupuestos procesales; respecto del constituído por el Juez, la causal 5ª atiende a su capacidad subjetiva, al paso que otras (cuarta, sexta y séptima), se refieren a la objetiva, o sea, a la investidura que permite ejercer la jurisdicción nacional, y a la especialización de ella en un caso concreto por ministerio de los preceptos reguladores de la competencia.

La capacidad subjetiva del funcionario jurisdiccional reside en su aptitud moral para administrar justicia; averiguado ya que está revestido del poder general para hacerlo y de que esta facultad puede concretarse al caso individual de que se trate, ha de saberse si, no como titular de la jurisdicción sino como individuo humano puede servir a la tarea que se le encarga impersonalmente. La ley presupone que los jueces están atados, como todos sus semejantes, por vínculos personales como el afecto o el desafecto, el interés patrimonial o el simplemente intelectual; sobre estos cuatro lazos que pueden ligarlos moral o mentalmente construye las circunstancias excepcionales en que les impide ejercer la jurisdicción, o les permite abstenerse de hacerlo.

El sistema taxativo de los impedimentos recogido por el artículo 435 de nuestro estatuto procesal reúne las características que configuran tal instituto como parte integrante del derecho de defensa y como afirmación de que administrar justicia es función del Estado superior a la voluntad individual de las personas sometidas a ella; la recusación llamada perentoria, es decir inmotivada, que en otras épocas se justificó porque los jueces eran designados por la suerte, o por votación pública de electores que representaban intereses religiosos o políticos en pugna, está hoy circunscrita casi exclusivamente a los jurados en materia penal; las legislaciones modernas sólo admiten la recusación o el impedimento motivados, en cuanto a la primera porque no es posible arrojar sobre los jueces la tacha de posible parcialidad sin expresar el fundamento de tal temor, como que en ello se crearía un ambiente desfavorable al honor o al buen nombre de aquellos; en cuanto a los segundos, porque tampoco sería tolerable que tales funcionarios se inhibieran de cumplir sus obligaciones pretextando cualesquiera circunstancias así fueran fútiles o insignificantes. La motivación del impedimento concilia los intereses de la parte con los de la persona del juzgador, y con los superiores del ambiente jurídico; aquella no queda expuesta a una posible arbitrariedad viéndose privada de justicia por la inhibición del juez so capa de impedimentos, o en tener que litigar ante uno sobre quien pese la posibilidad de estar unido a un prejuicio; el segundo se liberta de la incomodidad personal y social que implicaría verse obligado a decidir causas en que estuvieran de por medio intereses cuya sola mención podían menoscabar el prestigio de su fallo, al propio tiempo que permanece al abrigo de cargos infundados y temerarios o de simples sugestiones desobligantes, formuladas por animadversión o con el fin de impedirle ejercer sus funciones en determinado proceso.

Las causales de impedimento y recusación instituídas por nuestra ley, como las de la legislación universal, tienden a evitar que la rama jurisdiccional en un caso concreto pierda la independencia que le es necesaria por hallarse el Juez en relación con: a) otros órganos concurrentes en el mismo litigio; b)

con los litigantes; c) con el objeto litigioso. Al primer aparte se refiere principalmente el numeral 7º del art. 435 del C. .; al segundo los numerales 1º, 2º, 4º, 5º, 8º, 9º, en cuanto versa sobre favor a alguna de las partes en el negocio que es materia del pleito, 10, 12, 14 y 15; al tercero los numerales 3º, 6º, 9º, en cuanto atiende a la intervención anterior del Juez en el pleito como Agente del Ministerio Público, testigo o perito, 11 y 16. Dentro de este último grupo se reúnen los casos de interés patrimonial en el Juez, y los de vínculo puramente limitativo del raciocinio del juzgador, y posiblemente de su voluntad no sólo en forma de apego a sus ideas ya expresadas sino también de amor propio o de vanidad al rededor de éstas. Tan celosa se muestra la ley de garantizar la eficacia de los preceptos reguladores de estos particulares en cuanto se refieren al derecho de defensa que introduce a este respecto un tratamiento excepcional dentro del régimen vigorosamente preclusivo que caracteriza nuestro procedimiento. En efecto: la preclusión, como fenómeno procesal, consiste en que surtidos determinados actos o transcurridos ciertos términos no es posible a las partes ejecutar actos procesales determinados, o en general, actos procesales; así el vencimiento del lapso de tiempo de que el demandado dispone para contestar la demanda precluye la oportunidad de proponer excepciones dilatorias; hecha la citación para sentencia precluye la facultad de aducir pruebas y de presentar alegaciones; decidido un litigio incidental no es jurídicamente posible volver a intentarlo. Así el proceso va desenvolviéndose en períodos sucesivos de los cuales los posteriores hallan origen y firmeza en la de las precedentes, desenvolviendo el trámite lógica y ordenadamente hasta la sentencia que sobreviene así como la culminación normal del agotamiento del trámite.

La excepción introducida por la ley al sistema que se deja brevemente descrito, e ilustrado con la alusión al precepto contenido en el art. 394 del C. J., consiste en que la causal de casación fundada sobre la recusación de un magistrado hace caso omiso de la decisión que sobre ella haya recaído permitiendo abrir de nuevo el debate sobre su procedencia por la vía extraordinaria, a pesar de que haya sido rechazada; en una palabra, el fallo incidental sobre recusación, a diferencia de lo que la ley estatuye para los demás de ese linaje, no precluye la discusión sobre los extremos controvertidos dentro del incidente. Este tratamiento destaca la gravedad que a los ojos del legislador reviste la materia, y su empeño en que ella sea debatida amplia y aún repetidamente; quizás los factores de índole personal y subjetivos determinaron un sistema legal de protección jurídica superior a la que de ordinario se pone al alcance de las partes en frente de fenómenos objetivos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Obrando como cesionario del Banco Alemán Antioqueño Alvaro Gómez propuso juicio de apremio contra los sucesores de Maximiliano Gómez para hacer efectivo un crédito personal, ejecución que culminó en la venta por remate de un inmueble sometido a la traba ejecutiva. Transcurridos muchos años María Mercedes Gómez, hija póstuma del extinto Maximiliano, demandó ante el Juez del Circuito de Támesis a Alvaro Gómez solicitando la declaración judicial de nulidad de las aludidas diligencias sobre pago forzado, de la subasta en ella celebrada, y de otros extremos afectos a dicha invalidez cuya mención se estima inoficiosa.

Como fundamento de estas pretensiones básicas expresó —a través de numerosos apartes de la demanda— la falta de notificación prevista por el art. 1434 del C. C., la comunicación irregular del mandamiento de pago, la falta de citación y emplazamiento de los sucesores de Maximiliano Gómez, la ilegitimidad de personería que en su sentir vició la representación de los herederos por su madre legítima, y las fallas de procedimiento resultantes de haberse propuesto la ejecución con acción real para hacer efectivo un gravámen hipotecario cancelado ya.

El trámite del litigio fue largo y accidentado como que en él surgieron numerosos incidentes; al cabo de la primera instancia fue solucionada la litis desfavorablemente a la parte actora por medio de sentencia que el Juez de Támesis profirió el

veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres; apelado el fallo por el actor, y cuando se daba curso al segundo grado del procedimiento, el apelante recusó a uno de los Magistrados que como integrante de la Sala de Decisión debía intervenir en el desenlace del pleito; fundamento de esta gestión fue el hecho, ampliamente demostrado en el informativo, de que el dicho funcionario había sido el Juez ante el cual se surtió la integridad de la ejecución cuya invalidez es la materia de esta causa. El Tribunal no halló fundamento a la solicitud del recurrente que, con fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), definió la litis en segunda instancia, confirmando la recurrida en apelación.

El actor desfavorecido interpuso casación, contra lo así resuelto, la cual habiéndole sido otorgada se ha sometido en esta Corte a las ritualidades propias de tal vía extraordinaria.

El fallo que así ha venido al examen de la Sala presenta numerosos fundamentos doctrinarios contra los cuales se proponen seis cargos; no es el caso de aludir a éstos ni a aquéllos por cuanto debe prosperar el séptimo cargo sostenido en la 5ª causal de casación, lo cual impide el generalmente obligado cotejo de los fundamentos de la sentencia recurrida con la ley a lo largo de los cauces que la acusación señale.

Antes de examinar la queja a que se alude debe observarse que se ha propuesto como subsidiaria para el caso de que no prospere alguna de las otras tesis, pero que esa pretensión del recurrente expresada en el sentido de señalar a la Corte la regla y el sistema que ha de adoptar en el examen del recurso, pugna con el texto del art. 537 del C. J. disposición que le impone seguir el orden lógico y cuyo imperio no está sometido a lo que en contrario, y en conformidad con su personal criterio, opine el recurrente.

Como el recurso de casación está instituído en obsequio del mantenimiento de la ley sobre las decisiones jurisdicionales, y como el posible agravio que por su intermedio procuren reparar las partes es sólo fin secundario de la institución que se alcanza indirectamente por ministerio del primordial y predominante, el principio dispositivo del procedimiento se atempera necesariamente a la índole del recurso; por ello es la ley la única norma que guía al Tribunal de casación en el método del fallo, y no la voluntad que al respecto expresen las partes contendientes.

Fijados así concretamente el sistema y la materia del recurso **sub judice**, se procede a solucionarlo mediante las siguientes consideraciones:

Esta Sala ha tenido oportunidad de destacar cómo los errores **in procedendo** para cuya reparación la ley instituye las cinco últimas causales de casación de las enumeradas por el art. 520 del C. J., provienen siempre de vicios que en una u otra forma afectan los presupuestos procesales; respecto del constituído por el Juez, la causal quinta invocada por el recurrente en el caso de autos, atiende a su capacidad subjetiva, al paso que otras (cuarta, sexta y séptima), se refieren a la objetiva o sea a la investidura que permite ejercer la jurisdicción nacional, y a la especialización de ella en un caso concreto por ministerio de los preceptos reguladores de la competencia.

La capacidad subjetiva del funcionario jurisdiccional reside en su aptitud moral para administrar justicia; averiguado ya que está revestido del poder general para hacerlo, y de que esta facultad puede concretarse al caso individual de que se trate, ha de saberse si, no como titular de la jurisdicción sino como individuo humano puede servir a la tarea que se le encarga impersonalmente. La ley presupone que los jueces están atados, como todos sus semejantes, por vínculos personales como el afecto o el desafecto, el interés patrimonial o el simplemente intelectual; sobre estos cuatro lazos que pueden ligarlos moral o mentalmente construye las circunstancias excepcionales en que les impide ejercer la jurisdicción, o les permite abstenerse de hacerlo.

El sistema taxativo de los impedimentos recogido por el art. 435 de nuestro estatuto procesal reúne las características que configuran tal instituto como parte integrante del derecho de defensa, y como afirmación de que administrar justicia es función del Estado superior a la voluntad individual de las personas sometidas a ella; la recusación llamada perentoria, es decir inmotivada, que en otras épocas se justificó porque los jueces eran designados por la suerte, o por votación pública de electores que representaban intereses religiosos o políticos en pugna, está hoy circunscrita casi exclusivamente a los jurados en materia penal; las legislaciones modernas sólo admiten la recusación o el impedimento motivados; en cuanto a la primera porque no es posible arrojar sobre los jueces la tacha de posible parcialidad sin expresar el fundamento de tal temor, como que con ello crearía un ambiente desfavorable

al honor o al buen nombre de aquéllos; en cuanto a los segundos porque tampoco sería tolerable que tales funcionarios se inhibieran de cumplir sus obligaciones pretextando cualesquiera circunstancias así fueran fútiles o insignificantes.

La motivación del impedimento concilia los intereses de la parte con los de la persona del juzgador, y con los superiores del ambiente jurídico; aquélla no queda expuesta a una posible arbitrariedad viéndose privada de justicia por la inhibición del Juez so capa de impedimentos, o en tener que litigar ante uno sobre quien pese la posibilidad de estar unido a un prejuicio; el segundo se liberta de la incomodidad personal y social que implicaría verse obligado a decidir causas en que estuvieran de por medio intereses cuya sola mención podían menoscabar el prestigio de su fallo, al propio tiempo que permanece al abrigo de cargos infundados y temerarios o de simples sugestiones desobligantes, formuladas por animadversión o con la finalidad de impedirle ejercer sus funciones en determinado proceso.

Las causales de impedimento y recusación instituídas por nuestra ley, como las de la legislación universal, tienden a evitar que la rama jurisdicional en un caso concreto pierda la independencia que le es necesaria por hallarse el Juez en relación con: a) otros órganos concurrentes en el mismo litigio; b) con los litigantes; c) con el objeto litigioso.

Al primer aparte se refiere principalmente el numeral 7º del art. 435 del C. J.; al segundo los numerales 1º, 2º, 4º, 5º, 8º, 9º, en cuanto versa sobre favor a alguna de las partes en el negocio que es materia del pleito, 10, 12, 14, y 15; al tercero los numerales 3º, 6º, 9º, en cuanto atiende a la intervención anterior del Juez en el pleito como Agente del Ministerio Público, testigo o perito, 11 y 16. Dentro de este último grupo se reúnen los casos de interés patrimonial en el Juez, y los de vínculo puramente intelectual como lo son todos aquellos que suponen un presupuesto limitativo del raciocinio del juzgador, y posiblemente de su voluntad, no sólo en forma de apego a sus ideas ya expresadas sino también de amor propio o de vanidad alrededor de éstas.

Tan celosa se muestra la ley de garantizar la eficacia de los preceptos reguladores de estos particulares en cuanto dicen relación al derecho de defensa que introduce a este respecto un tratamiento excepcional dentro del régimen vigorosamente preclusivo que caracteriza nuestro procedimiento. En efecto: la preclusión, como fenómeno procesal, consiste en que surtidos determinados actos o transcurridos ciertos términos no es posible a las partes ejecutar actos procesales determinados, o en general, actos procesales; así el vencimiento del lapso del que el demandado dispone para contestar la demanda precluye la oportunidad de proponer excepciones dilatorias; hecha la citación para sentencia precluye la facultad de aducir pruebas y de presentar alegaciones; decidido un litigio incidental no es jurídicamente posible volver a intentarlo.

Así el proceso va dividiéndose en períodos sucesivos de los cuales los posteriores hallan origen y firmeza en la de los precedentes, desenvolviendo el trámite lógica y ordenadamente hasta la sentencia que sobreviene así como la culminación normal del agotamiento del trámite.

La excepción introducida por la ley al sistema que se deja brevemente descrito, e ilustrado con la alusión al precepto contenido en el art. 394 del C. J., consiste en que la causal de casación fundada sobre la recusación de un Magistrado hace caso omiso de la decisión que sobre ella haya recaído permitiendo abrir de nuevo el debate sobre su procedencia por la vía extraordinaria, a pesar de que haya sido rechazada; en una palabra el fallo incidental sobre recusación, a diferencia de lo que la ley estatuye para los demás de ese linaje, no precluye la discusión sobre los extremos controvertidos dentro del incidente.

Este tratamiento destaca la gravedad que a los ojos del legislador reviste la materia, y su empeño en que ella sea debatida amplia y aún repetidamente; quizás los factores de índole personal y subjetivos determinaron un sistema legal de protección jurídica superior a la que de ordinario se pone al alcance de las partes en frente de fenómenos objetivos.

Hace uso de esta singular facultad el recurrente en el caso de autos; ya se vió que, dentro de la segunda instancia, recusó a alguno de los magistrados que integraban la Sala de decisión a cuyo conocimiento estaba en dicho grado el presente negocio, el cual fue en efecto fallado por ella; se apoyó el demandante en el numeral 6º del art. 435 del C. J., por considerar que ese Magistrado, como Juez que conoció de todo el trámite del juicio de apremio cuya invalidación se persigue por medio del presente ordinario era de suponérsele parcializado en defensa de sus propias actuaciones; el Tribunal, para rechazar la recusación dijo

que la indicada causal "no existe para el doctor Agudelo en el presente caso, ya que la tarea de la Sala de Decisión de la cual hace parte está concretada a revisar la sentencia proferida por el Juez Civil del Circuito de Támesis con fecha 29 de octubre de 1943", con la cual se decidió la primera instancia de este pleito no siendo ya Juez el Magistrado cuya recusación se propuso.

El Tribunal, pues, mediante su inteligencia del numeral 6º citado circunscribe la aplicabilidad de dicha norma al caso de que el mismo sujeto físico que obró como Juez **a quo** vaya a actuar **ad quem,** excluyendo así todos los demás casos en que por mecanismos procesales diferentes del cambio de instancia, o de los recursos de alzada o de consulta pueda la misma persona revisar jurisdiccionalmente la validez o la juridicidad de sus propias actuaciones. Ilógico parece el concepto del Tribunal porque desatiende situaciones jurídicas idénticas a las que según él tutela el precepto comentado, lo cual resulta inadmisible a todas luces; dicha norma al proteger a la parte contra el preconcepto de su juzgador no tiene por qué referirse a uno solo de los casos en que aquél se suceda, sino a todos aquellos en que el derecho del litigante se vea igualmente amenazado por la misma circunstancia; la discriminación excluyente de posiciones idénticas resulta arbitraria, y reduce casi a la inoperancia total un mandamiento que por su naturaleza, por su fundamento y por su alcance ha de interpretarse de tal suerte que produzca el efecto social perseguido al instituírlo, en cada una de sus posibles manifestaciones.

La interpretación que el Tribunal dió al precepto de que se viene tratando se sostiene en una gratuita adjudicación de contenido a los vocablos de que se sirve la ley; la palabra revisión fue tomada en el sentido indicado ya, olvidando que en nuestra ley dicha expresión se emplea para señalar fenómenos procesales diversos, por ejemplo, el recurso extraordinario de que trata el Capítulo VII, Título XIV del Libro Segundo del Código Judicial, la posibilidad de quebrantar la firmeza de la cosa juzgada sobrevenida en algunos trámites especiales, las actuaciones de los jueces **ad quem.** Resulta así injustificado detenerse en una sola de todas estas posibles acepciones para reducir a ella el poder jurídico de una norma encaminada a condicionar uno de los presupuestos procesales, y, por tanto, la estructura del procedimiento civil

Está incorporado en nuestro derecho positivo por ministerio del art. 30 del C. C. el criterio interpretativo según el cual "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Este método fue desoído por el Tribunal porque para penetrar en el entendimiento adecuado del numeral 6º le bastaba detenerse a conectarlo con el 9º en tanto se refiere a juicios en los que el Juez ha intervenido ya como perito, testigo o agente del ministerio fiscal; sobra destacar la relación existente entre ambas previsiones legales pues aparecen claramente inspiradas en amparar a las partes de cualquier prejuicio.

Este litigio fue promovido, como ya se vió, para ventilar en su ámbito la nulidad de un juicio ejecutivo en el que desde su iniciación hasta su término actuó como Juez el Magistrado por ello recusado; no es menester muy copioso estudio para poner de presente que el procedimiento ordinario fue incoado para rectificar la actuación adelantada en el de apremio y que quien resolvió todos los pasos procesales de este último no era el más indicado para dicha tarea; el amor propio, la vanidad, la adhesión previa a determinados conceptos, eran suficiente obstáculo para garantizar su independencia.

En tales condiciones ha de concluírse que era procedente la recusación y que, por tanto, el cargo debe prosperar como ya se había advertido.

Como el Magistrado a que se viene aludiendo no era el sustanciador en la instancia cree la Corte que, para los fines del art. 540 del C. J., basta dejar el juicio en estado de recibir nueva sentencia de segundo grado.

Con base en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), dejando la causa en estado de ser decidida nuevamente en segunda instancia para lo cual ordena remitir el proceso al Tribunal de origen.

Publíquese, cópiese, notifíquese 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, Srio. en Ppdad.

ACCION PRINCIPAL DE REIVINDICACION.—RECONVENCION SOBRE PAGO DE MEJORAS.—INCONGRUENCIA. — DERECHOS DEL POSEEDOR VENCIDO EN JUICIO DE REIVINDICACION

1.—La incongruencia a que se refiere el segundo de los motivos de casación del artículo 520 del C. J. es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 ibídem, y ella se produce cuando el fallo resuelve sobre puntos ajenos a la controversia; cuando deja de resolver sobre los que han sido objeto del litigio; cuando condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas.

2. — Los derechos otorgados al poseedor vencido por los artículos 965 y 966 del Código Civil, como consecuenciales que son de la prosperidad de la acción reivindicatoria, cuando se comprueba que existen, pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto, según así lo ha admitido invariablemente la jurisprudencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

José María Rueda Gómez demandó por la vía ordinaria ante el Juez del Circuito Civil de San Gil a Luis Tapias Vivas y Olga Rueda de Tapias para que en sentencia definitiva se declare que el actor es dueño de la casa marcada en su puerta principal de entrada con el número 7 de la actual nomenclatura urbana de dicha población, comprendida dentro de los linderos que se expresan (súplica primera); que los demandados están en la obligación de restituírsela (súplica segunda); que deben pagarle los frutos naturales y civiles, que fija en $ 60.00 mensuales, o su valor pericialmente estimados, desde cuando han poseído, y no solamente los percibidos sino los que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado, todo en condición de poseedores de mala fe, más las costas del juicio (súplicas tercera y cuarta).

En los hechos fundamentales de la demanda asevera el actor que es dueño de la casa antes aludida; que en mayo de 1942 bondadosamente se la dejó a los demandados para que la habitaran, a fin de que se la devolvieran cuando él la pidiera, cosa a la cual se han negado a pesar de sus continuos requerimientos.

Admitida la demanda, los demandados la contestaron aceptando parcialmente los hechos y explicando que recibieron una edificación antigua y en ruinas que han transformado con conocimiento y asentimiento del demandante, en una residencia moderna y confortable; que siempre han estado dispuestos a entregarla, pero que como el demandante no se ha allanado a pagarles las mejoras útiles y expensas de conservación, han aplazado la entrega con apoyo en principios de ética y de derecho positivo, y en cuanto a las peticiones de la demanda dijeron:

"No nos oponemos a que se haga la primera de las declaraciones que se solicita en la parte petitoria de la demanda, porque no hemos negado ni negamos el dominio que pueda corresponder al demandante sobre el sitio o suelo que ocupa la edificación. Ni nos oponemos a la segunda petición, siempre que su cumplimiento se subordine al pago previo que tiene que hacernos el demandante de las mejoras útiles hechas por nuestra cuenta, lo mismo que de las expensas de conservación".

Por escrito separado los demandados propusieron demanda de reconvención contra Rueda Gómez para que se le condene a pagarles el valor actual de las mejoras útiles hechas por ellos y de las expensas de conservación invertidas en la casa mencionada, calculadas ambas prestaciones en un total de $ 10.000.00, junto con los intereses de la suma que valgan las mejoras desde cuando fueron hechas, más las costas del juicio.

El contrademandado al evacuar el traslado que se le dio manifestó, entre otras cosas, que el va-

lor de las mejoras útiles y de las expensas de conservación invertidas en la casa no alcanzan a la suma de diez mil pesos; que la cuenta que por tales conceptos le presentaron los reconvencionistas monta a $ 4.718.85, "que es la verdadera cantidad invertida en la recontrucción de la casa materia de la litis", de la cual hay que descontar las sumas de $ 2.750.00 y $ 221.47, invertidas de su peculio y por orden de él en la reedificación, y que está listo a satisfacer el saldo de $ 1.748.38, que es el que queda a favor de los contrademandantes.

Surtido de allí en adelante el juicio doble con arreglo a las ritualidades pertinentes, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 15 de diciembre de 1945, en la cual declaró que la casa materia de la reivindicación es de propiedad de Rueda Gómez; condenó a los demandados a restituírsela y a pagarle, como poseedores de buena fe, los frutos naturales y civiles que se determinen al pedir el cumplimiento de la sentencia; condenó a Rueda Gómez a pagarles a Tapias Vivas y a la señora Rueda de Tapias, las mejoras útiles puestas por éstos en la casa mencionada, cuyo importe dispuso se fijara con arreglo a lo estatuído en los artículos 480 y 553 del C. J., y absolvió, finalmente, a los demandados en la demanda principal y en la de reconvención de los demás cargos, sin costas.

De ese fallo apeló únicamente el apoderado de los demandados Tapias Vivas y Rueda de Tapias, y concedido el recurso subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en donde el apelante, en su alegato de conclusión puntualizó claramente los motivos de su inconformidad con la sentencia de primer grado, los cuales pueden resumirse así:

1º Que la sentencia apenas condenó al contrademandado al pago de las mejoras útiles, cuando también debió hacerlo por el valor de las expensas necesarias de conservación, por lo cual reclama para que se adicione en ese sentido;

2º Que debe reformarse la sentencia para señalar, de una vez, cuál es la suma que debe pagar el reconvenido por concepto de las mejoras útiles hechas por los demandados en la casa objeto del juicio, por considerar que el dictamen pericial practicado con tal fin presta mérito suficiente para ello, y

3º Que habiendo sido considerados los demandados como poseedores de buena fe no debió condenárseles al pago de frutos, y que a lo sumo esa condena debió hacerse por razón de los percibidos después de la contestación de la demanda.

El Tribunal, al término de la tramitación del segundo grado de la instancia, profirió la sentencia de 23 de septiembre de 1946, por medio de la cual revocó la apelada en su integridad, y absolvió a los demandados en la demanda principal y en la de reconvención de los cargos que recíprocamente se formularon, sin costas.

Para llegar a esa decisión el Tribunal tuvo en cuenta que la acción entablada en la demanda principal es la reivindicatoria, cuya prosperidad está sujeta principalmente a que el actor pruebe el dominio que como fundamento de ella invoca, y estudiando el título presentado al efecto, o sea la escritura pública número 3012, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, estimó que no podía hacer fe en juicio, en atención a que —por las razones que en el fallo apunta— no resulta debidamente registrada, y que aun cuando pudiera apreciarse como prueba, ella no acreditaría el dominio del actor sino sobre una cuota del inmueble, cuya restitución restringida a esa cuota no podía decretarse, porque de hacerlo se variaría el objeto de la controversia.

En cuanto a la demanda de reconvención dijo que persiguiéndose en ella el pago de las mejoras útiles y de las expensas necesarias invertidas en la finca materia de la reivindicación, su reconocimiento está sometido a la prosperidad de la acción de dominio, por lo cual, fracasando ésta aquélla debía también ser denegada.

Al demandante se le concedió el recurso de casación, el que admitido y debidamente tramitado, se procede ahora a decidir.

Varios cargos propone el recurrente contra la sentencia; pero prosperando el que seguidamente se resume, a él concreta su estudio la Sala, prescindiendo del de los restantes, en atención a lo dispuesto en el artículo 538 del C. J.

En ese cargo dice el recurrente que acusa la sentencia con apoyo en la causal 2ª del artículo 520 ibídem, o sea porque no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pues los demandados aun desde la primera instancia, en la contestación de la demanda, estuvieron en un todo conformes con la prosperidad de la acción principal, como lo demuestra con el relato de los antecedentes del pleito que hace al comienzo del recurso.

La Sala considera:

La incongruencia a que se refiere el segundo de los motivos de casación del artículo 520 del

C. J., es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 ibídem, y ella se produce cuando el fallo resuelve sobre puntos ajenos a la controversia; cuando deja de resolver sobre los que han sido objeto del litigio; cuando condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas.

En el caso de autos claramente se ve que el Tribunal incurrió en la citada causal de casación, porque el objetivo del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primer grado lo concretó expresamente el demandado a los tres puntos o cuestiones que se sintetizaron ya en el cuerpo de esta providencia, y por tanto el poder de decisión del sentenciador no podía traspasar los límites que le trazó el apelante, para enmendar, como lo hizo, la sentencia apelada en la parte que no era objeto del recurso, por impedírselo la norma contenida en el artículo 494 del C. J. Para el Tribunal eran ya cuestiones ajenas al debate las referentes a la declaración de dominio hecha en favor del recurrente, y la condena proferida contra los demandados para que restituyeran el inmueble materia de la revindicación, porque éstos aceptaron expresa y voluntariamente la decisión de primer grado en lo relacionado con esos puntos. Luego es del todo evidente que al resolver sobre éstos la sentencia no estuvo en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte apelante, y ello determina la procedencia de la causal 2ª de casación que se ha invocado por el recurrente.

Ya en instancia debe la Corte considerar lo relativo a las prestaciones mutuas a que están obligados los litigantes, sobre lo cual debe observarse que lo pertinente es dilucidar ese tema a la luz de las disposiciones correspondientes de la acción reivindicatoria, desde luego que el Juzgado estimó que es de esa naturaleza la acción aquí propuesta, y que, además el demandado ha aceptado en ese punto la decisión apelada, pues su inconformidad versa sobre extremos que son consecuenciales de dicha aceptación. Esto se observa porque de no mediar las anotadas circunstancias habría que estudiar si el caso que se contempla encaja dentro de lo estatuído en el inciso 2º del artículo 739 del C. C., en cuyo evento naturalmente serían otras las prestaciones a que el actor estaría obligado.

La decisión recurrida reputó a los demandados como poseedores de buena fe y como de ella no ha apelado el demandante, lo resuelto a ese respecto es inmodificable por la Corte. De acuerdo con lo prescrito en el inciso 3º del artículo 964 ibídem, el poseedor de buena fe vencido en juicio reivindicatorio no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; pero en cuanto a los percibidos después sí está obligado a restituírlos, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. El poseedor a su vez tiene derecho a que se le abonen los gastos ordinarios que hubiera invertido en producirlos. Es de observarse que en el presente caso esos frutos no pueden pasar de la suma de $ 60 mensuales, por haberlos limitado el actor a esta cantidad en la súplica 3ª, aun cuando es obvio que sí podrían llegar a tener un valor inferior en caso de que así hubiere resultado de las pruebas producidas.

A su vez, el poseedor de buena fe vencido tiene el derecho, que está regulado por los artículos 965 y 966 del Código Civil, de que se le abonen tanto las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa como las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda y a retener la finca hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción (artículo 970 del C. C.). Esos derechos, como consecuenciales que son de la prosperidad de la acción reivindicatoria, cuando se comprueba que existen pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto, según así lo ha admitido invariablemente la jurisprudencia.

El Juzgado dio por demostrados los hechos primero y segundo de la demanda de reconvención, según los cuales la casa materia del pleito era de antigua construcción; se encontraba en estado de ruinas cuando la ocuparon los demandados por orden del demandante, con cuya aquiescencia fue totalmente reedificada y ornamentada por cuenta de aquéllos. Además de la inspección ocular (f. 11 v., cuaderno número 2), resulta también plenamente probado que el estado actual de la edificación es bueno, de un estilo moderno, con cómodos servicios; que los materiales utilizados en ella son de buena calidad; que los pisos son en su mayor parte de baldosín, y en parte de ladrillo y cemento, y que los frisos exteriores tienen los zócalos enchapados en ladrillo y con malla y cemento.

Todas esas mejoras hechas por los demandados en la casa hasta ponerla en su actual estado fue-

ron tenidas como útiles por el Juzgado, el que condenó al demandante a pagarlas, accediendo así a la primera súplica de la contrademanda.

En lo relativo a "gastos de conservación", la sentencia se abstuvo de reconocerlos y ordenar su pago, por considerar que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que se realizaron. Esos gastos o expensas a que se refieren la petición segunda y el hecho cuarto de la contrademanda, son "los enlucidos, barnizados, etc., sin los cuales la casa no tendría su actual buen estado", los que también deben ser reputados como mejoras útiles, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 966 del C. C., porque con ellos se contribuye a la mejor, decente e higiénica presentación del inmueble y aumentan, de consiguiente, su valor venal.

En el expediente obra una prueba plena que demuestra la realización de esas mejoras, como es la inspección ocular practicada por el Juzgado, en la que éste observó que el "estado actual del inmueble es en su generalidad bueno" y que "se halla correctamente enlucido". Luego es procedente decretar también su pago.

Para fijar el valor de todas esas mejoras se practicó durante el término probatorio de la primera instancia (fls. 8 a 11, cuaderno número 2), y con el lleno de las formalidades legales, un detallado y minucioso dictamen pericial, en el cual los peritos uniformemente las avaluaron una a una y dieron un total para todas en conjunto de $ 8.698.83.

Ese dictamen fue puesto en conocimiento de las partes sin que hubiera merecido objeción de ninguna de ellas, pues el demandante apenas solicitó explicación o adición sobre algunos puntos, cosa a la cual accedió el Juzgado y fue cumplida por los peritos.

Estos aseveran —por vía de fundamentación— que el experticio es fruto de la apreciación personal que hicieron el día en que se practicó la diligencia de inspección ocular; que la casa está en buen estado de conservación; que la edificación es moderna y hecha con buenos materiales de construcción; que los pisos están cubiertos en parte de baldosín, en parte de ladrillos y parte de cemento; que los frisos exteriores tienen los zócalos enchapados en ladrillo y el resto de las paredes con malla y cemento; que las paredes exteriores están completamente enlucidas; que el valor que dan a las mejoras corresponde a su precio actual; que ese valor es el mismo en el sitio en que está ubicada la construcción que en cualquiera otro de la ciudad.

A juicio de la Corte las anteriores razones dadas y tenidas en cuenta por los expertos para cumplir su cometido, constituyen explicación y fundamentación debidas del dictamen pericial, y como además éste es uniforme y versa sobre avalúos, debe reconocérsele el valor de plena prueba al tenor del inciso primero del artículo 721 del C. Judicial.

El Juzgado lo rechazó por deficiente, en atención a que los peritos no valoraron la antigua construcción con su lote, por lo cual dice que se ignora cuál es el mayor precio que pueda tener la casa debido a las mejoras que se le hicieron o si el valor de la casa es la cantidad fijada en el peritazgo.

Este reparo es infundado porque del dictamen aparece con inconfundible claridad que lo que los peritos avaluaron, individualizándolas una a una, fueron las mejoras; porque lo que se decretó fue el justiprecio de ellas, y porque era innecesario conocer el mayor precio que tuviera la casa en virtud de las mejoras, desde luego que el contrademandante lo que pidió fue el pago de esas mejoras, y que el contrademandado convino en hacerlo, pero limitado a la cantidad que puntualizó como debida.

Por último, como el canon de arrendamiento de la casa y su local adyacente fueron fijados en las sumas de $ 40.00 y $ 20.00 respectivamente, según dictamen uniforme rendido al respecto por un perito principal y uno tercero, las condenas por razón de frutos civiles y mejoras deben pronunciarse en concreto, ya que, por todo lo dicho, se cuenta con elementos suficientes para ello.

En mérito de las consideraciones que preceden, 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 fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en el presente negocio, y reforma la de primera instancia, la cual quedará así:

1º Declárase que el señor José María Rueda Gómez es dueño de la casa marcada en su puerta principal de entrada con el número 7 de la actual nomenclatura urbana de San Gil y comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte, paredes al medio, con propiedades que fueron de Urbano Correa y Calixto Camacho C., hoy de la señora Silveria v. de Laurens; por el Oriente,

con la calle pública (octava); por el Sur, con calle pública (carrera primera) y por el Occidente, paredes al medio, con casa de herederos de Emilia Silva de Gómez.

2º Condénase a los demandados Luis Tapias Vivas y Olga Rueda de Tapias Vivas, como consecuencia de la declaración anterior, a restituír al expresado señor Rueda Gómez, o a sus herederos, la casa descrita en el punto anterior.

3º Condénase a los mismos demandados a pagar al demandante Rueda Gómez la suma de $ 60.00 mensuales en concepto de frutos del citado inmueble, a partir del 6 de febrero de 1945, fecha de la contestación de la demandà, hasta cuando la restitución se verifique.

4º Condénase a José María Rueda Gómez a pagarles a Luis Tapias Vivas y Olga Rueda de Tapias, en concepto de mejoras útiles y gastos de conservación del inmueble particularizado en el punto primero, la cantidad de ocho mil seiscientos noventa y ocho pesos con ochenta y tres centavos ($ 8.698.83), más los intereses legales de esta suma a partir del 16 de febrero de 1945, fecha de la contestación de la contrademanda, hasta cuando el pago se verifique.

5º Reconócese a Tapias Vivas y a la señora Rueda de Tapias el derecho de retener el inmueble antes descrito hasta cuando se verifique el pago de que habla el punto precedente, o se les asegure a su satisfacción.

6º No hay lugar a condena en costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

ACCION DE FALSEDAD Y NULIDAD DE UNA PARTIDA DE MATRIMONIO ECLESIASTICO

Las partidas de origen eclesiástico, como las de origen civil, pueden ser atacadas o redargüidas de falsas, en atención a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 en armonía con los artículos 393, 394 del Código Civil y la justicia ordinaria tiene competencia para conocer de la controversia que al respecto se proponga.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio ocho (8) de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez del Circuito en lo Civil de Ocaña José Arnulfo Sanjuán Quintero, hablando en su propio nombre, demandó en juicio ordinario a Eva Ninfa Ceballos o Quintero para que se declare "que es falsa, intelectualmente falsa, la partida de origen eclesiástico" que da cuenta del matrimonio católico contraído entre Eloy Sanjuán y la demandada, en la Parroquia de Santa Ana de Ocaña, en 12 de mayo de 1926; que, por consiguiente, la mencionada certificación eclesiástica es absolutamente nula y no puede producir ningún efecto jurídico, y que la demandada está obligada a pagarle el valor en que se estimen los perjuicios materiales que, como heredero de Eloy Sanjuán, le ha causado con su intervención en el juicio sucesorio de éste, fundándose en la mencionada partida, más las costas procesales.

En los hechos de la demanda afirmó el actor que tanto él como su madre y hermanos carnales promovieron en el Juzgado el juicio sucesorio de su padre Eloy Sanjuán, en el cual fueron reconocidos como interesados, aquélla, en su condición de cónyuge sobreviviente y tanto éstos como él, como herederos legítimos; que en ese juicio se presentó la demandada pidiendo que se le tuviera como parte, alegando haber sido casada con Eloy Sanjuán, y aduciendo como prueba la certificación de origen eclesiástico aludida; que en ésta "se consigna un hecho que no ha ocurrido, que es intelectualmente falso, porque, como habré de comprobarlo, no es cierto que mi finado padre, señor Eloy Sanjuán, haya contraído matrimonio con la mencionada señora Eva Ninfa Ceballos o Quintero, como se afirma en esa acta de origen eclesiástico".

Admitida y contestada la demanda como aparece del escrito que obra a folios 4 y 5 del cuaderno número 1 y surtido de allí en adelante el juicio por sus correspondientes trámites, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de once de julio de 1945, por medio de la cual resolvió que no es el caso de declarar la falsedad y nulidad de la partida eclesiástica referida; absolvió a la demandada de las peticiones relativas a indemnización de perjuicios y condenó en costas al demandante.

A éste se le concedió recurso de apelación y el negocio subió en tal virtud al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el que cerró la segunda instancia con la sentencia de 17 de julio de 1946, que confirmó la apelada, con costas a cargo del apelante.

En la motivación de ese fallo dice en resumen el Tribunal, "que en vez de acometer el estudio de las pruebas el Juzgado ha debido estudiar la acción desde el punto de vista jurisdiccional", puesto que "dada la cuestión planteada, ni el artículo 109 del C. de P. C. ni disposición alguna atribuyen facultad a la justicia ordinaria para resolver" y entrando a dilucidar ese tema afirma que la partida a que se contrae la litis tiene validez como documento auténtico, pero que el actor no ataca su autenticidad, ya que "su propósito manifestado verdaderamente es el de obtener la nulidad absoluta del matrimonio por no haberse consumado"; que la justicia ordinaria sólo puede considerar la falsedad de una partida eclesiástica únicamente cuando es suplantada o simulada, es decir, cuando no es auténtica; que la finalidad de la demanda no es esta sino la de "obtener la nulidad absoluta del matrimonio", y que de las demandas de esa especie cuando se refieren a matrimonio católico corresponde conocer a la autoridad eclesiástica, conforme al precepto del artículo 17 de la Ley 57 de 1887.

Y finalmente dice así:

"Las consideraciones del juzgado contrarían la norma trazada por los artículos 148 y 151 del C. de P. C. en cuanto siendo incompetente para conocer, entró a decidir sobre el fondo de la controversia, cuando el artículo 448 id. daba solución a la actuación procesal. No obstante, piensa la mayoría de la Sala contra la opinión del sustanciador, que no pudiéndose acceder a ninguna de las peticiones de la demanda, la absolución de todos los cargos formulados es un remedio eficaz, previa la salvedad de la falta de jurisdicción".

"En realidad, la sentencia definitiva en este juicio en ningún caso puede tener fuerza de cosa juzgada ante lo preceptuado en los artículos 475 id. y 402 del C. C. en razón de no decidirse sobre la cuestión controvertida".

"Por manera que repudiando los fundamentos de la sentencia apelada se debe confirmar la absolución impartida a la demanda, cargando las costas de la instancia al actor según el artículo 575 ibidem".

Al demandante se le concedió el recurso de casación que hoy se decide.

De los cargos que el recurrente propone contra la sentencia se encuentra uno debidamente fundamentado, cuya prosperidad impone que se prescinda del estudio de los restantes, por virtud de lo estatuído en el artículo 538 del C. J.

En ese cargo dice, en resumen, el recurrente que el sentenciador incurrió en la séptima causal de casación del artículo 520 ibdem, por haberse abstenido de conocer de un asunto de su competencia declarándolo así en el fallo.

En el desarrollo de la acusación afirma que el Tribunal cometió el error de hecho en la interpretación de la demanda, al sostener que en ésta lo que verdaderamente se persigue es la nulidad del matrimonio entre Eloy Sanjuán y la demandada, cuando en sus términos se ve que lo que se busca es la declaración de ser intelectualmente falso el hecho aseverado en la partida sobre aquel estado civil de casados, y como consecuencia de está declaración, la de la nulidad absoluta de la partida misma, cosa para la cual dice que sí tiene competencia la justicia ordinaria. En refuerzo y demostración de su tesis acoge y reproduce apartes de la sentencia de casación de 18 de julio de 1944.

Se examina el cargo:

Por el resumen que antes se hizo de las peticiones y hechos fundamentales de la demanda, se ve con entera claridad que es completamente equivocada la interpretación que de ella hizo el sentenciador, cuando expresó que su finalidad no es otra que la de lograr u obtener la nulidad del matrimonio católico celebrado entre Eloy Sanjuán y la demandada, puesto que en una acción de la naturaleza de la que habla el juzgador necesariamente hay que partir de la base afirmada y planteada por el actor de la demanda de que el matrimono existió o se celebró y de que adolece de un vicio de nulidad que lo invalida; pero el caso de autos está propuesto en forma totalmente diferente, pues el demandante no ha afirmado que se haya celebrado el matrimonio aludido y que éste sea nulo, ya que por el contrario, lo que categóricamente asevera como base de la acción propuesta es que es falso el hecho afirmado en la partida de que dicho matrimonio se haya verificado en realidad. De allí hace desprender sus peticiones de que es intelectualmente falsa y nula la partida. Esta simple observación deja ver notoriamente errónea la interpretación que de la demanda se hizo por el Tribunal.

Considerada la controversia en los verdaderos términos en que se ha propuesto, la justicia ordinaria sí tiene competencia para conocer de ella, en atención a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 en armonía con los artículos 393, 394 del C. C. y 109, ordinal 2º, del C. J.

Para demostrar la legalidad de esa tesis le es suficiente a la Sala transcribir lo que al dilucidar un caso semejante al presente se dijo con todo acierto en sentencia de casación de 18 de julio de 1944, de la cual son los siguientes apartes:

"Presentada en juicio una partida de matrimonio católico, levantado por la autoridad correspondiente, ya sea a raíz de la celebración del matrimonio, ya posteriormente a ese hecho, cuando se ha omitido hacerlo en la oportunidad debida, y cuando esto se verifica con las formalidades del previo juicio que al efecto exige el Derecho Canónico, esa partida se presume auténtica y es plena prueba".

"Pero lo anterior no quiere decir que las partidas de orígen eclesiástico, como las de orígen civil, que se presumen auténticas, no puedan ser atacadas o redargüidas de falsas. La sentencia de 15 de diciembre citada, siguiendo la doctrina de la Corte, la ratificó y precisó en los siguientes términos: "No quiere decir lo anterior, y subraya la Corte, que esas actas, civiles o eclesiásti-

cas, sean intocables; no. Esas actas, como cualquiera otra prueba, como un documento privado, pueden, por ejemplo, ser redarguidas de falsas y entonces el debate planteado sobre ese extremo sigue la regla general y cae bajo la jurisdicción de los Jueces Civiles... Las actas civiles y eclesiásticas sí pueden caer **sub judice** cuando son rechazadas o redargüidas o tachadas de falsas, en los casos en que puedan serlo las de origen civil, y entonces el poder civil ordinario es competente para decidir sobre tal materia".

"La anterior doctrina, que no admite distingos ni excepciones y que es prenda de seguridad y garantía de los asociados, no es otra cosa en síntesis sino la recta interpretación y aplicación del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, que al admitir como pruebas del estado civil las de orígen eclesiástico, estatuyó que quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae este Título, a las cuales se les asimila. (Ese Título es el XX del Libro I del Código Civil)".

"No se trata en este proceso, ni podría tratarse, de una causa de nulidad o validez de un matrimonio católico, cuya jurisdicción privativa correspondería a la autoridad eclesiástica; tampoco se trata de casos en que la legislación canónica no interfiere plenamente en la civil, por existir algún texto legal que lo impida. Tratándose de averiguar y estimar el valor probatorio, ante la ley civil de la partida de matrimonio del doctor Castro con la señora Cortés y de establecer si esa partida está o nó conforme con el hecho, y el poder civil, por medio del Organo Judicial, tiene facultad para ello, facultad que ha ejercitado en otras ocasiones en casos similares por lo menos al presente, y por eso con frecuencia, se dejan de estimar partidas de orígen eclesiástico, tanto por defectos de fondo como de forma".

"Y esta jurisdicción viene de lo siguiente: Las actas de orígen eclesiástico y las de origen civil, tenían desde 1887 hasta 1938 un mismo valor probatorio, o sea pruebas principales del nacimiento, matrimonio o defunción, (artículos 347 del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887). A esas actas las ampara la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 392 del Código Civil".

"Proceden dichas actas, como es obvio, de distintas fuentes y las unas, las de origen civil, se levantan y rigen en la forma establecida por las disposiciones pertinentes del Título XX del Libro I del Código Civil, al paso que las otras se levantan y rigen según lo establecido por los cánones 470 y 1103, entre otros. Tenían como se expresó, la misma eficacia probatoria hasta 1938 y están amaparadas por la misma presunción de autenticidad".

"Pero como se trata de una presunción legal, quiere decir que ella puede ser desvirtuada; por eso los artículos 393 y 394 del Código Civil establecen que los antedichos documentos (los de origen civil), aun cuando conste su autenticidad y pureza, podrán rechazarse probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma persona a la que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar, y podrán impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata, por cuanto esos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes del matrimonio, por los padres u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes. Pues bien: esas disposiciones, de origen y naturaleza civil, interfieren al tratarse de la estimación o valoración de las partidas o actas de origen eclesiástico; por eso el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, después de establecer que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos Sacerdotes Párrocos, estatuye que tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas o suplidas en los mismos casos y términos que aquéllas a que se contrae el Título XX mencionado. De esto último manan dos consecuencias: 1ª. Que el artículo 22 de la Ley 57 no es un texto legal que pueda interpretarse aisladamente sino que su interpretación debe considerarse también a la luz de los artículos 392, 393 y 394 del Código Civil; 2ª. Que tales pruebas pueden ser redargüidas o rechazadas ante el Poder Civil y por los procedimientos conducentes ante éste, cuando se está dentro de un juicio civil, y así debe entenderse el artículo 22 citado, pues sería hasta una necedad afirmar que se rechazan o redarguyen de falsas sólo ante el Poder Eclesiástico, porque el Poder Civil no puede legislar sobre materias que son objeto de derecho Canónico, ni darle a la autoridad eclesiástica el poder o jurisdicción de fallar sobre esas partidas, de estimarlas o rechazarlas, puesto que ese poder lo tiene aquélla en virtud de su propia

y exclusiva jurisdicción, y como persona jurídica perfecta y completa que es la Iglesia, personería que por otra parte reconocen los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887 y 4º del Concordato".

" ... ...

"Como ya se dijo, el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 asignó el carácter de pruebas principales del estado civil a las certificaciones de los sacerdotes Párrocos que inserten las partidas existentes en sus libros respectó de nacimientos, matrimonios o defunciones, y al equipararlas así a las actas notariales advirtió, como tal asimilación lo imponía, que aquéllas quedaban "sujetas a ser rechazadas o redargüídas o suplidas en los mismos términos que esas otras". Tales las palabras de esa disposición. Y el artículo 394 del Código Civil, tántas veces citado en este fallo, distinguiendo entre las declaraciones de las personas y la del funcionario respectivo, para advertir que la fe pública correspondiente a un instrumento público no puede extenderse a que el Estado garantice la veracidad de aquéllas, procediendo en forma análoga a como el artículo 1759 preceptúa en general sobre los instrumentos públicos, advierte que las actas en referencia atestiguan que han acudido a ese funcionario y le han dicho lo que el acta expresa, "pero no garantiza la veracidad de esa declaración en ninguna de sus partes", y agrega en su inciso 2º: "Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata".

"Si aquí se trata de una acta del estado civil; si en esas actas o partidas, tanto da que sean de origen eclesiástico o civil ante el citado artículo 22, para impugnarlas, y si, por otra parte, lo que el Provisoriato hizo fue solamente ordenar que se sentara una partida y denegarse a revocar la orden de sentarla, no se ve por qué a la autoridad civil pueda estarle vedado el estudio de la partida como instrumento a la luz de la cuestión de nudo facto de éste, es decir, si el hecho del matrimonio tuvo lugar o no". (**Gaceta Judicial,** Tomo LVII, páginas 457 y siguientes).

Tomando sólo en cuenta la parte resolutiva del fallo acusado podría a primera vista pensarse en que es improcedente la causal invocada, pero poniendo aquélla en armonía, como es de rigor, con la parte motiva, que es la que sirve para explicar su sentido y alcance, se ve que el sentenciador no se propuso ni pretendió en momento alguno decidir la controversia, pues sobre el fondo de ésta no hay en la sentencia el más ligero o superficial concepto. Por el contrario llegó a expresar que la sentencia no puede tener fuerza de cosa juzgada, "en razón de no decidirse sobre la cuestión controvertida", y como esta abstención en decidir la originó la reiterada declaración de no ser competente para ello la justicia ordinaria, la duda se despeja y en realidad se pone de manifiesto la pertinencia del motivo de casación que se ha propuesto.

Todo lo anteriormente dicho implica la necesidad de que se invalide la sentencia acusada, y que, sin otra consideración, se disponga que oportunamente se remita el expediente al Tribunal de su origen para el solo efecto de que dicte nuevo fallo, tomando en cuenta lo que aquí queda resuelto (artículo 540 del C. J.).

En mérito de tales consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona con fecha diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y seis, y en su lugar dispone que por dicha entidad se dicte nuevo fallo en este negocio.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase en su oportunidad.

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

REIVINDICACION

Ya dijo la Corte que "al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo".

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

En el Juzgado del Circuito de Tuluá, el 25 de febrero de 1944, Gildardo Zapata demandó a Adelaida Buitrago v. de Guerrero y Matilde Guerrero v. de Valencia, en juicio de reivindicación de una finca agrícola ubicada en el paraje de "Tesorito", del Municipio de Riofrío, con cultivos de caña, café, plátano, pasto artificial, dos casas de habitación, trapiche, rastrojeras y montaña, de cien plazas de extensión y alindada así: Oriente, con propiedad de Luis E. Rico y Luis María Rivera; Sur, propiedad de Jesús Vera; Norte, propiedad de Matilde Guerrero y Florentino y Valeriano Guerrero; y Occidente, con propiedad de José María Cardona y camino que conduce a "Fenicia".

Afirmó que esa finca la había adquirido por remate hecho a cuenta de su crédito, el 3 de septiembre de 1940, en el juicio especial que había seguido en el mismo Juzgado, con acción real hipotecaria, contra Ignacio y Joaquín Guerrero, acto que había sido registrado y que tenía una tradición anterior que respaldaba la transferencia del dominio; que por haberse dificultado la entrega de la finca rematada había tenido que seguir un juicio posesorio en el cual se decretó que Ignacio y Joaquín Guerrero debían hacer esa entrega, no así Adelaida Buitrago v. de Guerrero y Heladio Valencia, también demandado allí; que cuando se fue a practicar la entrega, Adelaida y la viuda de Valencia se opusieron, por lo cual se les dejó la finca en su poder en calidad de secuestro.

Las dos demandadas se opusieron. Adelaida alegó que no había cultivado la finca en compañía de nadie sino con su propio esfuerzo, que ni el demandante, ni sus presuntos tradentes, habían tenido la más ligera vinculación económica con el bien rematado, y que como la explotación de este inmueble la había realizado ella desde hacía más de veinte años, invocaba la prescripción adquisitiva. Matilde alegó que el decreto de entrega en el juicio posesorio comprendía predios de su propiedad exclusiva, donde tenía plantaciones hechas con su propio esfuerzo y que por eso se había opuesto.

En aplicación del artículo 381 del C. J., el Juzgado absolvió a las demandadas, con costas a cargo del demandante. Apelado este fallo, que lleva fecha de 5 de mayo de 1945, y surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia del 31 de julio de 1946, lo reformó "En el sentido de absolver a los demandados declarando previamente probada la excepción perentoria procesal de petición de un modo indebido". Sin costas contra el demandante.

Este recurre a la Corte para que se case la sentencia de segundo grado, y siendo el caso de decidir el recurso se procede a ello mediante las siguientes consideraciones:

El Tribunal deduce la excepción mencionada de la conclusión que saca del estudio de las certificaciones producidas como prueba por el mismo demandante y expedidas por los Registradores de los Circuitos de Tuluá y Roldanillo, según las prescripciones del artículo 635 del C. J., o sea: que como los tradentes del demandante, señores Ignacio y Joaquín Guerreros, únicamente eran dueños de un derecho proindiviso de dos terceras partes y no del cuerpo cierto determinado en el acta de remate, no está acreditado que el demandante Zapata sea dueño exclusivo del lote de terreno y mejoras, materia de su demanda. Y a la posible objeción de que Zapata había rematado todo el lote de terreno y sus mejoras porque eso era lo que le habían dado en hipoteca Ignacio y Joaquín Guerreros, se adelanta a contestar que "entiende entonces la ley que lo hipotecado fue sólo esa cuota y en consecuencia que fue ella

también la rematada", según disposición expresa del artículo 2441 del C. C., que dice: "El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese. Si el derecho está sujeto a una condición resolutoria, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1548".

Tres cargos de violación de ley sustantiva aduce contra esta sentencia el recurrente, siendo el primero que como el Tribunal desconoció que Zapata había adquirido por tradición, consistente en el registro del remate y auto aprobatorio, el dominio de todo el terreno y sus mejoras, infringió directamente estos artículos del código civil: el 669 que define el dominio, el 673 que enumera los modos de adquirir, entre ellos la tradición, el 740 que define la tradición, el 741 que establece que en las ventas forzadas la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal, el 743 que requiere, para la validez de la tradición, el consentimiento del adquirente o de su representante, el 756 que exige la inscripción del título en el registro para la tradición del dominio de los bienes raíces; y del código judicial el artículo 1052 que equipara a escritura pública la diligencia de remate y el auto de su aprobación, los que deben inscribirse en la respectiva oficina de registro, si se trata de inmuebles.

El cargo no es fundado porque el Tribunal, al estudiar el extremo del dominio de Zapata, para ver si la acción reivindicatoria podía prosperar tal como había sido ejercida, empezó por reconocer que había presentado título de dominio de la finca y había acreditado el modo de adquirir consistente en la tradición por el registro del título; pero como por este modo no se adquieren otros derechos que los que tenga el tradente sobre la cosa entregada, y como el propio demandante había presentado las referidas certificaciones de dos Oficinas de Registro, para acreditar la suficiencia de su título, de acuerdo con lo ofrecido en la demanda, y de estas certificaciones resultaba que los Guerreros, tradentes de Zapata no eran verdaderos dueños sino de las dos terceras partes de la finca, hubo de concluír que el demandante no había adquirido por la tradición a título de remate, sino dos terceras partes y no toda la finca, dando así aplicación al artículo 752 del C. C.

El segundo cargo consiste, de acuerdo con la demanda, en que el Tribunal, partiendo de la falsa hipótesis de una comunidad de dominio entre Ignacio y Joaquín Guerrero y Uldarico Valencia, y entrando a estudiar la historia de la tradición del inmueble reivindicado, cuando no era el caso de confrontación de títulos, aplicó indebidamente los artículos 2322 y 2323 del código civil, que define el cuasi contrato de comunidad y el derecho de cada comunero, y los artículos 2441 y 2442 sobre gravamen hipotecario de derechos eventuales, limitados, rescindibles o resolubles, y derechos proindivisos en una comunidad.

Al respecto, se considera:

La comunidad entre los Guerreros, inmediatos antecesores de Zapata, y Uldarico Valencia, es un hecho que, según la apreciación del Tribunal, resulta acreditado con las certificaciones de los Registradores de Tuluá y Roldanillo, producidas como pruebas por el propio apoderado del demandante Zapata, quien también presentó en la diligencia de inspección ocular de primera instancia, copia registrada de la escritura número 72 de la Notaría de Riofrío, del 2 de marzo de 1931, a que se refieren aquellas certificaciones, y por medio de la cual Eladio Guerrero vendió a Ignacio y Joaquín Guerreros y a Uldarico Valencia, unas 56 plazas de mejoras que dijo plantadas por él en terreno reputado baldío, situado en el paraje conocido con el nombre de Cuchilla de Tesorito. Por tanto, no es exacto que el sentenciador partiera de una falsa hipótesis o razonara sobre una base sin fundamento.

Cuanto a las tradiciones anteriores del inmueble reivindicado, el Tribunal no podía menos de entrar a estudiarlas ya que el demandante había planteado así la controversia cuando en el hecho segundo del libelo dijo que Zapata había adquirido por el remate registrado y añadió: "además, tiene una tradición anterior que respalda plenamente el dominio transferido a mi poderdante por medio del remate"; de otro lado, la misma parte demandante había producido pruebas para acreditar esta afirmación, entre ellas las aludidas certificaciones sobre propiedad y libertad del inmueble reivindicado, y el juzgador no podía omitir su apreciación sin incurrir en deficiencia o error de hecho que podían merecerle la censura en casación. Por último, las tradiciones anteriores debían examinarse desde que la demandada Adelaida Buitrago viuda de Guerrero alegaba posesión material del inmueble por más de veinte años, con anterioridad a la contestación de la demanda, y había producido varias declaraciones de testigos para acreditarla.

El tercer cargo que formula el recurrente es el de error evidente de hecho y error de derecho que atribuye al Tribunal por "no apreciar, y, por lo tanto, no darle la validez legal de prueba que le corresponde, al acta de remate y su auto aprobatorio, debidamente registrados, piezas éstas en que el actor apoyó su demanda de dominio"; de esos errores deduce la violación indirecta de los artículos 669, 673, 740, 741, 743, 762, 946, 950 del C. C. y 1052 del C. J. Además dice el recurrente que los artículos 946 y 950 fueron infringidos también directamente porque la existencia y prueba del dominio del reivindicante sólo es relativa al poseedor demandado y frente a éste; y que en este caso las demandadas no atacaron el título del actor, ni trataron de desvirtuarlo en su eficacia legal, ni de contrarrestarlo con otro título de igual o mejor derecho.

Pocas palabras son bastantes para confutar esta acusación. Porque de una parte el Tribunal no dejó de apreciar del acta del remate, su aprobación y registro, y de otra parte en el estudio del dominio admitió que probaban un título y un modo de adquisición en favor del demandante, y si no lo tuvo por dueño de la totalidad del inmueble fue por aparecer acreditado que sus tradentes no habían sido dueños sino de dos terceras partes proindiviso.

La violación directa de las dos últimas disposiciones citadas, que se pretende apoyar en la doctrina sustentada por esta Sala en su fallo del 26 de febrero de 1936, no existe en el presente caso porque según allí se dijo, "al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, **cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo**"; y porque aquí, como ya se dijo, la demandada Buitrago v. de Guerrero alegó una posesión muy anterior al registro del remate, hecho el 29 de octubre de 1940, y posesión muy dilatada como que asegura que principió más de veinte años antes de la iniciación de este pleito en febrero de 1944, siendo de notarse que también produjo pruebas al respecto, como las declaraciones testimoniales en que el Tribunal se basó para admitir que era poseedora y que por eso estaba bien dirigida la acción. En estas circunstancias las demandadas no tenían para qué discutir el título del demandante, máxime cuando de las certificaciones de los registradores resultaba que no era suficiente para la prosperidad de la acción.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UNA SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO DE ALIMENTOS. — NOTIFICACION Y TRASLADO. — CAUSALES DE NULIDAD EN LOS JUICIOS.

1.—La notificación es el conocimiento real o presunto que se da a las partes en juicio y, excepcionalmente, a terceros, de los actos y decisiones judiciales que tienen lugar en él. Está basada en el principio jurídico de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído. El traslado es el conocimiento que se da a las partes de demandas, de autos, de expedientes o partes de él, para que expongan lo que tengan a bien. El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que verse.

2.—Se dice de un Juez que es competente para el conocimiento de determinado negocio judicial cuando por disposición legal le corresponde dicho conocimiento. Así, pues, puede haberse surtido legalmente la notificación y traslado de una demanda, y ser el Juez que admitió ésta y ordenó su traslado incompetente para conocer del negocio.

3.—En el caso del proceso pretende el recurrente transformar en falta de citación o emplazamiento en la forma legal la causal consistente en la incompetencia de jurisdicción, so pretexto de que el Juez que le comunicó el libelo no era competente; no puede prosperar esa confusión de las causales de nulidad, porque las consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. J. tienden a garantizar la presencia de la parte en el juicio mientras que la primera atiende solo a la potestad jurisdiccional, sin que sea dable establecer entre ésta y las otras causales vinculaciones destinadas a arrebatar a cada una su innegable autonomía procesal. El artículo 448 del C. J. señala separadamente como causales de nulidad en todos los juicios, por una parte la incompetencia de jurisdicción y, por otra, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, además de la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante. Nuestro Código de Procedimiento, siguiendo el principio procesal de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete el juicio a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido que sólo las causales establecidas en el Código la generan. En la práctica, los motivos de nulidad en relación con el procedimiento han quedado reducidas a aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio. El espíritu que informa el Código al respecto es que la nulidad se pronuncie dentro del mismo juicio en que se produjo. Por excepción, la parte que no fue legalmente notificada, o emplazada, o estuvo indebidamente representada en el juicio, puede pedir en otro separado, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de aquél, o puede proponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia. Así, pues, sólo es permitido discutir en otro juicio distinto, al tenor del artículo 457 del C. J. la nulidad de un proceso fenecido cuando la causal alegada consiste en falta de citación o emplazamiento, o indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de nulidad de un remate en juicio, a que alude el inciso segundo del citado precepto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas).

Antecedentes:

La señora Francisca Mercado de Lourido demandó en juicio especial sobre prestación de alimentos, a su cónyuge Máximo Lourido, ante el Juez del Circuito de Cali, a pesar de que el demandado tenía el centro de sus negocios en el puerto de Buenaventura y allí estaba domiciliado.

Tan pronto se admitió aquella demanda de alimentos, la actora, por memorial dirigido al juez de la causa, expresó que su marido residía en el citado puerto, a donde, para los efectos del traslado, se libró el correspondiente despacho.

El comisionado procedió de conformidad y por diligencia de seis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, notificó la demanda a Lourido y le corrió el respectivo traslado. Reparó entonces Lourido que no se le emplazó para presentarse ante el Juez del conocimiento a estar a derecho en el juicio, señalándole el término prudencial que determina la ley. Con todo, dió oportuna contestación a la demanda, admitiendo algunos de los hechos y negando otros y alegando oponerse a la tramitación del juicio en Cali, por ser vecino de Buenaventura, lugar en donde debía habérsele demandado, por ser el de su domicilio.

No habiendo hecho esta manifestación en pliego separado, como excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, el Juzgado de Cali no le dió importancia, sin que el interesado hubiera formulado el correspondiente reclamo. Continuó el juicio allí, sin nueva oposición del demandado, quien estuvo presente en la actuación, por medio de apoderado investido al efecto.

El juicio especial en cuestión terminó con sentencia en la cual se condenó a Lourido a pasar a su mujer para alimentos, la suma de cuarenta pesos ($ 40.00) mensuales, y cuando devengara algún sueldo, la tercera parte de éste. Tal providencia se notificó y transcurrido el término del caso y no apelada por las partes, se declaró ejecutoriada.

Con apoyo en los hechos que se dejan sintetizados y con fundamento legal en que el juicio especial de alimentos que acaba de relatarse es nulo por haberse demandado al alimentante en un lugar distinto a su domicilo y por haberse ventilado ante el Juez del Circuito la correspondiente actuación, siendo así que la suma mensual demandada como alimentos fue la de sesenta pesos ($ 60.00) mensuales, cuestión de menor cuantía, y de que no se emplazó al reo para estar a derecho en el lugar en donde correspondía, el expresado Máximo Lourido demandó por la vía ordinaria, por medio de apoderado, a su mujer ante el Juez del Circuito de Cali para que se declarara la nulidad de la sentencia, que puso fin al juicio en cuestión y la consecuencial inexistencia de la obligación alimentaria que ese fallo declaró a su cargo. También demandó en la petición tercera de su libelo, que se declarara que la señora Mercado de Lourido no tiene derecho para exigirle prestación alimenticia de ninguna clase, por estar colocada aquélla con respecto al actor, en el caso del inciso final del artículo 414 del C. C.

Sentencia de primera instancia

El presente juicio ordinario, de nulidad del especial de alimentos, finalizó en la primera instancia con fallo absolutorio para la demandada, declarándose por el Juez probadas las excepciones perentorias de "carencia de acción" y la de "petición de un modo indebido"; se apoya la primera de tales declaraciones en que la nulidad procedimental deducida sobre incompetencia de jurisdicción, sólo puede ser alegada dentro del mismo juicio y nó en juicio ordinario separado; y la segunda se hace consistir en que, de acuerdo con el artículo 837 del C. J., la extinción de la obligación de pagar alimentos o de variar su forma y cuantía, sólo puede demandarse ante el mismo Juez que conoció del juicio especial de alimentos y a continuación de lo actuado.

La sentencia recurrida

Apelado por el actor el fallo que puso fin a la primera instancia, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, donde se puso término a la correspondiente actuación, con fallo de fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, por el cual se revocó el de primer grado, en cuanto expresó existía "carencia de acción", y confirmando en la parte que declaró que la petición fue hecha de modo indebido.

Consideró el Tribunal, que el demandante había propuesto conjuntamente en su libelo de de-

manda, "dos acciones que tienen diferente tramitación, evidenciándose la existencia de la excepción perentoria de **petición de un modo indebido,** lo que impide al Tribunal estudiar en el fondo el negocio, al tenor del art. 343 del C. J."

Cree el Tribunal que el actor, en sus dos primeros apartes de la demanda, busca la nulidad del juicio de alimentos por mal emplazamiento del demandado y por carecer de competencia el Juez que falló, tanto por la cuantía, como por no ser Cali el lugar de su domicilio; y que la tercera petición se encamina a obtener se le exima de la obligación de pagar alimentos a su cónyuge por estar colocado en el caso contemplado en el inciso final del artículo 414 del Código Civil.

Dice, refiriéndose a esta última súplica de la demanda, "que la extinción de la obligación de pagar alimentos tiene su trámite especial y por lo mismo no puede ventilarse en juicio ordinario, ya que el procedimiento para esa clase de juicios es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia juidicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario (art. 195 del Código Judicial y concordantes)".

Agrega que, advertida la irregularidad, el Juez no puede dictar auto de fondo, como sería declarando probada la excepción de "carencia de acción", como lo hizo el **juez a quo,** de ahí que lo legal es abstenerse de fallar por haberse pedido en forma indebida.

El recurso de casación

Recurrida la providencia anterior, fueron remitidos los autos a la Corte, donde cumplida la tramitación de rigor, ha llegado la oportunidad de sentenciar.

Causales de casación propuestas

Cargo primero:

Sostiene el demandante que habiéndose abstenido el Tribunal de resolver sobre las peticiones primera y segunda de la demanda, por estimar que no era competente para conocer de la tercera súplica y existir, en consecuencia, una excepción de "petición de un modo indebido", es indispensable iniciar el recurso por el estudio de tal excepción dilatoria que el Juez declaró probada.

Funda su cargo en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., o sea por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 83 del C. J. y por violación directa de los artículos 195, 209, 210, 472 y 481 del mismo Código.

Se apoya en que el sentenciador, considerando que se habían propuesto en una misma demanda dos acciones con tramitación muy distinta, se declaró inhibido para conocer del negocio, por considerar probada la excepción de petición de un modo indebido, absteniéndose, en consecuencia, de entrar al fondo del asunto.

Afirma que no se han involucrado acciones diversas, por cuanto lo que se propuso el apoderado del actor fue que se hicieran en la sentencia definitiva las declaraciones impetradas "o parecidas declaraciones o alguna o algunas de ellas..." "De tal manera —dice— que las cuatro peticiones contenidas en el libelo de demanda no forman una masa solidaria, sino que cada una de ellas es materia de examen independiente y de resolución separada para el juzgador..." — "Una cosa es demandar expresamente, conforme al art. 837 del C. J. para que se declare extinguida la obligación alimenticia, lo que se tramita a continuación del mismo juicio de alimentos; y otra cosa es demandar para que se declare que el alimentario en ningún **momento ha tenido derecho a la prestación de alimentos".**

Sostiene que hay clara diferencia entre demandar la "modificación o extinción de la obligación alimentaria", y aquélla en que se suplica su extinción. En el primer caso se averiguan hechos subsiguientes al decreto, que lo hacen extinguir o modificar, como sería la muerte del alimentario o el cambio de las condiciones económicas del alimentante; en el segundo, se debate la "causa de la obligación". Ejemplos de esto último se encuentran en los artículos 417 y 418 del C. C.

Que si el procedimiento era indebido en cuanto a la súplica tercera de la demanda (la extinción de la obligación por injuria atroz o grave, art. 414 del C. C.), ello implicaría una excepción de incompetencia de jurisdicción respecto a esa petición de la demanda, que obligaba al Juez a abstenerse de fallar sobre el particular, pero que "no lo inhibe para conocer de aquellas súplicas respecto de las cuales su competencia es inobjetable".

Que la acumulación de las acciones en la forma en que se hizo, la autoriza el artículo 209 del C. J., pero que si una de de las propuestas no fuere procedente o viable, es el caso de aplicar el artículo 210 del mismo Código.

Segundo cargo:

Error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas que concretamente señala, lo cual llevó al Tribunal a violar las siguientes disposiciones por mala interpretación y aplicación de los artículos 456 y 457 del Código Judicial, y violación directa de los artículos 109, ordinal 2º; 120, 150, 152, ordinal 2º; 153, 154, 315, 327 y 449, ordinales 1º y 3º del mismo Código.

Las pruebas que considera mal apreciadas las determina con el siguiente pasaje de acusación, que textualmente se inserta en seguida:

"Certificado del Alcalde Municipal de Buenaventura en el cual consta que el señor Máximo Lourido está domiciliado en esa ciudad desde hace más de diez años; certificado del Jurado Electoral de la misma ciudad, donde aparece que el actor está cedulado allí bajo el Nº 1171636 y que el registro de dicha cédula está vigente; certificado de la Cámara de Comercio de la misma ciudad en que consta que el actor está inscrito en dicha Cámara como comerciante y que en esa población ha ejercido sus funciones por más de diez años; copia del auto de 6 de noviembre de 1943, dictado por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali y por medio del cual se declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción en el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal que se siguió en dicho Juzgado por la señora Francisca Mercado de Lourido contra el demandante, y, finalmente, las declaraciones de Julio Juri Mercado, Francisco Cobo Q. y Misael Sánchez A., todos los cuales están acordes en afirmar que el actor ha sido vecino de la ciudad de Buenaventura".

Dice que de estas pruebas, a las cuales no les dió ningún efecto el Tribunal, aparece demostrado que cuando se siguió el juicio de alimentos contra el señor Lourido, el domicilio de éste era la población de Buenaventura.

Que de acuerdo con los artículos 150 y 152, ordinal 2º del C. J., correspondía al Juez de Buenaventura conocer del referido juicio, y nó al del Circuito de Cali.

Que la competencia en tal caso es prorrogable, al tenor del artículo 153 del referido Código, pero sólo cuando el demandado no excepciona oportunamente. Que en la sentencia cuya nulidad se demanda y que en copia se trajo al proceso, el juzgador reconoce tal hecho, como se desprende del siguiente aparte, tomado de aquélla:

"Corrido el traslado al señor Lourido, éste lo contestó en escritura sin fecha, firmado en Buenaventura, admitiendo el hecho primero del libelo, lo mismo que el quinto, pero con aclaración, negando los demás, lo mismo que el derecho invocado, y **oponiéndose a la tramitación del juicio en esta ciudad, por estar él avecindado en aquel puerto"**

Lo que bien claro está diciendo —agrega— que no hubo prórroga de jurisdicción.

Cree que la otra causal de incompetencia de jurisdicción se halla en la "cuantía de la demanda", y que el consentimiento expreso o tácito de las partes no es suficiente para dar al Juez una jurisdicción que no le coresponde.

Que la competencia del Juez para conocer de un negocio se fija al tenor del artículo 150 del C. J., por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse, y "las reglas anteriores se subordinan dentro de uno o varios circuitos, a la competencia por razón de la cuantía". (Art. 154 C. J.). Que la actual ley de procedimiento no asigna de modo especial a los Jueces de Circuito, el conocimiento de los juicios de alimentos, como acontecía en el antiguo Código.

Que en la petición en el juicio especial de alimentos, se dijo, que se demandaban los congruos para subsistencia, habitación, alimentos, vestuario, drogas, &, cuya cuantía fija allí la actora en la cantidad de sesenta pesos ($ 60.00) moneda corriente.

Que siendo, pues, negocio de menor cuantía el referido de alimentos, correspondía su conocimiento al Juez Municipal de Buenaventura, lugar por otro lado, de su domicilio.

"En síntesis, —concluye— el sentenciador incurrió en error de hecho por falta de apreciación de las pruebas que acreditan que el domicilio del actor estaba en Buenaventura cuando se promovió contra él la demanda de alimentos; falta de apreciación de la copia de la sentencia de fecha 17 de marzo de 1942, proferida por el Juez Segundo del Circuito de Cali, donde consta que el actor propuso oportunamente la excepción de incompetencia de jurisdicción; falta de apreciación de la copia de la demanda de Francisca Mercado de Lourido contra mi mandante, donde aparece que la cuantía de la demanda es de sesenta pesos y falta de apreciación de la copia de las diligencias de notificación y traslado de la demanda en cuestión, donde aparece que se omitió el emplazamiento ordenado por el artículo 325 del C. J.".

Se considera:

Entiende el recurrente que la notificación de la demanda para la prestación de alimentos no se surtió, porque para que tal cosa tuviera lugar, no es suficiente que el demandado fuera emplazado por una autoridad judicial, sino que es indispensable que lo sea por el juez competente Es decir, que la notificación y traslado de la demanda no puede tenerse por hechos, en razón de la incompetencia del Juez del Circuito de Cali para conocer del pleito.

Tal concepto es errado. No hay por qué confundir dos cuestiones completamente separadas. La notificación es el conocimiento real o presunto que se da a las partes en juicio, y excepcionalmente a terceros, de los actos y decisiones judiciales que tienen lugar en él. Está basada en el principio jurídico de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído.

El traslado es el conocimiento que se da a las partes de demandas, de autos, de expediente o parte de él, para que expongan lo que tengan a bien. El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos, o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que verse. Tales formalidades se cumplieron al notificar y dar traslado, en su tiempo, de la demanda de alimentos propuesta por la señora de Lourido contra su esposo.

El artículo 143 del C. J. dice que la **competencia** es la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República.

Se dice de un Juez que es competente para el conocimiento de determinado negocio judicial, cuando por disposición legal le corresponde dicho conocimiento.

Así, pues, puede haberse surtido legalmente la notificación y traslado de una demanda, y ser el juez que admitió ésta y ordenó su traslado, incompetente para conocer del negocio.

El recurrente pretende transformar en falta de citación o emplazamiento en la forma legal, la causal consistente en la incompetencia de jurisdicción, so pretexto de que el Juez que le comunicó el libelo, no era competente; no puede prosperar esa confusión de las causales de nulidad, porque las consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. J., tienden a garantizar la presencia de la parte en el juicio, mientras que la primera atiende sólo a la potestad jurisdiccional, sin que sea dable establecer entre ésta y las otras causales, vinculaciones destinadas a arrebatar a cada una su innegable autonomía procesal.

El artículo 448 del C. J. señala separadamente como causas de nulidad en todos los juicios, por una parte la incompetencia de jurisdicción y por otra, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio, además de la ilegitimidad de su apoderado o representante.

Nuestro Código de Procedimiento, siguiendo el principio procesal de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete el juicio a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las causales establecidas en el Código la generan.

En la práctica, los motivos de nulidad en relación con el procedimiento, han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio.

El espíritu que informa el Código al respecto, es que la nulidad se pronuncie dentro del mismo juicio en que se produjo. Por excepción la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o estuvo indebidamente representada en el juicio, puede pedir en otro separado, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de aquél, o puede proponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Así, pues, sólo es permitido discutir en otro juicio distinto, al tenor del artículo 457 del C. J., la nulidad de un proceso fenecido, cuando consiste la causal alegada en falta de citación o emplazamiento, o indebida representación de la persona que alega, o cuando se trata de nulidad de un remate en juicio, a que alude el inciso segundo del citado precepto. (Véase **Gaceta Judicial** Nº 1957 y 1958, pág. 534).

Aplicando los principios que se dejan consignados, al caso del pleito, tenemos lo siguiente:

a)— Que en el presente juicio ordinario no sería posible estudiar lo relativo a la causal alegada por incompetencia de jurisdicción del Juzgado de Circuito de Cali para conocer del jui-

cio de alimentos, porque tal alegación o causal de nulidad, sólo era viable o factible presentar dentro del propio juicio especial de alimentos, y nó en otro distinto.

b)— No está demostrado en forma alguna, que al demandado Lourido, en el juicio de alimentos que le propuso su esposa, no se le hubiera notificado la demanda y emplazado para estar a derecho en aquel juicio; por el contrario, consta que "corrido el traslado al señor Lourido, éste lo contestó en escrito sin fecha, firmado en Buenaventura, admitiendo el hecho primero del libelo, lo mismo que el quinto, pero con aclaración, negando los demás, lo mismo que el derecho invocado, y oponiéndose a la tramitación del juicio en esta ciudad (Cali), por estar él avecindado en aquel puerto". Luego es lógico concluír que el demandado estuvo a derecho en el pleito y pudo ampliamente ejercer su defensa. La alegación sobre incompetencia de jurisdicción no fue tenida en cuenta por el Juez, pero el demandado no reclamó, y dictado el fallo en que se le condenó a suministrar alimentos a su esposa, la providencia se notificó y ejecutorió, sin reparo alguno de su parte.

c)— No cabe, pues, demandar por la vía ordinaria la nulidad del juicio especial de alimentos, por incompetencia de jurisdicción, ni tampoco se demostraron las demás causales alegadas, pero, sobre toda consideración, dada la índole del juicio de alimentos y lo prescrito por el artículo 837 del C. J., en ningún caso era posible el juicio ordinario para ventilar la nulidad del especial, como quiera que el proceso de alimentos no fenece con el decreto del Juez en que ordene su pago, ni el juez pierde la jurisdicción para el negocio, porque "en cualquier tiempo y ante el mismo juez que conoció del juicio y a continuación de lo actuado, puede el alimentante demandar al alimentario para que se declare extinguida su obligación, o para que se varíe la forma de pago, o su cuantía, y lo mismo puede hacer el alimentario sobre los dos últimos puntos. A dicha demanda se le da curso en la forma establecida en el Título XXII C. J.". (Art. 837 C. J.).

Siendo esto así, si por disposición expresa de la ley, el proceso no se entiende fenecido, si a continuación de lo actuado en el juicio especial, se ha de proseguir el estudio de nuevas cuestiones, o alegaciones que se planteen contra la obligación de pagar alimentos, claramente se comprende que no puede adoptarse otra vía que la señalada por la ley, y toda otra petición que contraríe la tramitación expresamente señalada para tales casos especiales, es "petición de un modo indebido".

El juicio ordinario, como lo ha dicho esta Corte, no es conducente bajo el régimen de nuestra ley procedimental, sino para ventilar y decidir las controversias para las cuales la ley no dispone que se obsérven trámites especiales, o no autorice procedimientos sumarios. (Sentencia de 31 de mayo de 1940, G. J. Nº 1957 y 1958, pág).

"La ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público y, por consiguiente, tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio". (**Gaceta Judicial.** T. 43 pág. 627).

d)— De tal manera que, dada la regla procesal consignada en el artículo 837 del C. J., única aplicable al caso del pleito, es el Juez del Circuito de Cali quien conoció del juicio de alimentos y como actuación dentro de tal proceso, el competente para conocer de peticiones sobre nulidad de lo actuado, por irregularidades en el procedimiento y lo relativo a la petición tercera de la demanda en que se solicita la extinción de la obligación por conducta indebida de la alimentaria.

e)— El artículo 837 permite revisar en cualquier tiempo, ante el mismo Juez y dentro del mismo expediente, lo resuelto sobre alimentos para suprimir la pensión si sobreviene una circunstancia liberativa; como la injuria atroz; aumentarla, si es muy exigua y las condiciones del deudor han mejorado; o rebajarla, si éstas se han empeorado; todo, o cada cosa, a solicitud del respectivo interesado.

En cuanto al argumento de la incompetencia del mismo Juez del Circuito de Cali para conocer de la acción alimentaria, por ser ésta de menor cuantía, además de las razones señaladas, cabe observar que la suma demandada de sesenta pesos ($ 60) se refiere a la cuota mensual para alimentos y éstos se deben por la vida del alimentario, mientras las circunstancias tenidas en cuenta al fallar, no cambien. Por lo demás, allí mismo se dijo que la acción se estimaba en cinco mil pesos ($ 5.000.00).

Es, pues, legal el fallo revisado, y el Tribunal, al declarar probada la excepción de "petición de un modo indebido", no violó las disposiciones señaladas por el recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia proferida por H. Tribunal Superior de Cali, con fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas, por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Gabriel Rodríguez Ramírez — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón. — Srio.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE HIJOS NATURALES, DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO, ETC. — IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION DE HIJOS NATURALES.

Tratándose del caso de legitimación IPSO JURE del hijo natural (Art. 238 C. C.) no basta el interés actual en el impugnante si no que se requiere también la existencia de una de las dos causas taxativamente señaladas en el artículo 248 del C. C., que en el fondo constituyen impugnación de la filiación misma puesto que la impugnación no puede prosperar si no se demuestra que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante o no ha tenido por madre a la legitimante, esto es, la calidad de hijo que tenga el legitimado, cosa bien distinta de los motivos que se han agitado como base de impugnación en esta controversia.

La ley 153 de 1887 es en gran parte reglamentaria del efecto retroactivo de las leyes y está destinada a resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las dictadas en distintas épocas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos. En su artículo 20, reproduciendo el principio del artículo 23 del C. C., estatuye que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida..." Pero acontece que en el cargo que se está considerando no se trata de un estado civil adquirido sino de uno no adquirido aún al tiempo de la variación legislativa.

Ninguna razón valedera respalda la tesis del recurrente de que para que se produzca la legitimación IPSO JURE de los hijos que tenían la calidad de naturales de los padres que se casan es indispensable que esa filiación haya sido el efecto del reconocimiento conjunto de los dos padres en instrumento público. El texto del Código habla del reconocimiento de ambos porque entonces tal forma solemne era la exigida por la ley; la necesidad de que el hijo tuviera adquirida la calidad de natural respecto de los dos padres no podía ser satisfecha sino con el cumplimiento de esa solemnidad; pero como las leyes posteriores permiten que esa finalidad pueda lograrse; respecto de la madre, por el mecanismo de la presunción que consagra el artículo 7º de la ley 95 de 1890, conservada en la actual ley 45 de 1936, la acertada hermenéutica no permite el ceñimiento a un texto que es preciso considerar modificado al respecto. Igualmente infundada es la pretensión del reconocimiento simultáneo o conjunto, que no puede deducirse de los términos de la disposición que se refiere a ambos, esto es, el uno y el otro, los dos, y que no tendría justificación jurídica ninguna porque la razón de este caso de legitimación IPSO JURE no es otra que al tiempo del matrimonio de los padres los hijos que por este acto se legitiman tengan definida la calidad de naturales de los contrayentes, por haberla adquirido en cualquiera de las formas legales. La presunción legal del artículo 7º de la ley 95 de 1890 produce, o producía, el STATUS de hijo natural de la madre para todos sus efectos legales, "como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

La Corte ha sostenido reiteradamente que "el matrimonio posterior legitima IPSO JURE a los hijos habidos antes por los cónyuges y reconocidos por el padre con las formalidades legales. En otros términos: para que esta legitimación se efectúe no es preciso que la madre los haya reconocido por instrumento público entre vivos o por acto testamentario, pues respecto de ella tienen el carácter de hijos naturales por el hecho del nacimiento". (G. J. Tomo XIX, pág. 117).

También ha dicho la Corte que "tratándose de legitimación (art. 249 C. C.) sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos llamados al beneficio de la legi-

timación, tienen dereeho para impugnarla por haberse omitido la notificación y aceptación; de lo cual se colige que esos requisitos miran sólo al interés del legitimado; y aunque no hay disposición semejante en el capítulo de los hijos naturales, es lo cierto que entre las causales que dan derecho a terceros para impugnar el reconocimiento no figura el haberse omitido las formalidades de la notificación y aceptación, las cuales tienden sólo a proteger al hijo contra un reconocimiento perjudicial". (G. J. Tomo XX, p. 352).

orte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio diez de mil novecientos cuarenta y ocho.

Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca.)

Los hechos originarios de este pleito, expresaos como fundamento de la demanda y bases del tigio, pueden compendiarse así:

Don Elías Lenís Llanos, natural de Cali, sieno soltero procreó extramatrimonialmente varios ijos con distintas mujeres, así: con María del osario Escobar a Salvador Augusto y Gonzalo scobar, nacidos en 1902 y 1904; con Filomena ordán a Alejandrina Jordán, nacida en 1881; on Tránsito Cleves a Ana María y Alfredo Clees nacidos en 1907 y 1908; con Eufemia Torres Sixta Tulia Torres, nacida en 1910; y con aquel González a Alfonso María, Carmen y Teesa González, nacidos en 1888, 1889 y 1892. Toos estos hijos fueron reconocidos por su padre enis Llanos en diversas épocas y por medio e los distintos instrumentos públicos, que obran n los autos.

Respecto de los tres González se lee en la esritura pública Nº 1054 de 31 de mayo de 1928, e la Notaría 2ª de Cali, contentiva del testamen- nuncupativo de Elías Lenis: "Tengo tres hios naturales, un varón llamado Alfonso Lenis . y dos mujeres llamadas Carmen Lenis G. y eresa Lenis G., todos tres mayores de edad, naurales y vecinos de Cali, los cuales hube en la eñora Raquel González, vecina también de Cali . mi hijo Alfonso que ha permanecido siempre mi lado lo reconocí como mi hijo natural por iedio de la escritura pública Nº 626 de 9 de gosto de 1912, (que obra en autos) de la Notaría de Cali; a mis dos hijas, Carmen Lenis G. y eresa Lenis G. las reconozco por medio del presente instrumento como mis hijas naturales para que gocen de todos los derechos que, como tales les conceden las leyes; y advierto que la citada madre de mis tres hijos naturales era soltera cuando ellos fueron concebidos y ha permanecido siempre soltera".

En las partidas de bautizo de Alfonso María, Carmen y Teresa González, bautizados a pocos días de sus nacimientos, consta que los nombrados son hijos naturales de Raquel González.

El 17 de mayo de 1930 contrajeron matrimonio católico Elías Lenis y Raquel González ante el cura párroco de la Catedral de Cali. En la partida de origen eclesiástico correspondiente se lee: "Manifestaron (los contrayentes) voluntad de legitimar con este matrimonio a sus hijos habidos antes; Alfonso María de 41 años; Carmen de 38 y Teresa de 36".

Obra en autos la siguiente copia tomada del libro de informaciones de la Iglesia Catedral de Cali; ELIAS LENIS-RAQUEL GONZALEZ.—En la parroquia de la Catedral a 17 de mayo de 1930 se presentaron ante el infrascrito Elías Lenis y Raquel González con el fin de hacer practicar la información canónica previa para el sacramento del matrimonio que desean contraer; a este efecto presentaron como testigos a Alejandro Aguayo y Vicente Satizabal C., que llena las condiciones canónicas, quienes declararon bajo juramento que conocen a los contrayentes, y les consta que son católicos, apostólicos y romanos, que el cónyuge tiene 76 años de edad, que es hijo legítimo de Andrés Lenis Echeverri y María Teresa Llanos, vecinos de Cali (Catedral) y nacidos en Cali, (S. P.) que la pretendida tiene 56 años de edad, que es hija legítima de Carmen González, vecina de Cali (Catedral) y nacida en Pradera. Declararon, además, que los contrayentes no tienen impedimento alguno público que obste al proyectado matrimonio. Se hizo la averiguación privada. Manifestaron voluntad de legitimar a sus hijos: Alfonso María de 41 años; Carmen de 38 y Teresa de 36 años. Todos bautizados en Cali. —Elías Lenis. Raquel González. Alejandro Aguayo. Vte. Satizabal. D. Guerrero, Pbro."

El 27 de agosto de 1932, por medio de la escritura pública Nº 591 otorgada en la Notaría 2ª de Cali, Elías Lenis otorgó testamento nuncupativo, en el cual, después de declarar que está casado con Raquel González en únicas nupcias de ella y él, y de que por virtud de ese matrimonio fue su voluntad y la de su esposa legitimar a sus

hijos comunes habidos antes del matrimonio, Alfonso María, Carmen y Teresa Lenis González, mayores de edad y solteros, los instituye, a sus tres hijos y a su esposa Raquel González, como a sus únicos y universales herederos. Expresamente revoca todos sus anteriores testamentos.

Elías Lenis falleció en Cali el 4 de agosto de 1937. Su sucesión se declaró abierta en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali y en ella se reconocieron como herederos a su viuda y a sus tres hijos legitimados.

Los hijos naturales de Elías Lenis, en presencia de estos hechos, han considerado que la legitimación de sus hermanos Lenis González no se operó por falta de algunos requisitos legales, y que, por tanto no pueden ser tenidos sino como hijos naturales y en tal calidad concurrir con ellos igualmente a la herencia de su padre, cuyo testamento debe ser anulado total o parcialmente por haber el testador cometido el error de considerar como hijos legítimados a quienes apenas tienen legalmente el carácter de naturales. Los aludidos requisitos en cuya omisión apoyan los hijos naturales la impugnación de la legitimación de sus hermanos están precisamente señalados en el siguiente pasaje de la demanda:

"La falta de un reconocimiento conjunto por parte de Elías Lenis Llanos y Raquel González, de Alfonso María Lenis, Carmen y Teresa Lenis como hijos naturales de ambos, hecho con anterioridad a la declaración de su matrimonio; la falta del carácter legal de hijos naturales de Alfonso María Lenis, Carmen Lenis y Teresa Lenis, respecto a Raquel González antes de la celebración del matrimonio entre ésta y el señor Elías Lenis Llanos; y la falta de las firmas del señor Lenis Llanos y Raquel González en la partida de matrimonio eclesiástico celebrado entre ellos, son hechos que demuestran que el matrimonio celebrado entre Elías Lenis y Raquel González, no alcanzó a producir el efecto de legitimar a Alfonso María, Carmen Lenis y Teresa Lenis".

Tal es el origen y fundamento de este pleito que Salvador Augusto y Gonzalo Escobar, Alejandrina Jordán de Barona, Ana María Cleves, Sixta Tulia Torres y Alfredo Cleves iniciaron contra Alfonso María, Carmen y Teresa Lenis González y Raquel González v. de Lenis, por medio de apoderado, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, en demanda de fecha 10 de septiembre de 1940, en la cual se pide que se hagan "esta o parecidas declaraciones o alguna o algunas de ellas":

"Primero.— Alfonso María Lenis González, Teresa Lenis González y Carmen Lenis González son herederos de don Elías Lenis Llanos pero no en calidad de hijos legítimados del mismo sino en simple calidad de hijos naturales, derecho con el que tienen facultad para intervenir en la sucesión testada de don Elías Lenis Llanos".

Segundo.— Gonzalo Escobar, Ana María Cleves Alejandrina Jordán de Barona, Alfredo Cleves Sixta Tulia Torres de Triviño y Salvador Escobar, todos mayores de edad y de las vecindades indicadas en el memorial poder, son herederos de don Elías Lenis Llanos en su calidad de hijos naturales reconocidos del mismo y tienen por lo tanto, facultad para intervenir en el juicio de sucesión del señor Elías Lenis Llanos. Por mi conducto manifiestan ellos que aceptan con beneficio de inventario la herencia que pueda corresponderles".

Tercero.— Es nulo en todas sus partes el testamento otorgado por don Elías Lenis Llanos por medio de la escritura pública número 591 de 2[illegible] de agosto de 1932, otorgada en la Notaría 2ª de Cali. Por consiguiente la partición de bienes en el juicio de sucesión del señor Lenis Llanos debe hacerse con prescindencia absoluta del mencionado testamento, entre los hijos naturales reconocidos por el señor Lenis Llanos y el cónyuge supérstite, todo de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada".

"En subsidio de esta declaración, usted hará la siguiente: Es nulo parcialmente el testamento otorgado por don Elías Lenis Llanos por medio de la escritura pública número 591 de 27 de agosto de 1932, otorgada en la Notaría 2ª de Cali. Dicha nulidad comprende el aparte C) de la cláusula segunda, la cláusula tercera, la cláusula cuarta, la cláusula quinta, la cláusula sexta, la cláusula octava, la cláusula novena, la cláusula décima, la cláusula undécima, la cláusula duodécima, la cláusula décima tercera, la cláusula décima cuarta, la cláusula décima quinta y la cláusula décima sexta. Al efectuarse la partición de los bienes entre los herederos hijos naturales del señor Lenis Llanos, el partidor no tendrá en cuenta lo dispuesto en las cláusulas y las suplirá conforme a las reglas de la sucesión intestada".

"En subsidio de la declaración sobre nulidad total o parcial del testamento del señor Lenis Llanos usted decretará: Ordénase la reforma del testamento otorgado por el señor Elías Lenis Llanos por medio de la escritura pública número 591 de 27 de agosto de 1932, de la Notaría Se[illegible]

gunda de Cali, en el sentido de que son herederos del señor Lenis Llanos en su calidad de hijos naturales mis ya nombrados representados, en asocio de los Lenis González, —Alfonso María, Carmen y Teresa— debiendo repartirse entre ellos la herencia de don Elías Lenis Llanos por iguales partes, no solo las dos cuartas partes de bienes destinados al pago de las legítimas rigurosas, sino también la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. La declaración anterior irá seguida de la orden al partidor de bienes en la sucesión de don Elías Lenis Llanos, de atemperar la partición de bienes a la reforma del testamento ordenada".

"Cuarta.— Los demandados pagarán las costas de este juicio en caso de afrontarlo".

Los demandados, por medio de apoderado común, contestaron la demanda oponiéndose a sus pretensiones principales y subsidiarias y negando la mayor parte de los hechos en que se funda. Opusieron las excepciones de carencia de acción y falta de personería sustantiva para el ejercicio de la acción incoada. La controversia en esta forma trabada fue decidida por el Juzgado del Circuito en sentencia de 9 de diciembre de 1942 en la que fueron totalmente absueltos los demandados. Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación de la parte demandante elevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali donde se surtió completamente la segunda instancia del juicio hasta finalizar con sentencia de 22 de noviembre de 1946, confirmatoria de la recurrida. Se condenó a los demandantes en las costas del grado.

Estima la sentencia, como punto inicial de su motivación, que la demanda se encamina primordialmente a impugnar la legitimación de los tres Lenis González para que se les declare hijos naturales a efecto de que la herencia de su padre común se distribuya entre demandantes y demandados, como legitimarios del causante en su igual calidad de hijos naturales. Y no encuentra base legal para la impugnación porque considera que los motivos en que se apoya carecen de fundamento jurídico. En ninguna parte exige la ley que la calidad de naturales que deben tener los hijos comunes para que pueda operarse su legitimación **ipso jure** por el matrimonio de sus padres provenga del reconocimiento hecho por ambos simultáneamente en un solo acto o instrumento. Lo que quiere la ley es que al tiempo del matrimonio de los padres tengan definida su calidad de naturales los hijos comunes que por ese acto se legitiman. Esta calidad, respecto del padre Elías Lenis, no se discute ni impugna en este caso. Y respecto de su madre Raquel González tampoco se discute el hecho de que sean sus hijos como lo testimonian las correspondientes partidas de bautizo, y este hecho, a la luz del artículo 7º de la ley 57 de 1887, bajo cuyo imperio nacieron los Lenis González, es bastante para reputarlos por presunción legal como hijos naturales de ella para todos los efectos civiles. "Ostentando los Lenis González —concluye el Tribunal— el estado civil de hijos naturales, tanto con relación a su padre, señor Elías Lenis Llanos, como con relación a su madre, señora Raquel González, con anterioridad al matrimonio de sus padres, el matrimonio subsiguiente de ellos legitimó **ipso jure**, a Alfonso María, Carmen y Teresa Luis González, y para el caso de autos, deben ser considerados como hijos legítimos del señor Elías Lenis Llanos". Y en esa condición de hijos legítimos, según las leyes sucesorales aplicables, excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal.

El recurso

El recurso de casación que ha traído este negocio a la Corte fue interpuesto por la parte actora, perdidosa en los dos grados y se encuentra en estado de recibir decisión definitiva.

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 compendiadamente en el orden que los trae la demanda.

a) El artículo 54 de la ley 153 de 1887 derogó por contrario imperio el artículo 7º de la ley 57 de ese mismo año en su inciso 2º que establecía una presunción de maternidad natural a favor de los hijos habidos por una mujer que podía casarse libremente cuando los concibió. De acuerdo con la ley 153 citada —artículos 54, 55 y 56—, vigente al tiempo del nacimiento de Alfonso María y Carmen Lenis González y bajo cuyo imperio se consolidó su estado civil, los hijos nacidos fuera de matrimonio podían tener la calidad de naturales sólo si eran reconocidos por ambos padres o por uno de ellos, y este reconocimiento no podía hacerse sino expresamente en instrumento público entre vivos o por acto testamentario. Este estatuto legal es el que rige el estado civil de los citados Alfonso María y Carmen Lenis al tenor

del artículo 20 de esa ley y 153 que establece que el estado de las personas, adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida, "y requiriendo esa ley el reconocimiento expreso del hijo natural por parte de su padre y madre, hay que colegir que Alfonso María y Carmen no tenían el carácter de hijo natural de Raquel González cuando se celebró el matrimonio de ésta con Elías Lenis Llanos, por cuanto no existe documento alguno que acredite el reconocimiento expreso hecho por ella antes de la celebración del matrimonio. Y no teniendo adquirida la calidad de hijo natural de Raquel González, mal podían ser legitimados por el matrimonio de ella con el señor Lenis Llanos... Luego el Tribunal violó con infracción directa los artículos 20, 54, 55 y 56 de la ley 153 de 1887, que son disposiciones de carácter sustantivo, e interpretó erróneamente al considerar vigente el 1888 y 1889 el artículo 7º de la ley 57 de 1887 en cuanto se refería al reconocimiento natural presuntivo por parte de la madre".

b) Teresa Lenis González nació en octubre de 1892, bajo el imperio del artículo 7º de la ley 95 de 1890, pero a pesar de que conforme a esta disposición ella sí tenía a la fecha del matrimonio de sus padres la calidad de hija natural de su madre, su legitimación tampoco se operó, porque sólo tenía esta calidad presuntivamente y el artículo 238 del C. C. exige como solemnidad de la legitimación que el hijo haya sido reconocido por instrumento público y de manera conjunta o simultánea por ambos padres.

Por otra parte, la notificación del reconocimiento de hijo natural es esencial para su validez al tenor del artículo 57 de la ley 153 de 1887, y la omisión de este requisito suspende los efectos del reconocimiento hasta que se manifieste por el reconocido si lo acepta o repudia. No hay constancia ninguna de que el acto testamentario en que Elías Lenis reconoció a Teresa como hija natural le hubiera sido notificado. Por lo tanto, no teniendo Teresa, firmemente y con la claridad necesaria, definida su filiación natural respecto de su padre, no pudo ser legitimada **ipso jure.** Por estos aspectos el Tribunal violó, no sólo las disposiciones citadas en el anterior cargo, sino también el artículo 57 de la ley 153 de 1887 y el 28 del C. C. que interpretó erróneamente.

Estas mismas consideraciones se exponen en la demanda para acusar la sentencia por violación indirecta de los mismos precitados preceptos como consecuencia de errores en la estimación de las pruebas en que el Tribunal fundó sus conclusiones ya conocidas.

Considera la Sala:

Como glosa de mera doctrina, sin incidencia en el recurso porque no lo trae la sentencia ni lo plantea la demanda, alude de paso y en primer término la Sala al aspecto de la personería sustantiva para el ejercicio de esta acción de impugnación de la legitimación, que no encaja exactamente dentro de las exigencias de la ley, porque tratándose del caso de legitimación **ipso jure** del hijo natural (artículo 238 del C. C.), no basta el interés actual en el impugnante sino que se requiere también la existencia de una de las dos causas taxativamente señaladas en el artículo 248 del C. C., que en el fondo constituyen es impugnación de la filiación misma, puesto que la impugnación no puede prosperar si no se demuestra que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante o no ha tenido por madre a la legitimante, esto es, la calidad de hijo que tenga el legitimado, cosa bien distinta de los motivos que se han agitado como base de la impugnación en esta controversia.

La ley 153 de 1887 es en gran parte reglamentaria del efecto retroactivo de las leyes y está destinada a resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las dictadas en distintas épocas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos. En su artículo 20, en que primordialmente se asienta la acusación que se estudia, reproduciendo el principio del artículo 23 del C. C., estatuye que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida...". Pero acontece que en el cargo que se está considerando no se trata de un estado civil adquirido sino de uno no adquirido aún al tiempo de la variación legislativa. Aun aceptando que los dos Lenis González, Alfonso y Carmen, cuya situación de hijos naturales de su madre se enfoca particularmente en este cargo, no tuvieran al tiempo de su nacimiento extramatrimonial, por el solo ministerio de las leyes entonces vigentes, la calidad de hijos naturales, nada obsta jurídicamente para que después adquirieran ese estado civil de acuerdo con las nuevas leyes que establecieron condiciones diferentes de las exigidas por la ley anterior. La ley nueva es la que se aplica precisamente porque se trata de una situación jurídica no constituída, y en esta ocurrencia ningún papel juega el concepto del

efecto retroactivo de las leyes en materia de estado civil. La circunstancia de que a la fecha de su nacimiento no hubiera tenido la aludida condición por presunción legal no significa en ninguna forma la imposibilidad de llegar a tenerla, y es innegable que luégo la adquirieron, cuando entró a regir la ley 95 de 1890 cuyo artículo 7º volvió a consagrar el **status** jurídico de hijo natural respecto de la madre por efecto de una presunción de la ley con base en el hecho del nacimiento, que opera por su propio y solo ministerio, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público.

Estas elementales consideraciones le restan toda importancia a la cuestión de si el artículo 7º de la ley 57 de 1887 fue o no derogado por el 56 de la 154 del mismo año, porque lo cierto es que con arreglo a lo dispuésto en el artículo 7º de la ley 95 de 1890, revivió tres años después, en el supuesto de la derogatoria aludida, la presunción y calificación de natural por el hecho de la maternidad en favor de los hijos concebidos por una mujer soltera o viuda. Y era ésta la situación legal que amparaba a los citados Lenis González con respecto a su madre a la época (1930) en que por virtud del matrimonio de sus padres adquirieron **ipso jure** el estado civil de hijos legitimados, en el caso y con los requisitos establecidos en el artículo 238 del C. C.

Ninguna razón valedera respalda la tesis del recurrente de que para que se produzca la legitimación **ipso jure** de los hijos que tenían la calidad de naturales de los padres que se casan es indispensable que esa filiación haya sido el efecto del reconocimiento conjunto de los dos padres en instrumento público. El texto del código habla del reconocimiento de ambos porque entonces tal forma solemne era la exigida por la ley; la necesidad de que el hijo tuviera adquirida la calidad de natural respecto de los dos padres no podía ser satisfecha sino con el cumplimiento de esa solemnidad; pero como las leyes posteriores permiten que esa finalidad pueda lograrse, respecto de la madre, por el mecanismo de la presunción que consagra el artículo 7º de la ley 95 de 1890, conservada en la actual ley 45 de 1936, la acertada hermenéutica no permite el ceñimiento a un texto que es preciso considerar modificado al respecto. Igualmente infundada es la pretensión del reconocimiento simultáneo o conjunto, que no puede deducirse de los términos de la disposición que se refiere a ambos, esto es, el uno y el otro, los dos, y que no tendría justificación jurídica ninguna, porque la razón de este caso de legitimación **ipso jure** no es otra que al tiempo del matrimonio de los padres, los hijos que por ese acto se legitiman, tengan definida la calidad de naturales de los contrayentes, por haberla adquirido en cualquiera de las formas legales. La presunción legal del artículo 7º de la ley 95 de 1890 produce, o producía, el **status** de hijo natural de la madre para todos sus efectos legales, "como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

"El texto de tal manera concebido (artículo 238 del C. C.) guardaba completa armonía con otros en el primitivo sistema del código, sistema conforme al cual era menester el reconocimiento expreso del hijo ilegítimo, manifestado en forma solemne, para que pudiera tener la calidad de natural respecto del padre o de la madre. Pero como hoy rige otro sistema, en cuyo mérito se presume el reconocimiento por parte de la madre respecto de los hijos concebidos por ella, siendo soltera o viuda, lo que tanto quiere decir como que por el solo hecho del nacimiento adquieren esos hijos esa calidad en relación con su mujer—, estimamos que un hijo concebido en tales condiciones, reconocido expresamente por su padre, adquiere la posición de legitimado por el subsiguiente matrimonio de los inmediatos progenitores, puesto que la presunción del reconocimiento respecto de la madre, o por mejor decir, **la calificación legal** dada por el código, hace las veces del reconocimiento expreso que enantes exigía, para que el hijo tuviera la calidad de natural respecto de su madre". (Rodríguez Piñeres. Derecho Civil Colombiano. Tomo II, pág. 257).

Esta ha sido, por lo demás, la doctrina de esta Sala reiteradamente sostenida. "El matrimonio posterior legitima **ipso jure** a los hijos habidos antes por los cónyuges y reconocidos por el padre con las formalidades legales. En otros términos: para que esta legitimación se efectúe no es preciso que la madre los haya reconocido por instrumento público entre vivos o por acto testamentario, pues respecto de ella tienen el carácter de hijos naturales por el hecho del nacimiento". (G. J. Tomo XIX, pág. 117).

Por lo que hace a la última de las razones de impugnación de la legitimación, consistente en que Teresa Lenis no fue notificada del acto testamentario en que su madre la reconoció como hija natural, es evidente, como lo tiene establecido la doctrina de acuerdo con el texto legal, que los demandantes no pueden alegarla por carencia de

interés jurídico necesario, que la ley coloca exclusivamente en el hijo mismo en cuyo beneficio ha establecido estas formalidades para protegerlo contra la imposición de un estado civil que puede no consultar su conveniencia. "Tratándose de legitimación (artículo 249 del C. C.), sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos llamados al beneficio de la legitimación, tienen derecho para impugnarla por haberse omitido la notificación y aceptación; de lo cual se colige que esos requisitos miran sólo al interés del legitimado; y aunque no hay disposición semejante en el capítulo de los hijos naturales, es lo cierto que entre las causales que dan derecho a terceros para impugnar el reconocimiento, no figura el haberse omitido las formalidades de la notificación y aceptación, las cuales tienden sólo a proteger al hijo contra un reconocimiento perjudicial". (G. J. Tomo XX, pág. 352).

Acusa también el recurrente la sentencia por violación directa e indirecta de los artículos 110 del C. C., 22 de la ley 57 de 1887, 16 de la ley 153 de 1887, de las Resoluciones de la Conferencia Episcopal de 1913 y de la Ordenanza de la Conferencia Episcopal de 1927, en que incurrió el Tribunal "al incorporar en su sentencia como elemento probatorio la copia de la partida de información canónica del matrimonio de Elías Lenis con Raquel González, queriendo asignarle algún valor civil" cuando es evidente que probatoriamente no vale absolutamente nada, porque de acuerdo con el derecho canónico regional de Colombia la prueba de las legitimaciones por expresa voluntad de los contrayentes, de que trata el art. 239 del C. C., es la partida misma de matrimonio en que se designan los hijos a quienes se confiere el beneficio de la legitimación, siempre que lleve la firma de los contrayentes.

Apenas vale la consideración de este cargo para decir que es insignificante porque alude a una cuestión extraña a las razones en que se fundamenta la sentencia acusada. Se sabe, en efecto, que la legitimación que el Tribunal estimó que se había operado en el caso de los Lenis González es el contemplado en el art. 238 del C. C. que se cumple **ipso jure** por el matrimonio de los padres en favor de los hijos que uno y otro hayan reconocido como naturales de ambos, con los requisitos legales. Para nada se alude en la sentencia a la legitimación a que se refiere el art. 239 del código citado, que no se produce **ipso jure** y que es necesario para que se produzca que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos comunes a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos. La acusación, en estas condiciones, resulta completamente exótica. La aludida copia de las informaciones no se cita en la sentencia recurrida como prueba de nada. Apenas, como lo ha hecho la Corte, se hace figurar como un antecedente del litigio, que al igual de las declaraciones en su testamento hizo Elías Lenis sobre la legitimación de sus hijos Alfonso María, Carmen y Teresa por el matrimonio que contrajo con su madre Raquel González, tiene un evidente significado moral para la decisión de la litis.

En mérito de 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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 22 de noviembre de 1946, que ha sido materia de éste recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón. Srio.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE SIMULACION DE UN CONTRATO — APRECIACION DE LOS INDICIOS — DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION DE SIMULACION Y LA PAULIANA

1.— La confesión extrajudicial es prueba deficiente e incompleta y su mayor o menor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el Juez le otorgue; de esta suerte no puede invocarse el error de derecho cuando se hace consistir en el uso, por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte, a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio juzgador.

2.— Los artículos 664 y 665 del C. J. reguladores del mérito probatorio de los hechos indiciarios, dejan al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; dichas normas introducen pautas o limitaciones a la persuasión judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios; cuando el juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos desecha el conjunto indiciario como fudamento de convicción, no los vulnera porque la operancia afirmativa de esas normas está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dando por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecidas su gravedad, precisión, conexidad e indudable incidencia sobre los hechos controvertidos se abtiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. Judicial prevé para ellos.

3.— La acción de simulación y la pauliana discrepan entre sí esencialmente, porque: a) La acción pauliana requiere la concurrencia del EVENTUS DAMNI y del fraude, sea en relación con causante y causahabiente, sea sólo respecto del primero, según que el acto sea oneroso o gratuito (Art. 2491 del C. C., numerales 1º y 2º), al paso que la acción de simulación presupone sólo el perjuicio del acreedor, suficiente para dotarlo del interés jurídico necesario para legitimar su causa. (Art. 1766 del C. C.).- b) La acción pauliana, por ser revocatoria, se ejerce en orden a abolir por entero los efectos del acto fraudulento y dañoso, al paso que la de simulación puede proponerse para descubrir el acto oculto, y acogerse el acreedor a él, según se deduce del artículo 1766 citado. El tratamiento de las dos acciones es diferente, en consecuencia, y el acreedor no puede aspirar a que ejercida por él indistintamente una interpretación judicial de su demanda conduzcan al resultado final apetecido porque, como es obvio, el planteamiento de la acción y sus probanzas son variables según el linaje de la que en realidad y seguramente se promueva.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Por el delito de incendio fue condenado judicialmente Carlos Restrepo a la pena del caso y a pagar al ofendido Gregorio Antonio Ortiz los perjuicios originados en ese ilícito; Ortiz cedió el valor de la reparación pecuniaria a Alejandro Correa y poco tiempo después el deudor dijo vender a su padre Daniel Restrepo el inmueble denominado "El Tormento" de la jurisdicción municipal de El Jardín, Departamento de Antioquia. Con base en estos hechos, y en las afirmaciones de ser simulado el contrato de compraventa aludido, y de constituír el inmueble nom-

brado el único patrimonio de Carlos Restrepo, el cesionario Correa demandó a éste y a Daniel Restrepo ante el Juez 2º Civil del Circuito de Andes para que previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía se declare que es simulado y completamente inválido el contrato de compraventa relativo a la finca "El Tormento" recogido en escritura pública Nº 1570 otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Medellín el veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, y que, consecuencialmente, dicho inmueble pertenece a Carlos Restrepo y garantiza a los acreedores de éste.

El juicio así iniciado fue decidido desfavorablemente para el actor mediante sentencia que el juez del conocimiento profirió el once de octubre de mil novecientos cuarenta y tres; apelado dicho fallo para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, esa corporación lo confirmó el veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, día en que decidió la litis en segunda instancia; impugnada en casación esta última sentencia, y tramitado normalmente el recurso, se procede a desatarlo.

La solución del Tribunal

Se funda en una concienzuda crítica del material probatorio allegado por el demandante, de la cual concluye respecto de la copiosa prueba testimonial que su poder de convicción es muy limitado comoquiera que la mayor parte de los testigos no afirman hechos sino aventuran conceptos, ni dan razón de los pocos que afirman; añade qué el único dicho "que a primer golpe de vista parece digno de crédito es el de Julio C. Velásquez quien, por lo menos alude a una frase determinada que profirió en su presencia el señor Carlos Restrepo", no obstante lo cual se halla desprovisto de mérito demostrativo por la vaguedad de los hechos narrados; agrega que "se tiene pues un solo indicio acerca de la simulación que aduce la parte actora", y concluye así: "En este expediente se ha encaminado el esfuerzo probatorio a la comprobación de que el contrato consignado en la escritura 1570 encubre una convención oculta entre los señores Carlos y Daniel Restrepo. Que realmente no ha habido transmisión, por falta de intención de vender y de comprar por parte del vendedor y del comprador respectivamente; que la finca "El Tormento" no ha debido salir del patrimonio del señor Carlos Restrepo. No se han logrado tales objetivos. Quizá hubieran resultado más fructuosos los empeños de la parte demandante si, en lugar de ensayar la demostración de un contrato simulado, hubiera orientado su actividad probatoria hacia la evidenciación de un fraude pauliano. Porque así le hubiera sido bastante demostrar la intención del vendedor de defraudar a sus acreedores, sin que fuera menester establecer si el contrato aparente a que se refiere la escritura 1570 fue real o ficticio. Pero como la acción de simulación y la pauliana son esencialmente distintas, es obvio que no habiéndose propuesto ésta por el demandante, como acción principal o subsidiaria, la Sala no podría inclinarse a su prosperidad o procedencia".

El recurso

Se sustenta en una demanda que si bien no está desprovista de contenido jurídico, se plantea con radical divorcio de la técnica que le es propia, asemejándose a un alegato de instancia; así el recurrente tras la empresa de glosar la apreciación probatoria adelantada por el Tribunal a la cual imputa errores de hecho y de derecho concluye así:

"Erró, pues, el Tribunal en la apreciación de esta prueba en forma manifiesta, violando en consecuencia los arts. 608, 697, 664 y 665 del C. Judicial, por cuya infracción en más de una vez la Corte ha casado sentencias de los Tribunales. La falta de apreciación de dichas pruebas conlleva tanto el error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, como el error de derecho al no aplicar los fundamentos legales invocados para la declaratoria de la simulación tales como los arts. 1524, 1526, 1849 y ss. del C. Civil, art. 8 de la Ley 153 de 1887, los cuales por consecuencia se estiman violados al igual que la doctrina y la jurisprudencia ya uniformes sobre el particular".

Para decidir sobre este único cargo la Corte considera:

El error de hecho a que se acoge el recurrente consiste en no haber apreciado cuatro indicios, a los que se refiere la demanda en sus apartes a), b), c) y d), consistentes en los malos antecedentes del comprador Daniel Restrepo, en la actitud del doctor Agustín Montes Herrera quien, teniendo embargado el inmueble sobre el cual se litiga, dio permiso para el registro del título de cuya simulación se trata, en el parentesco que une a los otorgantes y en la circunstancia de que la familia del vendedor siguió habitando co-

mo propio el inmueble después de su aparente enajenación.

Tratándose de indicios basta observar para destruír el cargo que si el error de hecho procede cuando el recurrente puede presentar ante la Corte de casación la contraevidencia de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia acusada, ello no se realiza en casos como el presente en que el Tribunal solo otorgó la categoría de indicio a un elemento probatorio, dentro de la soberanía de apreciación que a este respecto le compete.

Cuando se trata de indicios necesarios, es decir, de sucesos cuyo acontecimiento importa inexorablemente el de otro determinado, es claro que puede prosperar una acusación fundada en la desestimación de aquéllos, pero no cuando, como en el caso de autos, el recurrente apenas enfrenta la conexidad que a su juicio tienen ciertas manifestaciones con la ocurrencia que él afirma, a la menor o a la ninguna que el Tribunal halló libre y soberanamente.

El error de derecho se plantea en el aparte e) de la demanda de casación aunque todo su tenor parece enderezado a sustentar un cargo por error de hecho; se descarta esta posibilidad ya que se citan como violados varios preceptos reguladores del mérito probatorio, lo cual induce un vicio de valoración que no radica en el hecho sino en el derecho.

La cita del artículo 608 del C. J. la relaciona el recurrente con las palabras que varios testigos ponen en boca de los demandados, pero a ese respecto apenas habrá para qué recordar que la confesión extrajudicial es prueba deficiente e incompleta, y que su mayor o menor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el juez le otorgue; de esta suerte no puede invocarse el error de derecho cuando se hace consistir en el uso, por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte, a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio juzgador.

Señálase por el demandante Correa el artículo 697 ibídem como transgredido por el Tribunal por cuanto no le reconoció pleno poder probatorio al dicho de los testigos cuyos asertos adujo, pero sucede que el Tribunal al obrar así no desconoció el contenido de la norma citada sino que apenas tuvo en cuenta que la naturaleza de la prueba testimonial excluye que como tal se tengan los juicios, conceptos u opiniones de los testigos; éstos deben limitarse a narrar los hechos que hayan herido sus sentidos, no a pretender que la justicia acoja las inferencias, deducciones o asociaciones que los hechos susciten en la mente o en la imaginación del testigo, aunque éste sea persona de inteligencia sana y cuyos juicios pudieren revestir ordinariamente interés. Si el deponente al absolver el interrogatorio del caso mezcla la relación de sus percepciones con la de sus nociones, la tarea del juez radica precisamente en separar el material que, de acuerdo con la ley, es aprovechable desde el punto de vista probatorio para rechazar el que no lo sea por carecer de toda entidad jurídica en nuestro sistema legal.

Así ocurrió en el caso de autos; el cargo, por tanto, es infundado.

Los artículos 664 y 665 del C. J., reguladores del mérito probatorio de los hechos indiciarios, dejan al juicio del juez la ponderación del alcance que en cada caso pueden tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; dichas normas introducen pautas o limitaciones a la persuasión judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios; cuando el juzgador lejos de transgredir esos mandamientos desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera porque la operancia afirmativa de esas normas está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dando por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecidas su gravedad, precisión, conexidad e indubitable incidencia sobre los hechos controvertidos se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. J. para ellos prevé.

Esta queja es también infundada.

No habiéndose evidenciado error alguno de hecho o de derecho en el examen que el Tribunal adelantó acerca del material de decisión, no es procedente adelantar estudio alguno sobre los preceptos sustanciales que se reputan infringidos, comoquiera que la acusación está propuesta sobre los extremos dichos, cuya falla hace que en ella se detenga el desarrollo normal del recurso.

No obstante se observa que la diferencia, no siempre fácil de establecer, mencionada por el Tribunal, al aludir a la ineficacia del acervo probatorio aportado en este caso por el demandante,

entre la acción de simulación y la pauliana cuando un acreedor se acoge a la primera, y que a pesar de la semejanza de sus respectivas estructuras, y de la identidad de finalidades que pueden presentar ambas acciones, discrepan entre sí esencialmente porque:

a) La acción pauliana requiere la concurrencia del **eventus damni** y del fraude, sea en relación con causante y causahabiente, sea sólo respecto del primero, según que el acto sea oneroso o gratuito (artículo 2491 del C. C., numerales 1º y 2º), al paso que la acción de simulación presupone sólo el perjuicio del acreedor, suficiente para dotarlo del interés jurídico necesario para legitimar su causa (artículo 1766 del C. C.).

b) La acción pauliana, por ser revocatoria, se ejerce en orden a abolir por entero los efectos del acto fraudulento y dañoso, al paso que la de simulación puede proponerse para descubrir el acto oculto, y acogerse a él, según se deduce del artículo 1766 citado.

El tratamiento probatorio de las dos acciones es diferente, en consecuencia, y el acreedor no puede aspirar a que ejercidas por él indistintamente, una interpretación judicial de su demanda conduzca al resultado final apetecido porque, como es obvio, el planteamiento de la acción y sus probanzas son variables según el linaje de la que en realidad y seguramente se promueva.

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 el fallo recurrido o sea el proferido en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en el recurso por no aparecer causadas.

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

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

REINVINDICACION — POSESION LEGAL Y POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

El artículo 757 del Código Civil distingue entre la posesión meramente LEGAL que adquiere el heredero desde que se le defiere la herencia, y la EFECTIVA que le da el Juez en el respectivo decreto, que debe inscribirse en el competente libro de registro, y previene que la sola posesión legal no lo habilita para disponer EN MANERA ALGUNA de un inmueble mientras no preceda ese decreto y su registro. Claramente se ve que autoriza la disposición a que han precedido estos requisitos. La venta de cosa perteneciente a la herencia hecha por un heredero antes de la partición de los bienes está expuesta a la contingencia de que esa cosa se le adjudique a él o a otro y a que respectivamente se confirme o se haya de tratar como venta de lo ajeno, según los artículos 779 y 1401. De ahí que no ofrezca el mismo respaldo el decreto de posesión efectiva que la partición, y de ahí también que no pueda considerarse sin ésta como debidamente consolidado lo tocante al dominio de cada cosa en relación con cada heredero ni liquidada la sucesión con el solo decreto. Pero esto ocurre pensarlo y dicha contingencia es de temerse cuando los herederos son dos o más, no cuando hay uno solo. Por eso dice el artículo 968 del Código Judicial: "Si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes herenciales, el decreto de posesión efectiva de la herencia".

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Gregorio Venegas, afirmando ser dueño de la hacienda de Porto Alegre, Municipio de Obando, y que hace parte de ella el terreno ocupado por Julián Tamayo, demandó a éste en reivindicación de este lote, que el libelo alinda, ante el Juez Civil del Circuito de Cartago.

La demanda se notificó el 10 de febrero de 1944 a Tamayo, quien la respondió oponiéndose, afirmando ser dueño de ese lote y excepcionando de prescripción adquisitiva al tenor del artículo 12 de la ley 200 de 1936.

Tramitada la instancia, el Juzgado sentenció el 20 de marzo de 1945 denegándose a hacer las declaraciones pedidas por no haber demostrado el actor ser dueño. A esta conclusión llegó razonando, en suma, así: el título que aduce la demanda es la compra que hizo Venegas en escritura número 369 de octubre de 1912; pero ese título quedó cancelado al inscribirse en el registro el decreto de posesión efectiva, comprensivo de Porto Alegre, dictado y registrado en junio de 1933 en la causa mortuoria de la señora Juana Barrera de Venegas.

Cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Buga, quien la desató en fallo de 18 de julio de 1947 confirmando el apelado por estar probada la excepción de petición de modo indebido. Para ello, a la expresada reflexión del Juez agrega que la escritura de 1912 no contiene compraventa de cuerpo cierto sino de derechos proindiviso en una comunidad y que el aludido decreto de posesión efectiva no equivale a la liquidación de otra comunidad, cual es la surgida de la disolución de la sociedad conyugal que existió entre Venegas y dicha señora, quien falleció. Si Porto Alegre no es cuerpo cierto y si lo adquirido por esa sociedad en 1912 son sólo derechos en una comunidad, la del Vergel, y media aún la comunidad correspondiente a la sociedad conyugal disuelta, no puede reputarse a Venegas como dueño en forma de demandar en reivindicación. De ahí deduce, como ya se observó, petición de modo indebido.

El apoderado de Venegas interpuso casación, recurso que se ha tramitado y hoy debe decidirse. A que se procede.

Los cargos se formulan dentro del motivo 1º del artículo 520 del C. J. en esta forma: aprecia el Tribunal con error la escritura número 369 de

1912, al dejar de ver en ella la transferencia del cuerpo cierto, e interpreta erróneamente el artículo 575 del C. C., en relación con los artículos 783, 765, 766, 779 y 1401 del mismo, al desconocer el alcance del decreto de posesión efectiva, y por virtud de esos errores quebrantó los artículos 946 y siguientes del mismo Código dejando de aplicarlos, así como los artículos 341 a 343 del C. C. declarando o acogiendo una excepción que no existe.

Se considera:

La citada escritura de 1912 contiene la compraventa de varios bienes: a) de la extensión de tierra allí determinada por extensión y linderos; b) de otra extensión singularizada de la misma manera, a lo que no se opone el que se exprese que equivale a las dos terceras partes del globo allí mismo indicado, y c) de derechos proindiviso de la finca de las Arditas.

Si esto es lo que se lee en ese instrumento, no puede negarse que carece la transferencia de cosa singular, ya que esta calidad de lo indicado aquí en los puntos a) y b) no desaparece porque lo del punto c) sea sólo derechos proindiviso.

El artículo 757 del C. C. distingue entre la posesión **legal** que adquiere el heredero desde que se le defiere la herencia, y la **efectiva** que le da el Juez en el respectivo decreto, que debe inscribirse en el competente libro de registro, y previene que la sola posesión legal no lo habilita para disponer en **manera alguna** de un inmueble mientras no proceda ese decreto y su registro. Claramente se ve que autoriza la disposición a que han precedido estos requisitos.

La venta de cosa perteneciente a la herencia hecha por un heredero antes de la partición de los bienes está expuesta a la contingencia de que esa cosa se le adjudique a él o a otro y a que respectivamente se confirme o se haya de tratar como venta de lo ajeno, según los citados artículos 779 y 1401. De ahí que no ofrezca el mismo respaldo el decreto de posesión efectiva que la partición, y de ahí también que no pueda considerarse sin ésta como debidamente consolidado lo tocante al dominio de cada bien en relación con cada heredero ni liquidada la sucesión con el solo decreto.

Pero esto ocurre pensarlo y dicha contingencia es de temerse cuando los herederos son dos o más, no cuando hay uno solo. Por eso el artículo 968 del C. J. dice: "Si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes herenciales, el decreto de posesión efectiva de la herencia".

Tal el caso presente, en que en la causa mortuoria de la señora Barrera de Venegas, no figura sino un solo interesado, que es el señor Gregorio Venegas, su cónyuge sobreviviente y su heredero único. Esta circunstancia tiene alcance especial y decisivo, tanto por dejar sin respaldo los reclamos del Tribunal en relación con la sociedad conyugal y falta de su liquidación para tener a Venegas como dueño, cuanto en lo atañedero al supuesto cambio de título para demandar, puesto que el decreto de posesión efectiva comprende todo lo inventariado en la mortuoria y entre esto figura Porto Alegre con cita de la escritura número 369 de 1912 como título de adquisición. Dictado el decreto en favor de Venegas, que fue el comprador de 1912, no ocurre en verdad ese cambio de bases o de pretensiones que el Tribunal afirma y que, en realidad, cuando se presenta es de rechazarse, porque efectivamente no es dado a un litigante alterar la controversia de como se ha trabado, entre otras razones porque puede privar a su contraparte de los medios de defensa que hubiera de oponer a nuevos elementos probatorios, nuevas pretensiones, nuevos medios de ataque que advinieran sorpresivamente y hasta fuera de la oportunidad de rebatirlos o contraprobar.

Si no se interpone la comunidad en que el Tribunal encuentra imposibilidad de reconocer a Venegas como dueño de Porto Alegre, los errores que lo llevaron a conceptuar así determinaron el quebranto de los artículos 946 y siguientes del C. C. que, debiendo aplicarse, no se aplicaron.

Se acoge, pues, el cargo del recurrente resumido hasta aquí.

La acción incoada, considerada en sí, es viable, puesto que, por lo visto, la ejerce el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor se la restituya.

Al aceptarse el cargo y, consecuencialmente, invalidarse el fallo recurrido, ha de pronunciarse el que lo reemplace.

Para esto, a las consideraciones pertinentes de las ya expuestas, se agregan estas otras: el dictamen pericial rendido con motivo de la inspección ocular de 1º de febrero de 1946 y declaraciones de un número plural de testigos recibidas a solicitud de uno y otro de los contendores acreditan que efectivamente el terreno materia del pleito, debidamente singularizado desde el libelo de la demanda e identificado en estos medios probatorios, está dentro de los linderos de Porto Alegre.

Las partes están acordes en que Tamayo lo posee, lo que indica que la acción del citado artículo 946 está bien dirigida, conforme al artículo 952 de dicha obra. Concurriendo todos los referidos elementos, esa acción, en principio, repítese, es viable.

Así las cosas, sí es procedente estudiar las excepciones. Varias adujo el reo al contestar la demanda, entre ellas, como ya se dijo, la de la mencionada prescripción.

El artículo 12 de la citada ley 200 dice en su inciso 1º: "Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posean en los términos del artículo 1º de esta ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación, ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo".

Tanto los testigos presentados por el mismo Venegas como los presentados por Tamayo, afirman que éste ha ocupado por más de ocho años el terreno hoy en disputa. Estos últimos explican que Tamayo posee desde que compró sus mejoras a Luis E. Chaves y que Chaves había ocupado continuamente desde 1930 con cultivos de café, caña, etc., en forma que ese terreno es hoy una finca cultivada ocupada por Tamayo, de quien, agregan, nadie le ha reclamado, a nadie ha reconocido como dueño distinto de él mismo, y agregan también que en la región se ha reputado esa zona como de terrenos baldíos.

Se advierte que uno de estos testigos dice haber sido autor de tales mejoras en tiempos anteriores y que las vendió a Venegas; pero este hecho no está acreditado. Aun descontando este testigo, queda un número plural de los que afirman todos los mencionados hechos como testigos presenciales. Otro de los testigos dice que Chaves entró a ese terreno por contrato con Venegas; pero de este hecho no hay dato en el expediente distinto de esa afirmación. Igualmente, descontando este otro testigo, queda un número plural de declaraciones que comprueban plenamente los hechos referidos.

Venegas mismo, por su lado, que pidió declaraciones sobre que Tamayo ocupa desde hace largo tiempo, desde su demanda, al formular los hechos fundamentales, se expresó así: "Hace unos seis años más o menos, teniendo no obstante conocimiento de que la parte de la hacienda de Porto Alegre que permanecía inculta no era terreno baldío, irrumpieron en ella con desmontes y plantaciones de pastos, café, etc."... En seguida indica entre esas personas a Tamayo como ocupante, en tal virtud, del terreno que le demanda.

Obra en el proceso en copia notarial registrada la escritura de 31 de julio de 1939 por medio de la cual hizo Tamayo a Chaves la compra atrás aludida.

El haz probatorio demuestra, pues, que se reúnen en favor de Tamayo las circunstancias establecidas por el citado artículo 12 de la ley 200 para que se produzca la prescripción adquisitiva en referencia. Debe, pues, acogerse esta excepción.

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 Buga el diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete y, revocando la del Juzgado Civil del Circuito de Cartago de veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, falla este pleito así: declárase probada en favor de Julián Tamayo la prescripción establecida por el artículo 12 de la ley 200 de 1936 sobre el terreno materia del presente juicio, determinado en su demanda inicial, de cuyos cargos se le absuelve.

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

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. — EN QUE CASOS PUEDE INVOCARSE LA INFLUENCIA DEL FALLO PENAL SOBRE LA ACCION CIVIL

El artículo 28 del C. de P. P. no puede aplicarse en forma mecánica, siempre que se presente un auto de sobreseimiento o una sentencia definitiva que estén ejecutoriados, pues por el contrario, el Juez Civil para aplicarlo debe indagar previamente si se contempla alguno de los casos limitativamente previstos en dicha disposición, y si además la decisión penal de la naturaleza dicha abarcó en su totalidad la materia o punto a que se contrae el proceso civil, pues si así no aconteciere al Juez civil le asiste plena libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resultaren inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. Así sucedería, por ejemplo, en todos los casos en que la decisión de índole penal tenga su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y sancionado en el Código de la materia, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención o la culpa del acusado, o cuando la decisión penal juzgue apenas sobre la intención del acusado en la comisión del hecho y el juicio civil se fundamente en la mera culpa del demandado, pues en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitivos no impide la posible prosperidad de la acción civil, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o la culpa civil o completar la prueba declarada suficiente en lo penal para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado. Como consecuencia de esa doctrina jurisprudencial se puede desprender como criterio práctico que para determinar si el artículo 28 del C. de P. P. debe o no aplicarse en un caso concreto, es necesario ante todo esclarecer si el fallo proferido por la jurisdicción penal encaja precisamente en alguna de las hipótesis limitativamente previstas en aquella disposición y si, además, existe identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal con los que en el juicio civil están por decidirse, pues si faltare esa completa identidad no podría invocarse la autoridad o influencia del fallo penal sobre la acción civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio diecisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo repartido al Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá Campo Elías Gamboa propuso demanda ordinaria contra el Municipio de Bogotá, representado por el Personero Municipal, para que en sentencia definitiva se declare que la entidad demandada es civilmente responsable de las lesiones corporales que el actor sufrió a consecuencia del atropello de que fue víctima por parte de una volqueta o irrigadora de propiedad del citado Municipio; que éste está obligado a pagarle el valor de los perjuicios materiales y morales que el suceso aludido le ocasionó, más los gastos y costas del juicio.

En los hechos fundamentales de la demanda describe el actor la manera como ocurrió el accidente; las lesiones que por tal motivo sufrió; asevera que el vehículo que se las ocasionó es de propiedad del Municipio; que estaba conducido por Alfonso Auzá Sarmiento, empleado o chofer al servicio de la misma entidad, y que el atropello de que fue víctima y los consiguientes perjuicios "fueron causados por culpa, descuido, negligencia, imprevisión o impericia de uno de los empleados u obreros del Municipio de Bogotá, o por el riesgo creado con el uso de la volqueta o irrigadora mencionada".

Surtido el juicio con la oposición del demandado, el Juzgado lo decidió en sentencia de 30 de mayo de 1944, condenando a aquél a pagarle al

actor el valor de los perjuicios materiales y morales que sufrió con motivo del accidente, cuyo monto dispuso se fijara con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 553 del C. J., sin costas.

El Municipio apeló, y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció por ese motivo del negocio, lo resolvió en sentencia de 9 de marzo de 1946, en la cual, reformando la apelada, dispuso en su parte resolutiva lo siguiente:

"1º Es infundada la excepción perentoria propuesta por la parte demandada bajo la denominación de **carencia de acción.**

"2º Se declara que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable, en concurrencia con el demandante Campo Elías Gamboa, del accidente de circulación que tuvo lugar el 16 de noviembre de 1942, en la acera occidental de la Avenida Caracas, intersección de la calle 42 de esta ciudad.

"3º Se condena al Municipio de Bogotá a pagar al demandante Campo Elías Gamboa, ejecutoriada esta sentencia, la mitad del monto del total de los perjuicios materiales y morales que sufrió a consecuencia directa de las lesiones corporales recibidas durante el mismo insuceso.

"**Parágrafo primero.** Se fija en la cantidad de ochocientos pesos ($ 800.00) moneda corriente el valor de esa mitad en lo referente al **daño moral subjetivo.**

"**Parágrafo segundo.** El importe líquido del perjuicio material y del moral objetivado se regulará en la ejecución de este fallo, con arreglo al artículo 553 del C. J.

"4º Sin costas en ninguna de las dos instancias".

En la motivación de esa decisión anota el Tribunal, como cuestión previa, que no obstante los sobreseimientos definitivos proferidos en las diligencias sumarias que sin intervención del demandante se adelantaron con motivo del accidente a que se contrae este pleito, la acción civil en éste ejercitada la encuentra viable, por las razones que expone y luego resume en el siguiente aparte que se copia:

"Si, pues, al decidirse la acción penal por la jurisdicción represiva se dejaron, expresamente a salvo los derechos civiles y acciones correspondientes a las partes del proceso penal; si el ofendido tiene derecho según la ley de procedimiento penal para acudir a la vía civil a reclamar los perjuicios que sufrió a consecuencia del accidente; si, como es evidente, la responsabilidad civil **indirecta** del Municipio por los actos u omisiones culpables de su empleado o chofer no se funda solamente en la **culpa penal** de éste sino también en cualquiera otra causa que conlleva **culpa civil** no juzgada dentro del proceso penal, resulta entonces perfectamente viable la acción de responsabilidad civil extracontractual que se deduce en este juicio contra el Municipio de Bogotá, y el Tribunal tiene que examinar y decidir en el fondo dicha acción civil. Así que la defensa alegada con base en la falta de acción es infundada".

Después, al estudiar el perjuicio como uno de los elementos de la acción, encontró que de las pruebas que al efecto cita se desprende la demostración tanto del daño emergente y del lucro cesante, integrantes del perjuicio material, como del perjuicio moral, objetivado y subjetivo, causados al demandante.

Al estudiar lo referente a la culpa dice el Tribunal que con lo que aseveran los testigos presenciales del suceso y con los datos corroborantes del informe del Departamento de Circulación sobre la manera como ocurrió el accidente, se descartaría, a su juicio, cualquier concurrencia de culpa por parte de Gamboa, puesto que encontrándose éste sobre el andén en zona de seguridad, no tenía por qué estar atento al paso del vehículo; pero cita luego "la diligencia de inspección ocular que practicó en asocio de peritos el señor Juez Tercero del Circuito en lo Penal el 29 de septiembre de 1943, en que se reconstruyó el accidente y los peritos conceptuaron que en su opinión no hubo impericia, imprevisión o descuido del conductor, dado el estado de los organismos de control, la calidad del vehículo por tratarse de un modelo muy antiguo y muy servido; y presumen que el accidente se produjo por ese mal estado del vehículo, ya que con un vehículo en tales condiciones es más difícil a un conductor hábil, experto y cuidadoso, evitar un accidente de esa naturaleza (cuaderno 5, folio 9)"; la diligencia de reconstrucción practicada por el Inspector 4º de Circulación; las dos versiones que del accidente se dieron en el proceso penal; y apartes del auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal de Bogotá, y con fundamento en todo ello dice:

"Se tiene así que conforme a los resultados y a la apreciación en el fallo que definió la investigación penal, y a la tipicidad de las circunstancias del accidente, no puede exonerarse totalmente de **imprudencia** o **imprevisión** al ofendido Gamboa, en la producción de las lesiones que le causó la volqueta de propiedad del Municipio de Bogotá, accionada por el chofer Auzá Sarmiento.

El juzgador civil debe por consiguiente partir de esa imprudencia del lesionado, a efecto de dar aplicación en este fallo al artículo 2357 del Código Civil.

"Esta culpa o imprudencia de Gamboa no se ofrece sin embargo en los autos como la causa única y determinante del daño que de él se derivó. Al efecto, descartando la culpa intencional o dolosa del chofer conforme al sobreseimiento penal, los testigos presenciales hablan de la **velocidad inmoderada** (más de treinta y cinco kilómetros) que traía el vehículo y el primer parte rendido a la Oficina de Circulación confirma el gran impulso de la máquina en el momento de recibir el golpe de timón, al constatar que el vehículo "dejó una huella de 13 metros de frenada débil".

"Ora por el exceso de velocidad, ya por falta de energía o fuerza en el golpe de timón, o bien por defecto de los frenos, el vehículo accionado por Auzá no paró en seco sino que se deslizó sin control sobre la calzada como en la misma dirección del peatón que huía de él para refugiarse en la zona de seguridad, hasta la cual subió el carro para herirlo. Ante esta circunstancia comprobada y real del suceso, el sentenciador civil descubre necesariamente, bien una impericia del conductor, ora un vicio de la máquina, o ambas cosas juntas, no contempladas en el fallo penal. Y en estas hipótesis la responsabilidad civil del accidente se traslada por este aspecto, a la entidad municipal demandada, en fuerza de los principios sobre responsabilidad civil indirecta por culpa de su empleado o dependiente (artículos 2347 y 2349 del Código Civil), o se predica **directamente** de la misma entidad por haber mantenido en servicio un vehículo de esas condiciones (artículo 2341 ibídem)".

Encuentra que el Municipio incurrió también en culpa directa, **in eligendo**, al nombrar para el cargo de chofer mecánico al citado Auzá, cuando para ese entonces ya éste tenía en su contra, según informe de la Oficina de Circulación, "varias faltas graves que lo descalificaban como sujeto indisciplinado e imprudente".

Del anterior análisis dedujo que la culpabilidad en el accidente debe imputarse por igual a demandado y demandante y partirse entre los dos la carga indemnizatoria.

Finalmente, anotó que el perjuicio causado a Gamboa fue consecuencia directa del atropello de la volqueta municipal.

Ambos litigantes recurrieron en casación; pero como el recurso del demandante fue declarado desierto en auto de 10 de febrero de 1947, por haberlo presentado fuera de tiempo, la Sala sólo debe concretar su atención al oportunamente introducido por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en representación del Municipio de Bogotá.

El recurrente invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y con apoyo en ella formula varios cargos contra la sentencia, de los cuales, los que en seguida se resumen, los estudia la Sala conjuntamente dada la estrecha vinculación y analogía que entre sí tienen.

Esos cargos son los siguientes:

a) Dice el recurrente que en el cuaderno número 6 del expediente obra, en copia expedida por el Juzgado 3º del Circuito en lo Penal y tomada del sumario adelantado contra el chofer Auzá Sarmiento por el delito de heridas en la persona de Campo Elías Gamboa, la providencia de 3 de febrero de 1944, dictada por dicho Juzgado, por medio de la cual se sobreseyó definitivamente a favor de Auzá Sarmiento por los cargos que se le habían formulado y el auto de 27 de marzo siguiente, en que consta que el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— confirmó en todas sus partes el sobreseimiento consultado; que dados los fundamentos, que en parte transcribe, de la providencia del Tribunal, ha quedado plenamente establecido que el chofer sindicado, Auzá Sarmiento, no tuvo culpa ninguna en el accidente; que éste se cumplió porque Gamboa, imprudentemente, se lanzó a cruzar la vía cuando ya no era dado hacerlo, y porque el mismo Gamboa, al desandar el camino, hizo inútil la maniobra del chofer y fue a estrellarse contra el vehículo; que habiéndose proferido ese auto de sobreseimiento definitivo, la acción civil ante los jueces civiles no podía proponerse, por mandato expreso y claro del artículo 28 del C. de P. Penal, en una de cuyas excepciones encaja precisamente el caso de autos, por lo cual, el Tribunal, al dictar la sentencia recurrida, lo infringió directamente, al no darle aplicación siendo aplicable al presente negocio, y lo interpretó erróneamente al considerar que, a pesar de lo dispuesto en él, era viable la acción civil ante el Juez civil no obstante lo resuelto en el auto de sobreseimiento comentado.

Añade que el artículo 28 citado tiene por objeto principal evitar que la decisión penal y la civil queden en pugna y surjan así providencias definitivas contradictorias, y que esa colisión se

presenta aquí, porque habiéndose sostenido en el auto de sobresimiento que el accidente se debió únicamente a culpa o imprudencia del demandado Gamboa, la sentencia llega a la conclusión de que tanto Auzá como el demandante Gamboa incurrieron en culpa.

b) Alega que el artículo 2356 del C. C. contiene una presunción de culpa, la que puede ser desvirtuada con la prueba de que el accidente se debió en forma exclusiva, a culpa demostrada de la propia víctima; que de acuerdo con lo que aparece del auto de sobreseimiento definitivo y conforme a las mismas razones que expone en el cargo anterior, el siniestro en el caso de autos se debió a culpa exclusiva de Gamboa, por lo cual el Tribunal al no entenderlo así quebrantó, por aplicación indebida, la citada disposición;

c) Sostiene que el Tribunal violó, a consecuencia del error de derecho en que incurrió al apreciar los sobreseimientos definitivos mencionados, los artículos 2356 del C. C. y 28 del C. de P. Penal, sobre lo cual añade que la providencia del Tribunal acredita, en forma definitiva, que el accidente se debió únicamente a culpa del demandante, lo que implica que el chofer Auzá no cometió ninguna infracción, y que por no verlo de tal modo, el Tribunal dedujo la viabilidad de la acción civil, contra lo dispuesto en el citado artículo 2356 mencionado;

d) Dice que con el auto de sobreseimiento definitivo proferido por la Sala Penal del Tribunal está plenamente demostrado que el accidente de que se trata se debió única y exclusivamente a culpa del demandante Gamboa, cosa ésta que ha debido dar por establecida el Tribunal, conforme a las razones que antes ha expuesto; que al no deducirlo así y al encontrar concurrencia de culpas de demandante y demandado, incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba, y quebrantó, de consiguiente, el artículo 2357 del C. C., al aplicarlo al caso de autos, no siendo aplicable.

La Sala considera:

Con motivo de los mismos sucesos en que se fundamenta este pleito, la rama penal de la justicia adelantó una investigación con el fin de esclarecer la responsabilidad que en ellos pudiera caberle al chofer Alfonso Auzá Sarmiento y una vez cerrada esa investigación, el Juzgado 3º del Circuito Penal dictó la providencia de fecha 3 de febrero de 1944 (folio 7 y ss., cuaderno número 6), por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor de Auzá Sarmiento. Consultada esa decisión, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en la de 27 de marzo del mismo año, y en cuya parte motiva el Tribunal, después de tomar en cuenta la indagatoria rendida por Auzá Sarmiento, las declaraciones de Fidel Lorenzo García, José I. Hurtado y José María Cifuentes, en las cuales los testigos relatan la manera como ocurrió el accidente, la diligencia de inspección ocular practicada en el lugar en que éste se consumó y el dictamen de los técnicos de la Oficina de Circulación, dijo lo siguiente:

"El sobreseimiento consultado está de acuerdo con el artículo 435 del C. de P. P. porque el chofer sindicado no tuvo ninguna culpa en el accidente, ya que éste se cumplió porque el lesionado señor Gamboa imprudentemente se lanzó a cruzar la vía cuando no podía ni debía hacerlo, y por la circunstancia de haber desandado el camino en el momento en qué el chofer maniobraba, haciendo inútil la maniobra, ya que fue a estrellarse con el vehículo" (cuaderno número 6, pág. 11).

Y corresponde determinar ahora, como una cuestión fundamental para la decisión del recurso interpuesto, qué suerte debe correr la presente acción civil en presencia de esas providencias de la justicia penal. Ya ese tema ha sido esclarecido por la Corte en varias ocasiones. Así en sentencia de casación de 30 de septiembre de 1946, que aún no ha sido publicada en la **Gaceta Judicial,** se dijo:

"El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal estatuye lo siguiente:

"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 los casos limitativamente previstos en la transcrita disposición, la sentencia y el auto de sobreseimiento definitivos ejecutoriados, proferidos por los jueces penales, tienen una autoridad absoluta para los jueces civiles cuandoquiera que ante éstos se ejercite una acción civil para indemnización de perjuicios con fundamento en la infracción que fue materia del proceso penal, pues el texto legal en mención perentoriamente prescribe que en tales casos "la acción civil no podrá proponerse ante el juez civil".

"Pero conviene recordar para evitar erradas in-

terpretaciones que la aplicación de ese precepto legal no debe hacerse mecánicamente, y que por el contrario su aplicabilidad "está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coinciden el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales: De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación o imperio sobre todas esas cuestiones cuando no resultan inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal, pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminosa del acusado —**animus nocendi**— o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en esas especiales circunstancias".

"En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, donde los jueces civiles podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa. Pero cuando la providencia proferida por el juez penal, protegida por la presunción de verdad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecida por el Organo Judicial". (Sentencia de 29 de noviembre de 1941, Tomo LII, G. J. número 1981, págs. 799 y s.).

Y reiterando las mismas ideas, se expuso en sentencia fechada también en 30 de septiembre del mismo de 1946, lo que sigue:

"El artículo 28 del C. de P. P. no puede aplicarse en forma mecánica, siempre que se presente un auto de sobreseimiento o una sentencia definitiva que estén ejecutoriados, pues por el contrario, el Juez Civil para aplicarlo debe indagar previamente si se contempla alguno de los casos limitativamente previstos en dicha disposición, y si además la decisión penal de la naturaleza dicha abarcó en su totalidad la materia o punto a que se contrae el proceso civil, pues si así no aconteciere al Juez civil le asiste plena libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resultaren inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. Así sucedería, por ejemplo, en todos los casos en que la decisión de índole penal tenga su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y sancionado en el Código de la materia, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención o la culpa del acusado, o cuando la decisión penal juzgue apenas sobre la intención del acusado en la comisión del hecho y el juicio civil se fundamente en la mera culpa del demandado, pues en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitivos no impide la posible prosperidad de la acción civil, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o la culpa civil o completar la prueba declarada insuficiente en lo penal para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado".

Como consecuencia de esa doctrina jurisprudencial se puede desprender como criterio práctico que para determinar si el artículo 28 del C. de P. P. debe o no aplicarse en un caso concreto, es necesario ante todo esclarecer si el fallo proferido por la jurisdicción penal encaja precisamente en alguna de las hipótesis limitativamente previstas en aquella disposición y si, además, existe identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal con los que en el juicio civil están por decidirse, pues si faltare esa completa identidad no podría invocarse la autoridad o influencia del fallo penal sobre la acción civil.

Aplicando las anteriores tesis al caso de autos y contemplando la responsabilidad civil que en la sentencia acusada se le deduce al Municipio desde el punto de vista de la responsabilidad indirecta proveniente del hecho de un empleado suyo, tal como se plantea en el libelo, a la Sala no le cabe duda alguna sobre que la acción indemnizatoria que se ha propuesto no puede prosperar.

En efecto, el hecho físico que se invoca en la demanda como fuente de la indemnización de perjuicios es el mismo que fue materia del proceso penal y la responsabilidad del Municipio se hace derivar aquí de que ese hecho fue causado "por culpa, descuido o negligencia, imprevisión o impericia" del chofer Auzá, y como sobre ese preciso aspecto de la culpa personal y directa de êste recayó también la decisión penal absolutoria, se colige claramente que existe una completa identidad o coincidencia entre lo juzgado en la investigación penal y la cuestión de donde en este juicio se hace derivar la responsabilidad de la entidad demandada.

A lo anterior podría objetarse, como con frecuencia suele hacerse, que en la investigación penal se decidió sobre una culpa de esa naturaleza y que en êste pleito lo que se alega es una civil, y que la una es diferente a la otra; pero la objeción es inválida, porque, cuando menos en tratándose de hechos de la naturaleza del que es materia de este pleito, la culpa, ya sea mirada desde el punto de vista civil extracontractual o contemplada a la luz del criterio penal, se configura de idéntica manera o responde en su esencia a la misma noción, aunque sea diverso el sistema que se sigue para su apreciación y prueba en ciertas circunstancias en uno y otro campo, y ella, ya para lo penal ora para lo civil, sólo tendría cabida en el caso presente en las siguientes hipótesis:

1ª Por negligencia, imprudencia, descuido o impericia en el manejo del vehículo; y

2ª Por violación de reglamentos, órdenes o disciplinas de tránsito.

"El nuevo Código Penal —ha dicho la Corte— ha conservado en materia de culpa el mismo concepto clásico, que no es diferente del de los positivistas. Esta noción de culpa aparece configurada sobre la idea de la imprevisión de lo previsible, sobre el concepto de la imprudencia. "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos del acto, habiendo podido preverlos, o cuando confió imprudentemente poderlos evitar", dice la ley penal, y estas mismas nociones esenciales de descuido e imprudencia, son las que estructuran la culpa civil. La identidad de estos elementos constitucionales que le dan su naturaleza íntima y propia al concepto jurídico de culpa, trátese de la criminal o de la civil, hace indiferenciable en realidad la culpa como hecho jurídico, como fuente originaria de donde nacen, ellas sí inconfundibles, las dos acciones que se desprenden del hecho ilícito, la pública y la privada. Negligencia e imprudencia son factores esenciales de la culpa, de cualquier especie que ella sea como lo tiene precisamente la doctrina desde hace mucho tiempo, y sobre la noción de culpa reposa todo nuestro sistema de responsabilidad civil". (Sentencia de 29 de noviembre de 1941, ya citada).

Luego, cuando en esta controversia civil se asevera que el chofer Auzá ejecutó el hecho que causó las lesiones a Gamboa, y que al ejecutarlo obró con culpa, indiscutiblemente se está afirmando que consumó una infracción penal, que es precisamente la prevista en el artículo 380 del Código de la materia, que establece que "el que por culpa cause a alguno una de las lesiones previstas en este capítulo, quedará sometido a las sanciones...", y como ya los jueces penales han decidido en las providencias ejecutoriadas precitadas que Auzá "no tuvo culpa ninguna en el accidente" y éste se cumplió porque "el lesionado señor Gamboa imprudentemente se lanzó a cruzar la vía cuando no podía ni debía hacerlo y por la circunstancia de haber desandado el camino en el momento en que el chofer maniobraba, haciendo inútil la maniobra, ya que fue a estrellarse con el vehículo", es claro que esa decisión entraña la afirmación de que la infracción penal —que como es sabido está integrada no sólo por el hecho material sino también por la culpa con que se procede en su ejecución— no se consumó, porque ha calificado el hecho con respecto a Auzá como una ocurrencia irresistible y casual, lo que equivale a decir que fue un caso fortuito, el cual como es bien sabido, hace estéril toda responsabilidad en materia extracontractual. De ello se desprende que en este pleito tiene plena operancia la norma consagrada en el artículo 28 del C. de P. P., y que como el sentenciador no lo reconoció así, incurrió en quebranto de ese texto legal.

El artículo 2356 del Código Civil entraña, como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, una presunción de culpa, que por consiguiente echa sobre el autor del daño la carga de probar, para exonerarse de toda responsabilidad, que el accidente ocurrió por fuerza mayor, caso fortuito o por la intervención de un elemento extraño. En el suceso materia de este pleito las copias de los sobreseimientos definitivos precitados acreditan, como ya se dijo, la existencia de un caso fortuito, y ellas cuando menos deben valer como prueba de una de las exoneraciones legales de responsabilidad y producir, por tanto, el resul-

tado de impedir el ejercicio y prosperidad de la acción civil, tal como lo previene y consagra el artículo 28 citado.

Dados los términos en que está concebido ese sobreseimiento definitivo, el cual ha radicado toda la culpa en el acaecimiento del accidente en la propia y exclusiva actividad de la víctima, la justicia civil no podía renovar la consideración y análisis del mismo hecho para deducir a su vez que en su producción existió concurrencia de culpas entre demandado y demandante, sin incurrir en notoria contradicción con lo anteladamente decidido en forma cierta y necesaria por los jueces penales dentro del radio de su competencia. A ello se oponen las elevadas razones de orden público de que se ha hablado antes, en que están informados los artículos 11, 21 y 28 del C. de P. Penal.

Ni tampoco es jurídicamente posible configurar en casos como el presente, como lo hace el Tribunal en su sentencia, una culpa directa de la entidad demandada, para esquivar así los efectos que está llamado a producir el mencionado auto de sobreseimiento definitivo ejecutoriado, no sólo porque lo impiden los términos de la demanda, que está claramente planteada desde el punto de vista de la responsabilidad indirecta, sino porque el suceso que es materia de este pleito no pudo producirse ni sería dable concebirlo sin que mediara la propia actividad del empleado o chofer del Municipio, que constituiría la verdadera causa del daño, y así la responsabilidad del demandado tendría que ser necesariamente edificada sobre la base de una culpa de aquél, y al seguir este camino surge el obstáculo insalvable de que la rama penal de la justicia, obrando en ejercicio de sus atribuciones, ha limpiado de todo error la conducta del chofer Auzá y arrojado toda la culpa exclusivamente sobre la víctima.

Deben, pues, prosperar los cargos propuestos en atención a las consideraciones que preceden, las cuales sirven a la vez para la invalidación de la sentencia acusada y como motivación de la de instancia que debe reemplazarla.

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 fecha nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio, y revocando la de primera instancia, absuelve al Municipio de Bogotá de los cargos que se le formularon en la demanda.

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

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

ACCION DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE MUTUO Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CONDICION RESOLUTORIA

El fenómeno del incumplimiento por uno de los contratantes, de lo pactado, da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. (Artículo 1546, C. C.). De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas. No es posible hacer del incumplimiento de un contrato una fuente inagotable de efectos jurídicos sin plantear situaciones tan irregulares como la a que ha dado lugar el contrato a que alude el pleito.

La fianza es un contrato unilateral y accesorio o de garantía en que el único obligado es el fiador; el acreedor no contrae obligación alguna, y en este contrato el deudor no es parte, como no lo es tampoco el fiador en el contrato en que se genera la obligación que garantiza personalmente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Los hechos en que se ha originado este litigio son:

En documento privado de fecha 23 de agosto de 1936, suscrito en esta ciudad, Roberto Wiesner Urdaneta declaró deber a Daniel Escallón la suma de $ 1.555.00 moneda corriente, que confesó recibida a su satisfacción a título de mutuo con interés a la rata de 12 % anual, cantidad que se obligó a devolver dentro del plazo de seis meses contados de la fecha del contrato. Para garantía del cumplimiento de sus obligaciones de mutuario dio como fiadora solidaria a Esilda Tovar de Durán, quien, a su vez, para garantizar sus obligaciones de fiadora, dijo dar en prenda varios muebles que allí se determinaron y que se dejaron en poder de la fiadora en calidad de depósito.

Ante el Juzgado 7º Municipal de Bogotá Daniel Escallón demandó el 3 de marzo de 1937 a Wiesner y a la señora de Durán, con acción real, para que con el producto de la venta de las cosas empeñadas se le pagara la cantidad de $ 570.00, suma ésta que fue la que en realidad dio al mutuario por el contrato del 23 de agosto. Terminó este juicio por sentencia de segunda instancia del Juzgado 6º del Circuito (septiembre 23 de 1937) en que se negó la venta de las cosas empeñadas por considerar que no se había perfeccionado el contrato real de prenda y no existía, por tanto, la acción real incoada.

Fracasada la acción real, ante el Juzgado 3º Municipal, demandó Escallón (18 de noviembre de 1937) personalmente a Wiesner y a Esilda de Durán, en juicio ejecutivo, para que se les condenara a pagarle la suma referida de $ 570.00, con base en el aludido documento. Preventivamente fue embargada y depositada por denuncio del ejecutante una volqueta marca Ford, que después fue desembargada por inactividad procesal del ejecutante. Sobrevino nueva denuncia de bienes y la ejecución siguió su curso. Se declararon no probadas las excepciones propuestas y se dictó sentencia de pregón y remate, el 5 de febrero de 1941.

Ante el Juzgado 7º Municipal de Bogotá Ro-

berto Wiesner Urdaneta demandó en juicio ordinario a Daniel Escallón para que se declarara que el demandado incumplió el contrato de mutuo contenido en el documento de 23 de agosto de 1936 por falta de la entrega de una parte del dinero prestado y que, en consecuencia, se le condenara a indemnizarle los perjuicios que por tal causa sufrió, en la cuantía que se fijara pericialmente. Este juicio terminó con sentencia firme de segunda instancia del Juzgado 4º de este Circuito (8 de octubre de 1937) en que se condenó en abstracto a Escallón a pagarle a Wiesner los perjuicios que le hubiere ocasionado por falta de cumplimiento, en parte, del contrato de mutuo referido.

Ahora Esilda Tovar de Durán afirma que "el mutuante Escallón no hizo entrega al mutuario y menos a su fiadora, de la suma de dinero que expresa el documento". Y que con este incumplimiento deliberado y culposo del contrato de mutuo y con el secuestro del camión o volqueta Ford, de su propiedad, hasta cuando fue desembargada en el segundo juicio ejecutivo, se le causaron perjuicios porque se le privó de las entradas que le producía el vehículo. Afirma también que fuera de este daño económico ha lesionado también Escallón su patrimonio moral lanzando conceptos injuriosos y contrarios a su buen nombre personal y comercial.

Con base en estas afirmaciones, que constituyen los hechos fundamentales de su demanda, en libelo de 7 de abril de 1945, repartido al Juzgado 3º Civil de este Circuito, Esilda Tovar de Durán, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a Daniel Escallón para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que el citado señor Daniel Escallón de manera deliberada y voluntaria violó o no cumplió un contrato de mutuo consignado en documento privado otorgado en esta ciudad el 23 de agosto de 1936, en el cual se dijo que..., puesto que se negó a entregar ese dinero no obstante haberse firmado y reconocido el documento;

2ª Que se condene al demandado a pagarle la suma de $ 15.000.00, o la que pericialmente se fije en el juicio, como indemnización de los perjuicios materiales y morales que le ha causado con la infracción del referido contrato, con la persecución de un juicio de venta y de un juicio ejecutivo todavía pendiente y con el secuestro y retención de estos juicios de los muebles, enseres y efectos relacionados en el documento y especialmente de un camión marca Ford durante un lapso de siete años, no obstante saber el demandado que lo embargado era de la exclusiva propiedad de la actora.

3ª Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento se resuelva, que queda sin valor ni efectos legales respecto de la demandante, la sentencia de pregón y remate de 5 de febrero de 1941 dictada en el juicio ejecutivo seguido por Escallón contra la demandante y Wiesner Urdaneta, todavía en curso.

4ª Que se condene al demandado en las costas procesales si se opusiere.

Se opuso el demandado a las pretensiones de la actora, desconociéndole el derecho para intentar la acción, y después de negar la mayor parte de los hechos de la demanda, opone las excepciones de dolo e ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante.

Tramitada legalmente la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva de 29 de septiembre de 1945, negó todas las peticiones de la demanda, absolviendo, en consecuencia, al demandado Escallón y condenó a la demandante en las costas del grado.

Sentencia acusada

En la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la actora el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia definitiva de 26 de octubre de 1946, resolvió:

"1º Se declara probada la excepción perentoria de cosa juzgada respecto de la acción de incumplimiento del contrato a que se refiere la petición primera de la demanda inicial de este pleito.

"2º Se absuelve al demandado señor Daniel Escallón del pago de perjuicios materiales y morales que le pide Esilda Tovar de Durán por incumplimiento del contrato de mutuo de 23 de agosto de 1936 y otras causas, al tenor de la súplica segunda de la demanda.

"3º Se niega también la revisión de la sentencia de pregón y remate de que trata la súplica tercera de la demanda.

"4º Sin costas en ninguna de las dos instancias".

Con base en la copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado 4º Civil de este Circuito, de fecha 8 de octubre de 1937, en el juicio ordinario que Roberto Wiesner Urdaneta siguió contra Daniel Escallón para la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de mutuo, dedujo el Tribunal la existencia de la excepción perentoria de cosa juzgada porque halló, confrontando este juicio con el que finalizó con aquella

sentencia, que concurren la identidad de personas, causa y objeto que requiere la ley, por lo que respecta a la acción de incumplimiento deducida en la primera petición de la demanda. Pero estimando a la vez que la acción indemnizatoria tiene un carácter personal respecto del demandante, esto es, relación de hechos que directamente lo hayan perjudicado a él, y considerando que en la demanda de este pleito la actora Tovar de Durán aduce hechos distintos del incumplimiento contractual por no entrega de la suma mutuada que se juzgó en el pleito anterior, concluye que esta acción debe estudiarse en relación con estas nuevas fuentes de indemnización invocadas personalmente por la demandante. Y después de analizarlas probatoriamente concluye en la inexistencia de los perjuicios, así: respecto de los que se dicen causados por el embargo y secuestro de muebles y enseres en el juicio de venta de la prenda, porque no se demostró que realmente hubieran sido secuestrados tales bienes, ni consiguientemente privada de su tenencia y goce la demandante; y respecto del secuestro del camión o volqueta Ford, verificado en la ejecución de Escallón contra Wiesner y Esilda de Durán, deudora y fiadora solidaria, por la deuda de $ 570.00, confesada por el deudor Wiesner como la cuantía efectivamente debida, no halla el Tribunal ningún fundamento jurídico para la obligación indemnizatoria porque en tal ocurrencia procesal no se ve nada distinto del desarrollo normal de la acción de cobro del acredor Escallón con las consecuencias correspondientes a la culpa personal de quien estando solidariamente obligada al pago, se ha negado a pagar y ha hecho necesario recurrir a la vía judicial. En lo tocante a perjuicios morales los niega la sentencia porque ni siquiera se precisan los conceptos y frases injuriosos que se atribuyen al demandado, y advierte a este respecto el Tribunal que estos conceptos de Escallón, en el caso de haber sido expresados, pueden motivarse en la aberrante situación en que se encuentra, en que sin haber logrado hacerse pagar su indiscutible crédito por $ 570.00 ya tiene sobre sí una condena por perjuicios a favor de su deudor renuente, con la que compensará la deuda o tratará de retardar indefinidamente su pago.

Estas son, sintéticamente expresadas, las razones fundamentales del fallo de segunda instancia en la parte que tiene relación con el recurso.

El recurso

Con invocación de la primera de las causales del artículo 520 del C. J., acusa la demandante la sentencia del Tribunal en este recurso de casación que hoy se decide al cabo de sus trámites legales.

Con la impropia denominación de motivos se formulan los cargos que a continuación se compendian:

a) El Tribunal violó los artículos 210, 473 y 606 del C. J. y 1769 del C. C. como consecuencia del error evidente en que incurrió en la apreciación de la demanda con que se ejerció la acción incoada y ganada por Roberto Wiesner contra Daniel Escallón, ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito, por incumplimiento del mutuo consistente en la falta de entrega de una parte del dinero prestado, y la que sirve de base al presente juicio en que Esilda Tovar de Durán demanda contra el mismo Escallón la declaración de incumplimiento del mismo contrato por falta total de la entrega del dinero. A pesar de la diferencia de causa entre las dos demandas de incumplimiento —entrega parcial en una, falta de entrega en la otra—, las identifica la sentencia para deducir la cosa juzgada, cuando claro se ve que en la acción propuesta por Wiesner quedó una parte sin juzgar que es la que ahora pone **sub judice** la señora de Durán en forma de violación total del contrato referido por no haber entregado Escallón en el momento ni después del contrato de mutuo ninguna suma de dinero a Roberto Wiesner ni a la señora Tovar.

Erró también el Tribunal, dice el recurrente, al estimar las confesiones de Wiesner y de Escallón, al tenerlas como prueba de una obligación mutuaria, garantizada por la demandante, cuando la verdad es que unas y otras se refieren al hecho de que la suma de $ 570.00, aunque ciertamente debida por Wiesner, proviene de saldos de negocios anteriores y no de un contrato de préstamo que fue lo afianzado por la señora de Durán.

b) Al declarar probada el Tribunal la excepción de cosa juzgada acoge como hecho establecido la violación parcial del contrato de mutuo. Entonces, debiendo Escallón haber entregado la suma del préstamo que reza el contrato desde que firmó el documento, desde esa fecha está en mora de cumplir el contrato. La sentencia reconoce estos hechos, pero no condena a Escallón al pago de los perjuicios consiguientes, que se deben por imperio de la ley, esto es, por el sólo hecho de la infracción contractual que es causa suficiente de condena a indemnizar. "Como la demandante su-

plicó la total violación del contrato (sic) y el sentenciador no condenó al pago de perjuicios por la infracción total del contrato, sino por la parte demandada por Wiesner, identificando la acción fallada por el Juzgado 4º del Circuito la del presente pleito, violó directamente los artículos 1610, 1613 y 1615 del C. C. y cometió error de derecho al omitir la aplicación de los artículos 480 y 553 del C. J., en la parte que no se halla juzgada por el fallo del Juez 4º de este circuito".

c) Para considerar y decidir el pedimento de perjuicios procedentes del embargo en el juicio de venta de la prenda, "no es procedente averiguar si aquel juicio estuvo mal o bien establecido; si los bienes estuvieron bien o mal embargados. El solo hecho de la demanda de venta; el solo decreto de embargo y secuestro, bien o mal dictado, pero que surtieron efectos; la sola acción de venta destinada a cobrar una obligación inexistente, constituye un abuso del derecho aparente del contrato de mutuo, y ese abuso es indemnizable y avaluable. En tales condiciones, el fallo erró en derecho al apreciar las copias del juicio de venta violando los artículos 1613 y 1614 del C. C."

d) La señora Tovar de Durán se obligó como fiadora de Wiesner para garantizar una obligación nacida en un contrato de mutuo, pero en manera alguna para responder de una deuda proveniente de saldos de negocios anteriores como se ha demostrado; por tanto esa convención no la obliga por no haberla consentido. Por otra parte, estando probado que Escallón incumplió el contrato de mutuo, la fiadora solidaria, al tenor del artículo 1609 del C. C., no está por su parte obligada a cumplirlo. "Entonces es evidente que la ejecución en la cual se embargaron bienes a la señora Tovar y se mantuvieron secuestrados por tan largo tiempo, fue una ejecución vejatoria, abusiva, sin ningún derecho de crédito real y exigible a la ejecutada Tovar". El Tribunal violó por este concepto, "ya directamente, yá por dejar de aplicarlos, los artículos 63, 1609, 1613, 1615, 1616, 1502 y 1769 del C. C. y 606 del C. J."

Todas estas acusaciones contra el fallo definitivo de segunda instancia son susceptibles de consideración global para el estudio y decisión del recurso, y a ello se procede.

El fenómeno de incumplimiento por uno de los contratantes, de lo pactado, da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios (artículo 1546 del C. C.). De acuerdo con la ley, la doctrina ha establecido que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas. No es posible hacer del incumplimiento de un contrato una fuente inagotable de efectos jurídicos sin plantear situaciones tan irregulares como la a que ha dado lugar el contrato recogido en el documento del 23 de agosto de 1936, malamente clasificado como bilateral en la sentencia que decidió la acción de Wiesner contra Escallón de perjuicios por su incumplimiento, que sirvió en este pleito, de deudor contra acreedor, de fuente de indemnización, qué ahora se quiere utilizar para los mismos efectos en acción de fiador contra acreedor y que se ha aducido también y simultáneamente como base de la demanda de cumplimiento del contrato en ejecución del mutuante contra el deudor y su fiadora solidaria.

Tratándose de un contrato de mutuo, como es el consignado en el citado documento del 23 de agosto de 1936, a que alude la demanda, esto es, de un contrato unilateral y real, su incumplimiento por no entrega del dinero prestado induce inexistencia de la convención. El Juzgado 4º de este Circuito, que sentenció en segunda instancia el pleito por perjuicios de Wiesner contra Escalión, entendió sin embargo que el contrato referido era bilateral porque en virtud de su celebración había nacido para el mutuante Escallón la obligación de entregar la suma de $ 1.555, y para el mutuario la de devolverla; y como se había demostrado con la confesión de ambos que la suma realmente entregada y debida era sólo de $ 570.00,

dedujo el incumplimiento parcial de la obligación de entregar; por lo cual, no obstante no demandarse el cumplimiento del contrato ni su resolución, aplicando analógicamente el artículo 2056 del C. C., condenó en abstracto al mutuante al resarcimiento de perjuicios provenientes de no haber entregado sino la cantidad de $ 570.00, a la que en verdad se reduce el contrato de mutuo.

Las conclusiones de este fallo firme, cualquiera que sea su fundamento jurídico, no son cosa modificable en este juicio, y en él surten efecto como cosa juzgada, aunque no exactamente con el alcance que le atribuye el Tribunal en la sentencia recurrida. Es cosa juzgada para Esilda Tovar de Durán en el sentido de que la obligación mutuaria de que ella responde como fiadora solidaria no es la que expresa el documento sino de la de $ 570.00; pero no precisamente respecto de la acción de incumplimiento que ha ejercitado la fiadora contra el acreedor mutuario; la realidad jurídica, por este aspecto, es que la aludida acción de resarcimiento es improcedente. La señora Durán, en efecto, no es parte contratante en el contrato de mutuo celebrado entre Daniel Escallón y Roberto Wiesner Urdaneta, y por tanto, como base de acción de ella, no tiene sentido la falta de entrega del dinero mutuado: en la parte realmente debida y recibida por Wiesner, que es a quien exclusivamente se debía entregar, porque esa es base aceptada por deudor y acreedor, y en cuanto se dice no entregado a ella, porque al fiador nadie está obligado a entregar nada en el contrato de mutuo. La fianza es un contrato unilateral y accesorio o de garantía en que el único obligado es el fiador; el acreedor no contrae obligación alguna, y en este contrato el deudor no es parte, como no lo es tampoco el fiador en el contrato en que se genera la obligación que garantiza personalmente. Por lo demás, todas las defensas legales de la fiadora fueron seguramente propuestas y estudiadas en el incidente exceptivo que como se sabe fue propuesto en el juicio ejecutivo adelantado por Escallón ante el Juzgado 3º Municipal y la sentencia al respecto no ha sido objeto de revisión judicial.

A la luz de estas nociones claramente se ve la sin razón de los cargos, doctrinariamente desarticulados, que trae la demanda de casación en torno de la excepción de cosa juzgada que sirve de apoyo a la denegación de la primera súplica de la demanda, sobre incumplimiento del contrato de mutuo por no entrega del dinero. No se configura, en concepto de la Sala, ninguna de las violaciones de la ley que sobre este particular le imputa el recurrente al Tribunal de Bogotá.

Tampoco es posible hallar el error que el recurrente le imputa al Tribunal en la estimación de las declaraciones confesionales de Escallón y de Wiesner, cargo éste que se endereza hacia la conclusión de que el contrato de que da cuenta el documento del 23 de agosto de 1936, no es, a pesar de sus términos, un préstamo de consumo porque la deuda de que allí se trata, los $ 570.00 verdaderamente debidos, no fueron dinero entregado a mútuo sino proveniente de saldos de diversos negocios anteriores, para deducir de ahí que esa no es la obligación garantizada solidariamente por la señora de Durán. Esta acusación, contradictoria con los fines y pedimentos de la demanda inicial de este pleito que persigue resarcimiento por violación o incumplimiento de un contrato de mutuo, se mueve fuera del campo jurídico del litigio porque además de que ya está decidido con autoridad de cosa juzgada que se trata de un contrato de mutuo, la índole de la acusación y las razones con que se sustenta plantea cuestiones de simulación y de nulidad por falta de consentimiento que están muy lejos de los hechos y razones fundamentales en que se asienta este litigio por incumplimiento contractual.

Las consideraciones que anteceden son valederas igualmente para desechar los cargos que se enderezan contra la negativa del Tribunal al reconocimiento de los perjuicios demandados en cuanto se fundan en que la obligación cobrada por Escallón es inexistente, porque, como ya se sabe, en la cuantía en que se cobra ha sido expresa y reiteradamente aceptada por el deudor Roberto Wiesner Urdaneta y a su pago está solidariamente obligada como fiadora la señora Tovar de Durán. El fundamento en que se apoyó la sentencia en este particular del resarcimiento de perjuicios fue la falta total de pruebas al respecto, y esta conclusión del fallo no está realmente atacada en la demanda del recurso, que se limita a consignar afirmaciones completamente desnudas de razón jurídica tratándose de una acción ejecutiva que no ofrece ninguna irregularidad, iniciada por un acreedor contra su deudor y su fiadora solidaria para el pago de una obligación incuestionablemente debida.

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 Bogotá, el 26 de octubre de 1946, 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.

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

ACCION DE PERJUICIOS

1.—El art. 63 del Código Civil establece una gradación de culpas: grave, leve y levísima, correlativa a la responsabilidad del obligado según la diligencia y cuidado que deba al tenor de las disposiciones legales pertinentes o de las estipulaciones del contrato, en su caso; y esa gradación no cabe, o no hay lugar a detener la atención en lo que en sus casos la establece y determina, al tratarse de una culpa aquiliana cuya fijación, en lo que mira al daño, es netamente objetiva; de suerte que cuando se la halla y se halla también que ella ha causado un perjuicio, se condena a indemnizarlo y lo único que resta es precisar cuánto vale, cuánto cuesta su reparación.

2.—El uso de una marca por la compañía, aun sin registrarla, está autorizada por la ley, la que lo ampara facultando a quien en él ha estado por cierto tiempo a oponerse a que otra persona la registre y también a obtener que un registro a tercero se cancele. Así se ve en las disposiciones pertinentes de la ley 31 de 1925 y en la 94 de 1931.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 8º Civil de este Circuito cursó en primera instancia el juicio ordinario de Pedro I. Santos contra la compañía Industrias del Mangue, S. A., de este domicilio, para que le indemnice los perjuicios ocasionados — dice el actor — "por haber usado una marca de fábrica sin registrar y que es imitación a una marca de fábrica registrada y de mi propiedad".

El fallo del Juzgado fue absolutorio y se dictó el 16 de junio de 1945; apelado por Santos, lo confirmó el Tribunal Superior en el de 22 de julio de 1947. En ambos hubo condenación en costas a cargo del demandante, quien interpuso casación. Sustanciado este recurso, hoy se decide.

El demandante se funda en culpa extracontractual, que es la en que incurrió la compañía por haber usado la aludida marca a pesar del registro obtenido por él de la marca de que dice es imitación la usada por aquélla.

El Juzgado no halló culposa la conducta de la compañía y, además, que Santos no había demostrado perjuicios. De ahí su absolución. La pronunciada por el Tribunal tiene iguales fundamentos, en los que éste acentúa la falta de prueba del perjuicio recibido, sin cuya demostración no cabe decretar que se indemnice.

Ambas sentencias de instancia encuentran como determinantes de sus conceptos estos hechos, acreditados en el expediente: la compañía usaba como marca de sus productos, sin haberla registrado, una marca consistente en el dibujo de un árbol de mangle al que está enlazada esta palabra: "mangle"; ya en uso por ella esa marca, Santos registró como suya una muy semejante, la que ofreció en venta a la Compañía, que no accedió a comprársela y siguió usando la de que ya se habló. Entonces Santos acudió a las autoridades a que le amparasen su marca registrada e impidiesen que la Compañía persistiera en usar esa marca anterior mencionada que Santos señaló como imitación de la que para sí había registrado.

Esta manera de suceder tales hechos, a que se añade la significativa circunstancia de ser a la sazón Santos empleado de la Compañía, condujo a Juez y Tribunal a no hallar culposa la conducta de ésta; y en cuanto a perjuicios, consistentes en el referido uso por ella de su marca por el tiempo que medió entre el registro que antes obtuvo y la orden de la autoridad de que la Compañía cesase en el mencionado uso, no hallaron dichos sentenciadores demostración de que Santos recibiera por eso daño alguno.

Acusa el abogado de Santos el fallo del Tribunal por el motivo 1º del artículo 520 del C. J. y, dentro de él, por violación de los artículos 63, 2341, 2347 y 2356 del C. C. y 55 de la ley 31 de 1925, en cuanto todas estas disposiciones establecen el derecho a indemnización que, por no aplicarlos, se ha denegado. Esa violación la atribuye el recurrente tanto a interpretación errónea de esas disposiciones, cuanto a error también en la apreciación de las pruebas sobre perjuicios.

A este respecto que, como ya se dijo, es el cardinal fundamento de la sentencia de segunda instancia, afirma que hay perjuicios morales por la mortificación que causó a Santos ver usurpada y usada su marca por la Compañía que se negó a comprársela, y que económicamente sufrió, con prueba de ello en autos, los consistentes en cuan-

to por gastos y honorarios de abogados hubo de erogar en sus gestiones para que la autoridad lo amparase e impidiese que la Compañía continuara en ese uso.

Se considera:

El artículo 63 del C. C. establece una gradación de culpas: grave, leve y levísima correlativa a la responsabilidad del obligado según la diligencia y cuidado que deba al tenor de las disposiciones legales pertinentes o de las estipulaciones del contrato, en su caso; y esa gradación no cabe o no hay lugar a detener la atención en lo que en sus casos la establece y determina, al tratarse de culpa aquiliana cuya fijación, en lo que mira al dueño, es netamente objetiva; de suerte que cuando se la halla y se halla también que ella ha causado un perjuicio, se condena a indemnizalo y lo único que resta es precisar cuánto vale, cuánto cuesta su reparación.

No es procedente, pues, el cargo de violación de esta disposición legal, ajena al debate. Ajeno es también el artículo 2347 del C. C. que versa sobre responsabilidad indirecta, como la del padre por el hijo, el guardador por el pupilo, el empresario por su dependiente, puesto que aquí se trata de responsabilidad directa, siendo así que se ha demandado a la compañía por actos suyos.

El artículo 35 de la citada ley 31 establece indemnización de perjuicios para el caso a que atiende; y del propio modo ese deber lo imponen los artículos 2341 y 2356 de dicho Código, en sus casos. Pero una cosa es que las leyes impongan la obligación de indemnizar perjuicios a quien los ha causado, y otra muy distinta es que ordenen cumplirla aunque no exista, esto es, que se pudiera condenar a indemnizarlos aunque falte la prueba de que se han sufrido.

La contrariedad que experimente quien ofrece algo en venta porque la persona a quien se dirige no se la acepte o la mortificación sufrida, como sucede con Santos según su abogado ahora en casación, al ver usurpada su marca por la Compañía y usada por ésta, no son en manera alguna lo que como perjuicios morales constituye base suficiente y seria para que una sentencia judicial pronuncie indemnización. Muy distinto es lo que como **pretium doloris** ha encontrado nuestra doctrina jurisprudencial como soporte lo bastante racional y sólido de una condena a pagarlo.

Las actuaciones ante las autoridades exigen erogaciones que no siempre se reembolsan. A esto atiende, en sus casos, la condenación en costas. Sin desconocer que el pago de ellas por el que ha merecido tal condena no puede a ciegas reputarse indemnización total del perjuicio causado, pues puede haber por diversos motivos otros perjuicios distintos cuya indemnización quede pendiente, ello es que en la presente controversia ningunos ha demostrado Santos y que, por lo mismo, carecería de sujeta materia una condena de indemnización en su favor.

El uso de una marca por la Compañía, aun sin registrarla, está autorizado por la ley, la que lo ampara facultando a quien en él ha estado por cierto tiempo a oponerse a que otra persona la registre y también a obtener que un registro a tercero se cancele. Así, se ve en las disposiciones pertinentes de la citada ley 31 de 1925 y en la 94 de 1931. La Compañía no se opuso y Santos registró en su propio favor. Ya ella no podía usar su marca que, aunque muy anterior a la actuación de Santos sobre registro hubo de reputarse por la policía como copia e imitación de la registrada por Santos. De ahí se dedujo la prohibición de que se habló atrás. Y, de otro lado, como de este uso de su antigua marca por la Compañía de ese registro de Santos no ha demostrado éste que se le siguiera perjuicio alguno, la negativa de sus pretensiones indemnizatorias se imponía.

Si el juzgador, que ha de decidir como mandan los artículos 471 y 593 del C. J., no halla probados los perjuicios, la absolución que forzosamente de aquí se deriva no puede tenerse como quebranto de las disposiciones que proveen a la obligación de indemnizar y la imponen, porque esta disposición no puede deducirse de que, en principio, la obligación de indemnizar exista, sino de cuando existe en principio, se acredite también que se ha recibido daño, esto es, que hay sujeta materia sobre la cual recaiga aquella condena.

No se hallan, pues, justificados, los cargos formulados por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Son de cargo del recurrente las costas del recurso. Oportunamente se tasarán.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION ATINENTE AL USO DE LAS AGUAS DE UN RIO.—DICTAMEN PERICIAL.—TECNICA DE CASACION. — EXCEPCIONES

1.—El artículo 722 del C. J. es normativo de uno de los dos casos en que el dictamen pericial hace plena prueba; su fundamento es la percepción sensorial de los peritos complementada con sus conocimientos técnicos los cuales juegan papel no tanto sobre la apreciación de los hechos sino especialmente sobre los diversos aspectos de la percepción misma; la ley confía en que si dos expertos perciben de la misma manera un determinado hecho, aplicando a la respectiva operación los conocimientos técnicos del caso, el hecho es cierto tal como los peritos afirmen haberlo percibido. Entre este género de dictamen y el de que trata el artículo 723 del C. J. hay diferencias notables aunque ambos, como es obvio, parten de la percepción por medio de los sentidos al igual de cualquiera otra noción intelectual. El artículo 722 gobierna la apreciación judicial del hecho cuya percepción sólo es posible por medios técnicos que, empleados rectamente, no dan lugar a inferencia, juicio o deducción alguna; podría considerarse que tal precepto recoge el dicho del testigo-perito; el artículo 723 enfoca todos los demás casos en que el experto, a más de sus sentidos, aplica su ciencia para la crítica de lo que por aquellos ha percibido.

2.—A propósito de los artículos 603 y 604 del C. J. se observa que no pueden ser transgredidos sino cuando el hecho alrededor del cual giren es susceptible de probarse por confesión y que el dominio sobre bienes raíces adquiridos por tradición a título contractual se sustrae a ese medio probatorio por ministerio de la ley; los artículos 756 y 1760 del C. C. son suficientes para evidenciarlo. La misma reflexión cabe en cuanto al artículo 645 del C. J., ya que el mérito probatorio del instrumento privado se origina en su identidad con la confesión, como se advierte a la sola lectura del artículo 637 de la misma obra.

3. — El artículo 329 del C. J. contiene la descripción de lo que, según la ley, constituye excepción perentoria; ante todo ha de subrayarse que esa noción falla doblemente por incompleta e inexacta comoquiera que no comprende las perentorias de forma y que, si se ajustara a la verdad, despojaría a la prescripción de su índole exceptiva, comoquiera que ella no extingue las obligaciones sino las acciones, y es a las primeras a las que se da cabida en la definición. La doctrina clasifica los medios exceptivos según diriman contra el fondo o contra la forma, y hace subdivisión de cada uno de esos géneros en dilatorios o perentorios; así, respecto del fondo, será perentoria la excepción constituída por el pago, al paso que será dilatoria la que radique en que la obligación no es exigible aún por no haberse vencido el término prefijado para solucionarla; en cuanto a la forma será perentoria la ineptitud sustantiva de la demanda, y dilatoria la declinatoria de jurisdicción; puede deducirse de lo anterior que toda excepción perentoria de forma es dilatoria de fondo por cuanto no milita sobre la pretensión misma, sobre el elemento de la acción PETITUM, sino respecto de la conformación procesal. Como nuestra ley no reglamenta la división primordial de las excepciones, de fondo y de forma, que emana obviamente de los fenómenos procesales incurre, por esa omisión, en otros errores, consecuencia de los cuales es que la sentencia no siempre realice la noción totalmente preclusiva que de ella dan la ley y la doctrina, sino que se reduzca a declarar una ineptitud formal de la demanda u otra circunstancia cualquiera que ha debido destacarse y resolverse apenas trabada real o aparentemente la relación jurídico procesal.

El artículo 343 del C. J. que faculta al juez para declarar probadas, salvo la prescripción, las excepciones perentorias que acredite el proceso aunque el demandado no las haya propuesto, debe entenderse con arreglo a los principios que se dejan expuestos, y a las necesidades que nuestra defi-

ciente organización procesal impone; a causa de sus fallas han de proferirse sentencias apenas declarativas de excepciones que, aunque puedan reputarse perentorias temporales, en realidad se acomodan sólo a la noción teórica de las dilatorias de fondo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Por escritura pública número 213, otorgada el diez (10) de agosto de mil novecientos dieciseis (1916) ante el Notario de Amalfi, tal Municipio adquirió de la sociedad denominada "La Viborita Company", propietaria de la mina del mismo nombre y de los terrenos en donde ésta se halla, el derecho de tomar aguas de la quebrada La Víbora o Los Encuentros para la planta eléctrica municipal, el de construír en predios de la dicha sociedad el acueducto necesario para llevar agua a la planta, y el de usar los terrenos indispensables para el establecimiento de aquélla; en compensación el Municipio aceptó limitaciones en el uso del agua y reconoció algunos derechos a la entidad municipal.

Desde 1918 el Distrito inauguró la planta eléctrica cuya casa quedó en predio municipal, así como la toma del agua, y la acequia correspondiente; para mover sus máquinas viene aprovechando el caudal indispensable para ese fin, a título de riberano de la quebrada "La Víbora"; la empresa "Viborita Company" se sirve conjuntamente con el Municipio de la acequia que éste construyó en sus tierras, deriva parte de las aguas por medio de un túnel que construyó al efecto, y a partir del tanque donde el Municipio toma las aguas para la planta construyó, desde hace años, una acequia que cruza terrenos del Distrito y limítrofes para llevar las aguas que no se usan en la planta al sitio en donde se hallan las minas. La empresa pretende limitar el uso del agua por parte de la entidad municipal á doscientos cuarenta (240) pies cúbicos por minuto, cantidad insuficiente para la planta actual y para su ensanche ya prospectado. El Distrito, cuando celebró el contrato recogido en la escritura de que se ha hecho mérito, creyó que necesitaría usar terrenos de la Empresa por tener que tomar dentro de aquéllos las aguas de la quebrada, o que la compañía podía ceder las dichas aguas, pero ejecutó las obras necesarias para la planta en suelo propio, tomó las aguas en sitio en donde no era riberana "La Viborita Company", y no adquirió derecho alguno especial sobre las aguas porque éstas eran de uso público, razón por la cual tampoco tuvo eficacia la limitación que respecto de sus aprovechamientos se impuso.

Con fundamento en estos hechos el Distrito Municipal de Amalfi, ante el Juez del Circuito del mismo nombre, demandó a la sociedad "Viborita Gold Mines Co.", sucesora de "Viborita Company" para que, previos los trámites de un juicio ordinario se declare que dicha compañía no tiene derecho a servirse sola ni en común con el municipio, de las acequias y derivaciones construídas para el uso de las aguas dentro de los terrenos y fajas pertenecientes al Municipio, y que dicha empresa sólo puede emplear el caudal de la quebrada La Víbora tomándolo dentro de su fundo y cuando el Distrito lo devuelva al cauce natural, después de usarlo en el movimiento de las máquinas de la planta eléctrica; que el Municipio tiene derecho al uso de aquellas aguas para mover las máquinas de la dicha planta o de otra adecuada para los menesteres de la población, y con el solo cargo de restituírlas al cauce natural dentro del mismo predio de su pertenencia; que es nulo de nulidad absoluta por falta de causa o de objeto, y por ilicitud en ellos, el contrato contenido en la escritura número 213 de 10 de agosto de 1916, y que por tanto el Municipio está libre de las obligaciones allí consignadas a su cargo, así como de las limitaciones en el uso del agua y de las acequias que allí se indican.

Como subsidiarias de las súplicas que se dejan sintetizadas propuso el demandante algunas otras cuya mención no es necesaria para los fines del recurso.

La Compañía demandada presentó entre otras defensas la prescripción extintiva de la acción contra ella ejercida, la adquisitiva del derecho exclusivo sobre las aguas, y reconvino al Municipio actor para que en la misma sentencia se declare que es válido el contrato de que habla la escritura número 213 de diez de agosto de mil novecientos dieciseis, y que, por consiguiente, está obligado conforme a él; que por lo mismo el Distrito sólo puede usar para la planta eléctrica la cantidad de doscientos cuarenta pies cúbicos por minuto de las aguas de la quebrada La Víbora, y que debe construír las obras necesarias para limitar el agua a esa cantidad, y que de lo contrario la sociedad reconventora queda autorizada

para hacer esas obras a costa del municipio; que éste debe pagar a aquélla la mitad del valor de los gastos de sostenimiento y reparación de las acequias en el trayecto comprendido entre la boca toma y el tanque; que el municipio está obligado a indemnizar a la sociedad minera los perjuicios que ésta ha sufrido a causa del incumplimiento del contrato, estimados en este juicio o en otro diferente.

Como hechos fundamentales de la reconvención se mencionaron los que a continuación se resumen: que el veintisiete de noviembre de mil ochocientos ochenta y ocho se expidió en favor de Manuel A. Jaramillo título de adjudicación de la mina de oro en aluvión llamada La Viborita, situada en el Distrito de Amalfi, por linderos allí indicados, la cual en virtud de sucesivas enajenaciones pasó a ser propiedad de La Viborita Company; que desde el año de mil ochocientos ochenta y ocho (1888) el señor Jaramillo y sus causahabientes han venido usando las aguas de la quebrada La Víbora para el laboreo de aquellos minerales, hasta que el Municipio de Amalfi en mil novecientos dieciseis (1916) resolvió establecer una planta eléctrica sirviéndose de las mismas aguas; que la Compañía con sacrificio parcial de sus derechos y sólo para favorecer al Distrito, mediante la escritura número 213 de diez (10) de agosto de mil novecientos dieciseis (1916) accedió a renunciar al uso de doscientos cuarenta pies cúbicos de agua por minuto, cantidad que se consideró suficiente para la planta que se iba a establecer, e hizo otras concesiones, reservándose en compensación algunos derechos que el municipio le reconoció y que constan en el dicho instrumento público; que por tanto la Viborita Company como sus sucesores en el dominio, hasta llegar a la empresa demandada, han cumplido en todo momento sus obligaciones contractuales, y no así el Distrito de Amalfi, el cual toma una cantidad de agua mayor que la estipulada, ni ha contribuído con la mitad de los gastos que demandan la reparación y sostenimiento de la acequia, en lo cual la sociedad ha invertido la suma aproximada de once mil pesos ($ 11.000.00); que además ha sufrido graves perjuicios porque a causa del mayor e innecesario uso del agua en la planta municipal se ha disminuído la corriente que llega para la explotación de los minerales, con merma del rendimiento de sus labores.

El Juez del Circuito de Amalfi, en fallo pronunciado el veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta, despachó favorablemente las peticiones que el Distrito formuló en la demanda principal, lo absolvió de los cargos contenidos en la reconvención, y declaró no probadas las excepciones de prescripción propuestas por la Sociedad.

Esta apeló de la sentencia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín tras el desarrollo procedimental de la segunda instancia le puso término el primero de marzo de mil novecientos cuarenta y seis revocando lo decidido en la primera y declarando probada, en su lugar, "la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo y de modo indebido", y consecuencialmente, que "no hay lugar a resolver de fondo sobre las solicitudes de las demandas mutuas de que trata este proceso ni sobre las excepciones propuestas por la sociedad demandada".

El Municipio de Amalfi recurrió en casación del fallo de segundo grado, recurso que concedido, admitido y debidamente tramitado, se procede a solucionar.

La sentencia recurrida

Para el Tribunal la clave de este litigio está en la determinación de la línea divisoria entre el inmueble del Municipio y el de la Compañía, punto que no llega a encontrar evidenciado en las muchas probanzas aducidas; sobre ese mismo extremo añade el Tribunal que, desde otro punto de vista, no es idónea esta litis para que mediante ella se dilucide el punto por cuanto "no se hizo solicitud sobre declaratoria de dominio de esa zona, y porque para fijar la línea que separa dichos predios, ha de acudirse al juicio o tramitación indicada por la ley, o sea la del juicio de deslinde, y es inadecuado para ello el trámite ordinario". A lo anterior agrega, como fundamento de su fallo, que el demandante no allegó legalmente al proceso la prueba del dominio que pretende sobre la sección a que la controversia se contrae, porque dicho título no vino a los autos por alguno de los medios que indica el artículo 597 del C. J., sino como anexo a una exposición pericial.

Por último el fallo recurrido anota que: "mientras no se deslinden por vía adecuada los terrenos que pertenecen a la entidad demandante y a la sociedad demandada, se hace imposible práctica y jurídicamente decidir si el edificio para la planta de energía eléctrica del municipio de Amalfi, acequias, etc., están dentro del terreno que a él o a la Sociedad demandada pertenecen, y que por ende todas las solicitudes de la demanda y de

la contrademanda que parten del dominio exclusivo que cada litigante alega sobre aquel terreno, constituyen solicitudes indebidas o pedidas antes de tiempo, o sea antes de verificarse en forma debida el deslinde que determine sus respectivos derechos territoriales y los consecuenciales de obligaciones impetrados en las demandas y que parten de la base de dominio exclusivo sobre esa zona que cada parte alega".

El recurso

La medula del raciocinio desarrollado por el recurrente para impugnar la decisión del Tribunal se contiene en los siguientes apartes que se transcriben a continuación:

"En los dictámenes periciales que obran en autos se llega a la conclusión de que las obras de la planta están en terrenos del Municipio y al no aceptarlo así el Tribunal, resulta violado el artículo 722 del C. J. que es disposición sustantiva. Los artículos 603, 604 y siguientes del C. J., también sustantivos dan fuerza a la confesión o manifestación hecha por la Compañía en la carta del fl. 48 a que atrás me referí, no redargüida de falsa, ni contradicha y sí confirmada en posiciones, con la cual el gerente afirma y acepta que la casa o edificio de la planta está en terrenos que no son de la Compañía. En relación con el artículo 645 del mismo Código, el Tribunal tenía que aceptarle y como no lo hizo violó directamente esas disposiciones sustantivas, por falta de apreciación de la prueba, cometiendo error de hecho en cuanto prescindió de ellas y error de derecho en cuanto no le dio el valor que tiene. En esas condiciones dio errada aplicación a los artículos 329 y 343 para declarar existente o probada una excepción perentoria que no existe, que no está fundada en hechos reales, errónea aplicación que le llevó a no dar aplicación a los artículos 892 y 1001 del C. C. Hay más y esto no lo tuvo en cuenta el Tribunal: "La compañía demandada pretende que el Municipio actor tiene con ella, las obligaciones que podrían emanar de las concesiones que dice hacerle en el contrato o convenio de 10 de agosto de 1916 y le ha exigido que las cumpla. Conforme al artículo 1757 del C. C. incumbe demostrar las obligaciones, al que las alega, conforme a las pruebas que contemplan el inciso 2º del artículo y el C. J.". ..... "No probó eso, no aparece de autos, que antes sí indican lo contrario, luego el Tribunal no podía inhibirse de fallar, declarando al Municipio libre de esas obligaciones y a la Compañía sin derecho alguno y por ello resulta improcedente la declaratoria de una condición resolutoria que inhibe de fallar en un juicio ordinario donde la parte que reclama derechos como la Compañía, debió probar las obligaciones de la contraparte y por ello se violó el artículo 1757 que no se aplicó a la entidad demandada. Por la no aplicación de ese texto legal, se dejó igualmente de aplicar los demás en virtud de los cuales el Municipio impetra las declaraciones contenidas en su demanda. Por otra parte, ya se vio claramente lo relativo a la concesión de aguas, mejor, a su derivación es un hecho indiscutible que aparece claro de autos. Las aguas se tomaron en predio del Municipio, no se tomaron en predio de la Compañía, no tenía allí, ni tiene qué ceder, no podía limitar al Municipio en su cuantía, por virtud de un convenio que allí no produjo, no pudo producir efectos, luego el Tribunal no tenía que esperar a aclarar los hechos no aclarables en ese punto y sin poder declarar sobre él la excepción de petición indebida o antes de tiempo, debió fallar sobre el particular que es el punto más trascendental del juicio, en el cual es ostensible la indebida aplicación de los artículos 329 y 343 del C. J. que se violaron directamente y tras ellos indirectamente en forma más discutible, los que ya cité del C. C., es decir, los 892 y 1001 que dan el amplio derecho al Municipio para derivar esas aguas sin limitación de la Compañía que no demostró cuántas derivaba en 1916, cuántas tenía la quebrada La Víbora si quedaba sobrante y si le perjudicaba la derivación del Municipio, que las devuelve todas al cauce, en parte muy superior al lugar donde la Compañía las utilizaba".

En los párrafos transcritos se evidencia que el acusador no dividió sus quejas en diversos motivos amparados todos por la causal primera, a pesar de que las transgresiones de la ley que imputa a la sentencia no son susceptibles de ser tomadas en conjunto porque, aunque existe entre ellas la vinculación consiguiente a estar enderezadas contra un mismo fallo, no pueden reputarse las unas como efecto de las otras, salvo en cuanto sea dable interpretar alguno de los cargos como sostenido en un error de derecho.

Así la cita de los preceptos 722, 603, 604 "y siguientes del C. J.", de la cual sólo es hábil la de las normas expresamente indicadas, y la del artículo 645 ibídem, hay que apreciarla vinculada y vinculada sólo, al quebranto consecuencial de los artículos 329 y 343 del C. J., en primer término, y luego de los artículos 892 y 1001 del C. C.

Se aprecia así el indicado aparte de la acusación porque de no hacerlo, y de aislar el cargo relativo a preceptos probatorios, el sólo planteamiento induciría su fracaso, porque bien sabido es que la jurisprudencia a pesar de haberles asignado a éstos linaje sustantivo, no por eso dejan de ser instrumentos de tal suerte que si el Tribunal los vulnera ello sólo tendrá entidad, en los ámbitos de la casación, si ha sido vehículo para lesionar mandamientos sustanciales.

Por otra parte se considera la queja atinente a las disposiciones reguladoras del mérito probatorio vinculada sólo a la violación de los artículos 329 y 343 del C. J., en primer término, y luego a la de los artículos 892 y 1001 del C. C. porque es menester determinar la incidencia de las normas probatorias sobre las sustanciales que a su continuación se citan, pues de lo contrario el silencio del acusador tendría como efecto multiplicarle el cargo por el número de disposiciones sustanciales que cita en toda su demanda, lo cual desnaturalizaría la índole y la estructura del recurso.

Dilucidado así el primer aparte de la acusación que se ha dejado transcrito se pueden destacar en él dos cargos, a saber: quebranto de los artículos 329 y 343 del C. J. por consecuencia de equivocada apreciación probatoria transgresora de los artículos 722, 603, 604 y 645 del C. J., y de los artículos 892 y 1001 del C. C., por efecto también del mismo error sobre el material demostrativo.

A más de ellos, formula el recurrente los cargos de violación del artículo 1757 del C. C. por no haberlo aplicado, el de directa de los artículos 329 y 343 del C. J., y el de indirecta de los artículos 892 y 1001 del C. C. que vuelve a proponer como consecuencial del anterior.

La sola tarea que ha sido menester para ordenar estos cargos sobre lo que a propósito suyo se expresa en la demanda, basta para concluír que ella no se ajusta a las previsiones de la ley ni a la técnica necesaria para proponer adecuadamente el recurso.

El artículo 722 del C. J. es normativo de uno de los dos casos en que el dictamen pericial hace plena prueba; su fundamento es la percepción sensorial de los peritos complementada con sus conocimientos técnicos, los cuales juegan no tanto sobre la apreciación de los hechos sino especialmente sobre los diversos aspectos de la percepción misma; la ley confía en que si dos expertos perciben de la misma manera un determinado hecho, aplicando a la respectiva operación los conocimientos técnicos del caso, el hecho es cierto tal como los peritos afirmen haberlo percibido.

Entre este género de dictamen y el de que trata el artículo 723 del C. J. hay diferencias notables aunque ambos, como es obvio, parten de la percepción por medio de los sentidos al igual de cualquiera otra noción intelectual. El artículo 722 gobierna la apreciación judicial del hecho cuya percepción sólo es posible por medios técnicos que, empleados rectamente, no dan lugar a inferencia, juicio o deducción alguna; podría considerarse que tal precepto recoge el dicho del testigo-perito; el artículo 723 enfoca todos los demás casos en que el experto, a más de sus sentidos, aplica su ciencia para la crítica de lo que por aquéllos ha percibido.

El precepto citado por el recurrente sólo es susceptible de transgresión cuando siendo por su naturaleza la materia sometida al examen pericial apta para la percepción por vías técnicas o científicas, y obrando en autos un informe acorde de dos expertos, el juez desatiende el mérito que la ley comunica a esa índole de conclusiones; en el caso de autos a los peritos se les sometió una extensa tarea para el desempeño de la cual hubieron de valerse de multitud de elementos, entre otros del testimonio de diversas personas, a través de la cual concluyeron sobre la alinderación de los inmuebles de que se dicen propietarios demandante y demandado respectivamente.

Esa peritación escapa a los términos del artículo 722 del C. J., cuyo entendimiento y contenido se dejan examinados ya, y cae dentro de la soberana crítica judicial prevista en el artículo 723, disposición que abandona el poder demostrativo de la prueba a la libre convicción del juzgador al cual, para ese efecto, desata de las limitaciones e imposiciones de la tarifa. Bien puede comprenderse que el Tribunal cuando aplicó su propio criterio a la apreciación de esa prueba no erró, ni podía errar de derecho.

Cita el recurrente como violados los artículos 603 y 604 del C. J., por cuanto no se apreció el texto de una carta suscrita hace años por el entonces Gerente de la sociedad de que es causahabiente la demandada, en la cual incidentalmente afirma que la casa de la Planta Municipal fue construída "fuera de los linderos de nuestra tierra".

A propósito de tales disposiciones se observa que no pueden ser transgredidas sino cuando el hecho alrededor del cual giren es susceptible de probarse por confesión y que el dominio sobre

bienes raíces adquirido por tradición a título contractual se sustrae a ese medio probatorio por ministerio de la ley; los artículos 756 y 1760 del C. C. son suficientes para evidenciarlo.

La misma reflexión cabe en cuanto al artículo 645 del C. J., también aducido por el recurrente, ya que el mérito probatorio del instrumento privado se origina en su identidad con la confesión como se advierte a la sola lectura del artículo 637 de la misma obra.

No habiéndose demostrado error en la valoración legal de las pruebas, tal como el recurrente la invoca y la presenta, se concluye que no se violaron por ello indirectamente los artículos 329 y 343 del C. J.

A propósito del quebranto que como directo se propone en relación con los mismos preceptos se considera:

El primero de ellos contiene la descripción de lo que, según la ley, constituye la excepción perentoria; ante todo ha de subrayarse que esa noción falla doblemente por incompleta e inexacta comoquiera que no comprende las perentorias de forma, y que, si se ajustara a la verdad, despojaría a la prescripción de su índole exceptiva, comoquiera que ella no extingue las obligaciones sino las acciones, y es a las primeras a las que se da cabida en la definición.

La doctrina clasifica los medios exceptivos según se dirijan contra el fondo o contra la forma, y hace subdivisión de cada uno de esos géneros en dilatorios o perentorios; así, respecto del fondo, será perentoria la excepción constituída por el pago, al paso que será dilatoria la que radique en que la obligación no es exigible aún por no haberse vencido el término prefijado para solucionarla; en cuanto a la forma será perentoria la ineptitud sustantiva de la demanda, y dilatoria la declinatoria de jurisdicción; puede deducirse de lo anterior que toda excepción perentoria de forma es dilatoria de fondo por cuanto no milita sobre la pretensión misma, sobre el elemento de la acción **petitum**, sino respecto de la conformación procesal.

Como nuestra ley no reglamenta la división primordial de las excepciones, de fondo y de forma, que emana obviamente de los fenómenos procesales incurre, por esa omisión en otros errores, consecuencia de los cuales es que la sentencia no siempre realice la noción totalmente preclusiva que de ella dan la ley y la doctrina, sino que se reduzca a declarar una ineptitud formal de la demanda u otra circunstancia cualquiera que ha debido destacarse y resolverse apenas trabada real o aparentemente la relación jurídico procesal.

El artículo 343 del C. J. que faculta al juez para declarar probadas, salvo la prescripción, las excepciones perentorias que acredite el proceso aunque el demandado no las haya propuesto debe entenderse con arreglo a los principios que se dejan expuestos, y a las necesidades que nuestra deficiente organización procesal impone; a causa de sus fallas han de proferirse sentencias apenas declarativas de excepciones que, aunque puedan reputarse perentorias temporales, en realidad se acomodan sólo a la noción teórica de las dilatorias de fondo.

Tal el caso de autos: el Tribunal declaró probado un medio exceptivo cuyos fundamentos de hecho tenían que revelarse necesariamente ante el pronunciamiento de fondo y en presencia de todo el acervo probatorio pues antes no era posible dilucidar si el derecho a cuya declaración aspira el demandante está o no condicionado por circunstancias de hecho que contribuyan a destacarlo o a oscurecerlo al menos en su contenido material. Los vicios de nuestro sistema no influyeron por ese aspecto en esa decisión pero, en cambio, se observa que la excepción declarada no es dable reputarla perentoria si por tal se tiene sólo la que se ajusta a la descripción que de ella contiene el artículo 329 del C. J.

Ya se vio que esa noción legal, a semejanza de casi todas las definiciones descriptivas que contiene la ley, peca por incompleta y por inexacta, defectos que en definitiva no se proyectan sobre la naturaleza de los fenómenos deficiente o inútilmente delineados porque la entidad y la relevancia jurídica de ellos deriva de la totalidad del ordenamiento legal, y no de los vocablos que con finalidad puramente enunciativa pueda emplear el legislador en una oportunidad singular.

La misma doctrina que señala los errores en que incurre la ley cuando define o describe algún fenómeno es apta para enmendar el yerro sea rectificando la noción mediante una adecuada inteligencia de sus vocablos, sea completándola; este último papel es el que juega en el presente caso porque el artículo 329 no describe la totalidad de los hechos que pueden constituir excepciones perentorias, lo cual no obstaculiza el acaecimiento real de esos hechos, ni su adecuada calificación por parte del juzgador.

Estas razones llevan a concluír que no se vulneraron directamente los preceptos aludidos.

En cuanto a la violación de los artículos 892 y 1001 del C. C. ya se vio que el recurrente la hace depender de la de los artículos 329 y 343 del C. J.; bastaría el fracaso de los dos cargos propuestos en relación con éstos para descartar el que como efecto suyo se propone, máxime cuando esa forma de acusación está reñida con la técnica del recurso; en éste la violación indirecta de la ley se expresa sólo en la aplicación indebida por errores de hecho o de derecho al apreciar las pruebas, pero no en la forma que el recurrente plantea, y a que ya se refirió la Sala.

A más de ello, la lectura de los dos preceptos a que se contrae el último cargo hacen depender cualquier derecho sobre las aguas del dominio de los predios, y ya se vio que el Tribunal no lo halló probado respecto de las partes, y que sobre esa conclusión no se evidenció error alguno dentro de este recurso.

No debe olvidarse que la prueba del dominio en cuanto al Municipio se refiere no la tuvo en cuenta el Tribunal por considerar que se lo impedía el artículo 597 del C. J. sobre cuya aplicación no se propuso cargo alguno.

En tales circunstancias el recurso no puede prosperar.

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 el fallo recurrido o sea el proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en esta causa, el día primero de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en el recurso (artículo 576 del C. J.).

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

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS. — HECHOS DE LA DEMANDA

1.—La demanda ha de contener la CAUSA PETENDI, que explica el por qué de los otros elementos de la acción, la razón de ser de ésta, que generalmente consiste en el hecho violatorio del derecho ejercitado o la falta de actuación espontánea por parte del obligado, del contenido de la declaración solicitada. Por tal razón la demanda debe enunciar los hechos en que las peticiones se apoyan.

2.—Ya dijo la Corte que el principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta fórmula: VOLENTI NON FIT INIURIA, respecto del cual observa Lalou que si la víctima por consentimiento ha aceptado un riesgo, no puede luego quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. Por su parte Savatier observa a su turno que todo hombre en posesión de sus facultades se considera que conoce sus deberes morales y legales y si viola uno de ellos no puede pretenderse exento de culpa alegando que ignoraba tal principio. Por eso el artículo 2357 del C. C., a tono con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo, sino a quien se expuso a él imprudentemente. Ahora bien, el conocimiento o aviso del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla general sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Los empresarios de un teatro, en la población de Marsella, Departamento del Valle, contrataron con un comerciante de la ciudad de Pereira el suministro de un equipo para proyecciones cinematográficas, el cual debía ser entregado por su vendedor en aquella población, instalado y funcionando correctamente.

Para su montaje, el contratista envió al operario, señor Jorge Triana, quien tan pronto llegó al lugar de su destino, se puso en contacto con los compradores, los cuales le informaron que por disposición de la empresa de energía eléctrica municipal, debía efectuarse la desconexión de un transformador que estaba en una pequeña subestación, a donde se trasladaron por vía de observación, los empresarios y Triana en unión de Cardona, quien manejaba las llaves de aquel local. Allí, Cardona abrió la puerta de la pequeña caseta y franqueó la entrada a Triana, no sin advertirle que tuviera cuidado "porque podía fracasar".

Triana realizó alguna maniobra en la pequeña caseta que contenía los transformadores de corriente, produciéndose el accidente que dio origen al presente juicio de responsabilidad por culpa extracontractual, en el cual sufrió graves lesiones el operario Triana, dando lugar a que le amputaran ambos brazos a la altura de los hombros.

La demanda

Con fecha siete de junio de mil novecientos cuarenta y tres, Triana por medio de apoderado, ocurrió ante el Juzgado del Circuito de Pereira, en demanda contra el Municipio de Marsella, para que mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Por lo anteriormente expuesto, solicito del señor Juez se condene a la persona jurídica denominada Municipio de Marsella, con citación del señor Agente del Ministerio Público, a pagar a mi poderdante la suma de veintisiete mil novecientos pesos ($ 27.900.00) moneda legal, como perjuicios recibidos y lucro cesante habida cuenta del siguiente cálculo:

"Los 31 años arrojan un total de 372 meses, los cuales a razón de $ 75.00 cada uno dan en total la suma anotada antes.

"Se condene al Municipio de Marsella a pagar a mi poderdante, los perjuicios morales recibidos y de acuerdo con un concepto pericial".

Los hechos en que se apoya tal solicitud, los expone el actor en los siguientes términos:

"Primero.—El día 25 de noviembre de 1942, mi poderdante se trasladó a la población de Marsella, jurisdicción de este Distrito Judicial, con el fin de, en su carácter de técnico, instalar un aparato de cine de propiedad del doctor Guillermo Ramírez, Alfonso Ramírez y Antonio Posada.

"Segundo. — Llegado que hubo a la población citada y a eso de las tres de la tarde, se dirigió al teatro con el ánimo de efectuar la instalación. Pero en esos momentos los señores Ramírez y Posada le manifestaron que no podía hacer tal instalación dizque porque era necesario desconectar los transformadores de la energía eléctrica según disposición del señor Personero, a fin de destinar uno exclusivamente para el teatro.

"Tercero.—En asocio de Ramírez y Posada, se dirigieron a una asistencia de donde llamaron a Antonio Cardona, instaládor oficial.

"Cuarto.—Una vez los cuatro, se dirigieron a una casucha destinada por el Municipio de Marsella para los transformadores, los cuales reciben una alta tensión de 2.300 voltios y la transforman a una baja de 110.

"Quinto.—En dicho lugar, el instalador Cardona abrió la puerta de la casucha y señaló a Triana los transformadores sin advertirle el peligro que corría.

"Sexto.—Triana, en atención a que Cardona no le había hecho advertencia de ninguna clase y que como tal es el único que maneja llaves y dispone de todo lo relacionado con el funcionamiento de esos aparatos, pensó que no había fuerza, **penetró a la casucha y cogió una de las líneas conductoras de energía,** quedando prendido a ella, pues en realidad sí había corriente. Sin sentido y después de un largo rato fue trasladado a la ciudad de Pereira con los brazos totalmente carbonizados, en donde luego se verificó la operación aconsejada por los médicos.

"Séptimo.—Ni el Municipio de Marsella, ni más nadie, facilitaron a Triana recursos de ninguna clase.

"Octavo.—Mi poderdante quedó con una invalidez total permanente. A la fecha tiene 29 años de edad; por su condición de técnico, devengaba como salario mínimo la cantidad de setenta y cinco pesos ($ 75.00) mensuales. Es decir, que de acuerdo con la costumbre y con jurisprudencia al respecto, Triana alcanzaría a vivir 31 años más, toda vez que se tiene como supervivencia media la de 60 años".

Es de notar, desde ahora, por lo que se dirá adelante, que la causa o razón para demandar, como puede observarse con la simple lectura de los hechos que se dejan textualmente copiados de la demanda instaurada, la hace derivar el actor en la inadvertencia del guardián en indicarle que los motores de la planta estaban funcionando y la corriente entraba a los transformadores en tal momento.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Pereira, en providencia de fecha catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, falló el pleito absolviendo al Municipio demandado, declarando "que la parte actora no demostró los hechos en que funda la obligación demandada".

La sentencia recurrida

Apelada la providencia en cuestión para ante el Tribunal Superior, éste la revocó en fallo que lleva fecha cuátro de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, y en su lugar condenó a la entidad demandada a pagar al lesionado Triana, la suma de nueve mil ochocientos pesos ($ 9.800.00), por considerar que en la producción del daño hubo culpa concurrente del demandante y del Municipio demandado.

El juzgador de segunda instancia, luego de emitir su concepto sobre la peligrosidad que en la vida moderna entraña el ejercicio de ciertas actividades, como la producción de energía y luz eléctricas y de declarar que la teoría clásica de la responsabilidad extracontractual se basa en el viejo concepto de la culpa comprobada, agrega que dada la peligrosidad de determinadas actividades, en que generalmente los particulares no pueden escapar por su sola prudencia, se ha llegado por interpretación jurisprudencial de determinados preceptos de nuestro Código Civil, entre los cuales figura el artículo 2356, a que los daños de esa clase se presuman causados por el agente respectivo, como sería el maquinista, el conductor, el industrial que desarrolla energía eléctrica, etc. De tal manera, agrega, que en tratándose de actividades de tal índole, la responsabilidad se fun-

da en el concepto de la culpa presunta y para que el agente o actor se exonere de la indemnización, sea en parte, en algunas ocasiones, sea en el todo en otras, es necesario que demuestre la existencia de un caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño.

Entra luego a considerar si hubo culpa en el Municipio demandado en haber montado la sub-estación donde sufrió el accidente Triana, en las condiciones a que se refieren los peritos y lo observó el Tribunal en la inspección ocular.

Sostiene que se demostró plenamente la propiedad de la planta de energía y luz por parte de la entidad oficial. Dicen que está plenamente comprobado que la sub-estación adolece de deficiencias en sus instalaciones, por errores en su construcción y por haber puesto como aisladores de las cuerdas de alta y baja tensión, materiales inadecuados, que daban la apariencia de seguridad, dando lugar a que obtuvieran un errado concepto de garantía, aun personas expertas en el manejo de plantas eléctricas.

El Tribunal, pues, fundamentó su providencia en la culpa presunta deducida del ejercicio de una actividad peligrosa y por cuanto era en extremo deficiente la instalación de la pequeña estación de los transformadores, sin detenerse en los fundamentos de hecho expuestos por Triana en su libelo de demanda, o sea, en que "no se le advirtió el riesgo que corría", por estar funcionando la planta.

El recurso de casación

Recurrida la sentencia en casación, por ambos litigantes, la Sala, en desarrollo del artículo 538 del C. J. estudia, de la demanda propuesta por el Municipio, los cargos que considera fundados, prescindiendo de los demás deducidos, tanto por el demandante como por el demandado, en el juicio.

Cargos del Municipio demandado

Acusa la sentencia el representante de la entidad demandada, con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., en varios cargos que en resumen se concretan a atacar la providencia en estudio, por violación directa de los artículos 2356 y 2357 del Código Civil, y por violación indirecta de las mismas disposiciones, por error de hecho en la estimación de pruebas, que señala.

Afirma que, no obstante reconocer el fallo que Triana se expuso imprudentemente al peligro, tomando con las manos las cuerdas conductoras de la energía eléctrica, sin atender la observación hecha por el guardián sobre el riesgo que corría, y a pesar de que el ruido de los transformadores le indicaba que la maquinaria estaba funcionando, y teniendo en cuenta también sus conocimientos en el ramo de electricidad, era imperdonable la osadía; a pesar de todo ello —dice— el juzgador declaró la culpa concurrente de ambas partes. siendo exclusiva de la víctima.

A su entender, no hay prueba alguna de que el accidente sufrido por Triana pueda imputarse al Municipio de Marsella, por malicia o negligencia, ya que como lo expresa el mismo Tribunal, "fue el actor quien por su excesiva imprudencia se causó el daño".

Sostiene que Triana se presentó en la población de Marsella a verificar la instalación de un aparato de cinematografía, por comisión de Bernardo Sánchez y por cuenta y orden de Guillermo y Alfonso Ramírez y Antonio Posada. Con los dichos de estos testigos; se pone en claro que Triana no obraba por cuenta del Municipio, ni bajo su responsabilidad.

Que ni Triana, ni su patrón Sánchez, se entendieron con el Municipio para realizar las conexiones o instalaciones que se proponían. Que, por el contrario, con la atestación del Personero a cuyo cargo se encuentra la empresa de energía y luz, se estableció que tal funcionario no dio licencia para tales trabajos. Que con la declaración del mismo empleado y del Alcalde Municipal, se probó también que Antonio Cardona, quien abrió la puerta de la sub-estación a Triana, no era empleado municipal.

Con la declaración de Cardona y de los demás testigos que presenciaron el accidente, a su entender, se estableció que aquél advirtió a Triana cuando abrió la puerta de la sub-estación, el riesgo que corría; de tal modo, que al tocar las cuerdas portadoras de la energía, éste lo hizo a sabiendas, lo cual revela que la culpa del hecho fue toda suya. Que el Tribunal no tuvo en cuenta la circunstancia, que "es una causal exonerativa de culpabilidad", por cuanto el daño no fue otra cosa que la resultante del acto imprudente del operario, que sin él, el accidente no se hubiera producido. Que si Triana no se presenta al local de los transformadores obrando, como lo hizo, sin permiso del Municipio, y si no toma con la mano los cables, a pesar de la advertencia del peligro, no hubiera tenido lugar el hecho desagraciado en que perdió los brazos. Que al proceder el Tribu-

nal en otra forma, no obstante las pruebas que establecen cómo pasaron los hechos, violó los artículos 2356 y 2357 del C. C., por error de hecho en su apreciación.

Se considera:

Si se tiene en cuenta que la demanda propuesta por Triana para el pago de perjuicios por culpa extracontractual, contra el Municipio de Marsella, se fundó exclusivamente en el hecho de que el instalador u operario de la planta, señor Cardona, al abrir la puerta de la caseta donde están instalados los transformadores, "no le advirtió el peligro que corría", y en que, dado que no se le hizo observación de ninguna clase, "pensó que no habría fuerza, penetró a la casucha y cogió una de las líneas conductoras de la corriente", quedando prendido a ellas, pues en realidad sí había corriente", le hubiera bastado al sentenciador para desechar las pretensiones del demandante, la comprobación plenamente obtenida en el proceso, de que sí se le hizo la advertencia del caso, la cual no atendió Triana, arriesgándose imprudentemente a coger las cuerdas que le produjeron la descarga eléctrica que le privó de sus brazos.

En efecto, Cardona declara que advirtió a Triana del peligro que existía, y su dicho está corroborado por los demás testigos presenciales del accidente. Aparece, pues, un error de hecho en la apreciación de los aludidos testimonios.

Pero no sólo está demostrada la terminante y explícita advertencia que el encargado de la planta hizo al operario, sino que, como lo expresa el Tribunal, si se tiene en cuenta los conocimientos de Triana como experto en el ramo de electricidad, éste debía saber el riesgo que existía al tocar las cuerdas de la canalización eléctrica, sin estar desconectada la corriente, y por cuanto es una realidad física que basta con acercarse a la caseta de los transformadores, para distinguir al simple oído que la planta o maquinaria está en actividad, por el ruido o zumbido de los mismos transformadores y que, como lo anotan algunos de los peritos, "dado el peligro de las corrientes eléctricas de alta tensión y en general de las instalaciones donde estas corrientes se emplean, fue grave imprudencia el acto de Triana consistente en tomar con las manos las líneas conductoras de la energía eléctrica".

Si es de elemental prudencia para los individuos prever el riesgo, es decir, prevenir el peligro, con mayor razón está obligada a ello una persona, como el operario Triana, experto en asunto de instalaciones eléctricas y quien fue advertido expresamente del riesgo posible. Sobre el particular, concluye la sentencia del Tribunal, que "se comprobó que a Triana se le advirtió el peligro que corría si tocaba las líneas y que hubo imprudencia de éste".

Es principio de procedimiento civil que el actor ha de expresar en la demanda los hechos que fundamentan su petición.

La demanda ha de contener la **causa petendi,** que explica el por qué de los otros elementos de la acción, la razón de ser de ésta, que generalmente consiste en el hecho violatorio del derecho ejercitado o la falta de actuación espontánea por parte del obligado, del contenido de la declaración solicitada. Y por tal razón, la demanda debe enunciar los hechos en que las peticiones se apoyan.

"De conformidad con el artículo 205 del C. J. los hechos básicos de la acción deben ir debidamente relacionados con la conveniente separación, claridad y precisión en sus componentes, porque alrededor de ellos va a girar todo el debate judicial y el diálogo probatorio, comoquiera que tales hechos son los que sirven de fundamento al derecho invocado, y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre la que habrá de rodar la controversia. Consecuente con esta regla procesal, indispensable para circunscribir el pleito, el artículo 593 del C. J. sienta la norma de derecho probatorio de que toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa, según la ley". (G. J. Tomo 52, pág. 808).

En el caso en estudio, el fundamento de la responsabilidad lo hizo depender el actor de que no se le dijo, dada la peligrosidad de las máquinas en actividad, que en aquel preciso momento estaban funcionando, y ya se vio que Cardona le expresó a Triana que los motores estaban trabajando y le advirtió el riesgo que corría, cuestión corroborada por los demás testigos presenciales, como lo son los Ramírez y Posada. Si tocó las cuerdas, lo hizo, pues, con pleno conocimiento del riesgo y con excesiva imprudencia. Por otro lado, hay que recordar que Triana es experto en la materia y que al simple oído pudo darse cuenta de que había corriente, por el "ruido o zumbido" de los transformadores, como lo deponen los mismos testigos.

No demostrado el hecho base, según la propia demanda, con la cual se ejercitó la acción indemnizatoria y establecido por el contrario, que al demandante sí se le advirtió el peligro a que se exponía al penetrar al local donde funcionaban los transformadores, esta doble consideración habría sido suficiente para pronunciar fallo absolutorio a favor del Municipio demandado.

En el accidente de Marsella está plenamente establecido que el hecho que causó las lesiones a Triana se produjo por culpa exclusiva de la víctima, pues si ésta, a sabiendas del peligro, no se arriesga imprudentemente a tocar las cuerdas de la canalización eléctrica, nada le hubiera pasado.

Hay que recordar que Triana fue al lugar donde están instalados los transformadores, por su cuenta, y que para observar de dónde se podía tomar la corriente, le hubiera bastado mirar, no cogiendo, como imprudentemente lo hizo, las cuerdas portadoras de la energía.

Sin haberse propuesto en su oportunidad como fundamento de la demanda, ya dentro del curso del juicio se buscó y señaló también como causa del accidente, la inadecuada instalación de los transformadores eléctricos, la colocación de las líneas de alta y baja tensión en la inapropiada e incómoda caseta que los contiene. Con todo, cabe observar que cualesquiera que fueran los errores de técnica en el montaje de la sub-estación, mientras no se penetrara a la caseta y se tocaran las cuerdas de conducción, nada hubiera sucedido. A Triana le hubiera bastado para los fines de su observación, o sea para cerciorarse de dónde podría tomar la corriente, mirar sin tocar.

Por otro aspecto, como ya se dijo, tenidos en cuenta los principios de la relación jurídica procesal, el actor en su libelo de demanda, ha debido plantear las razones o hechos en que ésta se apoye, para prevenir en la defensa el demandado, para que éste pudiera ejercitar su derecho de defensa y no encontrarse con una acción sorpresiva. Ya señalada por el libelo, fuente de la modalidad del acaecimiento, no es posible en el curso del litigio allegar otras causas, otros hechos o circunstancias no indicados al proponer la demanda, que es la base del pleito. (Artículos 205, 472, 593 del C. J.).

"La culpabilidad se presume en los casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite atribuír a culpa o dolo de otro, o de aquellos hechos que, por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realizaron, sean susceptibles de imputarse a culpa de terceros. Fuera de estos casos la presunción no tendrá cabida". (G. J. número 2040, pág. 381).

"El principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima, ha dicho esta Corte, está expresado en esta fórmula: **Volenti non fit injuria,** respecto de la cual observa Lalou que si la víctima por consentimiento ha aceptado un riesgo, no puede luego quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. Por su parte Savatier observa a su turno que todo hombre en posesión de sus facultades se considera que conoce sus deberes morales y legales y si viola uno de ellos, no puede pretenderse exento de culpa alegando que ignoraba tal principio. Por eso el artículo 2357 del C. C., a tono con la doctrina y la jurisprudencia contemporánea, se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo, sino a quien se expuso a él imprudentemente. Ahora bien, el conocimiento o aviso del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla general sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa". (G. J. número 1964, página 422).

Teniendo en cuenta las circunstancias en que el accidente tuvo lugar, no importa la inadecuada instalación de los transformadores, ni que la caseta que los contenía fuera estrecha, ni que los forros de sacos de yute impregnados de brea simularan una aparente seguridad, porque suponiendo todo lo inconveniente y errado del montaje, por sí solas, las líneas de conducción no producían ningún desastre. Fue necesaria la deliberada e imprudente actitud de la víctima, para que el hecho se produjera. Debe expresarse también que la sub-estación está colocada en un lugar cerrado, sin contacto con el público. Además, conviene recordar que tales circunstancias o hechos no se señalaron en la demanda como causa del accidente.

De lo expuesto, es necesario concluír que la víctima se expuso imprudentemente al peligro, correspondiéndole toda la culpa en el accidente.

Las consideraciones que se dejan expuestas son también el fundamento de la sentencia de instancia, en la cual se ha de absolver al reo, por haberse demostrado como causa determinante del accidente, la culpa exclusiva de la víctima por su acto imprudente, que exonera al Municipio de-

mandado de toda responsabilidad. Por todo lo cual, se ha de casar el fallo recurrido y confirmar el del Juez a **quo,** aun cuando por razones distintas de las consignadas en su fallo.

Sentencia

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 de Cali, con fecha cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y seis y en su lugar, CONFIRMA la dictada por el señor Juez del Circuito de Pereira, de fecha catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO

El contrato de cesión de derechos litigiosos es esencialmente distinto del de venta de cosas litigiosas. El objeto del primero "es el evento incierto de la litis" (artículo 1969 del C. C.), o sea el DERECHO sometido a controversia judicial; el del segundo es la cosa corporal misma cuya propiedad se litiga (ordinal 4º, artículo 1521, ibídem). El primero es lícito y eficaz y el segundo ilícito y absolutamente nulo, salvo el caso de que la enajenación haya sido precedida de permiso del Juez que conoce del litigio. El primero es aleatorio, porque el cedente no se hace responsable del evento incierto de la litis y el segundo es conmutativo y el vendedor responde de la evicción, salvo el caso de estipulación en contrario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

1º Por medio de la escritura pública número 191, de abril de 1930, otorgada en la Notaría de Facatativá, Visitación Rodríguez dio en venta a Juan Romero G. los derechos que a ésta le correspondían en su calidad de hermana legítima, en la sucesión de Teodosio Rodríguez. Esa cesión la hizo la vendedora por la suma de $ 50.00 qué declaró recibidos a su satisfacción.

2º Por la escritura pública número 129 de 17 de abril de 1931, de la misma Notaría Romero dio en venta, con algunas reservas y limitaciones, los mismos derechos a la Iglesia Parroquial de Facatativá, a la cual, según consta en la escritura pública número 454 de 12 de noviembre de 1931, de la citada Notaría, le fueron adjudicados los bienes sucesorales.

3º En libelo de 26 de junio de 1935, Visitación Rodríguez demandó a la Parroquia de Facatativá y a Juan Romero G., para que se decretara la resolución, por falta de pago y por incumplimiento de las obligaciones, de los dos contratos mencionados; para que, en consecuencia, tanto éstos como la adjudicación hecha a la Parroquia, se declararan nulos; se dispusiera en favor de la actora la restitución de los bienes adjudicados, y se les condenara al pago de los perjuicios que tales actos le causaron. Subsidiariamente pidió lo actora que se declarara la nulidad de esos contratos, por falta de su parte de consentimiento o por vicios del consentimiento en su celebración.

4º Legalmente trabado ese juicio, la actora, por medio de la escritura pública número 1908, de 26 de julio de 1935, corrida en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, cedió a título de venta en favor de Aurelio Vásquez y Fernando Anzola, por iguales partes, "los derechos litigiosos que se deprendan del juicio ordinario" referido, y declaró que "el presente contrato de cesión da derecho a los compradores a presentarse en el juicio de que se trata y obtener la respectiva declaratoria de cesionarios de los derechos litigiosos, pues ya está notificada judicialmente de la demanda".

5º Los cesionarios Vásquez y Anzola fueron reconocidos y tenidos como tales en el juicio ordinario antes expresado, el cual lo decidió el Juez del conocimiento en sentencia de 27 de agosto de 1936, por la que absolvió a los demandados de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda, y el Tribunal Superior de Bogotá, por apelación concedida al actor, conoció del negocio, y en su decisión de 31 de marzo de 1938, confirmó la del Juzgado.

La controversia

Posteriormente, en libelo de 21 de junio de 1938, que fue corregido por el de 30 de agosto siguiente, los señores Fernando Anzola y Aurelio Vásquez demandaron por la vía ordinaria a la Iglesia de Facatativá, a Juan Romero G. y a Feliciano Llamas para que en sentencia definitiva se hagan, entre otras, las siguientes declaraciones que se resumen:

Que los demandantes son cesionarios de los derechos litigiosos de Visitación Rodríguez, conforme a la escritura pública número 1908 de 31 de julio de 1935, de la Notaría 2ª de Bogotá y al auto de 25 de enero de 1937 del Tribunal de Bogotá,

en que se les reconoció como tales; que es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 191 de 21 de abril de 1930, de la Notaría de Facatativá por la cual Visitación Rodríguez aparenta vender a Juan Romero G. los derechos que le corresponden en la sucesión de Teodosio Rodríguez, en su condición de hermana legítima de éste; que es simulado el contrato contenido en la escritura pública número 129 de 17/de abril de 1931 de la Notaría de Facatativá, por la cual Juan Romero vende a la Parroquia de Facatativá los derechos a que se refiere la anterior petición; que es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1821 de 18 de junio de 1938, de la Notaría 1ª de Bogotá, por medio de la cual la Parroquia de Facatativá vendió a Feliciano Llamas parte de los bienes que a aquélla le fueron adjudicados en la sucesión de Teodosio Rodríguez, que en consecuencia son inexistentes por falta de causa o por causa ilícita los mismos contratos; que no tienen valor ni efecto las adjudicaciones mencionadas hechas a la Iglesia de Facatativá; que las acciones y derechos referidos no salieron del patrimonio de Visitación Rodríguez hasta cuando ésta hizo cesión de los mismos a los demandantes, por lo cual éstos son dueños en la actualidad de esos derechos.

Con base en la citada escritura de cesión, los demandantes formularon también varias súplicas subsidiarias encaminadas a obtener que se condene a la Iglesia de Facatativá y a Juan Romero G. a restituírles los bienes aludidos; sus frutos o el valor de los mismos.

En los hechos de la demanda, que llegan al número de 36, afirmaron los actores que los contratos celebrados entre los demandados son simulados o ficticios y que su derecho para proponer el juicio se deriva de la escritura de cesión número 1908, ya mencionada.

Admitida y tramitada la demanda, el Juez 1º del Circuito de Facatativá, que conoció de ella, la decidió en sentencia de 24 de septiembre de 1945, en la que declaró probada la excepción de carencia de personería sustantiva de la parte demandante; en consecuencia, absolvió a los demandados de todos los cargos que se les formularon, y condenó en costas a los actores.

El recurso de apelación oportunamente interpuesto por éstos llevó el negocio al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, el que lo resolvió en sentencia de 14 de octubre de 1946, que confirmó la apelada con costas a cargo de los demandantes.

En esa decisión, después de relatar los antecedentes que se particularizan al principio de este fallo, el Tribunal para motivarla dijo lo siguiente:

"Sin que hayan traído a los autos un nuevo contrato, sino el que contiene la escritura citada número 1908, los señores doctor Fernando Anzola y Aurelio Vásquez, inician esta nueva acción; pero, como lo observa la sentencia apelada, carecen de personería sustantiva para accionar, como pasa a verse:

"Fue objeto único y exclusivo de la venta o cesión que Visitación Rodríguez hizo a los actores en este juicio, según la escritura citada número 1908, los derechos litigiosos que a la cedente le hubieran reconocido en el juicio que fue decidido ya en forma adversa para los actores en las sentencias citadas. Si en ese juicio decretan la resolución o nulidad demandadas y ordenan la restitución de los bienes que habían sido objeto de los contratos demandados, los derechos reconocidos mediante ese fallo a Visitación Rodríguez, hubieran correspondido a los cesionarios demandantes en éste. Pero habiendo finalizado como finalizó en forma adversa para los demandantes, los derechos deducibles del título de heredera que no fueron objeto del pleito, no fueron tampoco materia de la cesión, y esos derechos, si existen, corresponden no a los demandantes en éste, sino a los herederos de Visitación Rodríguez.

"Distinto hubiera sido que la cesión o venta de que trata la escritura 1908, dicha, hubiera tenido por objeto no la contingencia del juicio a que se refirió, sino a los derechos que como vendedora, o como heredera, hubiera tenido Visitación Rodríguez en los bienes que pertenecieron a su hermano Teodosio Rodríguez y que fueron inventariados en su juicio mortuorio; pero concretada la cesión a la contingencia del pleito, los derechos que nazcan de otro pleito, en acción distinta, o los derechos que a la vendedora le correspondieran y que no hubieran sido materia de la demanda aludida, no pasaron a los compradores o cesionarios, quienes, en consecuencia, carecen de derecho, o de personería sustantiva, para reclamar en juicio derechos que no han adquirido.

"Consecuencia de lo dicho es que la sentencia apelada es estrictamente legal y que merece por ello ser confirmada".

Contra esa providencia interpuso el doctor Fernando Anzola, el recurso de casación que, conce-

dido y debidamente tramitado, se procede a decidir.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. el recurrente propone contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen:

1º El Tribunal violó, por interpretación errónea o por falta de aplicación al caso del pleito, o por error de hecho en la apreciación de pruebas los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

Para sustentar el cargo dice el recurrente que "aunque la cesión pueda referirse a los derechos litigiosos del pleito anterior, debe pensarse que la cesión no era del pleito, sino de los derechos que pudieran emanar de un derecho litigioso que tenía y tiene su raíz en las fincas objeto de la demanda. Y como el primer pleito no prosperó por no haberse pedido la simulación, ahora se pide, y entonces debe prosperar". Añade que "la cesión debe interpretarse con relación a las fincas relacionadas, y no con relación al pleito o litigio mismo"; que "el pensamiento de los contratantes fue adquirir un derecho sobre las cosas, y que si el pleito primero sufrió algunas fallas, se puede iniciar otro nuevo sobre las mismas cosas y los mismos demandados; que "en la interpretación de los contratos los juzgadores no pueden atenerse a las palabras, sino al pensamiento de los contratantes, máxime en el caso actual, en que se han adquirido unos derechos sobre fincas en virtud de una cesión. La cesión fue de derechos sobre fincas y no precisamente sobre el pleito".

2º El Tribunal violó por interpretación errónea o por falta de aplicación, los artículos 1494, 1502, 1503, 1527, 1602, 1603, 1604, 1605, 1606, 1608, 1609 y ss. del C. C., sobre lo cual afirma el recurrente que las obligaciones contractuales deben cumplirse de acuerdo con el espíritu del contrato, el que en el caso de autos fue la transferencia de unos derechos litigiosos; que ese contrato está celebrado con el lleno de las formalidades legales; que el Tribunal con su interpretación lo ha invalidado prácticamente, por "cuanto a los cesionarios les ha negado la personería sustantiva para intervenir en el presente negocio" a pesar de que él se halla vigente y no ha sido invalidado por las partes.

3º El sentenciador violó, por haberlos interpretado erróneamente y dejado de aplicar, los artículos 1960, 1961, 1969, 1970, 1971, 1972 del C. C. y los artículos consignados en la Ley 57 de 1887". Para fundamentar este cargo sostiene el recurrente que la cesión fue hecha con el lleno de las formalidades legales; que los cesionarios fueron reconocidos como tales en auto del Tribunal; que en consecuencia debe reconocerse la personería sustantiva de los demandantes; que la acción está vigente y vinculada a los inmuebles sobre los cuales se ha trabado la litis, y que al darle una interpretación diferente de la que realmente tiene, se violan las citadas disposiciones.

4º El Tribunal quebrantó, por haberlos interpretado erróneamente y dejado de aplicar, los artículos 1625, 1740, 1741, 1743, 1744, 1745, 1757, 1758, 1759 del C. C. y el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, sobre lo cual alega el recurrente que las obligaciones que se derivan de la cesión no se han extinguido ni por voluntad de las partes ni por causas legales; que tampoco se ha extinguido la obligación en que se halla la Iglesia de entregar los inmuebles en que están vinculados los derechos litigiosos, y que el Tribunal no podía liberar a la Iglesia de las obligaciones que emanan de los contratos simulados que menciona.

Se considera:

La prosperidad o el fracaso de los cargos cuya síntesis acaba de hacerse están indudablemente vinculados al alcance y significado que deba atribuírsele al contrato consignado en la escritura pública número 1908, de 26 de julio de 1935, de la Notaría Segunda de Bogotá, pues si al respecto prevaleciera la tesis del recurrente la acusación contra la sentencia sería procedente; pero si la sostenida por el Tribunal fuere la cierta y jurídica ella sería por sí solo suficiente para mantener la decisión absolutoria de la sentencia, desde luego que los demandantes no serían titulares del derecho invocado en el juicio y carecerían, por tanto, de la personería sustantiva necesaria para proponerlo y sostenerlo.

Importa, por consiguiente, concretar la atención en el contenido de ese instrumento. En él consta que Visitación Rodríguez manifestó "que cede a título de venta a favor de Aurelio Vásquez y Fernando Anzola", "por iguales partes, los derechos litigiosos que se desprenden del juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos, iniciado por la exponente contra la Iglesia Católica de Facatativá, representada por el Cura Párroco R. P. Fray Eduardo Díaz y contra el doctor Juan Romero G., que cursa en el Juzgado 2º del Circuito" y agregó "que el presente contrato de cesión da derecho a los compradores a presentarse en el juicio de que se trata y obtener la respectiva declaratoria de cesionario de los derechos litigiosos, pues ya está notificada judicialmente la demanda". Consta igualmente en el mismo instrumento

que tanto Vásquez como Anzola "manifestaron aceptar esta escritura y el contrato en ella contenido".

El pleito a que se refieren los contratantes es el particularizado en el numeral 3º de los antecedentes relatados en este fallo y resulta de autos que en ese proceso los cesionarios fueron reconocidos y admitidos como tales y que él terminó con sentencia de fondo, absolutoria para los demandados.

En aquel instrumento aparece inconfundiblemente circunscrito o limitado el objeto de la cesión a "los derechos litigiosos que se desprenden del juicio ordinario" mencionado, o sea al evento incierto de esa litis, conforme a lo establecido en el artículo 1960 del Código Civil.

Sin desnaturalizar o alterar visiblemente la intención manifestada en forma clara por los contratantes, no podría sostenerse que esa cesión comprende o abarca también el derecho ejercitado por los demandantes en este juicio, que es totalmente diferente de aquél, como se ha visto en sus fundamentos y súplicas y como lo acepta y declara el mismo recurrente. En el supuesto de que las acciones y la **causa petendi** fueran las mismas, como concurre también identidad personal y jurídica entre los litigantes, entonces se habría producido el fenómeno de la cosa juzgada, en vista de la sentencia definitiva ya citada de 31 de marzo de 1938, proferida por el Tribunal de Bogotá y por este aspecto las pretensiones del recurrente tampoco podrían prosperar. Pero como esa hipótesis hay que rechazarla, lógica y necesariamente debe admitirse que la mencionada cesión no comprendió el derecho que se ejercita en el presente juicio y que los demandantes carecen, por tanto, de personería sustantiva para proponerlo y lograr las finalidades a que se encamina.

Además, es insostenible la tesis del recurrente, según la cual "la cesión fue de derechos sobre fincas y no precisamente sobre el pleito", por varias razones, a saber:

1ª Porque el contrato contenido en la escritura pública número 1908, es supremamente claro y en él lo que se cede es, como ya se ha visto, el **derecho litigioso** proveniente del juicio ordinario incoado por Visitación Rodríguez contra la Iglesia de Facatativá y Juan Romero, y no cosas litigiosas;

2ª Porque el contrato de cesión de derechos litigiosos es esencialmente distinto del de venta de cosas litigiosas. El objeto del primero "es el evento incierto de la litis" (artículo 1969 del C. C.), o sea el **derecho** sometido a controversia judicial; el del segundo es la cosa corporal misma cuya propiedad se litiga (ordinal 4º, artículo 1521, ibídem). El primero es lícito y eficaz y el segundo ilícito y absolutamente nulo, salvo el caso de que la enajenación haya sido precedida de permiso del Juez que conoce del litigio. El primero es aleatorio, porque el cedente no se hace responsable del evento incierto de la litis y el segundo es conmutativo y el vendedor responde de la evicción, salvo el caso de estipulación en contrario, y

3ª Porque el contrato de venta de la cosa litigiosa para ser eficaz habría tenido que ser celebrado por el demandado, que era el dueño de la cosa, por poseerla y tener los títulos a su nombre, y no por el demandante, que no tenía el carácter de dueño, ni lo habría tenido mientras no hubiera sobrevenido sentencia definitiva en su favor que como tal lo declarara. El actor sólo podía ceder legalmente, como cedió, los derechos litigiosos, cuales eran los de determinar si habría o no lugar a decretar la resolución, por incumplimiento de las obligaciones a cargo de los compradores, de los contratos de compraventa a que se refieren o si éstos eran nulos por falta de consentimiento o por vicios en el mismo.

Concretada, pues, claramente la cesión al evento incierto de la litis y habiendo finalizado ésta definitivamente en forma adversa para los cesionarios, éstos prácticamente nada llegaron a adquirir por medio de ese contrato y como no son titulares, por todo lo dicho, de los derechos que invocan y tratan de deducir en el presente pleito, es eminentemente jurídica la decisión absolutoria de la sentencia, fundada en que el recurrente carece de personería sustantiva para adelantar esta controversia.

Se rechazan, de consiguiente, los cargos propuestos.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

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

PERJUICIOS CAUSADOS POR LA EJECUCION DE TRABAJOS PUBLICOS VERIFICADOS POR CUENTA DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

La ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha adscrito privativamente a la jurisdicción especial de los Tribunales Administrativos el conocimiento de las controversias que se susciten por la ocupación o daño de propiedades inmuebles con causa en trabajos públicos, dentro de las condiciones y con las características que ha ido determinando la jurisprudencia. (Artículos 34, ordinal 2º, 54, ordinal 7º y 261 a 270 Ley 167 de 1941). El nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado, pues, en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su Capítulo XXII, que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil dándoles una naturaleza esencialmente objetiva y sacándolas de la competencia de la justicia general.

Ninguna duda cabe sobre la aplicación que corresponde darle a esta nueva norma en el caso de estudio a pesar de haber sido puesto SUB JUDICE antes de su vigencia, porque tratándose de una ley relativa a la organización judicial y a la competencia de los Tribunales su aplicación es inmediata y sin recortes cuando la ley misma no establece otra cosa o da normas especiales para regir los fenómenos de su tránsito. Es la solución que se ajusta a los principios que regulan la aplicación de las normas procesales en el tiempo, según los cuales, las referentes a la competencia, como concernientes que son al orden público, operan inmediatamente produciendo el efecto inevitable de hacer desaparecer la facultad que tenía un juez o tribunal para ejercer, como dice el artículo 143 del C. J., por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. La aplicación inmediata que compete a esta especie de leyes es consecuencia de la introducción de la idea del orden público en el problema de la retroactividad de la ley, que permite diferenciar sustancialmente el efecto inmediato del efecto retroactivo. No es actualizable para el caso la excepción que en su segunda parte trae el artículo 40 de la ley 153 de 1887 por referirse ella solamente a la sustanciación y ritualidad de los juicios, a la actuación judicial o proceso o expediente o auto (artículo 197 del C. J.), es decir, al procedimiento propiamente dicho y en manera alguna a la organización y competencia de los tribunales. La garantía constitucional se refiere al juzgamiento ante tribunal competente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 31 de enero de 1939, repartido al Juzgado 3º Civil de este Circuito, la "Sociedad Constructora, S. A.", por medio de su representante, demandó al Municipio de Bogotá en juicio ordinario para que se hicieran las siguientes declaraciones, y condenas:

"a) Que el Municipio de Bogotá está obligado a pagar a la Compañía demandante el valor del edificio destruído por consecuencia de las inundaciones de 1932, que existía dentro del terreno descrito al principio de esta demanda; este edificio lo estima en la suma de $ 50.000.00, o la cantidad que se fije por peritos en el curso de este juicio;

"b) Que el Municipio está obligado a pagar el valor de los frutos civiles que la sociedad hubiera percibido si el edificio no hubiera sido destruído, en el tiempo transcurrido desde que el edificio fue arruinado o quedó inutilizado por consecuencia de las inundaciones hasta el día en que se verifique el pago total de la indemnización. El valor de estos frutos debe calcularse a razón de

$ 320.00 mensuales, contados desde el año de 1932 hasta el día del pago o la cantidad que se fije por perjuicios en el curso del juicio".

"Los daños cuya reparación se persigue se hacen provenir de los trabajos de construcción del colector del río San Francisco, como se ve de los hechos fundamentales de la demanda, en que se afirma que la ruina total del edificio, ocurrida con ocasión de los desbordamientos e inundaciones del año de 1932, fue la culminación de los deterioros causados con los trabajos de construcción de la obra pública del colector. "El Municipio de Bogotá —dice la demanda— al construír ese colector en la forma como lo hizo, causó la ruina de algunos edificios, y entre otros el mencionado atrás, haciéndose responsable de la indemnización de los perjuicios causados.

"Desde la fecha en que se principió la construcción del colector del río San Francisco, de la carrera 9ª hacia occidente, fecha que se determinará en el término de prueba de este juicio, empezaron las inundaciones y con ellas el deterioro del edificio." (Hecho 8º).

"Al hacerse la excavación dentro de la cual debían construírse los cimientos y el colector mismo, no se tuvo el cuidado de limpiar el cauce del río de las piedras, tierra y demás materiales extraídos, lo que motivó la formación de terraplenes o murallas que obstruían el libre curso de las aguas, haciéndolas subir de nivel y buscar su camino por entre los edificios situados a uno y otro lado del antiguo cauce, determinando la ruina de éstos". "El Municipio hubiera podido impedir la causa de inundación a que se refiere el hecho anterior transportando fuera del cauce, y a una distancia conveniente y a medida que se los extraía los materiales removidos para verificar la construcción del colector, pero no lo hizo". (Hechos 11 y 12).

A estos hechos fundamentales de su demanda se refiere el demandante en su alegato de bien probado en primera instancia para decir: "También está demostrado plenamente con las declaraciones acordes de todos los testigos que el edificio quedó inservible a consecuencia de las inundaciones que tuvieron lugar en el mes de noviembre de 1932 e igualmente se inundó porque no se tomaron las medidas necesarias para evitar ese hecho, tales como poner rejas o tanques de decantación a fin de impedir que las aguas arrastraran basuras, piedras y demás materiales que debían atascar los trayectos construídos del colector, porque no se retiraron oportunamente los materiales extraídos del cauce del río a medida que se verificaba la obra...", a pesar de las repetidas peticiones y reclamos que al efecto y oportunamente, hicieron los interesados ante la Dirección de Obras Públicas del Municipio.

Se opuso formalmente el Personero Municipal de Bogotá a las pretensiones del actor, porque el Municipio procedió en la construcción del colector con el cuidado que era menester en obras de esta clase; porque las inundaciones a que alude la demanda provinieron de causas que el Municipio no podía prever ni remediar, y porque según conocimiento de la Personería la edificación que se dice destruída no lo fue a consecuencia de las inundaciones sino por voluntad de sus dueños, para reemplazarla por un moderno edificio cuando por efecto de las obras públicas del colector, aquel sitio, antes inhabitable, se convirtió por su enorme valorización en lugar de explotación comercial".

Trabada sobre estas bases la litis, el Juzgado del Circuito la sentenció en primer grado el 9 de noviembre de 1944 negando las peticiones de la demanda y absolviendo, en consecuencia, al Municipio demandado.

Sentencia acusada

El negocio subió al Tribunal de este distrito judicial por efecto de la apelación de la parte demandante contra la sentencia del Juzgado. Terminó la segunda instancia con fallo definitivo de 29 de marzo de 1947, en el cual se revocó el recurrido y en su lugar, después de declarar inexistente la excepción perentoria de prescripción de la acción, se declaró que el Municipio de Bogotá está obligado a pagar a la "Sociedad Constructora, S. A." la suma de $ 23.515.26 como valor del edificio destruído de propiedad de la Compañía demandante, situado en la actual Avenida Jiménez de Quesada, antes en la calle Junín o Ronda del río San Francisco, alinderado en la forma que expresa la demanda, más la suma de $ 9.715.26 por concepto de frutos o lucro cesante de la aludida edificación. Sin costas.

Considera el Tribunal que se trata de una acción común sobre responsabilidad extracontractual por daño ocasionado por mala construcción del colector imputable a culpa de la Administración Municipal, o de sus agentes, por falta de vigilancia o mala vigilancia, culpa **in vigilando,** o por mala elección, culpa **in eligendo**", y después de analizar probatoriamente el proceso concluye que están demostrados los elementos jurídicos

necesarios para declarar la responsabilidad municipal, pues se halla plenamente acreditado el derecho del actor sobre el inmueble que sufrió el daño; el hecho que lo ocasionó; la realidad del perjuicio sufrido; la culpabilidad de la Administración municipal de Bogotá, y la relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño.

El recurso

El Municipio demandado y condenado ha interpuesto el recurso de casación que hoy se decide. En la demanda fundamental, suscrita por el Procurador Delegado en lo Civil, se acusa el fallo del Tribunal, en primer término, por la causal sexta del artículo 520 del C. J. La Sala circunscribe su estudio a esta causal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil.

"Afirmo —dice el recurrente— que se ha incurrido en la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción (numeral 1º del artículo 448 del C. J.) porque en este juicio se pretende obtener una indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos, caso en el cual la competencia del negocio corresponde a la justicia de lo contencioso administrativo y no a la justicia ordinaria. En efecto, dice el artículo 54 de la ley 167 de 1941 que los Tribunales Administrativos conocen, privativamente en primera instancia, de las indemnizaciones a cargo de los Departamentos o Municipios, por causa de trabajos públicos cuando el valor de lo reclamado ascienda a más de mil pesos (numeral 7º). En el caso de autos se demanda indemnización mayor de mil pesos a cargo del Municipio y por causa de un trabajo público, como es la construcción del colector del río San Francisco, de modo que el numeral transcrito del artículo 54 del Código Administrativo es estrictamente aplicable a este negocio".

Considera la Sala:

En pleito análogo a éste, decidido en el año de 1939, estudió esta Sala la cuestión de incompetencia de jurisdicción, propuesta por el representante legal del Municipio de Bogotá con base en que tratándose de indemnización de daños ocasionados por un servicio público creado por providencia administrativa no correspondía su conocimiento y decisión a la justicia ordinaria sino a la contenciosa-administrativa por la naturaleza del acto generador del daño. Estimó entonces la Corte que el caso debatido no encajaba dentro de la jurisdicción organizada por la ley 130 de 1913 porque no correspondía a ninguna de sus finalidades ni daba objeto para ninguna de sus acciones principales, la pública o popular encaminada a preservar el orden legal y constitucional abstractamente, ni la privada, procedente sólo para la revisión de los actos administrativos inconstitucionales o légales en el concepto de ser lesivos de derechos civiles en los casos y dentro de las condiciones señaladas en esa ley orgánica. Igualmente consideró impertinente como base de la nulidad invocada la ley 38 de 1918, por inaplicabilidad de sus disposiciones a un caso que nada tenía que ver con las expropiaciones ni daño con aprovechamiento de propiedad particular, que constituía la materia gobernada por ese estatuto legal. Se concluyó entonces, sobre el planteamiento de hecho de la controversia, que se trataba de una acción privada de orden civil en que se buscaba establecer el derecho de un particular que alegaba haber sufrido perjuicios causados por culpas y errores cometidos por el Municipio en la construcción de la obra del alcantarillado público, en ejercicio del derecho común que corresponde a todo el que ha sufrido un daño para pedir que se lo repare su causante y cuya competencia se hallaba determinada en el numeral 1º del artículo 109 del C. de O. J. "Aunque nuestra organización jurisdiccional —se dijo en esa ocasión— está estructurada sobre el sistema de la pluralidad de jurisdicciones, como la francesa, de donde se tomó, y en dónde unos litigios son decididos por los tribunales administrativos y otros por las autoridades judiciales ordinarias, a diferencia del sistema de unidad de jurisdicción en que todos los procesos, cualesquiera que sean, se juzgan por unos mismos Tribunales, sin embargo la ley que ha determinado especialmente las competencias no ha realizado todavía plenamente la tendencia del derecho moderno que quiere asignar de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el estudio y decisión de todos los casos originados en actos de administración ejecutados por las entidades de derecho público, por los Gobernantes, "como gerentes de los servicios públicos". "Nuestra legislación sobre jurisdicción contencioso-administrativa —como ya lo ha dicho la Corte— no responde exactamente a esos principios, pues, por una parte sustrae del conocimiento de los Tribunales Administrativos los litigios y conflictos originados en contratos administrativos celebrados en nombre del Estado, y, por otra parte, somete al conocimiento de tales Tribunales cuestiones que no se relacionan con la noción considerada hoy fundamental y de-

cisiva de servicio público. Las leyes especiales que regulan nuestro régimen administrativo no dan lugar a las teorías que sobre incompetencia de jurisdicción en casos como éste expone el recurrente, con fundamento y citas jurisprudenciales del Consejo de Estado de Francia, en donde se han delimitado, en consideración a la naturaleza jurídica diversa de los asuntos, los campos de la competencia de la justicia ordinaria y de la contencioso-administrativa, reservando privativamente para ésta todas las controversias que se originan en el funcionamiento, mal funcionamiento o falta de funcionamiento de los servicios públicos, o relativos a éstos..." (G. J. tomo XLVIII, pág. 659).

Distinta es hoy la situación legal que se plantea con la invocación de la causal sexta de casación con base en la incompetencia de jurisdicción, a la luz de la ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, en que avanzando un poco en el camino de la diferenciación de las jurisdicciones por razón de la naturaleza de los hechos originarios de las acciones ha adscrito privativamente a la jurisdicción especial de los Tribunales Administrativos el conocimiento de las controversias que se susciten por la ocupación o daño de propiedades inmuebles con causa en trabajos públicos, dentro de las condiciones y con las características que ha ido determinando la jurisprudencia (artículos 34, ordinal 2º, 54, ordinal 7º y 261 a 270 de la ley 167 de 1941). El nuevo código de lo contencioso-administrativo ha configurado, pues, en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su capítulo XXII, que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil dándoles una naturaleza esencialmente objetiva y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general.

Ninguna duda cabe sobre la aplicación que corresponde darle a esta nueva norma en el caso de estudio a pesar de haber sido puesto **sub judice** con anterioridad a su vigencia, porque tratándose de una ley relativa a la organización judicial y a la competencia de los Tribunales su aplicación es inmediata y sin recortes cuando la ley misma no establece otra cosa o da normas especiales para regir los fenómenos de su tránsito. Es la solución que se ajusta a los principios que regulan la aplicación de las normas procesales en el tiempo, según los cuales, las referentes a la competencia, como concernientes que son al orden público, operan inmediatamente produciendo el efecto inevitable de hacer desaparecer la facultad que tenía un juez o Tribunal para ejercer, como dice el artículo 143 del C. J., por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. La aplicación inmediata que compete a esta especie de leyes es consecuencia de la introducción de la idea del orden público en el problema de la retroactividad de la ley, que permite diferenciar sustancialmente el efecto inmediato del efecto retroactivo. No es actualizable para el caso la excepción que en su segunda parte trae el artículo 40 de la ley 153 de 1887 por referirse ella solamente a la sustanciación y ritualidad de los juicios, a la actuación judicial, o proceso, o expediente, o autos (artículo 197 del C. J.), es decir, al procedimiento propiamente dicho y en manera alguna a la organización y competencia de los Tribunales. La garantía constitucional se refiere es al juzgamiento ante Tribunal competente.

En sentencia del 27 de septiembre de 1947, visible a páginas 281 y siguientes del tomo LXIII de la G. J., la Sala de Negocios Generales de esta Corte, estudió espaciosamente la noción jurídica de los trabajos públicos en que puede generarse la querella indemnizatoria especial, reglamentada en el capítulo XXII del C. C. A. que con privativa competencia está atribuída a los Tribunales Administrativos. De esa exposición de doctrina, reproducida en posteriores decisiones, se prohijan y copian los siguientes apartes:

"La ley colombiana no ha definido lo que debe entenderse por trabajos públicos, expresión que sólo se incorporó al léxico jurídico nacional con la expedición del vigente Código de lo Contencioso Administrativo. Los antecedentes inmediatos de la institución referente a la reparación por vía administrativa de los daños sufridos por particulares a causa de trabajos públicos del Estado y las entidades políticas inferiores se encuentran en la ley 38 de 1918, pero este texto no consagra en ninguna parte la expresión de que se trata, ni indica cuáles sean los elementos que estructuran el estatuto. Por su parte el actual Código, que modificó fundamentalmente la anterior legislación sobre la materia y organizó sobre bases más racionales y técnicas el procedimiento para ventilar jurisdiccionalmente las indemnizaciones sobre toda especie de trabajos de la administración, tampoco dice en qué consisten éstos; por lo que

a falta de una norma positiva deberá la Sala investigar el contenido de la noción generalmente adoptada por los expositores del derecho público y por la jurisprudencia nacional para fijar luego el alcance de las reglas que gobiernan el sistema en referencia, según la ley vigente (ley 167 de 1941).

"Bonnard se expresa así: "Puede definirse el trabajo público: un trabajo de construcción, arreglo, reparación o mantenimiento provocado o dirigido por la administración, ejecutado sobre un inmueble afectado a un servicio público, y esto no solamente si el inmueble hace parte del dominio público, sino igualmente si es de propiedad privada". Pero el mismo autor conviene en que esta noción ha sido considerablemente extendida por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, el cual concibe el trabajo público independientemente de la idea de afectación de un bien al servicio público administrativo para referirla al simple interés de la comunidad. La concepción doctrinaria del Consejo quedó resumida en el siguiente pasaje de la sentencia del 10 de enero de 1921, y reiterada luego en pronunciamientos posteriores: "El trabajo público es todo trabajo ejecutado sobre un inmueble afectado no solamente a un servicio público sino a toda otra empresa que persiga un fin de interés social". Igualmente Hauriou adopta el contenido de la doctrina formulada por la misma alta entidad a propósito de la estructura jurídica de la obra pública: "Todo inmueble construído o reparado (o en reparación) por cuenta de una administración pública y en vista de un uso público o de un servicio público tiene el carácter de **obra pública** (C. E. 10 de junio de 1921, Montségur, Cas. 25 abril de 1923)".

"Explica Rolland que la definición del trabajo público es de trascendente importancia y de extrema delicadeza, ya que en ella entran en juego reglas jurídicas especiales que le son aplicables, y sin embargo esta definición no ha sido dada por ningún texto sino simplemente creada por obra de la jurisprudencia, de lo cual se desprende en el estado actual de las cosas que "es trabajo público todo trabajo de construcción o de conservación de un inmueble ejecutado por cuenta de una persona moral de derecho público en interés público.

"Estas nociones doctrinarias han permitido determinar los elementos constitutivos del trabajo público como institución jurídico-administrativa; y al efecto los autores citados, lo mismo que Mestre, Waline y demás que se ocupan del tema, han llegado a coincidir —con más o menos diferencias en la apreciación de los factores adjetivos o circunstanciales— en que para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones esenciales:

"1º El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

"2º Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

"3º Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble.

"La ley colombiana vigente incorpora estos tres elementos fundamentales en el régimen de los trabajos públicos administrativos para los efectos de regular las acciones indemnizatorias a que pueden dar lugar por parte de los particulares cuando una propiedad privada es ocupada por un trabajo de esta índole o con motivo de las operaciones de construcción o reparación se causa un daño en la misma. Así puede verse en el Capítulo XXII del Código que sólo los trabajos que realizan las entidades de derecho público dan origen a la administración por la vía contencioso-administrativa que allí se consagra (artículos 261 y 262). De la misma manera, la ocupación que origina la acción indemnizatoria debe recaer sobre inmuebles de propiedad privada (artículo 269). Sobre el particular, trae la exposición de motivos del proyecto adoptado por el Congreso en 1941 (ley 167) el párrafo explicativo que se copia

"De otro lado, y en oposición a la aplicación que se ha dado a la ley vigente, la acción sólo se endereza contra las **ocupaciones de hecho** de la propiedad inmueble y no de los bienes de otra naturaleza". Y finalmente, en lo que respecta al objeto de la obra —vinculación a un servicio público o de interés social — está implícitamente contenido en el objeto a que se destina pues sólo en el caso en que las entidades de derecho público construyen o reparen un inmueble determinado perteneciente a su dominio privado, dejan de aplicarse las regulaciones propias de los trabajos públicos, y la acción respectiva se desplaza a la justicia ordinaria.

"Aunque del anterior examen del cuerpo de disposiciones que gobierna la institución se infieren todos los elementos necesarios que deben concurrir para atribuír a un trabajo dado el carácter de público y aplicarle el régimen especial del C de lo Contencioso Administrativo, no sobra agregar que el mencionado capítulo de esta obra, si bien reemplaza el ordenamiento anterior conteni

do en la ley 38 de 1918, eliminó los otros factores que según esta última norma concurrían a conformar la noción jurídica del trabajo público en cuanto exigía para la prosperidad de la acción reparatoria que la expropiación o el daño se produjera por órdenes o providencias administrativas y que hubiera un provecho de parte del Estado o de la entidad pública correspondiente. Lo que permite observar, desde luego, que bajo el régimen anterior —el de la ley 38— el damnificado debía demostrar plenamente la existencia de una providencia u orden de la autoridad administrativa como fuente del daño, y de otra parte el beneficio o provecho que con el trabajo público hubiera recibido el Estado, el Departamento o el Municipio por cuya cuenta aquellos se realizaban. En cambio, desde la expedición del Código actual basta que compruebe la ocupación o el daño para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias sin que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con éstos reciba ella beneficio de algún género. Tampoco la noción delictuosa o culposa juega papel ninguno en el ejercicio de esta acción como no sea para determinar la responsabilidad de los funcionarios o agentes autores materiales del daño en los casos de infracción de carácter penal".

"....."

"En primer lugar habrá de afirmarse, frente a la literalidad de los preceptos del C. de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil y a la esencia de los principios en que éstos se inspiran, las siguientes reglas generales que dominan la compleja materia de la competencia.

"1º La jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados uno u otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 2º, 54, ordinal 7º, y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

"2º La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponde a la jurisdicción común.

"....."

"3º Completa la regla general expuesta la circunstancia de que la acción contencioso administrativa que mueve la atención de la Corte sólo opera en relación con los hechos de ocupación de una propiedad o daño de la misma en cuanto ocurran en el transcurso de los trabajos públicos, entendiéndose por éstos el conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo público concluído— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte de la judicatura común. Un ejemplo aclarará mejor la diferencia: Si en el transcurso de las labores de construcción de un ferrocarril nacional o de las que se ejecutan para conservar o reparar la vía se ocupa de hecho una propiedad ajena, o si la misma en alguna forma se daña, el perjudicado tiene la acción indemnizatoria abierta ante la justicia administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querella, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio, si una locomotora del mismo ferrocarril ya construído produce un incendio en la zona privada que atraviesa o por defecto de la construcción en la vía acaece un daño —siendo indiferente que recaiga sobre las personas o las cosas— la controversia para la indemnización de los perjuicios sólo puede suscitarse ante las autoridades judiciales comunes, las cuales tienen privativamente la competencia para dirimir el contencioso de la culpa extracontractual provocada por las obras públicas de toda clase".

El caso descrito en la demanda inicial de este juicio configura a cabalidad una querella indemnizatoria con causa en trabajos públicos, de procedimiento y competencia especiales, según acaba de verse. La causalidad del daño cuya indemnización se persigue se vincula directamente al proceso de la construcción de la obra pública del alcantarillado municipal según el planteamiento de hecho que se hace en la demanda y de acuerdo con las afirmaciones perentorias del demandante en sus alegatos de instancia, como se hizo ver al comienzo de esta providencia. El desarrollo probatorio del proceso reafirma la conclusión de que

se demanda una reparación con causa en trabajos públicos, como lo hace notar el señor Procurador Delegado en lo Civil. Así, por ejemplo, el testigo Julio C. Pedraza, dice: "Por habitar en el lugar mencionado, me consta que desde que se iniciaron las obras del colector dicho, se principiaron las inundaciones en el edificio y lugares cercanos, lo cual fue agravándose día a día, hasta dejarlos inhabilitados para habitarlos..... Igualmente me consta que las personas encargadas de construír los tramos del colector dejaban las piedras, tierra y materiales amontonados, cosa que contribuía a agravar las inundaciones". Israel Acosta, otro de los testigos, afirma que la inundación "tuvo por causa la construcción del colector del río San Francisco", y explica que "desde el momento en que comenzó la construcción del colector se principiaron las inundaciones de las casas que quedaban sobre el río, lo que fue agravándose hasta terminar con casi todas ellas". En su declaración testimonial afirma el testigo Isaías Alemán que la inundación "tuvo por única causa la construcción del colector del río San Francisco" y que "desde que se inició la construcción del colector del río San Francisco empezaron las inundaciones, las cuales fueron agravándose día por día hasta producir el deterioro del edificio del doctor Zapata y no sólo éste sino los demás que quedaban sobre el colector que se estaba construyendo". En igual sentido sobre la causalidad de los hechos determinantes del daño declaran Jenaro Pedroza Sildana Torres y a esta concomitancia de los tra bajos de construcción con el deterioro del edifici se refiere también el propio perito de la parte de mandante cuando dice que "evidentemente el he cho de no estar totalmente terminado el colecto es una causa para que las aguas se represaran e las partes bajas, ocasionando un gasto pleno e el colector que obstruía, por decirlo así los des agües de las casas vecinas".

Con apoyo en las consideraciones que antece den, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casa ción Civil, administrando justicia en nombre d la República de Colombia y por autoridad de l ley, CASA la sentencia proferida por el Tribuna Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 d marzo de 1947, y anula todo lo actuado a parti del primero de abril de 1942, fecha en que entr a regir el nuevo Código de lo Contencioso Adm nistrativo.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez—Pedro Castillo P neda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Mo rales—Hernán Salamanca — Manuel José Varga Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN UNA SUCESION, DE REFORMA DE UN TESTAMENTO, NULIDAD DE UNAS ESCRITURAS, ETC. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 1025 DEL CODIGO CIVIL.—LEGITIMA RIGOROSA Y EFECTIVA.—CASOS EN QUE LOS LEGITIMATARIOS TIENEN DERECHO A ELLAS

1.—El artículo 1025 del Código Civil contiene una grave pena o sanción de carácter civil, como que mediante ella un asignatario puede ser totalmente excluído de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder, y es, además, una disposición de excepción porque la capacidad y la dignidad de toda persona para suceder es la regla general, conforme al artículo 1018 ibídem. Dada esa doble índole que la caracteriza, dicha norma debe ser interpretada y aplicada con criterio restrictivo, ceñido rigurosamente a su propio contenido, sin que, de consiguiente, le sea posible al juzgador seguir en su interpretación el método extensivo o el analógico para aplicarla a situaciones o casos no comprendidos precisamente en ella. Procediendo con el enunciado criterio al examen de aquel texto legal, se ve claramente que los términos en que está concebido exigen la concurrencia indispensable de dos requisitos para su aplicación que se refieren, el uno a la prueba del atentado, y el otro a la naturaleza y gravedad del hecho que lo constituye. En cuanto a lo primero, la disposición ha excluído por completo la libertad probatoria al respecto, porque en forma perentoria y diáfana ha consagrado como idóneo un solo medio de prueba, cuando exige que el atentado se pruebe "por sentencia ejecutoriada". Es, pues, ésta, y no otro elemento distinto de convicción, la prueba especial y única que legalmente se requiere para suministrar la demostración del atentado, de tal suerte que cuando ella falta, como ocurre en el caso del proceso, no es posible dar por establecida la causal de indignidad en referencia. Y se necesita, además, que la sentencia que sirve de prueba del mencionado motivo de indignidad sea diferente de la que se profiera en el juicio que conforme al artículo 1031 del Código Civil debe surtirse para declararla, porque como aquélla debe llevarse al proceso en alguna de las oportunidades establecidas en el artículo 597 del C. J., es obvio que para hacerlo así se requiere que tal sentencia exista ya para esa época, lo cual está indicando con toda evidencia que son indispensables dos sentencias distintas: la una que pruebe la causal y la otra que haga la declaración consiguiente.

2.—La legítima rigorosa o la efectiva, en su caso, están comprendidas dentro de las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. (Artículo 1226, C. C.). Para amparar ese derecho se concede a los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, la acción de reforma del testamento, mediante la cual pueden reclamar la legítima rigurosa o la efectiva, según que una u otra fueren procedentes (artículos 1274 y 1275 ibídem); pero esa acción se otorga a aquellos legitimarios que, mencionados en el testamento, han sufrido lesión o menoscabo en su correspondiente legítima; mas no cuando han sido simplemente omitidos o preteridos en aquél, porque entonces por disposición expresa de la ley debe entenderse que han sido instituídos en su legítima (artículo 1276 ibídem), la que comprende, como es obvio, la rigurosa o la efectiva cuando a ésta hay lugar. Como lo que ocurre en el presente caso es que los demandantes fueron apenas omitidos en el testamento, ellos carecen, como lo decidió el sentenciador, de la acción de reforma que han incoado, ya que la omisión del testador la entiende la ley como una institución de heredero y en esas condiciones les basta para lograr el reconocimiento de la integridad de su derecho a la legítima rigurosa y a la efectiva, presentarse al respectivo juicio es-

pecial de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya éste está concluído, la correspondiente acción de petición de herencia.

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

(Magistrado ponente: Dr, Pedro Castillo Pineda)

María E. Rojas de Muñoz y Florentina Rojas C., como herederas de su legítima madre Florentina Cárdenas R., en nombre de la sucesión de ésta y para la misma, demandaron por la vía ordinaria a Rogelio Rojas A. y Pedro Rubén Galeano, al primero personalmente y como cónyuge sobreviviente de Florentina Cárdenas R., y al segundo en su condición personal, para que en contra de éstos y en favor de la predicha sucesión, se hagan las siguientes declaraciones que se compendian:

Que Rogelio Rojas A. es indigno de suceder como heredero en la sucesión testada o en la intestada de su esposa Florentina Cárdenas R., por haber dolosamente detenido y ocultado el testamento de ésta y atentado gravemente contra los bienes de la causante (súplica 1ª); que en subsidio, se decrete la reforma del testamento de la Cárdenas, de fecha 30 de mayo de 1919, de la Notaría de Turmequé, en el sentido de reconocer a los hijos legítimos de la citada señora, María Engracia, Florentina, Pedro Rogelio, Evelia, Rufino Humberto y Jaime Rojas Cárdenas, en su condición de legitimarios, y con derecho, además, a la cuarta de mejoras (súplica 2ª); que carecen de valor y efecto legal alguno y son absolutamente nulos por falta de consentimiento, de causa y efecto lícitos los contratos contenidos en las escrituras públicas números 462 de 14 de junio de 1919 y 207 de 10 de marzo de 1923, de la Notaría de Turmequé, según las cuales, por la primera, Florentina Cárdenas de Rojas y Rogelio Rojas, enajenaron a Pedro Rubén Galeano los bienes inmuebles determinados en ella; y, por la segunda, Pedro Rubén Galeano enajenó a Rogelio Rojas y Eladio y Siervo Muñoz los mismos bienes raíces, según la limitación que contiene el citado instrumento, (súplica 3ª); que se ordene la cancelación de dichas escrituras y de los registros correspondientes, (súplica 5ª); que son del dominio o propiedad de Florentina Cárdenas los inmuebles que se particularizan en la súplica 6ª; que la sociedad conyugal dicha, representada por el cónyuge sobreviviente Rogelio Rojas A., debe a la sucesión de Florentina Cárdenas el valor del terreno denominado "El Triunfo" (súplica 7ª); que el demandado Rojas debe pagarle a la misma sucesión el valor de los frutos naturales y civiles de los inmuebles de propiedad de la Cárdenas por éstos producidos y percibidos por el demandado desde la muerte de aquélla hasta el día en que dichos bienes fueron secuestrados en el juicio de sucesión intestada de la Cárdenas.

De los hechos en que esa demanda se fundamenta se copian los siguientes por ser los que se relacionan con el recurso de casación que en el pleito se ha interpuesto:

"1º El señor Rogelio Rojas A., en testamento consignado en escritura pública número cuatrocientos veinte (420) de fecha treinta (30) de mayo de mil novecientos diez y nueve (1919), de la Notaría de Turmequé, fue instituído por la señora Florentina Cárdenas, su esposa, heredero de ésta.

"2º La señora Florentina Cárdenas R. falleció el día 11 de junio de 1931 y a su muerte dejó como sus hijos legítimos, nacidos después de la institución de heredero en la persona de su esposo, a María Engracia, Florentina, Pedro Rogelio, Evelia, Rufino Humberto y Jaime Rojas Cárdenas.

"10º El atentado que cometió el demandado contra los bienes de la señora Florentina Cárdenas lo dice a las claras las ventas simuladas que expresan las escrituras 462 y 207 ya citadas, en las cuales se vendieron los bienes propios de la Cárdenas en forma ficticia para luego recibirlos el señor Rojas a título de venta e hipotecar uno de ellos.

"11º Florentina Cárdenas y el demandado Rojas por escritura número 462 de 14 de julio de 1919, de la Notaría de Turmequé, enajenaron ficticiamente, con fin ilícito, a Pedro Rubén Galeano, los bienes raíces de que habla la mentada escritura, contrato éste carente de consentimiento, de causa y objeto lícitos.

"13º La escritura 207 de 10 de marzo de 1923, de la Notaría de Turmequé, constata el contrato igualmente simulado que Pedro Rubén Galeano —vendedor— y Rogelio Rojas A. —comprador— acordaron, contrato carente de causa, de consentimiento y de objeto lícito sobre los mismos bienes, pues no hubo en esa convención por parte de Rojas A. precio alguno que hubiera pagado al presunto vendedor Galeano, ni éste recibió de aquél dicho precio.

"16º Rogelio Rojas recibió de manos de Eladio y Siervo Muñoz la suma de $ 450.00 como precio del inmueble denominado "El Triunfo", que por la predicha escritura 207 les enajenó a Pedro Rubén Galeano, siendo ese bien de pertenencia de Florentina Cárdenas, recibo que hizo de ese precio dentro de la sociedad conyugal Rojas-Cárdenas.

"17º El demandado Rogelio Rojas A. tuvo el uso y goce de los bienes inmuebles de propiedad de la señora Cárdenas, desde el fallecimiento de ésta hasta el día en que practicó el secuestro de ellos en la sucesión intestada de la nombrada, y por lo mismo percibió los frutos naturales y civiles de tales bienes sin causa legal alguna.

Admitida la demanda, Galeano la contestó manifestando ser ciertos los hechos que se dejan copiados y conviniendo en que se hagan las declaraciones solicitadas. Rojas se opuso a éstas y admitió solamente como ciertos los hechos 1º, 2º y 17º, y negó los demás. Surtido el juicio de allí en adelante por sus respectivos trámites, el Juez 2º Civil del Circuito de Tunja lo decidió en sentencia de 20 de agosto de 1945, por la que declaró probada la excepción perentoria de petición de modo indebido y absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon, sin costas.

La apelación concedida al demandante llevó el negocio al conocimiento del Tribunal Superior de Tunja, el que en la oportunidad correspondiente profirió la sentencia de 23 de septiembre de 1946, mediante la cual revocó la apelada, y en su lugar resolvió lo que en seguida se resume: absolvió al demandante Rojas de lo pedido en la primera súplica; declaró que la parte demandante carece de acción de reforma del testamento; declaró absolutamente simulados los contratos de compraventa de inmuebles a que se contraen las escrituras números 462 y 207 mencionadas; ordenó la cancelación del registro de las mismas, salvo en lo que se refiere a la venta del potrero "El Triunfo", hecha por Galeano a Eladio y Siervo Muñoz; declaró de propiedad de la sucesión ilíquida de Florentina Cárdenas de Rojas los inmuebles que se singularizan en el numeral sexto de la sentencia; reconoció como probada la excepción de petición de modo indebido con relación a las súplicas 7ª y 8ª de la demanda, y se negó a hacer las declaraciones en ella impetradas, sin costas.

En la motivación de esta sentencia, en cuanto tiene relación con el recurso, dice el Tribunal que la segunda causal en que fundamenta el actor la acción de indignidad es la contemplada en el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C. y que como sobre ese particular no hay prueba alguna en los autos, el demandado debe ser absuelto del cargo respectivo.

En seguida se ocupa en el estudio de la acción de reforma del testamento y dice que aun cuando está plenamente comprobado que María Engracia, Florentina, Pedro, Evelia, Rufino y Jaime Rojas Cárdenas son hijos legítimos de Florentina Cárdenas de Rojas y que fueron omitidos en el testamento por ésta otorgado, esas solas circunstancias no son suficientes para configurar la acción propuesta, porque el hecho de pasar en silencio a un legitimario debe entenderse como una institución de heredero en su legítima, al tenor del artículo 1276 del C. C. y a ellos les basta para que se les compute y pague su asignación forzosa, la presentación de la prueba que acredite su condición de tal. De allí concluyó que los demandantes carecen de la referida acción.

Después, afirmando que lo propuesto en la tercera petición de la demanda es una acción de simulación absoluta y no de nulidad, encontró probado que del primero de esos vicios adolecen los contratos a que se refiere dicha petición y que como tales debían declararse, con exclusión de la venta que del potrero denominado "El Triunfo" hizo Galeano a Eladio y Siervo Muñoz, por estimar que en esa parte del contrato fue real y verdadero. Como consecuencia, declaró que los bienes a que se contraen aquellos contratos pertenecen a la sucesión ilíquida de Florentina Cárdenas.

Concretándose luego a la séptima petición de la demanda, dijo que en el caso de autos a la sociedad conyugal Rojas-Cárdenas la representan conjuntamente los herederos de Florentina Cárdenas y el cónyuge sobreviviente Rogelio Rojas y que por ese motivo no pueden hacerse condenaciones de la sociedad conyugal en favor de la sucesión de aquélla, pues "se escindiría la personería de la sociedad conyugal haciéndola aparecer simultáneamente como sujeto pasivo y activo de la relación jurídica procesal" y que estando, además, ilíquida la sucesión de Cárdenas, es dentro del respectivo juicio sucesorio donde deben ventilarse las cuestiones relacionadas con la liquidación de la sociedad conyugal y las restituciones y compensaciones correspondientes, según el artículo 1398 del C. C. De allí dedujo que debía declararse la excepción perentoria de petición de modo indebido, con respecto a la súplica séptima aludida.

En igual sentido se pronunció sobre la petición octava referente a la restitución de frutos, fundándose en que si bien es de rigor decretarla en los casos generales en que prospera la acción sobre ineficacia o inexistencia de actos y contratos, en el de autos esta cuestión debe resolverse dentro del respectivo juicio de sucesión de Florentina Cárdenas y de liquidación de la sociedad conyugal Rojas-Cárdenas, porque los frutos que producen los bienes aportados al matrimonio y que durante éste se devenguen, pertenecen a la sociedad conyugal, conforme al ordinal 2º del artículo 1781 del Código Civil.

Al demandante se le concedió el recurso de casación que, tramitado y sustentado en su oportunidad, se procede a decidir.

Invocando la causal 1ª del artículo 520 del C. J. el recurrente propone varios cargos contra la sentencia, los cuales en seguida se consideran siguiendo el orden en que se alegan.

Cargo primero.—Sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 606 y 665 del C. J. y ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., a consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió al omitir la apreciación del hecho que acreditan los autos de la doble simulación absoluta de los contratos de compraventa que recogen las escrituras números 462 y 207 ya citadas, hecho ese reconocido y admitido por el propio fallo, y, que constituye el atentado grave ejecutado por el demandante Rojas contra los bienes de Florentina Cárdenas y que está probado por medio de la confesión judicial de los demandados, testimonios de terceros e indicios a que se refiere, que son los mismos elementos probatorios que tuvo en cuenta la sentencia pará dar por demostrada la simulación mencionada.

En la sustentación del cargo se detiene en un análisis del artículo 1025 del C. C. para sostener la tesis de que el atentado grave contra los bienes establecido en el ordinal 2º como motivo de indignidad puede ser tanto uno que quepa dentro del marco de lo delictuoso o uno que simplemente encaje en el campo civil, como es el caso de la simulación absoluta de que se valió el demandado dolosamente para sustraer los bienes del patrimonio de la Cárdenas. Añade que en el caso de autos media la sentencia que declaró la simulación, contra la cual no hay recurso y está ejecutoriada.

La Sala considera:

Enseña el artículo 1025 del C. C., en su numeral 2º, que es indigno de suceder al difunto como heredero o legatario "el que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

La norma legal transcrita contiene una grave pena o sanción de carácter civil, como que mediante ella un asignatario puede ser totalmente excluído de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder, y es, además, una disposición de excepción, porque la capacidad y la dignidad de toda persona para suceder es la regla general, conforme al artículo 1018 ibídem. Dada esa doble índole que la caracteriza, dicha norma debe ser interpretada y aplicada con criterio restrictivo, ceñido rigurosamente a su propio contenido, según así lo aconsejan conocidos principios de hermenéutica, sin que, de consiguiente, le sea posible al juzgador seguir en su interpretación el método extensivo o el analógico para aplicarla a situaciones o casos no comprendidos precisamente en ella.

Procediendo con el enunciado criterio al examen de aquel texto legal, se ve claramente que los términos en que está concebido exigen la concurrencia indispensable de dos requisitos para su aplicación, que se refieren, el uno, a la prueba del atentado y el otro, a la naturaleza y gravedad del hecho que lo constituye.

En cuanto a lo primero, la disposición ha excluído por completo la libertad probatoria al respecto, porque en forma perentoria y diáfana ha consagrado como idóneo un sólo medio de prueba, cuando exige que el atentado se pruebe "por sentencia ejecutoriada". Es, pues, ésta, y no otro elemento distinto de convicción, la prueba especial y única que legalmente se requiere para suministrar la demostración del atentado, de tal suerte que cuando ella falta, como ocurre en el presente caso, no es posible dar por establecida la causal de indignidad en referencia.

Y se necesita, además, que la sentencia que sirve de prueba del mencionado motivo de indignidad sea diferente de la que se profiere en el juicio que conforme al artículo 1031 del C. C. debe surtirse para declararla, porque como aquélla debe llevarse al proceso en alguna de las oportunidades establecidas en el artículo 597 del C. J., es obvio que para hacerlo así se requiere que tal sentencia exista ya para esa época, lo cual está indicando con toda evidencia que son indis-

ensables dos sentencias distintas: la una que ruebe la causal y la otra que haga la declaración consiguiente.

Y como en el presente proceso se echa de menos el requisito en cuestión, cuya concurrencia es legalmente ineludible e insustituíble para la aplicabilidad al caso de autos del precepto arriba copiado, ello hace totalmente innecesario el que la Sala se detenga en esta ocasión en el examen del segundo de los puntos que quedaron enunciados.

No prospera, por tanto, el cargo.

Cargo segundo.—Afirma, en resumen, el recurrente que el Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277 del C. C., porque admitiendo que los demandantes tienen la calidad de legitimarios de la causante Florentina Cárdenas de Rojas y que ellos fueron omitidos en el testamento por ésta otorgado en que se instituyó a Rogelio Rojas como heredero universal, les desconoció, sin embargo, la acción de reforma incoada en el pleito, que en su favor consagran las citadas disposiciones, para que se les reconozca no sólo su derecho a la legítima rigurosa sino también a la efectiva.

Se considera:

Por medio de la escritura pública número 420 de 30 de mayo de 1919, corrida en la Notaría de Purmequé, Florentina Cárdenas de Rojas otorgó testamento e instituyó como heredero universal suyo a su legítimo esposo Rogelio Rojas. Con posterioridad a ese pacto nacieron del matrimonio Rojas-Cárdenas los seis hijos legítimos ya mencionados. La testadora murió sin que hubiese revocado ni reformado su testamento, y con fundamento en esos hechos los aludidos hijos han propuesto la acción de reforma que el sentenciador estimó improcedente por las razones que ya quedaron resumidas.

La legítima rigurosa o la efectiva, en su caso, están comprendidas dentro de las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (artículo 1226, C. C.). Para amparar ese derecho se concede a los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, la acción de reforma del testamento, mediante la cual pueden reclamar la legítima rigurosa o la efectiva, según que una u otra fuere procedentes (artículos 1274 y 1275 ibídem); pero esa acción se otorga a aquellos legitimarios que, mencionados en el testamento, han sufrido lesión o menoscabo en su correspondiente legítima; mas no cuando han sido simplemente omitidos o preteridos en aquél, porque entonces por disposición expresa de la ley debe entenderse que han sido instituídos herederos en su legítima (artículo 1276 ibídem), la que comprende, como es obvio, la rigurosa o la efectiva cuando a ésta haya lugar.

Y como en el presente caso lo que ocurre es que los demandantes fueron apenas omitidos en el mencionado testamento, ellos carecen, como lo decidió el sentenciador, de la acción de reforma que han incoado, ya que la omisión del testador la entiende la ley como una institución de heredero y en esas condiciones les basta para lograr el reconocimiento de la integridad de su derecho a la legítima rigurosa y a la efectiva, presentarse al respectivo juicio especial de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya está concluído, la correspondiente acción de petición de herencia.

Esta tesis la comparte también don Fernando Vélez, como puede verse del comentario que hace al artículo 1276 del C. C., en el Tomo V, páginas 15 y 16 de su obra Derecho Civil Colombiano, y el Profesor Barros Errázuris es de la misma opinión. Este, refiriéndose al artículo 1218 del Código Civil de Chile, idéntico al 1276 del nuestro, dice:

"Pero hay que advertir que esta acción corresponde a los legitimarios, que designados o mencionados en el testamento, han sido privados del todo o parte de la legítima; y decimos que la ley concede la acción de reforma a esos legitimarios, porque hay una disposición especial que contempla el caso de los legitimarios preteridos o silenciados en el testamento.

"....

"El legitimario preterido o silenciado no necesita entablar la acción de reforma, porque en virtud de la ley se considera instituído heredero en su legítima; le basta, en consecuencia, comprobar su calidad de legitimario, y pedir con arreglo al artículo 1218 ya citado, que se le incluya entre los legitimarios a quienes debe el juez conceder la posesión efectiva de la herencia. En caso necesario, puede entablar la acción de petición de herencia". (Derecho Civil, Tomo V, págs. 300 y 301).

Por lo expuesto no se admite el cargo.

Cargo tercero. — Afirma el recurrente que el Tribunal al negarse a hacer la declaración a que se refiere la súplica séptima de la demanda que-

brantó los artículos 1836, 1707, 1629 y 1834 del C. C., porque la personería de la sucesión ilíquida del cónyuge muerto, señora Florentina Cárdenas de Rojas, la llevan los herederos de ésta en el caso del pleito y porque habiéndose vendido, dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, el potrero "El Triunfo" de propiedad de la mujer, aquélla debe a dicho cónyuge su precio, y los actores tienen personería para lograr el reconocimiento del valor correspondiente en favor de la sucesión.

Se considera:

El cargo es fundado, desde luego que por virtud de lo dispuesto en el artículo 1836 del C. C. los demandantes, como herederos que son de Florentina Cárdenas de Rojas gozan de las mismas acciones que a ésta le correspondían y como a ella le asistía el derecho que otorga el artículo 1797 ibídem, es incuestionable que aquellos podían solicitar su reconocimiento frente al demandado, como representante pasivo de la sociedad conyugal en este pleito.

Además, para poder cumplir dentro de la sucesión de la Cárdenas lo dispuesto en el artículo 1398 del C. C. y atender a lo relacionado con las restituciones y compensaciones dentro de la liquidación de la sociedad conyugal Rojas-Cárdenas era menester que en este pleito la justicia se pronunciase sobre la declaración contenida en la súplica séptima, pues como ocurre que el contrato contenido en la escritura pública número 462, en que aparecen Rojas y la Cárdenas vendiendo a Galeano el predio "El Triunfo", de propiedad de aquélla, se declaró absolutamente simulado, lo que significa que en dicho contrato no hubo precio verdadero, y como dicho inmueble aparece vendido por Galeano a Eladio y Siervo Muñoz, por medio de la escritura número 207, que en cuanto se refiere a esa venta fue declarada seria y real por la sentencia recurrida, en la cual se dio por demostrado, además, que Rojas fue quien recibió el precio, si aquí no se declara sobre lo pedido en la súplica séptima, en la liquidación de la sucesión y de la sociedad conyugal referidas se carecería de base para resolver sobre lo atinente a este punto concreto.

Quebrantó, pues, el Tribunal lo dispuesto en los artículos 1797 y 1836 del C. C., por lo cual la sentencia debe ser parcialmente casada, para declarar que la sociedad conyugal Rojas-Cárdenas debe a la sucesión ilíquida de Florentina Cárdenas el precio en que fue vendido el potrero denominado "El Triunfo", o sea la suma de $ 450.00.

Cargo cuarto. — Sostiene el recurrente que el sentenciador quebrantó, por aplicación indebida, el ordinal 2º del artículo 1781 del C. C., y por falta de aplicación, los artículos 1828, 713, 716 y 718 de la misma obra, al negarse a decretar la condena a que se refiere la súplica 8ª, puesto que lo pedido en ésta no fue que se condenase al demandado a pagarle a la sucesión los frutos producidos por los bienes de la cónyuge durante la existencia de la sociedad conyugal, sino los producidos después de disuelta ésta por esos bienes que estaban en poder del marido hasta cuando los mismos fueron secuestrados en el juicio sucesorio de la Cárdenas.

Se considera:

Tiene fundamento la acusación del recurrente. Al caso a que se contrae la súplica octava de la demanda no era aplicable, como es obvio, lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 1781 del C. C., con cuyo fundamento dedujo el sentenciador la excepción de petición de modo indebido con respecto a lo en aquella solicitado, desde luego que dicha disposición estatuye que ingresan al haber de la sociedad conyugal los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges que "se devenguen durante el matrimonio", y lo pedido es que se condene al demandado a pagarle a la sucesión de Florentina Cárdenas los frutos de los inmuebles de su propiedad percibidos por aquél desde la muerte de la Cárdenas, o sea desde la disolución de la sociedad conyugal, hasta el día en que tales bienes, que se encontraban en poder de Rojas, fueron secuestrados dentro del juicio sucesorio de aquélla, y es claro que esos frutos pertenecen a la sucesión de la misma, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1828, 713, 716 y 718 ibídem, y como el demandado los percibió, según lo acepta en la contestación de la demanda y lo confiesa en posiciones, debió indudablemente condenársele al pago de su valor, conforme a lo pedido. Como el sentenciador no lo hizo así, quebrantó los mencionados artículos del C. C. en el concepto de que habla el recurrente, por lo cual debe casarse parcialmente la sentencia para proferir la condena del caso simplemente en abstracto, por cuanto que al dictamen pericial (folios 8 y 9, cuaderno número 2), que para avaluar los frutos se practicó no puede otorgársele el valor de plena prueba por carecer de debida fundamentación (artículo 721 del C. J.), ya que los expertos no expresan ninguna como respaldo de las conclusiones a que llegan.

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 veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, la cual quedará así:

1º Revócase la sentencia de 20 de agosto de 1945, dictada en este asunto por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja;

2º Absuélvase al demandado Rogelio Rojas de los cargos a que se refieren la primera y segunda petición de la demanda, y en consecuencia, no se hacen las declaraciones allí impetradas;

3º Decláranse absolutamente simulados los siguientes contratos:

I. El de venta recogido en la escritura pública número 462 de fecha catorce de junio de mil novecientos diez y nueve, otorgada en la Notaría de Turmequé, en la cual Rogelio Rojas y Florentina Cárdenas, aparentes vendedores, dicen vender a Pedro Rubén Galeano, aparente comprador, y éste dice comprar a aquéllos, los bienes especificados, determinados y alinderados en dicha escritura.

II. El de venta recogido en la escritura pública número 207 de fecha diez de marzo de mil novecientos veintitrés, por medio de la cual Pedro Rubén Galeano, aparente vendedor, dice vender a Rogelio Rojas, aparente comprador, y éste dice comprar a aquél, las siguientes fincas:

"a) Una casa de rafa y teja con su sitio y solares, ubicada en el área de la población de Ventaquemada, demarcada así: pie, por la quebrada de "El Salitre"; derecha, una calle pública a dar a los enrazados de una capilla mortuoria, inclusive éstos; cabecera, sigue por las paredes de la casa municipal, vuelve a la derecha, partiendo de la casa municipal a dar a la plaza pública, sigue al occidente haciendo esquina con la plaza, a izquierda, con una calle pública al primer lindero.

"b) Otro terreno ubicado en la vereda de Choaquira, jurisdicción de Ventaquemada, demarcado así: Por un costado, un cimiento y el camino que va para la vereda "La Mesa"; por otro costado, cimiento, zanjón y vallado y tierras de Juan Méndez; por otro costado, un zanjón y la quebrada de la "Zorrera" y tierra de Jacinto Castro; y por último costado, quebrada abajo al camino primer lindero y tierras de Antonio Castro.

"c) Otro terreno ubicado en la vereda de Compromiso, jurisdicción de Ventaquemada. Dos potreros separados por una cerca llamados "El de la Casa de Teja" y "El Tejal" (Chircal) ubicados en la vereda de Capellanía, vecindario de Ventaquemada, alinderado así: pie, la quebrada de "El Bosque" de para abajo a dar a un vallado y terrenos de Claudio Pineda y Ruperto Muñoz; derecha, por el vallado en línea recta a dar al camino que conduce a Tunja y terrenos de Pedro y Ernesto Pineda; cabecera, por el camino y una cerca de paredes a dar a un vallado; e izquierda, vallado abajo al primer lindero.

"d) Otro terreno ubicado en la vereda de Compromiso, jurisdicción del mismo Ventaquemada, demarcado así: pie, la quebrada de Coaquira; derecha, desde una curva que hace la quebrada, en línea recta a una mata de encenillo, que hay en el camino antiguo, sigue de para arriba en línea recta a dar a la loma de los "Carracos" y terrenos de Demetrio Cadena y del doctor Patrocinio Muñoz; por el último costado, a dar al hoyo "Mutapan" y de allí en recta de para abajo a dar a la quebrada primer lindero en donde hay una piedra natural grande pasando por un zanjón y una cañada y tierras de la señora Crecencia Vela".

Queda exceptuada, de esta declaración la venta que por la misma escritura número doscientos siete (207) del diez (10) de marzo de mil novecientos veinte y tres (1923) de la Notaría de Turmequé, hizo el vendedor Pedro Rubén Galeano a Eladio y Siervo Muñoz del potrero denominado "El Triunfo", ubicado en la vereda de Capellanía de la jurisdicción de Ventaquemada por los linderos allí expresados.

Cuarto.—No es el caso de hacer la declaración subsidiaria impetrada en la cuarta petición de la demanda.

Quinto.—Decláranse sin valor legal los asientos hechos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, en virtud de los cuales fueron registradas en la Oficina del Circuito de Tunja las escrituras públicas números cuatrocientos sesenta y dos (462) de fecha catorce (14) de junio de mil novecientos diez y nueve (1919), otorgada en la Notaría de Turmequé, y la escritura pública número doscientos siete (207) de fecha diez (10) de marzo de mil novecientos veintitrés (1923), de la misma Notaría, excepción hecha con relación a esta escritura de la venta que Pedro Rubén Galeano le hizo a Eladio y Siervo Muñoz del potrero denominado "El Triunfo" a que se hizo referencia al final de la declaración anterior, o sea, la del punto **cuarto** de la parte resolutiva de esta sentencia. Inscripciones que fueron hechas, respectivamente, el quince (15) de junio de mil novecientos diez y nueve (1919) en el libro

número primero (1º), Archivo de Turmequé, página doscientos veintidós (222), número quinientos ocho (508), y, el diez y seis (16) de marzo de mil novecientos veintitrés (1923) en el libro número primero (1º), folio sesenta y cuatro vuelto (64) y sesenta y cinco (65) número doscientos cincuenta y dos (252), haciendo respecto de este último la salvedad correspondiente en relación con el potrero denominado "El Triunfo", toda vez que en cuanto respecta a este último debe quedar vigente la inscripción.

Sexto.—Declárase que son del dominio de la sucesión ilíquida de Florentina Cárdenas de Rojas, representada por sus herederos, los siguientes inmuebles que la causante adquirió en compra venta por escritura pública número setecientos trece (713) de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos diez y seis (1916), de la Notaría de Turmequé:

"a) Una casa de rafa y teja con su sitio y solar ubicada en el área de la población de Padua, y alinderada así: pie, la quebrada de "El Salitre"; derecha, una calle pública; cabecera, la plaza pública hasta la casa municipal, sigue hacia el sur por unas tapias, vuelve al oriente por otras tapias, sigue de para arriba por otras tapias, vuelve al oriente por tapias de la casa municipal, vuelve hacia el Norte, da al corredor de la cárcel, vuelve al oriente pasando por el pie de las paredes de la capilla, vuelve por la derecha por todo un cimiento y calle pública, vuelve al occidente por otro cimiento, sigue al sur por otro cimiento a dar al primer lindero, y encierra con la quebrada de "El Salitre" en línea recta.

"b) Un terreno ubicado en la vereda de Choaquira, jurisdicción de Padua, alinderado así: por un costado, un cimiento y un camino que va para La Mesa; por otro costado, por cimiento y vallado, linda con terrenos de Juan Méndez; por otro costado, por otro vallado a la quebrada de la "Zorrera", linda con terrenos de Jacinto Castro; y por último costado, quebrada abajo al camino primer lindero, linda con tierras de Jacinto Castro.

"c) Un terreno ubicado en la vereda de Compromiso, jurisdicción de Ventaquemada, antiguamente Padua, que antes estuvo en indivisión en mayor extensión con los herederos de José Antonio Moreno Corredor, terreno demarcado así: por la cabecera, linda con terrenos de Simón Leiva; por un costado, linda con de Luis Duarte; por otro costado, con de Pablo Segura, y por el último costado, con terrenos de Leandro López.

"d) Dos potreros situados en la vereda de El Centro, hoy Capellanía, vecindario de Ventaquemada, demarcados así, pie, un vallado a dar a la carretera que va para Tunja, da a unas tapias, éstas abajo, vuelve por otras tapias a un cimiento, da a la piedra resbalosa, linda con tierras de Jacinto Otálora, de Nicanor Farfán y herederos de Tomás Cadena; derecha, por un cimiento y un vallado, da a una cuchilla y otro cimiento, éste arriba a dar a la carretera, sigue por otras tapias y un cimiento, linda con tierras de Joaquín Ruiz y del doctor Aristides Rodríguez; izquierda, por un vallado que baja de "El Bosque", linda con tierras de Tiburcio Farfán; cabecera, el río abajo a dar al primer lindero, linda con tierras de Claudio Pineda y Benito Cárdenas".

Séptimo.—Declárase que la sociedad conyugal Rojas-Cárdenas, representada por el cónyuge sobreviviente señor Rogelio Rojas A., debe a la sucesión de Florentina Cárdenas, representada por sus herederos, la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) moneda corriente, en que fue vendido el potrero denominado "El Triunfo", antes mencionado;

Octavo.—Declárase que el demandado Rogelio Rojas A. debe pagar a la sucesión de Florentina Cárdenas el valor de los frutos naturales y civiles de los inmuebles de propiedad de aquélla determinados en el punto **sexto** precedente, producidos por esos bienes y percibidos por el demandado Rojas desde la muerte de la Cárdenas hasta el día en que los mismos bienes fueron secuestrados en la sucesión intestada de la fallecida. El monto de esos frutos se determinará con arreglo al procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Noveno.—Decláranse no probadas las excepciones alegadas por el demandado.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE. — INSTRUMENTO PUBLICO. — ACTA DE REMATE

Para que de un instrumento pueda decirse que es público, siguiendo el texto del artículo 1758 del C. C., deben reunirse cuatro condiciones esenciales, a saber: que esté autorizado por un funcionario público, que a éste otorgue la ley facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido dentro del sector territorial en que aquél pueda ejercer sus funciones, y que en la formación del instrumento se hayan observado las previsiones legales al respecto. El artículo 1758 del C. C. llama auténticos a los instrumentos públicos porque a los ojos de la ley ofrecen el máximo de garantías probatorias. La doctrina que informa esa calificación la hace depender de una doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a) la consistente en que la firma del funcionario que lo autoriza, por el carácter público de éste, no necesita verificación, y b) la de que dicha firma apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia; estas características hacen decir a Mattirolo que la fe prestada por la ley al medio probatorio aludido depende de que éste es, al propio tiempo, autenticado y autenticante. La certeza legal que implica el instrumento público está condicionada por tres circunstancias: 1ª que quien lo autorice o expida haya percibido los hechos y los actos de que se trate con sus propios sentidos; 2ª que lo aseverado por él se ajuste a la categoría de los sucesos que, por razón de su cargo, sean susceptibles del amparo de la fe pública; 3ª que al atestar en el instrumento se refiera al tiempo y al espacio en que se sucede el acto o contrato.

Conforme al artículo 1756 del C. C., en todo instrumento público es menester distinguir la parte enunciativa de la dispositiva; se refieren a la primera las afirmaciones puramente accesorias, como las que contengan los preliminares del actor, o en general, aquella cuya omisión no incide en el hecho o acto jurídico a cuya prueba tiende el instrumento; a la segunda corresponde cuanto constituye la esencia de tal hecho o acto, su objeto, materia, en una palabra lo que contribuya a destacarlo jurídicamente como una realidad. Entre estas dos partes ha de mediar la necesaria correspondencia y armonía, y, de haberla, la fe de que está dotado el instrumento las abarca conjuntamente respecto de las personas que lo otorgaron, o que intervinieron en los hechos de que se da cuenta.

Tratándose de un acta de remate no es menester recabar en que ella, a título de instrumento público, es prueba absoluta de cuanto en su texto esté cubierto con la fe pública, o sean las circunstancias que conforme al artículo 1050 del C. J., deben constar con independencia de lo que las partes unánime y legítimamente acuerden, a saber: la fecha del remate, la designación de las partes y del rematante, la determinación de las cosas rematadas y el precio del remate; respecto a éste último es obvio que, como ha de coincidir con la oferta más alta que se haga, su enunciación no puede limitarse a consignar la cifra correspondiente a la adjudicación sino que ha de extenderse a las operaciones que contribuyen a configurar en esencia la venta por ministerio de la justicia, cuyo efecto inmediato, necesario e irreparable recoge el artículo 32 de la ley 153 de 1887.

Si es desde todo punto de vista exacto que la prueba testimonial y la indiciaria son ineficaces para alterar lo que las mismas partes han expresado en instrumento público, lo es con mayores razones la inoperancia de esos medios de prueba para demostrar civilmente la insinceridad de lo afirmado por el funcionario que comunica al acto o contrato la protección de la confianza pública. El preámbulo del artículo 2576 del C. C., aplicable al acta de remate por ministerio del artículo 1052 del C. J., no deja duda alguna sobre la imposibilidad de infirmar normalmente por los medios proba-

torios de recibo en el procedimiento civil la verdad extrínseca de lo afirmado en las escrituras públicas; la intrínseca, o sea, la que contenga las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación según que ella se suscite por uno de los otorgantes o por terceros.

La presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido, y la segunda cuando siendo materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad. A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de enjuiciamiento civil permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada aunque como consecuencia suya puede llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quién sea el agente y su intención. Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculcar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su artículo 358 y prevé actualmente en el artículo 231.

El artículo 251 del C. de P. P., al regular el pleno mérito probatorio del instrumento público, añade que "contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del instrumento mismo". No hay en el C. C. ni en el tratado sobre las pruebas que forma el Título XVII del Libro III del C. J., precepto que en forma tan expresa consigne la identidad entre la inculpación de falsedad y la impugnación de lo aseverado por el funcionario que extiende el instrumento público, pero puede afirmarse que así se deduce del ordenamiento legal sobre los medios probatorios; cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (artículo 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de dos testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (artículos 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acta de la inspección ocular "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el juez", si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público. Forzoso es reconocer que éstas dotan al medio probatorio de que se viene hablando de un poder de convicción superior y preferente al de cualquiera otro recibido por el derecho positivo, y que quien pretenda situación diferente de la garantizada por la fe pública ADVERSUS OMNES, tendrá que demostrar primero la ocurrencia constitutiva de la falsedad intelectual del instrumento. No sobrará advertir que el criterio contenido en el artículo 251 del C. de P. P. es aplicable a toda valoración probatoria de documentos auténticos, porque las variaciones que sufre la estimación de los demás elementos de prueba (confesión, testigos, peritos, indicios) según se aprecien en el campo penal o en el civil, emanan de la naturaleza y del fin de ambos procesos, circunstancias a las cuales el instrumento público, por el género de hechos que atestigua, permanece indiferente y provisto de la misma fuerza de convicción. En consecuencia, al considerar el fallo que el dicho de testigos y el indicio de que al principio se trató bastan para alterar lo expresado en el acto contractual recogido por el acta de remate, quebrantó los artículos 91 de la ley 153 de 1887 y el 594 del C. J., con el agravante de que al hacerlo dio mayor eficacia a la fe privada que a la pública; esta infracción lo llevó a vulnerar el artículo 451 del C. J., precepto sustancial como que gobierna la validez de las ventas por ministerio de la justicia, en cuanto a sus solemnidades procesales se refiere.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Era Marcial Viñas Panizza deudor de Isaac Arana para seguridad del cual había garantizado con hipoteca el crédito respectivo; el acreedor hipotecario ejecutó a Viñas y en el juicio de apremio, a falta de otro postor, remató por cuenta de su crédito el inmueble hipotecado; el deudor propuso contra Arana, ante el Juzgado Civil del Circuito de Magangué, demanda ordinaria para que se declare la nulidad de la subasta y su consecuencial cancelación en el registro de instrumentos públicos; el fundamento cardinal de esta gestión es que "el acto del remate se efectuó sin haberse declarado abierta previamente la licitación y sin haber dado los pregones preparatorios en la forma y términos prescritos expresamente por el artículo 1044 del Código Judicial".

El Juez del conocimiento desató la controversia trabada sobre tales extremos en sentencia fechada el cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, providencia desfavorable a las pretensiones del demandante; éste apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, corporación que en fallo proferido el veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y seis revocó el recurrido, y en su lugar declaró la nulidad del remate en cuestión y la consiguiente cancelación de su registro.

Isaac Arana interpuso contra lo así decidido recurso de casación el cual ha sido debidamente tramitado.

La sentencia acusada

El Tribunal halló en el acervo probatorio aducido por el actor material de convicción suficiente para demostrar que "los pregones no se dieron"; a esa deducción lo condujeron "el dicho de seis testigos" y una circunstancia que calificó de "grave indicio" consistente en que quien desempeñó las funciones de pregonero dijo no saber firmar al tratarse de suscribir el acta de remate, razón por la cual lo hizo a ruego suyo otra persona. La gravedad del indicio se constituye, al decir del Tribunal, en que es muy difícil "creer que quien lee en alta voz para ser oído por el público, en lo cual se supone cierta versación o a lo menos cierta cultura, no sepa firmar ni dibujar su nombre siquiera trabajosamente".

El recurso

Contra esa sentencia sostenida en el hecho indicativo ya visto, y en la prueba testimonial, el recurrente en casación formula varios cargos de los cuales la prosperidad del que a continuación se examina hace innecesario el estudio de los restantes.

Según el recurrente el Tribunal violó el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 594 del C. J. al dar a los testimonios y al hecho indicio en que se fundó el valor probatorio suficiente para alterar lo expresado en el acta de remate, y como efecto de ese error en la valoración probatoria aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 451 del C. J., numeral 2º.

Se considera:

Para que de un instrumento pueda decirse que es público, siguiendo el texto del artículo 1758 del C. C., deben reunirse cuatro condiciones esenciales, a saber: que esté autorizado por un funcionario público, que a éste otorgue la ley facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido dentro del sector territorial en que aquél pueda ejercer sus funciones, y que en la formación del instrumento se hayan observado las previsiones legales al respecto.

El artículo 1758 del C. C. llama auténticos a los instrumentos públicos porque a los ojos de la ley ofrecen el máximum de garantías probatorias; la doctrina que informa esa calificación la hace depender de una doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a) la consistente en que la firma del funcionario que lo autoriza, por el carácter público de éste, no necesita verificación; y b) la de que dicha firma apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia; estas características hacen decir a Mattirolo que la fe prestada por la ley al medio probatorio aludido depende de que éste es, al propio tiempo, autenticado y autenticante.

La certeza legal que implica el instrumento público está condicionada por tres circunstancias: 1ª que quien lo autorice o expida haya percibido los hechos y los actos de que se trate con sus propios sentidos; 2ª que lo aseverado por él se ajuste a la categoría de los sucesos que, por razón de su cargo, sean susceptibles del amparo de la fe pública; 3ª que al atestar en el instrumento se refiera al tiempo y al espacio en que se sucede el acto o contrato.

Conforme al artículo 1756 del C. C., en todo instrumento público es menester distinguir la parte

enunciativa de la dispositiva; se refieren a la primera las afirmaciones puramente accesorias, como las que contengan los preliminares del acto, o en general, aquellas cuya omisión no incide en el hecho o acto jurídico a cuya prueba tiende el instrumento; a la segunda corresponde cuanto constituye la esencia de tal hecho o acto, su objeto, su materia, en una palabra lo que contribuya a destacarlo jurídicamente como una realidad. Entre estas dos partes ha de mediar la necesaria correspondencia y armonía, y, de haberla, la fe de que está dotado el instrumento las abarca conjuntamente respecto de las personas que lo otorgaron, o que intervinieron en los hechos de que se da cuenta.

Tratándose de un acta de remate no es menester recabar en que ella, a título de instrumento público, es prueba absoluta de cuanto en su texto esté cubierto con la fe pública, o sean las circunstancias que conforme al artículo 1050 del C. J., deben constar con independencia de lo que las partes unánime y legítimamente acuerden, a saber: la fecha del remate, la designación de las partes y del rematante, la determinación de las cosas rematadas y el precio del remate; respecto a éste último es obvio que, como ha de coincidir con la oferta más alta que se haga, su enunciación no puede limitarse a consignar la cifra correspondiente a la adjudicación sino que ha de extenderse a las operaciones que contribuyen a configurar en esencia la venta por ministerio de la justicia, cuyo efecto inmediato, necesario e irreparable recoge el artículo 32 de la Ley 153 de 1887.

Si es desde todo punto de vista exacto que la prueba testimonial y la indiciaria son ineficaces para alterar lo que las mismas partes han expresado en instrumento público, lo es con mayores razones la inoperancia de esos medios de prueba para demostrar civilmente la insinceridad de lo afirmado por el funcionario que comunica al acto o contrato la protección de la confianza pública.

El preámbulo del artículo 2576 del C. C., aplicable al acta de remate por ministerio del artículo 1052 del C. J., no deja duda alguna sobre la imposibilidad de infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil la verdad extrínseca de lo afirmado en las escrituras públicas; la intrínseca, o sea la que contenga las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación según que ella se suscite por uno de los otorgantes o por terceros, y de ella no se trata en el presente juicio.

La presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera, cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido, y la segunda cuando siendo materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad.

A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de enjuiciamiento civil permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada aunque como consecuencia suya pueda llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quién sea el agente y su intención.

Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculpar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su artículo 358 a la fecha de iniciación del pleito, y prevé actualmente en el artículo 231.

El artículo 251 del C. de P. P. al regular el pleno mérito probatorio del instrumento público, añade que "contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del instrumento mismo". No hay en él C. C., ni en el tratado sobre las pruebas que forma el Título XVII del Libro II del C. J., precepto que en forma tan expresa consigne la identidad entre la inculpación de falsedad y la impugnación de lo aseverado por el funcionario que extiende el instrumento público, pero puede afirmarse que así se deduce del ordenamiento legal sobre los medios probatorios; cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (artículo 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de dos testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (artículos 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la pleni-

tud probatoria que la ley otorga al acta de la inspección ocular "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez", si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público.

Forzoso es reconocer que éstas dotan al medio probatorio de que se viene tratando de un poder de convicción superior y preferente al de cualquiera otro recibido por el derecho positivo, y que quien pretenda situación diferente de la garantizada por la fe pública **adversus omnes**, tendrá que demostrar primero la ocurrencia constitutiva de la falsedad intelectual del instrumento.

No sobrará añadir que el criterio contenido en el artículo 251 del C. de P. P. es aplicable a toda valoración probatoria de documentos auténticos, porque las variaciones que sufre la estimación de los demás elementos de prueba (confesión, testigos, peritos, indicios) según se aprecien en el campo penal o en el civil, emanan de la naturaleza y de la finalidad de ambos procesos, circunstancias a las cuales el instrumento público, por el género de hechos que atestigua, permanece indiferente y provisto de la misma fuerza de convicción.

Las reflexiones que preceden son suficientes para inducir la casación del fallo recurrido: éste, al considerar que el dicho de testigos y el indicio de que al principio se trató bastan para alterar lo expresado en el acto contractual recogido por el acta de remate, quebrantó los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 594 del C. J., con el agravante de que al hacerlo dio mayor eficacia a la fe privada que a la pública; esta infracción lo llevó a vulnerar el artículo 451 del Código de enjuiciamiento civil, precepto sustancial como que gobierna la validez de las ventas por ministerio de la justicia, en cuanto a sus solemnidades procesales se refiere.

Lo dicho es también suficiente para juzgar en instancia sobre la litis; siendo ineficaz el acervo probatorio para destruír lo aseverado por el acta de remate en tanto ella contiene la fe del Estado, debería resolverse el pleito en forma definitiva y favorable para el reo ya que tal es el desenlace propio de las acciones cuya **causa petendi** no se destaca legalmente en el proceso. No obstante, se observa que con posterioridad a este trámite ha de sobrevenir el relativo a la investigación del hecho que el demandante señala como generador de la nulidad cuya declaratoria pide, y que así pueden cobrar relevancia jurídica las circunstancias que, desde el punto de vista probatorio, no han incidido civilmente en el éxito de la gestión actora.

Ya en otras oportunidades, especialmente en las relativas a la responsabilidad patrimonial por infracciones intencionales o culposas, la Corte ha tenido ocasión de hacer notar cómo nuestro derecho consagra la unidad de jurisdicción, mediante el establecimiento de normas que eviten la colisión de fallos entre el ramo penal y el civil del poder jurisdiccional del Estado; tales preceptos que algunos reputan inconvenientes sobre la base equivocada de que hay dos jurisdicciones, la una civil y penal la otra, independientes y separadas, apenas reproducen principios universales que regulan la indispensable coordinación que ha de existir entre los diversos órganos de que se vale la función unitaria de administrar justicia; cuando un hecho es punible conforme a la ley represiva y, además, comporta consecuencias civiles, el contacto entre estas dos manifestaciones jurídicas conlleva generalmente consecuencias: a) es posible la acumulación en el mismo proceso de la acción civil y de la penal; b) el hecho de estar pendiente el proceso penal suspende en veces el desarrollo de la acción civil.

Respecto de la primera de estas consecuencias hace notar Ugo Rocco que la prórroga de competencia del juez penal para conocer de la acción civil subsiste sólo en cuanto exista la relación de derecho penal.

Sobre el segundo de los dichos efectos ha de observarse que muchas veces el hecho delictuoso comporta efectos civiles no sólo por la acción indemnizatoria que en él pueda hallar su fuente, sino porque el fallo penal declare la existencia o inexistencia de un hecho generador de otro linaje de consecuencias. Tal ocurre con la falsedad intelectual del instrumento público: la decisión del brazo represivo de la jurisdicción genera resultados civiles diferentes del posible resarcimiento, como los relativos a la firmeza, solidez probatoria y obligatoriedad del instrumento que se tacha de falso.

Lo dicho pone de relieve que la demanda es prematura pues, mientras el demandante no pueda refutar las afirmaciones del acta de remate sobre los pregones relativos al precio con la única prueba adecuada o sea la evidencia judicial de su falsedad proferida por autoridad competente, no puede pretender el desconocimiento de lo que en ella se hizo constar en orden a las ritualidades indispensables para la validez de la subasta.

Debe, en consecuencia, declararse probada la excepción correspondiente que desatando la relación procesal de este pleito no impida la consumación futura de acontecimientos previstos y sancionados por la ley.

Con base en las consideraciones precedentes, 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 en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, REVOCA la de primer grado dictada por el Juez Civil del Circuito de Magangué el día cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, y en su lugar declara PROBADA la excepción de petición antes de tiempo.

Por el Juez de primera instancia dése cumplimiento al inciso 2º del artículo 12 del C. de P. P.

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

Ricardo Hinestrosa Daza — El Conjuez, **Hernán Copete—Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas**—El Conjuez, **Guillermo Amaya Ramírez — Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE UNA PRESUNTA SOCIEDAD DE HECHO POR CONCUBINATO

1.—La transacción, en su caso, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, al tenor del artículo 2483 del Código Civil.

2.—En casación no puede cambiarse la solución de convencimiento o falta de convencimiento con que a la Corte llegue una sentencia de Tribunal, sino cuando éste concluye con esa solución afirmativa o negativa por desconocer hechos comprobados que impondrían necesariamente la contraria, o por dar por comprobados hechos que no lo están, o por establecer relaciones de causalidad reñidas con la lógica entre los indicios y lo que les deduce como consecuencia.

3.—La ilicitud del objeto no se produce u ocurre tan sólo cuando hay ley que lo prohibe o lo que lo erige en delito. (Art. 1518 del C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El juicio ordinario instaurado en julio de 1945 por Clarisa Ospina López contra Jesús A. Alvarez en el Juzgado Civil del Circuito de Armenia con los fines y fundamentos que en seguida se expondrán, lo falló el Juzgado denegando todas las súplicas de la demanda en sentencia de 23 de agosto de 1946 confirmada por el Tribunal Superior de Pereira en la de 8 de abril de 1947, contra la cual se interpuso el recurso de casación que hoy decide la Sala.

Actora y reo están acordes en que llevaron vida marital por varios años, durante los cuales Alvarez compró el inmueble determinado en la respectiva escritura, que es la otorgada ante el Notario 1º de Armenia con el número 1504 el 21 de septiembre de 1944, y también en que en esos años Alvarez trabajaba en comprar y sacrificar reses y expender la carne en el mercado de Armenia, y la Ospina atendía la casa en cocina, lavado de ropa y demás oficios domésticos. Agrega ella y niega él que lo acompañaba en el negocio ayudándole en su administración y llevándole las cuentas por no saber él leer ni escribir y que la labor conjunta de ambos y el empeño ahorrativo de ella formaron el dinero pagado de contado por la casa y los pagos posteriores de su precio.

La demanda se funda en que, independientemente del concubinato y libre, por tanto, de su ilicitud, existió entre ellos una sociedad de hecho a cuya liquidación debe procederse. Pide ante todo se declare que a los dos pertenece por igual el inmueble aludido. Subsidiariamente suplica el pago de sus servicios que en siete años ascienden a $ 4.200, estimación que subordina a avalúo pericial.

Notificado Alvarez de la demanda el 10 de julio de 1945, la contestó por medio de apoderado oponiéndose y negando los hechos fundamentales.

El 25 de septiembre de ese año la Ospina presentó personalmente al Juzgado un memorial en que, después de determinar el proceso a que se refiere, dice: "Manifiesto que cedo y traspaso al doctor Paulo E. Sabogal González la tercera parte de los derechos litigiosos que me correspondan o puedan corresponderme en el juicio o pleito en mención, y añade que hace este traspaso a título de dación en pago de los honorarios del doctor Sabogal, su abogado desde la demanda inicial.

Breves días después, el 28 del propio septiembre, la misma Ospina presentó personalmente al Juzgado un memorial en que, citando el del 25, manifiesta **retirar** la referida cesión. Además, revoca el poder conferido al doctor Sabogal y desiste "del juicio instaurado y de todas las acciones consiguientes".

El Juzgado decretó el desistimiento dejando a salvo lo correspondiente a la tercera parte cedida por la Ospina a Sabogal, por no haber éste desistido, según se ve en auto de ese mismo día, y en el de 3 de octubre subsiguiente reconoció a Sabogal subrogado en esa tercera parte de los derechos litigiosos y advirtió que en su calidad de

subrogatario podía continuar interviniendo en el juicio.

Estos autos dieron ocasión a reclamos y recursos en cuya virtud subió el expediente al Tribunal, donde se anuló todo lo actuado desde el 28 de septiembre por haberse admitido a la Ospina a litigar por sí misma, no obstante estar en vigor desde el 16 de febrero de ese año la reforma constitucional que lo prohibe.

Vuelto el proceso al Juzgado, el nuevo apoderado de la Ospina desistió en memorial suscrito también por ella, resuelto en auto de 28 de abril de 1946 que decretó el desistimiento, "con la advertencia de que el juicio no queda terminado, pues subsiste con todo su vigor la cesión que anteriormente le hizo la misma señora al doctor Paulo Sabogal G."

Este auto se ejecutorió sin haber sufrido objeción ni reclamo. De ahí, que la actuación fuese en adelante sostenida exclusivamente por Sabogal como actor; de manera que él apeló de la sentencia de primera instancia, siguió ésta e interpuso casación contra la del Tribunal y ha fundado el recurso.

El Juzgado no encontró prueba de servicios por la Ospina de actividades distintas de los correspondientes al concubinato, ni existencia de negocios comunes entre ella y Alvarez, ni ánimo o propósito de sociedad distinta entre los dos. Su sentencia contiene en su parte resolutiva estos numerales: 1º No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda, encaminadas a obtener la declaración de la existencia de una sociedad de hecho entre la Ospina y el demandado; 2º No hay lugar tampoco a hacer la declaración subsidiaria sobre pagos de servicios; 3º Como consecuencia de lo anterior, no hay lugar a reconocer al doctor Sabogal como dueño de la tercera parte del derecho litigioso que a título de pago de honorarios le confirió la Ospina, y 4º Sin costas.

El Tribunal confirmó en todas sus partes ese fallo y condenó al recurrente en las costas de la segunda instancia.

Este aduce los motivos primero y segundo del artículo 520 del C. J.

La acusación por este último motivo consiste en que la declaración del numeral tercero sobre derechos del cesionario la hace el sentenciador oficiosamente, saliéndose de lo que es materia de la demanda y del pleito, con quebranto del artículo 471 de ese Código.

Es verdad que el libelo de demanda no contiene solicitud alguna sobre la cesión, como ni podía contenerla, dado que ésta fue posterior a él. A primera vista parece, pues, procedente el cargo; pero al considerar en el fondo esa adición de la parte resolutiva de la sentencia, se ve que aquél no se justifica, porque no hay en realidad fallo **ultra petita** que, de haberlo, lo fundaría.

En efecto: esa declaración no lleva consigo decisión alguna. Simplemente anota una de las consecuencias obligadas de la negativa de las acciones ejercidas. Denegadas éstas, nada obtiene la demandante cedente y, por tanto, el cesionario de parte de lo demandado o de lo que se obtendría con la demanda, nada tiene que recibir. El sentenciador no entra en realidad allí a un tema extraño al discutido y, sobre todo, ninguna obligación impone al cesionario, de ningún derecho lo priva. Reconoce cuál es la situación de éste por virtud de la negativa pronunciada contra la demanda. Al negarse lo demandado, ese resultado para el cesionario precisamente había de producirse, aunque sobre él nada dijera la sentencia. La declaración del numeral tercero registra, pero no produce, esa situación del cesionario, la que proviene de la resolución pronunciada en los numerales 1º y 2º, de la que es, repítese, consecuencia obligada y no dejaría de serlo porque la parte resolutiva de la sentencia lo hubiera callado.

No prospera, pues, el cargo formulado dentro del citado motivo segundo.

Cuanto al motivo 1º se sostiene que el recurrente acusa de violación de las varias disposiciones legales sustantivas que cita y que agrupa en esta forma: El artículo 2083 del C. C., por no haberlo aplicado el Tribunal, en cuanto desconoce la existencia de una sociedad de hecho entre Alvarez y la Ospina, a pesar de estar demostrada con las pruebas traídas a los autos; de los artículos 1323 y 1324 de ese Código, por indebidamente aplicados al estimar ilícita esa asociación, no obstante que el nuevo Código Penal le quitó el carácter de punible al concubinato, según su artículo 432, también violado por lo mismo, a que se agrega que la sociedad afirmada en la demanda fue independiente del amancebamiento y tuvo un fin económico lícito; de los artículos 2045 y 2054 del C. C., por no haberlos aplicado al negar el pago de los servicios pedido subsidiariamente; de los artículos 470 a 472 del C. J., por no considerar el Tribunal la súplica subsidiaria; del artículo 40 de la Constitución que asegura al trabajo la protección del Estado, y de los artículos 1494 y 1502 del C. C., a más de los ya dichos 2045

y 2054 del mismo, en armonía con el artículo 8º de la ley 153 de 1887, por haberse absuelto al demandado del pago de los mencionados servicios.

Todos estos cargos tienen por fundamento el de error en la apreciación de las pruebas que el recurrente cita y analiza, en cuanto, en su entender, ellas acreditan la labor de la Ospina a López y, por ende, ya la sociedad, ya el arrendamiento de servicios.

Esas pruebas, que se analizarán adelante, consisten en declaraciones de testigos, posiciones de Alvarez e inspección ocular.

Antes de entrar en su estudio es de atenderse al cargo de violación de los artículos 470 a 472 del C. J., formulado así por el recurrente y fundado en que el Tribunal no se detuvo a estudiar la acción subsidiaria y en esto se limitó a confirmar la sentencia del Juzgado.

Efectivamente sobre este punto no hace espaciosas consideraciones, en contraste con lo relativo a la sociedad; pero esto no puede entenderse como que se fallara por el Tribunal sin motivación alguna sobre el pago de servicios que es, como se ha visto, la acción ejercida subsidiariamente. El Tribunal expresa el concepto de que no hay actividades distintas de las correspondientes a la vida marital que llevaron Alvarez y la Ospina, y en este concepto se basa para acoger la decisión del Juzgado, tanto en lo atañedero a la sociedad, cuanto en lo relativo al arrendamiento de servicios.

Así pues, ese cargo no se justifisca.

El fin económico de que habla el recurrente es el negocio de carnicería, en el cual la Ospina ayudaba a Alvarez, que no sabe leer ni escribir, llevando las cuentas y hasta acompañándolo a la celebración de los respectivos contratos. Varios de los testigos presentados por la parte actora, afirman estos hechos. Varios de los presentados por su contraparte manifiestan no haber visto tales cuentas y que la Ospina sólo iba a veces al puesto de venta de la carne en la plaza de mercado a llevarle el almuerzo a Alvarez y que cuando éste comenzó su vida marital con ella hacía años que tenía establecido y sostenía con éxito su negocio, para el cual no se necesitan conocimientos especiales y le bastaba su buen sentido aguzado por la atención y la costumbre.

Ante ese conjunto de testimonios optó el Tribunal por la negativa a reconocer en el ayuntamiento con la Ospina una labor en ésta de que pueda deducirse asociación para el negocio o arrendamiento de servicios lícitos.

El recurrente anota que no hay oposición entre el dicho de los testigos de una y otra parte, en cuanto de no haber visto a la Ospina acompañando a Alvarez sino cuando le llevaba alimentos ni haber visto las cuentas o apuntes, no se deduce que estos hechos no estén acreditados como manda el artículo 697 del C. J., y agrega que el Tribunal erró al desechar los testimonios de la parte actora, tanto por lo que acaba de decirse, como porque les atribuye a los testigos como única razón de su dicho meras referencias a terceros, lo que les invalidaría según el artículo 698 ibídem su declaración, dejando el Tribunal de ver que, a más de esas referencias, los testigos declaran por sus propias percepciones. Este último reparo lo justifica el recurrente confrontando el concepto del Tribunal y la declaración de cada uno de los testigos.

Pero de la corrección de este error no se deduce la prosperidad del recurso, porque el fallo recurrido tiene otros soportes que permanecen en pie, como se verá en seguida, y porque de la aceptación de esas declaraciones con toda su fuerza no se deduce obligadamente que hubiera en realidad el contrato de sociedad o de arrendamiento de servicios indispensables, dentro de la demanda misma, para que surgieran de las relaciones entre Alvarez y la Ospina las acciones ejercidas.

El Tribunal observa que no se habla de contabilidad sino meramente de apuntes y que de éstos no hay dato distinto de la alusión que a ellos hacen los testigos; la ayuda de la Ospina o su intervención en el negocio no está suficientemente comprobada, pues los datos que hay al respecto no demuestran algo constitutivo de sociedad o distinto del acompañamiento implicado por el concubinato. Sobre las capacidades económicas de Alvarez hay el dato de haber venido a menos, y sobre la compra del inmueble que parece ser el blanco y razón del pleito, anota que el precio fue de $ 3.400, cubierto sólo en parte el día de la escritura y reducido a un saldo de $ 1.000 para septiembre del año siguiente cuando rindió declaración como testigo el vendedor (cuaderno 3º folio 15):

Otra prueba a que el recurrente atribuye trascendencia es la inspección ocular que acredita que dos cheques girados a favor de Alvarez fueron firmados por la Ospina. Este hecho es trivial para el sentenciador, en manera alguna persuasivo de sociedad o de algo diferente del menester de ocurrencia cuotidiana en que al que no sabe

firmar lo asiste o suple a su ruego cualquiera persona amiga o conocida.

Cuanto a las posiciones absueltas por Alvarez, no se encuentra en ellas elemento probatorio que favorezca las pretensiones del recurrente.

Responde sistemáticamente "no es cierto" a una serie de preguntas sobre asociación con la Ospina, compra de la casa para ella también, etc., tanto en la primera instancia (cdno. 2º, folios 10 v. a 12), cuanto en la segunda (cdno. 4º, folios 10 y 11). Sólo responde "es cierto" a las preguntas siete y doce de las de segunda instancia, en que se le interroga sobre si la Ospina desistió "por haber arreglado amigablemente las diferencias en el pleito". Es en el concepto de haber aquí la confesión de una transacción en lo que el recurrente encuentra error en la apreciación de la prueba del que ha de deducirse la invalidación del fallo recurrido, a fin de que a Sabogal no se le sacrifique su cuota de cesionario en la cantidad que la Ospina recibiera.

A más de que no hay confesión de pago, es de anotarse que la transacción, en su caso, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, al tenor del artículo 2483 del C. C., por lo cual no deja de causar extrañeza que el recurrente sostenga que hubo transacción y reclame por que no se la reconoce.

En rigor de verdad lo que pretende el recurrente es que de los indicios que da por acreditados con sus pruebas se deduzca el convencimiento, que para el Tribunal no se produjo, de que hubo la sociedad o el arrendamiento de servicios de que tan repetidamente aquí se ha hablado; y sabido es que en casación no puede cambiarse la solución de convencimiento o falta de convencimiento con que a la Corte llegue una sentencia de Tribunal, sino cuando éste concluye con esa solución afirmativa o negativa por desconocer hechos comprobados que impondrían necesariamente la contraria, o por dar por comprobados hechos que no lo están, o por establecer relaciones de causalidad reñidas con la lógica entre los indicios y lo que les deduce como consecuencia.

La ilicitud del objeto no se produce u ocurre tan sólo cuando hay lo que lo prohibe o lo que lo erige en delito. El artículo 1518 del C. C. termina con estas palabras: "o contrario a las buenas costumbres o al orden público". Esta elemental observación basta para desechar el cargo de violación de los artículos 1494, 1502, 1523 y 1524 del C. C. por aplicados indebidamente y del 432 del C. Penal por no haberse aplicado, cargo que deriva el recurrente de que esta disposición derogó del antiguo Código Penal todo lo que sea contrario al nuevo y en éste el amancebamiento no tiene la calidad de delito.

Además, es de observarse que la demanda no incurrió en el absurdo de derivar sus acciones de un concubinato, sino que aduce como fundamento hechos sobre los cuales pone cuidado en advertir que son separados e independientes de él, única manera de que la acción hubiera podido prosperar si se hubieran comprobado tales hechos.

No son, pues, justificados los cargos hechos dentro del motivo primero del artículo 520 del C. Judicial.

La Sala no cierra esta sentencia sin advertir que el sostenimiento del pleito por sólo Sabogal como cesionario después del desistimiento de la Ospina, no fue materia de reparo de su contraparte, ni del Juzgado, ni del Tribunal, ni se ha puesto **sub judice** dentro del recurso de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el ocho de abril de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

SALA DE CASACION PENAL

INIDONEIDAD MORAL PARA RENDIR TESTIMONIO

Resumiendo el estudio hecho por la Sala sobre la inidoneidad moral para rendir testimonio se tiene: Primero: No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos cuando la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado. Segundo: Siempre que el agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica testimonial. Tercero: Toda declaración en favor de los ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, dada por ellos mismos, puede recibirse y valorarse igualmente a la luz de la crítica establecida en el Código.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en fallo de fecha ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis, condenó a Misael León a la pena principal de nueve años y cuatro meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas José de Jesús Medina y José Espíritu León, respectivamente, providencia contra la cual se interpuso recurso de casación.

Llenados los trámites legales de rigor, el señor apoderado del recurrente, doctor Jorge Arenas Calvete, presentó la demanda de casación en la cual invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, solicita se case la sentencia recurrida y en su lugar se condene al procesado a la pena de ocho años y cuatro meses de presidio, pues la causal primera invocada prospera en virtud de la mala aplicación de la ley penal hecha por el Tribunal por cuanto aceptó como probada una circunstancia de mayor peligrosidad, inexistente en el proceso.

La Sala considera:

Las causales invocadas son la primera y segunda de casación sustentadas sobre una misma impugnación de la sentencia, o sea, la errada aplicación de la ley penal, "por cuanto se aplicó una pena mayor que (sic) el mínimo señalado en el artículo 362 del Código Penal, sin tener en cuenta el artículo 39 del mismo, y en cambio por haber sí tenido como aplicable el 36 del mismo código por haber interpretado mal el numeral 3º del artículo 37", según dicho del propio demandante.

La causal segunda queda desechada, pues además de ser fundada en el mismo motivo alegado para la causal primera, su invocación en los juicios ventilados ante el Jurado, no es conducente, como lo ha sostenido repetidamente la Sala.

Los argumentos expuestos por el demandante para cimentar la causal primera, son los siguientes:

"Hubo indebida aplicación en la ley penal por cuanto se interpretó mal en la sentencia el motivo determinante de la acción homicida, considerándolo fútil, y por cuanto no apreció sino el motivo final y no los verdaderos motivos causales, sobre el origen de la demanda y los hechos que la originaron. Se incurrió en error en la sentencia por haber aplicado una sanción mayor de la del mínimo señalado por el artículo 362 del Código Penal, con violación del artículo 39 del mismo, que ordena aplicar el mínimo de la sanción, ocho años en el caso presente para el ho-

micidio, y en su lugar se aplicó erróneamente una sanción mayor, de nueve años de presidio para dicho homicidio, interpretando y aplicando mal el artículo 36 del Código Penal".

Y más adelante agrega: "Si tenemos en cuenta la segunda causal alegada, debemos tener presente que en la aplicación de la ley penal el Juez de derecho, al aplicarla debe tener en cuenta los hechos que estén debidamente comprobados, conforme a la tarifa legal de pruebas, haciendo la crítica del testimonio en forma correcta, sin descuidar las condiciones personales del testigo, dentro de la órbita que los mismos testigos, cuando son atendibles, señalen en su justo valor, o mejor, en el alcance jurídico de la respectiva declaración. Porque si la respectiva declaración o prueba no tiene el alcance de establecer un hecho, en el caso presente el psicológico del verdadero motivo que llevó a delinquir, puesto que a él se refiere especialmente el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, el Juez no puede dar por probado ese hecho porque de dicha prueba o declaración no aparezca el verdadero motivo. En la aplicación de la ley penal debe haber una relación estrecha que equivalga al grado de certeza entre la prueba y el elemento exigido por la ley como necesario para la sanción o determinación del grado en la penalidad, cosa que no ocurrió en la sentencia respecto del motivo que movió al procesado a delinquir, siendo por tanto casable dicha sentencia, según la petición que hago al principio de esta demanda".

Como se observa, el demandante opina que se tuvo en cuenta por el Juez de derecho, una circunstancia de mayor peligrosidad, la de la futilidad de los motivos, que no está probada.

Para desentrañar el problema, es necesario analizar cómo sucedieron los hechos:

El señor José Espíritu León se presentó a la Alcaldía del Municipio de La Paz (Santander) con el objeto de denunciar a su hermano legítimo Misael León por los siguientes sucesos: El día veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, hacia las cinco de la tarde se presentó en su casa de habitación, en la cual se hallaba en compañía de su esposa Clementina Díaz y de su amigo José de Jesús Medina, su hermano Misael, quien llamó a Medina con el objeto de preguntarle a Medina en tono alterado quién le había hecho dirigir una orden de comparendo ante el Alcalde Municipal. Medina contestó en forma negativa. José Espíritu, quien oía a los interlocutores, se apresuró a manifestar que él había sido el peticionario de tal orden. Ante esta declaración Misael se abalanzó con un bordón y un machete en contra de su hermano, al que le infirió dos heridas. Este a su vez extrajo su peinilla y se defendió ocasionándole al atacante igualmente algunas lesiones. En los momentos en que se verificaba el ataque de Misael, José Espíritu requirió a Medina su ayuda diciéndole que cómo podía dejar que lo ultimaran sin defenderlo; ante esta petición José de Jesús Medina se interpuso entre los contrincantes; recriminando a Misael su actitud y haciéndole ver que José Espíritu se hallaba en su casa pacíficamente. Misael ante esta intromisión dirigió sus ataques contra Medina causándole varias heridas que le ocasionaron casi instantáneamente la muerte. Misael se apartó del lugar de los acontecimientos, terminando en esta fórma fatal los sucesos de aquel día.

La versión de los hechos se basa en tres declaraciones. La de José Espíritu León, hermano de Misael; la de su esposa Clementina Díaz y la de la madre de los hermanos León, Rosa María Delgado. Misael León en su indagatoria principia por negar enfáticamente los hechos; posteriormente acepta que sí recibió heridas a manos de su hermano y de Medina, quienes lo atacaron en su casa de habitación, pero sin decir nada respecto de la muerte de éste, al cual pretende desconocer, para después citarlo por su propio nombre.

El punto central de esta casación, o sea la aceptabilidad y valor de las declaraciones de José Espíritu León, Rosa María Delgado y Clementina Díaz, hermano, madre y cuñada del procesado, respectivamente, como base para sustentar una circunstancia de mayor peligrosidad, fue estudiado desde la instancia, por los jueces del conocimiento y controvertido en la audiencia pública.

A este respecto, dijo el señor Juez 2º Superior del Socorro, en su auto de proceder, a folios 54 y siguientes:

"Prohibe el artículo 226 del C. de P. P., que se reciba declaración a una persona contra su consorte, sus ascendientes, sus descendientes y sus hermanos. A pesar de esa regla terminante, el instructor llamó a declarar a la madre y a la hermana de Misael León. El Juzgado, respetando la orden legal, dejará de tener en cuenta esas exposiciones en cuanto perjudican al sindicado Misael y sólo las contabiliza para efecto de establecer la presanidad de los ofendidos.

"Pero en ninguna parte ha prohibido la ley,

que el hermano denuncie a su hermano, cuando ha sido víctima de un delito cometido por éste. De manera que nada prohibe el que se tenga en cuenta la denuncia juramentada que presentó José Espíritu León, con la cual está encabezada esta instructiva.

"Con base en esa denuncia y en la declaración de Clementina Díaz, esposa de José Espíritu León, se hizo la historia de los hechos que se dejó escrita ya".

Respecto de la crítica de las declaraciones rendidas, afirma el mismo funcionario:

"Misael rindió indagatoria al folio 4. En esa pieza dice que no sabe por qué se le interroga sin juramento, que el día y a la hora de los hechos se hallaba en la casa en compañía de su madre y de su hermana, que no sabe quién mató a José de Jesús Medina, ni quién hirió a José Espíritu, y, acto seguido, da denuncia contra éstos por las heridas que presenta. Cuenta entonces que se hallaba cerca a la casa de José Espíritu —olvidando que había dicho que estaba en la suya— y que salió José de Jesús Medina y lo atacó a machete, hiriéndolo en el cuello; que luego llegó su hermano José Espíritu y le tiró un machetazo por una mano; que esos hechos ocurrieron sin que se cruzaran palabras ningunas y que en seguida se fue para su casa, sin saber cómo resultaron heridos los atacantes. Llevado a reconocer el cadáver de Medina (f. 15), asegura que no lo conoce".

"Considerandos:

"Basta comparar el relato de José Espíritu con el de Misael para deducir lógicamente que éste mintió y el otro dijo la verdad; José Espíritu hace una historia coordinada, en la cual todos los hechos van teniendo su explicación y sus causas inmediatas; Misael empieza negando todo, luego se contradice sobre el lugar en donde se encontraba, y, por último, cuenta que fue víctima de un ataque inexplicable y que de ese ataque sólo él resultó herido, sin haber, a su vez, lesionado a nadie; con la historia de José Espíritu no se presenta ningún vacío ni ninguna incongruencia; con la de Misael todo es inexplicable; la versión de José Espíritu está en un todo de acuerdo con los hechos comprobados por la pericia médica y con los detalles observados en la diligencia de levantamiento del cadáver; la de Misael falla ante la comparación con cualquiera otra pieza procesal; la de José Espíritu tiene el respaldo de un testimonio que, aunque sea de una persona que tiene lazos muy cercanos a él, es, en todo caso, una declaración rendida bajo juramento; la de Misael no encuentra apoyo en ninguna otra pieza del sumario. El denunciante se hallaba en su casa y en ella ocurrieron los sucesos, luego hay que pensar en que estaba desprevenido; Misael se encuentra en escena fuera de su hogar y entonces incurre en el absurdo de asegurar que se le buscó para atacarlo. José Espíritu no tiene miedo a confesar que hirió a su hermano; Misael se quiere presentar como una víctima indefensa, pacífica, sin acordarse de que sobre el campo quedó un muerto y quedó también otro herido que pregonan su extrema peligrosidad. Misael conocía a Medina y lo cita por su nombre en la indagatoria; ¿por qué, entonces, se niega a reconocerlo cuando ya es cadáver?"

En la audiencia pública el señor Fiscal sostuvo lo siguiente:

"Pero es que aquí está la declaración de la propia madre del sindicado, que confirma lo dicho por José Espíritu León. Yo, en mi vista fiscal, estimé que esta declaración no había necesidad de hacerla valer para estructurar la imputabilidad y la responsabilidad de Misael León, por cuanto que la prueba era abundante y porque además, existe una disposición legal que prohibe recibirle declaración al padre contra el hijo, al hermano contra el hermano. Mas en el caso de autos, es el propio familiar el que derrama sangre hermana, su propia sangre, rompe los lazos que lo unen a la familia. Por eso fue que en el caso de autos la madre tuvo que romper ese vínculo familiar y declaró contra su hijo, para hacer brillar la justicia y castigar a quien de manera tan injusta intenta arrebatar la vida a su propio hermano. He ahí por qué considero que es el caso de hacer valer en esta audiencia la declaración de la propia madre del sindicado".

El veredicto del Jurado fue simplemente afirmativo, aceptando la muerte de Medina a manos de Misael León, como homicidio intencional, e igualmente, las lesiones personales en su hermano José Espíritu León.

Respecto de la apreciación de la pena, se dijo en la sentencia condenatoria, por el Juez del conocimiento:

"El homicidio, conforme lo respondió el Jurado queda colocado dentro de la categoría de los simplemente voluntarios, o sea el que es sancionado por el artículo 362 del Código Penal.

"Como en el caso presente se trata de dos delitos que se juzgan en un mismo proceso, es aplicable el artículo 33 del C. P.

"El delito de lesiones personales carga con las circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en los ordinales 3º y 4º del artículo 37 del Código Penal, y el delito de homicidio con la prevista en el ord. 3º del artículo antes citado.

"Aumentada la pena contemplada por el artículo 362, por la circunstancia de mayor peligrosidad aludida serían nueve años, la que a su vez vendría a ser aumentada conforme a lo dispuesto por el artículo 33, vendría a ser un total de once años de presidio como pena principal para Misael León".

A su vez, el Tribunal, sobre el mismo tema, dijo lo siguiente:

"El Juzgado consideró acertadamente que el procesado tiene a su favor las circunstancias de menor peligrosidad consistentes en su buena conducta anterior y su falta de ilustración y que lo perjudicial le es la de mayor peligrosidad consistente en haber obrado por motivos fútiles. Por esa consideración señaló para el homicidio la sanción principal de nueve años de presidio, señalamiento que es inobjetable porque está dentro de la facultad concedida por el artículo 39 del C. P.

"A esos nueve años de presidio agregó dos más por el delito de lesiones personales, incurriendo en un error que debe ser corregido por el Tribunal y que consiste en lo siguiente: de conformidad con muy conocida jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la acumulación de que tratan los artículos 31 y 33 del C. P. debe hacerse en tal forma que de ninguna manera resulta impuesta una pena superior a la que correspondería si se sumaran las que fueran aplicables a los dos o más delitos, juzgados separadamente. Esa norma de justa interpretación no fue respetada, porque si se estudian las disposiciones aplicables al delito de lesiones personales, con incapacidad de seis días, se verá que el máximo de pena imponible por ese delito y en este caso sería el de nueve meses de arresto, los que, convertidos a presidio, dan un total de cuatro meses de esta pena (artículos 60, 372 y 279 del C. P.). De manera que la sentencia debe ser modificada, según lo expuesto, en el sentido de rebajar a nueve años y cuatro meses de presidio la sanción principal y al mismo tiempo la accesoria sobre interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas.

"En todo lo demás es legal el fallo de la primera instancia".

Como se observa, en el análisis de la penalidad que debía corresponderle a León, el Juez Superior y el Tribunal sólo trataron muy escuetamente lo referente a la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, sin explicar ciertamente la manera de comprobar la existencia de esa circunstancia.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, hace la crítica del fallo del Tribunal en la siguiente forma:

"En la declaración-denuncia de José Espíritu León y la de su esposa, únicos testigos oculares de los sucesos junto con la madre del procesado, se basa el Tribunal para narrar los hechos en la forma transcrita y para deducir el motivo determinante de la tragedia.

"Pero si esa entidad desechó acertadamente la declaración de la madre del procesado, igual cosa ha debido hacer con la del hermano del mismo, al menos en lo referente al homicidio de Medina, pues así lo prescribe terminantemente el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que no sólo rechaza, sino que prohibe recibir a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos. Tal prohibición está basada en los más altos intereses humanos para mantener la armonía familiar e impedir que los seres a quienes la naturaleza une por los vínculos de la sangre y aquellos otros ligados por el matrimonio, se vean en el duro caso de traicionar sus sagrados sentimientos afectivos, o de faltar a la verdad quebrantando un juramento. En ese dilema torturante, la ley corta sabiamente la dificultad, prohibiendo recibir declaración a tales personas.

"En esta parte, es, pues, eficaz la declaración de Espíritu León para demostrar la futibilidad de los motivos de ataque hecho por su hermano Misael a Medina. En consecuencia, sólo queda, como única declaración de cargo, la de la cuñada de Misael, ya que éste, durante todo el curso del juicio, negó su responsabilidad. Además, el defensor, en el acto de la audiencia, apenas llegó a conceder que se trataba de un homicidio efectuado en el curso de una riña imprevista para el procesado.

"Lo primero que hay que establecer con relación al móvil es su existencia, para luego entrar a calificarlo como fútil o innoble. Tal existencia debe comprobarse plenamente, puesto que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son del resorte exclusivo del Juez de derecho y, por lo tanto, están sujetas a la prueba establecida por la ley (artículos 159, 203 y 206 del C. de P. P.).

"En el presente caso, como se ha dicho, sólo

resulta atendible la declaración de la cuñada del procesado sobre las modalidades de los hechos criminosos; pero como el testimonio único es prueba incompleta para establecer un hecho, síguese que la calidad antisocial del motivo que impulsara a delinquir al acusado no se halla probada con plenitud.

"En tal virtud, el aumento de la pena que hizo el Tribunal sobre la base de la futilidad del móvil, no tiene fundamento sólido en las constancias procesales, y violó, por lo mismo, los artículos 36 y 39 del Código Penal.

"Lo cual quiere decir que la sanción debe adaptarse a su mínimo tratándose del homicidio, pues respecto de las lesiones la pena de cuatro meses que impuso el Tribunal no fue atacada en casación y debe, por consiguiente, quedar en firme.

"Por el homicidio le corresponde a León ocho años de presidio, de acuerdo con el veredicto del Jurado, a los cuales debe agregarse los cuatro meses aludidos.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que invalide la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que ha sido materia del recurso, y, en su lugar, condene a Misael León a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, más las accesorias correspondientes".

La Sala observa:

La cohesión, la armonía, la solidaridad social estimulan en todo ciudadano el deber de coadyuvar con la justicia al esclarecimiento y represión de los delitos. Sin embargo, para no dejar a la maliciosa o arbitraria decisión de los ciudadanos, indiferentes o temerosos, la averiguación de la verdad, el Estado elevó a la categoría de texto legal, la obligación, para toda persona, de rendir testimonio dentro del proceso penal.

En efecto, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 225 establece lo siguiente: "Toda persona está en la obligación de rendir el testimonio que se le pida en el proceso penal, con excepción de los casos expresados por la ley".

Para obtener un testimonio veraz —la veracidad se presume generalmente— es necesario que el individuo haya visto lo verdadero, esto es, que no se haya engañado al percibir la verdad, y segundo, que después de percibirla, quiera expresarla íntegra y sinceramente, es decir, que no quiera engañar al relatarla. De tal manera, puede no ser verdadero el testimonio de un hombre que quiera decir la verdad, cuando por su incapacidad psicológica o física esté en imposibilidad de apreciar nítidamente los hechos. Puede ser idóneo por deficiencia en la percepción de la verdad, el sordo, o el infante, el miope, etc. Igualmente puede no ser verdadero el testimonio de un hombre que haya percibido exactamente la verdad, pero que quiera engañar al relatarla por conveniencias o fuerzas morales. Es inidóneo moralmente, el testigo que por un deber de afecto familiar o profesional, guarda el secreto de un hecho.

Precisamente porque el Estado puede exigir de modo coactivo a un testigo su declaración, no lleva en su fuerza a compeler a aquellos testigos que por un deber moral se sienten inclinados a callar. El Estado no puede obligar a la inmoralidad. Por tanto establece ciertas excepciones a la regla general de la exigibilidad coactiva del testimonio, cuando quiera que se presentan fuerzas morales que inhiban al declarante para deponer la verdad.

La ley procesal colombiana considera dos clases de inidoneidad moral para rendir testimonio y por lo tanto autoriza dos excepciones a la coactividad de la declaración: Primera, la inidoneidad por parentesco y la segunda, la inidoneidad por secreta confidencia.

La inidoneidad moral por parentesco está prescrita en los artículos 226 y 227 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Artículo 226.—No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos".

"Artículo 227. — Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

La inidoneidad moral por secreta confidencia está prescrita en el artículo 228 ibídem, que dice:

"Artículo 228.—No pueden ser obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1º Los ministros de la Religión Católica o de otro culto admitido en la República, y

"2º Los abogados, los consejeros técnicos, los médicos, cirujanos, farmaceutas, enfermeros, ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la Ley expresamente les imponga la obligación de informar a la autoridad".

Y el artículo 13 del Código de Procedimiento

Penal, que comprende las dos clases aludidas, dice:

"Artículo 13.—Nadie estará obligado a dar denuncio contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Tampoco estará nadie obligado a denunciar las infracciones que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que impongan el secreto profesional".

¿Cuál es el contenido de los artículos 226 y 227 del Código de P. P. que se refieren a la inidoneidad moral por parentesco? Los lazos de la familia imponen una serie de deberes y afectos que imprimen sobre el ánimo del pariente un estímulo moral dirigido a disculpar las actitudes erróneas de los suyos, máxime cuando éstas pueden acarrear la sanción de la justicia. Estos deberes de vinculación familiar, son los mejores sustentos de esta institución, base de la sociedad, por lo cual el Estado directamente se halla interesado en protegerlos. A la sociedad, le parece natural, lógico y humano, que un pariente trate por afecto y deber moral de disculpar y ocultar los defectos, hechos, erróneos y acciones delictuosas de sus propios allegados. En tal forma, cuando quiera que la verdad le sea desfavorable, el sujeto se verá impulsado a no expresarla y si se le llegare a obligar, es fácil que la relate engañosamente. Por el contrario si alguien depusiere en contra de un pariente, esa declaración repugna a los sentimientos de nobleza y deber familiar, y antes bien, puede ser sospechosa, porque es posible que pasión de odio o de animosidad sofoquen los instintos naturales de protección a quienes están ligados por lazos estrechos de afinidad o de sangre.

Ante esa consideración el Estado estableció como texto legal la norma de no hacer constreñible el testimonio de los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

De consiguiente, la persona puede tener ordinariamente una voluntad contraria a la verdad; cuando se relaciona con hechos que puedan perjudicar a quienes están atados a él por los lazos familiares. Esta voluntad se funda en un deber moral de tutela de la familia. Si se le obliga a declarar, se le sitúa ante una tremenda disyuntiva: o declara la verdad rompiendo los lazos morales de afecto y solidaridad familiar —acto que la sociedad y el Estado no justifican— o declara una mentira incurriendo en el delito de falso testimonio.

Para no vulnerar aquellos principios el Código estableció el artículo 227, contentivo del canon 25 de la Constitución Nacional, que dice: "Nadie podrá ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo o contra sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

Esta disposición ampara en primer término, la moral y la condición inherente a la naturaleza humana del instinto defensivo, y, en segundo término, los vínculos respetables que ella comprende prohibiendo que se obligue en materia criminal, correccional o de policía a declarar en contra de sí mismo o en contra de un pariente cercano. No se puede obligar a declarar en contra de sí mismo porque en esta forma se coacciona al declarante colocándolo en una alternativa inmoral: o vulnera los fueros de la verdad para evitar la sanción o expresa esa misma verdad aun cuando vaya en contra del instinto de defensa personal. He ahí la causa por la cual la ley prohibe recibir a todo indagatoriado el juramento que se exige a los demás declarantes.

El contenido del artículo 227, puede explicarse en la siguiente forma: Primero. No se puede obligar a nadie a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuge, tíos, sobrinos, yernos, suegros, nueras, cuñados o primos hermanos. Segundo. Pueden declarar en favor de ellos, con el valor entendido que la ley les atribuye conforme a las reglas de la crítica testimonial por reputarse interesados en favorecer al pariente. Tercero. Si voluntariamente y por propia iniciativa las personas indicadas rinden declaración en contra de alguna o algunas de ellas, tal testimonio también debe analizarse a la luz de la crítica testimonial.

¿Cuál es el sentido del artículo 226 que dice: "No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos?". Como ya se observó, en el texto atrás analizado, en que "nadie podrá ser obligado a declarar en contra...", se incluyen parientes como los suegros, yernos, nueras, tíos, sobrinos, primos y cuñados, ligados por un parentesco menos próximo; si declaran voluntariamente su declaración estará sometida a las reglas de la lógica y de la psicología sobre el testimonio. Pero a la luz del artículo 226, se limita el número de parientes y se agrega un elemento imperativo, cual es el de: "no se recibirá....", "nadie declarará

contra su consorte, ascendientes, descendientes, o hermanos".

¿Cuál es el significado de ese término imperativo limitado exclusivamente a los parientes próximos de la familia?

Esta norma imperatiav de prohibición establecida por la ley procesal se fundamenta en las siguientes consideraciones: a nadie se puede obligar á declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermano, por inidoneidad moral (artículo 227). Si se le obligare, puede declarar una mentira e incurre en falso testimonio, o puede declarar la verdad y se comete por el Estado un acto inmoral al constreñir al pariente a romper los lazos de solidaridad y protección familiar. Si declara en contra voluntariamente, su testimonio se hace sospechoso de parcialidad, animosidad u odio, porque sólo una pasión de esta índole puede allegar los imperativos del afecto y deber familiar, para perjudicar con su declaración al íntimo miembro de su propia sangre. Igualmente, la ley atiende a una razón de orden político o social. La aplicación de la pena por medio del juicio, tiene también como fin, volver a su antiguo estado la tranquilidad social perturbada por el hecho delictuoso. Por tanto, el gesto de un hombre que en contradicción con todos los deberes morales empujase ante el rigor de la justicia el propio pariente, cercano, repugnaría a la conciencia moral de la sociedad y causaría un escándalo o perturbación, incompatible con el ideal de pacificación y equilibrio social que persigue la administración de la justicia. De consiguiente, estas razones de lógica, humanidad y política, impulsan al Estado a excluír imperativamente la recepción de unos testimonios sobre los cuales están en pugna tan tremendas fuerzas morales, y de los cuales, la crítica testimonial no podría por las mismas dificultades sacar alguna conclusión de veracidad.

Por otra parte, teniendo en cuenta el Legislador que con el hecho de aceptar el Estado la declaración de una persona en contra de su pariente se produciría, en primer término, la conmoción social y política del baldón para la tutela de la familia, y en segundo lugar, la tremenda duda para el juez respecto de la crítica de ese testimonio —por las fuerzas morales en pugna sobre él ejercitadas— resolvió de una vez zanjar el problema decidiendo no aceptar en ningún caso la declaración de la persona en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, o hermanos. En esta situación aunque voluntariamente y en forma espontánea se presente alguno de ellos a rendir testimonio, el funcionario —por mandato imperativo de la ley— está autorizado para rechazarlo, y si, por alguna circunstancia obra en el expediente, deberá carecer de toda eficacia o valor probatorio.

Sin embargo, esta regla admite dos importantes excepciones: a) la declaración-denuncia de una persona cuando sobre ella misma se ha ejercitado la acción criminosa de su propio pariente; y b) la declaración como testigo de una persona cuando un pariente ha ejercitado su acción delictuosa sobre otro pariente, correlativo de ambos.

Es radicalmente distinta la declaración de un pariente, como testigo, a la declaración que él mismo puede dar, en su calidad de ofendido, en contra de uno de los suyos. La ley presume que la solidaridad emanada del afecto familiar o del vínculo de sangre, se quebranta ante el ataque del pariente cercano y, por tanto, la inclinación antes existente de faltar a la verdad desaparece ante la ofensa de que se es víctima. Por otra parte, si no se recibiera la denuncia del pariente ofendido por su otro pariente, la Ley —al amparar una condición eminentemente moral: la cohesión familiar— al mismo tiempo establecería un fuero delictuoso, puesto que todos los delitos cometidos en el seno de la familia quedarían sin investigación ni sanción posible, lo cual es inaceptable.

Si esto se predica de la declaración-denuncia del pariente que ha sido víctima, igual cosa debe pensarse de las declaraciones de los otros parientes, cuando la ofensa sobre uno de ellos ha llegado a su conocimiento. La voluntad contraria a la verdad, antes existente para favorecer al pariente, se quebranta ante la actitud delictuosa del propio deudo que ofende al ambiente tutelar de la familia. Entonces los lazos de deber y unidad familiar se rompen y la inhibición para perjudicar desaparece, con el objeto de que sancione al pariente que saltando por sobre los frenos morales del afecto, llega hasta vulnerar el propio núcleo sagrado del hogar.

Tampoco, la ley, en este caso, podría servir de instrumento para amparar la peligrosidad de un sujeto que si rompe los lazos de familia, con mayor facilidad puede demostrar su peligrosidad social, lesionando los derechos de los demás asociados.

Resumiendo el estudio hecho, se tiene: Prime-

ro: No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos, cuando la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado. Segundo: Siempre que el agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos, puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica testimonial. Tercero: Toda declaración en favor de los ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, dada por ellos mismos, puede recibirse y valorarse igualmente a la luz de la crítica establecida en el Código.

Con el objeto de aclarar los conceptos esbozados, la Sala se permite transcribir algunos apartes del estudio que sobre este tema ha hecho el autorizado expositor Nicolás Framarino. Al hablar sobre la valuación del testimonio con relación al sujeto, expresa lo siguiente:

"Para que èl hombre, como pide la general presunción de la veracidad humana, narre la verdad que ha percibido, es preciso que no se haya engañado al percibirla, y que no quiera engañar al relatarla. He ahí las dos condiciones que deben darse como inherentes al sujeto del testimonio, y sin las cuales no puede inspirar fe. Para que el testigo, pues, tenga derecho a ser creído, es preciso:

"1º que no se haya equivocado;

"2º que no quiera engañar.

"El testigo que, por condiciones intelectuales o sensibles, no puede percibir o percibe falsamente, es **inidóneo** por deficiencia en la percepción de la verdad.

"El testigo que, por condiciones morales, se ve casi fatalmente inclinado a engañar, es **inidóneo** por defecto de la voluntad hacia la verdad...

"...Pasemos ahora a hablar de la segunda categoría de **inidóneos,** de los que lo son por deficiente voluntad de decir la verdad. Son inidóneos en tal concepto todos aquellos que **por un deber moral** se sienten llevados a **no decir la verdad.** Consideramos como causa de inidoneidad ésta tan sólo en este caso, porque cualquier otro impulso para mentir, no sólo no puede tener igual fuerza, sino que cualquiera que ésta sea, puede contraponérsele a la coacción legal, con amenaza de la pena por falso testimonio.

"La solidaridad social suscita en todo ciudadano el deber de acudir como conviene, al auxilio de cosa tan importante para la tranquilidad de todos, como la supresión del delito por la pena; en su virtud, el acudir ante los tribunales de justicia a declarar en materia criminal, es un deber cívico, exigible. De aquí el derecho del Estado a constreñir al testigo. Pero este derecho debe detenerse cuando se encuentra ante un deber moral que aconseja callar: el Estado no debe obligar a la inmoralidad: **civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.** El testigo que por un deber moral se sienta llevado a callar, es inidóneo, no constreñible. Hay por lo demás, dos clases de testigos inidóneos de esta especie: por **parentesco** con el acusado, y por **secreta confidencia.**

"Veamos estas dos clases:

"Los parientes del procesado dentro de cierto grado que las leyes deben fijar, en razón del vínculo que el parentesco supone, se sienten muy poderosamente inclinados a discuparlo. La sociedad no puede ni debe contribuír por ese lado a romper los lazos de solidaridad de todo género que una familia supone. El pariente, por el cariño a su pariente, se verá impulsado a mentir cuando la verdad le sea desfavorable. La deposición contra el propio pariente procesado, no se verifica de ordinario porque repugna a la conciencia y aunque se produzca, por su misma singularidad, antes que hacer suponer un culto por la verdad capaz de sofocar los instintos naturales, llevaría a pensar en una animosidad especial, causa de posibles mentiras. De otro lado, la deposición del pariente en favor del procesado no tendrá valor, por suponerla inspirada en el amor de la familia. He ahí las razones de la inidoneidad del pariente para deponer; inidoneidad que es **absoluta** en cuanto a la materia, y relativa en cuanto a la causa; no se puede deponer en modo alguno en la causa de un pariente.

"Pero como complemento, es preciso ademas observar que la voluntad contraria a lo verdadero como causa de exclusión, considérase generalmente en las legislaciones como no existente, cuando se trata de un delito cometido contra otro pariente, o sobre la persona del mismo interrogado, porque la solidaridad que podría explicar la no admisión del testimonio, resulta rota por las condiciones de la misma del caso.

"Hasta aquí, hemos indicado los motivos **lógicos** de la inidoneidad del pariente; pero la exclusión de éste descansa en una razón más compleja; hay, en efecto, también, la razón **política** que tiene por fin la reafirmación de la tranquilidad social. Ahora bien, el espectáculo de un individuo que impulsase hacia el rigor de la justicia al propio pa-

riente, perturbaría la conciencia social: sentiríase violada, en su ideal de la solidaridad familiar. Aun cuando la razón lógica antes indicada no se conceptuase suficiente, más que para legitimar una simple **sospecha,** la política legitimaría de un modo indiscutible, la exclusión de semejante testimonio". (Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.—Nicolás Framarino. Págs. 49, 50, 53, 54).

¿Pero qué nueva situación podría ofrecerse cuando —como en el caso presente— de la misma declaración del hermano ofendido por su hermano, se deduce por la conexidad, cohesión, y naturalidad de ella la relación de dos hechos consecuentes en uno de los cuales él es el ofendido y en el otro hecho la víctima es una persona extraña a la familia del mismo? ¿Cómo poder rechazar, dentro de una declaración, una parte como ineficaz y aceptar otra como verdadera, cuando ella forma una íntima y entrañable unidad? ¿Cómo tener por verdadera la denuncia que hace —en el presente negocio— José Espíritu León contra su hermano Misael, por las lesiones que éste le infirió, e inmediatamente rechazar por ineficaces sus palabras cuando estaba seguro que por separarlos y defenderlo del ataque fratricida, Medina fue muerto por Misael?

Ante tan delicado problema es necesario apelar a una sana exégesis jurídica. Si se confronta esta situación con el mandato del artículo 226 de la ley procesal, debe afirmarse que una declaración —como la que se discute— cuando contiene cargos en contra de un pariente de los allí incluídos, y no se refiere a ataques precisos y directos en la persona del declarante, debe desintegrarse y ser ineficaz para que el Juez de Derecho pueda sustentar una prueba. Sin embargo el mismo testimonio puede llegar a tener un valor diferente ante el Tribunal de conciencia. Sabido es que esta institución no está sometida a tarifa legal, ni su decisión puede analizarse con sometimiento a la apreciación que hace el Código sobre el valor de las pruebas. El veredicto del jurado se emite, a conciencia y con base en la íntima convicción que la discusión de hechos y pruebas causen en su espíritu. Bajo esta especial apreciación talvez la declaración del pariente en contra de su deudo cercano, pueda tener importancia y el Jurado le dé un valor de verdad. Sin embargo, aun estimada con valor suficiente para sustentar un cargo en contra del acusado, a la luz de la prueba legal —que debe ser valorada por el Juez de Derecho— ¿podría tenerse en cuenta como testimonio válido? La Sala piensa que no. Si el mandato imperativo del Código, no tiene interpretación diferente, la declaración en contra del ascendiente, descendiente, consorte o hermano, por parte de uno de ellos mismos, ni siquiera puede —a excepción de los dos casos vistos— recibirse en el proceso, y si llegare a recibirse, consecuencialmente, no tendrá ningún valor, será ineficaz, es decir, se tendrá como inexistente.

Ya se ha visto el contenido del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. Se verá en seguida la aplicación que se le dio en el actual negocio.

Para fundamentar las pruebas en contra de Misael León por el delito consumado en la persona de su hermano José Espíritu, fueron idóneas y rectamente valoradas — según se ha visto a la luz de las razones expuestas— la declaración del ofendido, la de la madre de ambos protagonistas y la de la cuñada del victimario. Pero en relación con el homicidio cometido en la persona de Medina, no son idóneos ni pueden valorarse, los testimonios de la madre de Misael, y de José Espíritu, su hermano. En tal forma, para estructurar el cargo en cabeza de Misael, sólo queda en pie la declaración de su cuñada Clementina Díaz.

Según está establecido en el sistema probatorio de la ley procesal colombiana el informe pericial y el testimonio único son las pruebas incompletas. Por otra parte, un hecho no puede tenerse como probado si no se basa en una plena prueba. ¿Cuál fue la apreciación que del testimonio aludido hicieron los juzgadores de derecho, al estructurar sobre una prueba incompleta; una circunstancia de mayor peligrosidad, la que según el artículo 499 del C. de P. P. son del resorte exclusivo del Juez y, por lo tanto, están sujetas a la prueba establecida por la ley?

La Sala considera que fue una apreciación errónea.

La estimación de la circunstancia de mayor peligrosidad a que se ha aludido sobre la futilidad o innobleza del motivo determinante de la acción criminosa, debe surgir de hechos y elementos de suficiente convicción. Si éstos no aparecen, mal puede el Juez de Derecho declarar la existencia de un fenómeno de esta índole, basado en su exclusiva imaginación o apreciación del caso.

Se ha visto, por la declaración de la cuñada del victimario, cómo éste dio muerte a Medina. Igualmente se ha observado que ese testimonio constituye una prueba incompleta porque no se enlaza con ningún otro hecho o elemento que lo fortifi-

que (artículo 206). Para la apreciación del Juez de conocimiento, el móvil y su calidad, no están probados. De consiguiente, la imputación de la circunstancia de mayor peligrosidad, de la futibilidad o innobleza del motivo, en cabeza de Misael León, no es legal y debe desecharse.

En tal virtud, la sanción debe ajustarse al mínimo estatuído por el artículo 362 del Código Penal, que establece ocho años de presidio. La pena por causa de las lesiones no ha sido impugnada, por tanto queda en firme.

La sanción a que debe someterse Misael León, será por consiguiente la de ocho años y cuatro meses de presidio. En este sentido se casa la sentencia del Tribunal de San Gil, que ha sido recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el sentido de condenar a Misael León a la pena de ocho años y cuatro meses de presidio, por los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas José de Jesús Medina y José Espíritu León, respectivamente, en lugar de nueve años, cuatro meses de presidio de que trata la sentencia invalidada. En lo demás queda en firme advirtiendo que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo tiempo de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. FRANCISCO BRUNO

TESIS:

a) El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que prohibe recibir declaraciones contra parientes procesados, es contrario al espíritu del artículo 26 de la Constitución Nacional, e insubsistente, por lo tanto, en virtud del artículo 9º de la Ley 153 de 1887;

b) El artículo 227, que reproduce el artículo 26 de la Constitución, es, por la razón expuesta en el anterior ordinal, la norma que regula los testimonios contra parientes, como el artículo 13 rige los denuncios contra las mismas personas;

c) La exención del principio de la obligatoriedad, prescrito en los artículos 13 y 227, no impide que se pueda presentar denuncio criminal o rendir testimonio contra los parientes enumerados en tales normas, y

d) El testimonio contra parientes, como sospechoso que es, debe ser sometido al análisis del Juez, en consideración al vínculo con el procesado, a sus nexos con otros elementos de prueba y a las fuerzas ético-afectivas que pudieron inclinarlo o nó, en su testimonio, a la verdad.

* * *

La anterior sentencia, mediante la cual la Corte Suprema decidió el recurso contra la del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Misael León por lesiones en su hermano José Espíritu León y homicidio en José de Jesús Medina, me da la oportunidad de exponer las razones de mi divergencia —también sostenida en la cátedra de Derecho Procesal Penal —sobre la interpretación dada en los Tribunales y en la Corte a los artículos 226 y 227 que regulan las condiciones de admisión de testimonios contra parientes acusados de infracciones penales.

Como se trata de una cuestión meramente doctrinaria, deliberadamente me abstengo de referirme a este proceso en particular, para limitarme a analizar, en la forma más breve posible el origen, desarrollo y contenido de aquellas normas, ya en sus relaciones con otras, vinculadas entre sí, y del mismo y otros estatutos, ya a la luz de las deducciones de otras ramas de las ciencias jurídico-criminales.

a) Normas relativas al testimonio de parientes

Primeramente, y como punto obligado de partida, se transcriben las normas constitucionales y legales relativas al tema. Son ellas las siguientes:

a) El artículo 26 de la Constitución vigente, según el cual "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad";

b) El artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, que impone a "todo habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente", la obligación de "denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento", dentro del tiempo allí fijado, y si son de las que deban investigarse de oficio;

c) El artículo 13 del mismo Código, según el cual "nadie estará obligado a dar denuncio contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad";

d) El artículo 225, que impone a toda persona —excepto los casos expresados en la ley— "la obligación de rendir el testimonio que se le pida en el proceso penal";

e) El artículo 226, según el cual "no se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos"; y

f) El artículo 227 (reproducción exacta de la norma constitucional transcrita), según la cual "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

b) Interpretación hecha en la sentencia

Como la controversia sólo se refiere a testimonios adversos —y no favorables— al procesado, prescindo de considerar las conclusiones relativas a los últimos, por cuanto sobre su sistema de apreciación no hay discrepancia.

La Corte, en la sentencia contra Misael León, y con base en una noción más romántica que jurídica del derecho tutelar de la familia, explica el contenido de los artículos 226 y 227, en la forma que aquí se resume:

a) En cuanto al artículo 227 sostiene que "no se puede obligar a nadie a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges, tíos, sobrinos, yernos, suegros, nueras, cuñados o primos hermanos"; pero "si voluntariamente y por propia iniciativa las personas indicadas rinden declaración en contra de alguna o algunas de ellas, tal testimonio también debe analizarse a la luz de la crítica testimonial"; y

b) En cuanto al artículo 226 acepta —después de afirmar categóricamente la obligación de no admitir los testimonios de los parientes allí mencionados y de no tenerlos en cuenta si fueren decididos— acepta la Corte, se repite, dos excepciones: la declaración, como denunciante, de una persona cuando ésta es la lesionada o perjudicada por la acción de su propio pariente, y la declaración, como testigo, de una persona, contra el infractor que es a la vez pariente del testigo y de la víctima.

Las conclusiones a que llega la Corte, como resumen de su estudio, son las siguientes: primera: "No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos, cuando la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado"; y segunda: "Siempre que el agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos, puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica del testimonio".

c) La interpretación constitucional

No habiendo discrepancia alguna en cuanto a la interpretación del artículo 227, ya que es así y no en distinto sentido como ha de aplicarse, debo referirme únicamente a la del artículo 226, que es la que no me ha permitido suscribir este fallo sin reservas.

Mi tesis es la de que el artículo 226 es, en la estructura de nuestro procedimiento penal, una **norma inexistente,** de cuya aplicación ha debido prescindirse desde que la norma constitucional posterior la privó de toda eficacia jurídica, tesis ésta opuesta a la de la Corte, de que el mencionado artículo —el 226— sólo prohibe la admisión de esos testimonios cuando la víctima no pertenece, dentro de los grados de parentesco precisados, a la familia del testigo, y a cuyo contenido lógico me referiré posteriormente, concretándome ahora al aspecto constitucional.

"La Constitución —prescribe el artículo 9º de la Ley 153 de 1887— es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. **Toda disposición legal anterior a la Constitución** —subrayo— **y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.**

La aplicación de esta norma al artículo 226 del estatuto procesal penal, presupone el conocimiento de las vicisitudes legislativas a que tal artículo ha sido sometido en el largo y discontinuo período de su vigencia, es decir, la referencia a los estatutos constitucionales y legales que lo incluyeron, a partir de la Constitución de 1821, y que es su fuente más remota.

"Nadie podrá ser juzgado —prescribe el artículo 167 de aquella Constitución— y mucho menos castigado, sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción; y ninguno será admitido ni obligado con juramento ni con otro apremio a dar testimonio contra sí mismo en materia criminal; ni tampoco lo serán recíprocamente entre sí los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad".

Este precepto, al través de los estatutos de 1830, 1832 y 1843, sometido al análisis de los Constituyentes de aquellos años, fue simplificándose y precisándose, hasta llegar, en el último, a la fórmula de la no obligatoriedad del testimonio: "ningún granadino —establece el artículo 160 del estatuto de la República de la Nueva Granada expedido en 1843— está obligado a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, ni contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos", norma ésta que rigió hasta que fue excluída de las Constituciones posteriores (1853, 1858, 1863), y posteriormente desde 1886.

Los Códigos de Procedimiento en Negocios Criminales de 1848 y 1873, el último de los cuales rigió con reformas sustanciales y sucesivas hasta 1931, se apartaron de la norma constitucional y consagraron —modificada— la de 1821. "No se admitirá a ningún individuo declaración contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos", prescriben los Códigos de 1848 (artículo 182) y de 1873 (artículo 1673); de la misma manera el Código de 1938 se apartó de la Constitución de 1886, pues si ésta apenas estatuyó la pro

hibición de obligar ("nadie podrá ser obligado", es la fórmula del artículo 25), aquél adoptó—además de la estatutaria—otra distinta ("no se 'recibirá", dice el artículo 226); la Constitución de 1945, finalmente, reprodujo la fórmula de la prohibición de obligar, la cual —al comenzar a regir— halló vigente el mencionado artículo 226.

Presentados ya, en su desarrollo histórico, el precepto constitucional y el precepto legal, estudio en seguida si éste es claramente contrario a la letra o al espíritu de aquél, y así llegar —como es mi convicción— a la conclusión de la inexistencia del precepto legal y a la consiguiente aplicación de la Ley 153 (9º).

La Constitución manda que no se obligue a nadie a declarar contra sus parientes, pero —como acertadamente se sostiene en la sentencia— si espontánea y voluntariamente se quiere declarar, la declaración se recibe y se aprecia con el mismo método con que se aprecia cualquier testimonio, porque lo que prohibe la Constitución es obligar a declarar y no recibir la declaración voluntaria y espontánea; de modo que si la ley prohibe que se reciba esa declaración, está prohibiendo lo que la Constitución no prohibe, y entonces la ley es claramente contraria a la Constitución, y la norma legal insubsistente e inaplicable (por incompatibilidad), en consecuencia (Ley 153 de 1887, artículos 1º y 5º).

Estudiados los orígenes del precepto constitucional, se confirma la tesis de que el propósito del Constituyente fue la prohibición de obligar a declarar, no la de recibir. Del precepto legal, la Comisión omitió —no obstante su importancia— fundarlo y explicarlo.

Samper explica así el fundamento de la prohibición:

"En otras Constituciones de la República —escribe— habia figurado esta disposición, y era necesario mantenerla o restablecerla, dado que es abiertamente inmoral que la ley obligue a ninguna persona, contra natural, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccoinal o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, que son los clasificados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, y entre las garantías civiles consagradas por gran número de Constituciones".

En el supuesto—finalmente—de que el artículo 226 no fuera insubsistente, conceptúo difícil sostener, como —entre otras cosas— se sostiene en la sentencia, que los testimonios de parientes contra parientes son admisibles si el lesionado es pariente, a su vez, del testigo y procesado y que no son admisibles —contrariamente— si el lesionado es un extraño; pues no sería explicable por qué, en el primer caso, no se afecta el principio de la inidoneidad moral ni el de la ética familiar, y en el segundo, por el contrario, habría sí una grave violación de los sentimientos familiares y del principio de la inidoneidad moral; es decir, por qué el testigo es idóneo si su hermano mata a un hermano, e inidóneo si al que mata es extraño, por ejemplo.

d) Razones de autoridad

Los expositores de ciencias jurídico-criminales (Psicología Judicial, Derecho Penal Formal especialmente), critican, con marcada insistencia, la permanencia, en los Códigos Procesales, de determinadas instituciones y normas que contrastan con la actual noción del Derecho Procesal Penal y del proceso penal (interés público y social); entre esas instituciones o normas se comprenden las relativas a la restricción exagerada del testimonio de los parientes del procesado y que en el Código Colombiano —según la jurisprudencia— parece haber adquirido una tendencia de exclusión total no conforme con la dirección defensista que, al menos en la intención, quiso dársele por quienes lo redactaron y proyectaron.

La mayoría de los Códigos expedidos en los últimos tiempos, los que han abandonado la individualista y adoptado, en cambio, la defensista (aunque con notoria timidez algunos), muy especialmente los que sustituyeron el criterio de la prueba legal con el de la libre convicción, condicionaron el testimonio de los parientes (favorable o contrario al procesado) al último sistema, sin que se piense que la innovación afecte ni haya afectado la estructura ética y efectiva del núcleo familiar; así, el Código Rocco concede a los parientes próximos del infractor la facultad de abstenerse de declarar, menos cuando son denunciantes, querellantes o parte civil y no se puede obtener de otro modo la prueba del delito o de sus circunstancias; el mejicano los exime de la obligación de declarar sin impedírselo cuando espontáneamente lo manifiesten; la ley española de enjuiciamiento criminal (1882) los dispensaba de declarar contra el pariente procesado, y les

permitía hacer las manifestaciones que consideraran oportunas; la uruguaya los clasifica entre los inhábiles, no los excluye, pero sus declaraciones no tienen consecuencia alguna en caso de inhabilidad probada; como éstos, la mayoría de los Códigos modernos dejan al testigo pariente la libertad de declarar, al mismo tiempo que dan al Juez la facultad de examinar y apreciar su testimonio; el mandato del artículo 226 del Código Colombiano, pues, si constitucionalmente no hubiera dejado de existir —por las razones expuestas— significaría la supervivencia de un sistema procesal ya por fortuna sustituído y derogado.

Los tratadistas y expositores, como aquí va a confirmarse, sin discrepar en cuanto a las razones de ética familiar y social que fundan la restricción del testimonio (adverso o favorable al procesado), lo que critican no es la admisión con reservas, sino la exclusión total.

Mittermaier, parte de la tesis de que el pariente del acusado sólo es un testigo sospechoso, no incapaz, ni inidóneo, ni inhábil.

"Es en verdad muy posible —dice— que la voz de la naturaleza, que es en el testigo tan poderosa en favor del acusado, ahogue la voz del deber: hasta involuntariamente pueden las preocupaciones de su afección desviarle de la verdad; pero se ve que en todo esto nunca hay más que una presunción que debe siempre cotejarse con las presunciones contrarias. No hay duda alguna de que se encuentran hombres para quienes el deber y la santidad del juramento sobrepujan a todas las consideraciones de afección, y que aun cuando la verdad debiese perjudicar a su pariente, aun cuando por ello debiese sufrir su corazón, se creerían, no obstante, obligados a confesar todo cuanto saben. En ciertos procedimientos, en el de Alemania especialmente, tiene el testigo citado la facultad de negarse a hablar contra sus más próximos parientes, bastándole expresar su negativa cuando sabe que su declaración podría perjudicar al acusado, y cuando quiere evitar la situación penosa en que le colocaría su comparecencia; de donde, en tal caso, debe concluírse que el que no usa de esta facultad que se le ha concedido y se declara dispuesto a hablar, considera el interés de la verdad y de la justicia como un deber más sagrado que el bienestar del acusado, su pariente".

González Bustamante ("Principios de Derecho Procesal Mejicano"), explica la obligación de declarar en los términos siguientes:

"El principio de obligatoriedad en el testimonio, no rige de manera absoluta. La ley no puede exigir a determinadas personas ligadas con el inculpado por amor, respecto a gratitud, a que declaren en su contra ni tampoco a que su testimonio se ajuste a la verdad. Estas personas quedan excluídas de declarar pero podrá recibírseles su testimonio cuando espontáneamente lo manifiesten. Por supuesto que al procederse a la valorización de estas pruebas, debe tenerse en cuenta la presunción de falta de veracidad en el testigo, tomando su testimonio como indicios para confirmarlo con otras pruebas que existan en la causa. A estas personas la ley no les concede completa eficacia probatoria, pero no vemos la razón para que se desechen sus testimonios".

No menos explícito y categórico es **Florián,** considerado el más grande jurista de la escuela científica italiana; al estudiar los motivos que pueden excluír la capacidad en concreto de los testigos en relación a determinadas personas (al inculpado especialmente), expone así su pensamiento:

"El motivo se ha puesto en consideración a que el pariente próximo prestaría un testimonio sospechoso insincero; se encontraría encerrado en el dilema de eludir la verdad o de conculcar sus propios sentimientos. Esta razón ya fue comprendida por los romanos. Aun reconociendo el sentido humanista de tal razón, base de estas excepciones, nos parece muy extraño el tratamiento que se da a los parientes del inculpado, sobre todo al ver que los del lesionado son admitidos sin restricción a testificar en la instrucción y en la vista (juicio). Y si es comprensible que los parientes del inculpado fueran justamente excluídos en los tiempos pasados de la prueba legal, no sabemos cómo justificar esto mismo en la actualidad, cuando impera en el proceso penal y en la prueba el principio de la libre convicción del Juez. Si se les admitiera no creemos que se frustraran los fines de verdad del proceso. Creemos que es injusto dejar inaprovechada **a priori,** en atención al formalismo, la fuente de testimonio de los parientes que han visto más de cerca al inculpado y que pueden prestar una aportación muy aprovechable de elementos útiles para el conocimiento y estudio del mismo".

Altavilla, en su estudio psicológico sobre los testigos, comenta en la forma siguiente la exclusión de los parientes del procesado:

"La investigación de la verdad en el procedimiento penal es función social tan importante que no puede ser obstaculizada por falsos senti-

mentalismos: la calidad de parientes, su comportamiento en el proceso, sus contradicciones y concordancias, pueden dar al investigador elementos precisos que no siempre deben despreciarse".

El mismo **Framarino** —citado en la sentencia— prevée contra el peligro de ampliar el número de los testigos inidóneos.

"Por supuesto — dice — no debe ampliarse el número de los inidóneos privando así a la justicia de los medios oportunos para el conocimiento de la verdad. A veces entre los inidóneos suelen comprenderse los meramente sospechosos: ahora bien, si los testigos hubieran de rechazarse por sospechas, desde luego se comprende que muy a menudo la justicia no tendría medio alguno de acción. No deben, pues — termina — rechazarse sino los testigos verdaderamente inidóneos".

Muchos otros expositores, de no menor autoridad científica que los citados, han tratado este tema con el mismo criterio y llegado a la misma conclusión: la de que la ley no puede obligar a los parientes del procesado a declarar contra él, ni tampoco prohibir que espontánea y voluntariamente lo hagan, con la reserva de someter sus testimonios — presuntivamente sospechosos — al más severo análisis jurídico y psicológico, con el propósito de indagar, interpretar y apreciar el motivo que induce al testigo a declarar contra el pariente; el afecto familiar, la solidaridad familiar, el deber familiar, el interés familiar, son —más bien— elementos de juicio para indagar el valor del testimonio, y no razones para rechazarlo de plano y sin examen.

Las conclusiones a que he llegado, como remate de este estudio, opuestas a las que con tanto brillo en la sentencia se adoptaron, puedo resumirlas en las siguientes:

a) El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que prohibe recibir declaraciones contra parientes procesados, es contrario al espíritu del artículo 26 de la Constitución Nacional, e insubsistente, por lo tanto, en virtud del artículo 9º de la Ley 153 de 1887;

b) El artículo 227, que reproduce el artículo 26 de la Constitución, es, por la razón expuesta en el anterior ordinal, la norma que regula los testimonios contra parientes, como el artículo 13 rige los denuncios contra las mismas personas;

c) La exención del principio de la obligatoriedad, prescrito en los artículos 13 y 227, no impide que se pueda presentar denuncio criminal o rendir testimonio contra los parientes enumerados en tales normas, y

d) El testimonio contra parientes, como sospechoso que es, debe ser sometido al análisis del Juez, en consideración al vínculo con el procesado, a sus nexos con otros elementos de prueba y a las fuerzas ético-afectivas que pudieron inclinarlo o no, en su testimonio, a la verdad.

Francisco Bruno

Marzo 2 de 1948.

HOMICIDIO — EL ESTADO DE IRA O DE INTENSO DOLOR. — LOS ESTADOS EMOCIONALES

1.—En los juicios en que interviene el Jurado la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto (art. 480 del C. de P. P.), de tal suerte que el fallo sólo tiene que guardar armonía con el auto de proceder en cuanto al género del hecho delictuoso, puesto que el Jurado puede expresar que el hecho se cometió con circunstancias diversas a las consignadas en el cuestionario que se somete a su fallo. Por eso expresó la Corte que en esos procesos en que los hechos son calificados por jueces populares, lo que cabe no es alegar, por punto general, el desacuerdo entre la sentencia y el enjuiciamiento, sino entre aquélla y el veredicto.

2.—Ya ha dicho la Sala cuáles son las condiciones que exige el artículo 28 del C. P. para que se acepte la circunstancia allí contemplada: que haya habido una PROVOCACION, esto es, palabras, gestos o actos que agravien, que lesionen lo material o lo espiritual e inciten a reaccionar; que esa provocación sea GRAVE, o sea, de tal entidad, que si no justifica, al menos explique el rechazo violento de la injuria; y, sobre todo, que sea INJUSTA, vale decir, contra derecho, porque no puede pensarse que la ley quiera otorgar un privilegio a los sujetos fáciles a la ira, o poco resistentes ante las fuerzas perturbadoras del equilibrio psíquico. Ni la emoción ni la pasión son circunstancias atenuantes por sí mismas, sino que pueden serlo por los estímulos que les han dado nacimiento; o, en otros términos, no basta obrar en estado de ira o de intenso dolor, sino que tales situaciones se hayan producido por agravios de mucha monta que se hayan hecho en forma injustificada.

La tesis de que el no corresponder a un afecto intenso y, lo que es más, rechazar una propuesta de matrimonio, pueden considerarse como una provocación injusta y grave para el amante desdeñado, resulta de todo punto inadmisible porque el contrato matrimonial tiene la base esencial del libre consentimiento de las partes. Y ese consentimiento, que para la vida marital debe tener por motivo el afecto, no se obtiene o no se debe obtener por la fuerza, ni hay obligación de prestarlo por las condiciones o sentimiento de quien lo solicita, por excelentes que sean. En esa lucha del amor hay fuerzas de acción o de reacción, de impulso y rechazo que, al fin, por el juego de las circunstancias de todo orden, pueden llevar al fracaso o fundir en la armonía necesaria a dos personas para llevar la existencia común del matrimonio. Pero las peripecias corrientes de esa lucha, los desdenes o el rechazo definitivo no permiten aceptar la reacción sangrienta del desdeñado, porque habría que admitir que el consentimiento que debe ser espontáneo, puede ser obtenido por la fuerza, contra todas las leyes de la psicología y de la lógica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, ocho de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 2 de agosto del año pasado, condenó a José Vicente Aguilar Naranjo a la pena principal de ocho años de presidio, a las accesorias correspondientes y a pagar como indemnización de perjuicios la suma de siete mil ochocientos pesos.

Contra esa sentencia se interpuso el recurso de casación, y un apoderado especial presentó ante la Corte la demanda, que apoya en las causales primera y tercera del código de procedimiento.

Hechos y actuación judicial. José Vicente Aguilar Naranjo, de veintiún años, y Mariela Roja Serrato, de diez y siete, mantenían relaciones amorosas, desde unos dos años anteriores al de 1945, y aquél había manifestado sus deseos de contraer matrimonio. Pero ese propósito no había

podido realizarse, ya por la corta edad de la prometida, sea por las precarias condiciones económicas del pretendiente, pero con más probabilidad porque el carácter apasionado y celoso de Aguilar había hecho postergar la unión y quizás enfriado el entusiasmo de la joven. Es lo cierto que tales relaciones andaban en un camino atormentado, pues según datos del proceso, no quería José Vicente que Mariela se acompañara de personas distintas; hasta había manifestado su intención de matarse o de matarla si no podía hacerla suya, y cada disgusto con ella constituía pretexto para entregarse a tomar bebidas embriagantes.

El domingo 16 de diciembre del citado año de 1945 estuvo José Vicente tomando licor, y ya por la noche se reunió con Mariela en un llanito, al frente de la casa en que habitaba ésta, en la ciudad de Ibagué. Y repentinamente, parece que por no darle una respuesta definitiva sobre el matrimonio, le clavó a la muchacha un cuchillo, atravesándole el corazón, delante de su madre, que había salido a pedirle que entrara a la casa, por ser ya hora de acostarse.

El Juzgado Primero Superior de Ibagué llamó a juicio a Aguilar Naranjo, por homicidio simplemente intencional, cometido por pasión, llevada al paroxismo por la negativa a contraer matrimonio dada por la víctima.

El jurado reunido para calificar los hechos contestó que Aguilar Naranjo había dado muerte a Mariela Rojas Serrato **"en estado de intenso dolor causado por la negativa de matrimonio y por su pasión amorosa"**.

La sentencia de primera instancia condena al procesado a la pena principal de tres años y ocho meses de presidio, a las accesorias legales, y a pagar como perjuicios la suma de siete mil ochocientos pesos. La pena principal se señaló teniendo en cuenta los artículos 362 (no 372 como dice el Juzgado) y 28 del código penal, esto es, que se trataba de un homicidio simplemente intencional cometido en estado de intenso dolor, causado por los motivos de que habla el veredicto.

Pero el Tribunal estimó que la circunstancia explicativa del fallo de los jueces de conciencia apenas podía tomarse como de menor peligrosidad y no como modificadora del delito, y por eso subió la pena principal al mínimo que señala el artículo 362 ya citado, o sea, a la de ocho años de presidio.

Pasa, pues, la Sala a estudiar la demanda, en el orden propuesto por la Procuraduría, que resulta lógico para los efectos del recurso.

Pero antes de pasar adelante, conviene recordar que la Corte no puede tomar en cuenta causales de casación distintas de las que hayan sido "expresamente alegadas por las partes", como lo establece el artículo 568 del código de procedimiento penal. Lo cual se dice, porque el recurrente quiere que se estudien, no sólo las causales primera y tercera que invoca, sino también **"las demás causales que se desprenden de las ya anotadas"**, cosa que no puede hacerse, según aquel precepto.

Causal tercera. Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del jurado.

Dice la demanda que el auto de proceder llamó a juicio al victimario por el delito de homicidio, pero como perpetrado en el estado de ira e intenso dolor de que habla el artículo 28 del código penal, esto es, causado por grave e injusta provocación.

Y alega, además, que al decir el veredicto que Aguilar había matado a su novia movido por la pasión amorosa y la negativa a contraer matrimonio, que le produjeron intenso dolor, situó el caso en lo previsto por el citado artículo 28. "Antes de la muerte —dice el recurrente— existía el estado permanente de provocación injusta, porque se correspondía a un amor intenso con la indiferencia y la tibieza'. Tal es la tesis.

Se considera:

No trae la demanda las razones o argumentos que pudieran convencer a la Corte de que existe desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, y ello sólo bastaría para desechar ese primer motivo de invalidación de la sentencia. Pero se trae a cuento el análisis de la Procuraduría, para mejor llenar el cometido jurisprudencial de la Sala.

Pues bien, para contestar el cargo basta con leer lo pertinente del auto de proceder (folios 110 vuelto y 111 del cuaderno primero), donde luego de afirmar "que se trata de un delito pasional", aunque no causado por la pasión de los celos, sino más bien por la negativa de Mariela Rojas "a contraer matrimonio", concluyé:

"Sostiene, pues, el Jurado su concepto de que se trata de un homicidio meramente intencional, pero agravado con la circunstancia demostrativa de mayor peligrosidad de que trata el ordinal 6º del artículo 37 del código penal".

Y en ninguna parte se habla de la grave e injusta provocación del artículo 28.

Mas es que a este motivo de que el enjuiciamiento no contempló la circunstancia de la pro-

vocación, ha de añadirse el de que en los juicios en que interviene el jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto (artículo 480 del código de procedimiento penal), de tal suerte que el fallo sólo tiene que guardar armonía con el auto de proceder en cuanto al género del hecho delictuoso, puesto que el jurado puede expresar que el hecho se cometió con circunstancias diversas a las consignadas en el cuestionario que se somete a su fallo. Por eso ya expresó la Corte que en esos procesos en que los hechos son calificados por jueces populares, lo que cabe no es alegar, por punto general, el desacuerdo entre la sentencia y el enjuiciamiento, sino entre aquélla y el veredicto. (Casación de 12 de marzo de 1947, G. J. Tomo LXII, números 2050-51, pág. 796).

¿Pero existe esa falta de consonancia entre el veredicto y la sentencia?

Se recordará que el veredicto declara a Aguilar Naranjo como responsable del homicidio, pero como perpetrado **"en estado de intenso dolor causado por la negativa de matrimonio y por su pasión amororosa".**

El Juez de primera instancia estimó que había habido provocación grave e injusta que daba lugar a la atenuante que consagra el artículo 28, no porque la negativa a casarse dada por la víctima constituyera ofensa grave, sino teniendo en cuenta "las circunstancias especiales en que se hallaba el procesado por la pasión social que lo embargaba, estimulado por la consiguiente sobreexcitación alcohólica".

Pero este criterio no fue aceptado por el Tribunal, que consideró que apenas se trataba de una circunstancia de menor peligrosidad, que no permitía aplicar una pena inferior al mínimo señalado por el homicidio. Y para ello dio dos razones, que la Corte, de acuerdo con el Ministerio Público, considera jurídicas: la primera, que los desaires de Mariela y el rechazo de la propuesta matrimonial no "deben reputarse como una grave e injusta provocación, desde luego que la mentada Mariela no tenía la obligación de enamorarse de su pretendiente, o de convenir necesariamente en ser su esposa"; y la segunda, que el veredicto omitió decir que el intenso dolor hubiera sido ocasionado "por grave e injusta provocación", como lo exige el artículo 28 del código penal.

Ya ha dicho esta Sala en varias oportunidades cuáles son las condiciones que exige el artículo 28 del código penal para que se acepte la circunstancia allí contemplada: que haya habido una **provocación,** esto es, palabras, gestos o actos, que agravien, que lesionen lo material o lo espiritual e inciten a reaccionar; que esa provocación sea **grave,** o sea, de tal entidad, que si no justifica, al menos explique el rechazo violento de la injuria; y, sobre todo, que sea **injusta,** vale decir, contra derecho, porque no puede pensarse que la ley quiera otorgar un privilegio a los sujetos fáciles a la ira, o poco resistentes ante las fuerzas perturbadoras del equilibrio psíquico. Ni la emoción ni la pasión son circunstancias atenuantes por sí mismas, sino que pueden serlo por los estímulos que les han dado nacimiento; o, en otros términos, no basta obrar en estado de ira o de intenso dolor, sino que tales situaciones se hayan producido por agravios de mucha monta que se hayan hecho en forma injustificada.

La tesis de que el no corresponder a un afecto intenso y, lo que es más, rechazar una propuesta de matrimonio, pueden considerarse como una provocación injusta y grave para el amante desdeñado, resulta de todo punto inadmisible, porque el contrato matrimonial tiene la base esencial del libre consentimiento de las partes. Y ese consentimiento, que para la vida marital debe tener por motivo el afecto, no se obtiene o no se debe obtener por la fuerza, ni hay obligación de prestarlo por las condiciones o sentimientos de quien lo solicita, por excelentes que sean. En esa lucha del amor hay fuerzas de acción y de reacción, de impulso y rechazo, que, al fin, por el juego de las circunstancias de todo orden, pueden llevar al fracaso o fundir en la armonía necesaria a dos personas para llevar la existencia común del matrimonio. Pero las peripecias corrientes de esa lucha, los desdenes o el rechazo definitivo no permiten aceptar la reacción sangrienta del desdeñado, porque habría que admitir que el consentimiento, que debe ser tan espontáneo, puede ser obtenido por la fuerza, contra todas las leyes de la psicología y de la lógica.

Se han hecho estas lucubraciones, porque contienen el motivo central de la demanda y han sido analizadas cuidadosamente por la Procuraduría. Pero pueden considerarse como innecesarias, porque, como ya se dijo, en los juicios en que el jurado interviene la sentencia tiene que dictarse "de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate" (artículo 480 del código de procedimiento penal), y el veredicto no expresó que el estado pasional y el rechazo de la oferta de matrimonio que consideró probada y que, en su sentir, pro-

dujeron intenso dolor en el victimario, hubieran tenido como causa una provocación injusta y grave.

Más claro, el jurado no calificó esos motivos inmediatos del delito, y siendo él quien debía decidir ese punto, no podía deducirlo el juez sin usurpar funciones que no eran de su competencia, o, como dijo ya esta Sala en un caso semejante, no podía suplir al jurado en forma aventurada e ilegal.

Por eso la Corte, en casación de 17 de junio de 1946, después de analizar las condiciones que el código exige para que la pena se atenúe por el motivo que se viene comentando (provocación), cita otro caso en que la Sala expresa que la falta en el veredicto de las expresiones "por grave e injusta provocación" obligaba a no conceder al delincuente la rebaja que se otorga en aquel precepto del estatuto penal. Y consignó estos otros conceptos:

"Porque —valga decir aquí lo que en aquella oportunidad se dijo— si el jurado se quedó corto en su decisión, si es trunco el veredicto, como lo dan a entender los recurrentes, ese vacío no lo podía llenar el Tribunal ni a la Sala le corresponde hacerlo, no sólo por la naturaleza y limitaciones del recurso extraordinario que ante ella se ejercita, sino porque su criterio, que es de confrontación del fallo ante la ley, en nada se asemeja al del jurado, cuya función consiste en estudiar el hecho ante su conciencia". (G. J. tomo LX, números 2034-36, pág. 824).

Y en la de 10 de marzo de 1947:

"Cuando 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 sin consideración a la circunstancia añadida al veredicto". (G. J. tomo LXII, números 2050-51, pág. 784).

La Procuraduría analiza la cuestión en la siguiente forma:

"Los jueces de conciencia sólo admitieron el "intenso dolor", esto es, una resultante en la psiquis de José Vicente Aguilar, determinada "por la negativa de matrimonio" y por el fondo pasional existente en el acusado. O sea, que el veredicto afirmó claramente que de parte de la víctima no hubo ofensa grave e injusta, ya que esa simple negativa jamás puede constituír un ultraje o vilipendio para el amante contrariado, pues el aceptar o no aceptar la proposición de matrimonio es un acto lícito y espontáneo del futuro contrayente, que el legislador deja, de modo exclusivo, al honor y la conciencia del individuo, "y que no produce obligación alguna ante la ley civil", ni sirve tampoco "para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios" (artículo 110 del código civil).

"Otra cosa será que dicha negativa cause en el amante fracasado una intensa pasión y que, como consecuencia de ella, llegue a los extremos de cegar la vida de quien no quiso unirse con él por los vínculos matrimoniales. Ese estado pasional servirá entonces para descartar la premeditación del delito y no catalogarlo como asesinato, por ejemplo; para clasificar al delincuente como enfermo del espíritu, si la pasión fue tan arrolladora y morbosa que creó en él una grave anomalía psíquica; y, en fin, para individualizar la sanción dentro de los presupuestos del artículo 36 del Código Penal, pero nunca para constituír el estado de provocación que especialmente prevé el artículo 28 de la misma obra".

Lo que hay que concluír, pues, en este caso, es que el veredicto, que puso la pasión amorosa y el rechazo de la amada como móviles inmediatos del homicidio, está en un todo de acuerdo con los principios del código y de la psicología. El estatuto considera como circunstancia de menor peligrosidad el obrar en estado de pasión excusable, esto es, aquella que no es contraria "a las condiciones de existencia social" (Ferri); y la psicología explica que la pasión realiza un fenómeno de coalescencia o unidad de la vida afectiva, hace una nueva tabla de valores para interpretar los fenómenos, orienta toda la actividad hacia el objeto de sus ansias.

Por eso comentan los psicólogos que la pasión

puede constituír una fuente de energía para lograr nobles anhelos, pero que con frecuencia obnubila el entendimiento, aunque su fin no sea mezquino, y puede conducir a ejecutar actos perjudiciales. La atracción amorosa de personas de diferente sexo es noble, como que su objeto es unir a los seres humanos para la procreación y la ayuda mutua; pero, cuando se apodera con fuerza de sujetos hiperemotivos, débiles de carácter, de poco control sobre sí mismos, se hace exageradamente exclusiva y celosa y puede llevarlas a realizar actos violentos contra el ser amado.

Por eso considera Abel Rey que la pasión, si produce resultados benéficos, con más frecuencia los ocasiona dañosos. "Se puede utilizar la pasión cuando existe —concluye— pero no se la debe suscitar artificialmente y dejarse arrastrar por ella. La moral ganará más aprovechándose simplemente de las pasiones felices, cuando existan, que procurando provocar estas pasiones suprimiendo el sentido crítico. Al promedio de los hombres le conviene más tener juicio que tener pasiones. La pasión es un estado anormal, que no ejerce buenos efectos sino en ciertos individuos y en circunstancias excepcionales. En todos los demás casos es tan perjudicial para el individuo como para la sociedad y se ofrece más como un factor de perturbación o de represión que como un factor de adaptación o de progreso". (Psicología, capítulo XX, aparte V).

Lo expuesto hace ver, que la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera. Indebida aplicación de la ley penal.

El recurrente invoca aquí, como es obvio, el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación del artículo 28 y, como consecuencia, alega que hubiera debido aplicarse la pena del homicidio, pero con la rebaja que otorga el código por aquella circunstancia.

Después de traer a cuento el intenso amor que el procesado manifestaba por la Rojas Serrato, el viaje que ésta hizo o le hicieron realizar a Cali para separarla de su pretendiente, su tibieza posterior y el aplazamiento, concluye que hubo "una provocación repetida cuando se negó a casarse, cuando salía a esparcimientos sin su venia, y la provocación fue injusta en cuanto... no quiso comprender su amor, y grave, en cuanto... con esto se enfermaba (sic) mi cliente, perdía la lucidez de su razón, la diafanidad de su pensamiento".

A lo cual basta con replicar que en los juicios por jurado la causal primera es consecuencial de la tercera, cuando se alegan circunstancias que son elementos del delito o modificadoras del mismo y, por consiguiente, de las sanciones, porque el juez de derecho tiene que acomodarse al veredicto del jurado, que es quien puede declararlas, según los artículos 480 y 499 del código de procedimiento penal, como se ha repetido.

En este caso, ya se vio que el Tribunal popular no declaró que el intenso dolor en que fue cometido el homicidio, había sido causado por una provocación injusta y grave, y ya se dijo también que los jueces de instancia no podían suplantar al jurado ilegalmente al calificar el motivo o los motivos de ese dolor. En otros términos y, como afirma la Procuraduría, "el jurado no configuró todas las exigencias del artículo 28 y por eso el Tribunal dejó de aplicarlo".

En consecuencia, esta causal tampoco puede prosperar.

Por último, cabe agregar que el recurrente concluye su demanda diciendo que como el procesado es un sujeto "sin ninguna ilustración y sin ningún patrimonio" y por eso no podrá pagar nunca la indemnización a que se le condena, "de acuerdo con lo establecido en innúmeras jurisprudencias" de esta Sala, debe ser sancionado en este particular de acuerdo con el artículo 95 del código penal.

Esas escuetas afirmaciones no pueden considerarse como motivos de estudio de la Corte, pues lo que el artículo 95 dice es que cuando el daño moral ocasionado por el delito no se puede avaluar pecuniariamente, puede fijarse una indemnización prudencial hasta por dos mil pesos, y lo que esta Sala ha sentado como doctrina es que "la condición económica del procesado no puede modificar el criterio técnico de la reparación..., no modifica en nada la obligación de reparar, ni la cuantía de la suma que debe pagarse". (Casación de 8 de agosto de 1944, G. J. números 2010-14, pág. 727).

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

La defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió. De otra manera toda riña imprevista, todo acto de ira injustamente provocado, se convertiría en acción excusable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Victos:

Tiene la Sala a su estudio la demanda presentada por el doctor Saúl Luna Gómez, quien como apoderado de Rafael Losada, impugna la sentencia de cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, del Tribunal Superior de Bucaramanga, en la cual se le condenó, por el delito de lesiones, ejecutado en riña imprevista en Félix Amaya Daza, a la sanción principal de un año de presidio.

En un extenso escrito, que revela gran interés por parte de su autor en la prosperidad del recurso que se le encargó sostener, y que demuestra su habilidad y pericia en estas justas forenses, en donde el análisis debe correr parejas con el buen razonamiento, el demandante, a vuelta de una minuciosa recapitulación de lo sucedido, afirma que el sentenciador erró en la interpretación y apreciación de los hechos, y violó la ley penal, porque aplicó disposiciones que no encajaban en el cuadro penal de la disposición aplicada. O sea, que invocó como pertinentes las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia

El hecho que el fallo —en la parte acusada ha sancionado— es el siguiente: nueve lesiones (una de las cuales dejó al ofendido perturbación funcional permanente) causadas por Rafael Losada a Félix Amaya Daza el 29 de mayo de 1945 en el sitio denominado "El Contento", carretera de Matanza a Bucaramanga. Allí, en la fecha indicada, se encontraron Amaya y Losada, aquél de sesenta y cinco años de edad y éste de treinta, quienes tenían pendiente una cuestión económica que había dado lugar a la intervención de la autoridad, o, más concretamente: Amaya había demandado a Losada, porque éste le había extraído —sin su permiso— una cantidad de piedra de sus propiedades; y al hallarse se hirieron recíprocamente con una misma arma (cuchillo de Amaya), habiendo iniciado el ataque a mano armada Amaya y continuádolo después Losada con el cuchillo que en la refriega logró quitarle éste, ya herido, a su contendor. Pero, según la versión de Amaya, Losada lo ultrajó en palabras inicialmente e hizo ademán de golpearlo, por lo que él se vio precisado a servirse del cuchillo; mientras que según la versión de Losada, fue Amaya quien le lanzó la primera ofensa y a continuación lo agredió con el cuchillo, obligándolo él a contrarrestar el ataque con su propio sombrero (corcho). Losada derribó a su agresor, lo desarmó e hirió.

La demanda

La errónea interpretación y apreciación de los hechos la funda el demandante en habérsele dado a la conducta de su representado el carácter de combatiente, cuando él no hizo otra cosa que rechazar legítimamente un acometimiento injusto. Para llegar a este resultado, analiza con mucha inteligencia los episodios del acto del 29 de mayo de 1945, basándose de manera preferente en los relatos de los procesados (Amaya y Losada), uno de los cuales —el de Amaya— debe ser falso, o por lo menos, inexacto en buena parte; y, de acuerdo con esta operación de crítica, asevera que quien dijo la verdad fue su acudido en el presente recurso.

Convertida esta hipótesis del problema en cimiento procesal por fuerza de las argumentaciones que en su respaldo produce, entra en la demostración de por qué el fallo yerra al desconocer la justicia del acto de que se ha hecho responsable a Rafael Losada.

La violación de la ley penal la funda igualmente en esa consideración, o sea, en haber interpretado equivocadamente los artículos 25 y 384 del Código Penal, lo que condujo al sentenciador a aplicar de modo indebido los artículos 374, inciso 2º, y 384 ibídem.

Como subsidiarias, presenta estas solicitudes: que se acepte el exceso en la defensa por parte de Losada, o que en su caso, concurrieron la riña imprevista simultáneamente con las circunstancias del artículo 28 del Código Penal; o que se dé aplicación preferente a ésta última (artículo 28), es decir, que la pena se fije de acuerdo con él y no con el 384.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado en lo Penal pide que no se invalide la sentencia, y con juiciosas observaciones rebate todas las tesis expuestas en la demanda, conviniendo en la apreciación del Tribunal de que se trató de una riña imprevista exclusivamente.

Dice así el Jefe del Ministerio Público:

"...Por lo que respecta a las tesis planteadas por el demandante cabe anotar que la riña —así sea ella imprevista— excluye generalmente el estado de legítima defensa, porque quien acepta aquélla y en tal sentido esgrime un arma con el ánimo de cambiar agresiones con su adversario, no puede pretender colocarse en las condiciones y circunstancias que constituyen la justificación del hecho. Esto, porque quien se defiende legítimamente ejerce un derecho; mientras que quien se empeña en una riña se coloca en una situación antijurídica, de agresión, contraria precisamente al derecho. En el primer caso, no hay delito y en el segundo, sí. Lo mismo ocurre con la excusa de la provocación que, a semejanza de la riña, es fuente de responsabilidad penal y excluye, por lo tanto, la legítima defensa.

"En el presente caso, las pruebas configuran en contra de los procesados Losada Núñez y Félix Amaya el delito de lesiones personales recíprocas consumadas en riña, y los argumentos que conducen a desvirtuar esta situación jurídica tienden más a conmover que a convencer a la Corte.

"En efecto, las circunstancias que dieron origen a la reyerta entre los dos procesados demuestran que éstos se trabaron en lucha, después de haberse ofendido mutuamente de palabra. Ellos tenían antiguas querellas que liquidar, y según la propia confesión del acusado Losada, éste le adeudaba el valor de unas yucas a Félix Amaya y se negó a pagárselas. "Félix —dice— se me acercó hasta donde yo estaba muy junto a mí y me dijo que si le pensaba pagar las yucas o no, a lo cual yo le contesté que no se las pagaba porque me había hecho perder tiempo con el asunto de la demanda de las piedras, que me había ido hasta Matanza a declarar, por lo cual yo le dije que no se las pagaba. Entonces él me dijo estas palabras: "Gran hijueputa, ¿no me las paga?" y sacó una cuchilla y se me avalanzó..." (Fs. 19 a 20).

"Aun aceptando la veracidad de este relato, no se ve la razón jurídica que asiste a Losada para afirmar que procedió en legítima defensa al inferir a su acreedor Félix Amaya las ocho heridas punzantes de que habla el dictamen médico legal. Porque desde el momento en que el procesado Losada se negó, por las vías pacíficas y legales, a satisfacer a su contrincante el derecho de acreencia demandado por éste, se colocó en una situación desventajosa, de clara rebeldía, contra los intereses legítimos de Amaya Daza, lo que indudablemente y con razón, exacerbó a éste y vino entonces el cambio de palabras y de golpes mutuos, que es lo que caracteriza la riña. En esas condiciones, la causal de justificación alegada, resulta inadmisible.

"La legítima defensa surge únicamente cuando el que la ejercita ha obrado llenando los presupuestos del artículo 25 del Código Penal. Y uno de tales presupuestos consiste en la antijuridicidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, en un acto **contra jus,** "contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquel contra el cual se dirige", para usar expresiones ya consagradas en fallos de la H. Corte.

"Si, pues, como lo afirma el propio Losada, su posición en el lance fue **ab initio** de franca injusticia contra su adversario Amaya, al negarle el pago de lo que le debía, la reacción del último fue entonces provocada por Losada, y en ese caso, falta uno de los elementos de la legítima defensa, o sea, la **injusticia** de la violencia actual.

"Esta sencilla consideración es suficiente para rechazar la tesis central —justificación del hecho— invocada por el inteligente defensor".

Al examinar la otra causal (1ª) invocada expone:

"Para que exista el exceso invocado por el recurrente, es menester que concurran las condiciones iniciales de la legítima defensa, o sean la agresión actual e injusta. Y ya se vio que fue el acusado Losada quien determinó, sin razón ni jus-

ticia, la violencia de Amaya, empeñándose luego los protagonistas en un verdadero combate representativo de riña.

"...Por donde se ve que, reconocida la riña, resulta contradictorio hablar de excesiva defensa legítima".

Se considera:

Principia la Sala por advertir que no por haber omitido la presentación de todos los puntos de la importante demanda, se ha menospreciado o dejado de estudiar con atención su contenido total. Pero ocurre que parte muy apreciable de esa argumentación, la que se orienta a conseguir un acuerdo con las pretensiones del demandante en cuanto le atribuye más probabilidades de credibilidad al dicho de Losada, no es necesario señalarla, porque la Sala admite la hipótesis planteada.

Llegados a este punto de coincidencia, se tiene, con respecto al apoyo central de ambas causales:

1º Losada fue agredido por Amaya, con arma cortante;

2º Losada se defendió inerme, pues apenas, en los primeros momentos, hizo uso de su sombrero, para evadir las cuchilladas;

3º Losada fue, no obstante, alcanzado por Amaya con el cuchillo; y

4º Losada, con el mismo instrumento, le ocasionó a Amaya nueve lesiones.

Los tres primeros puntos se deducen de lo relatado por Losada en su indagatoria; y el último, del examen pericial practicado en Amaya. Porque Losada, cuando se trata de admitir su participación activa en el hecho, se limita a decir:

"...y le tiré dos gorrazos por la cara y seguramente lo atolondré y forcejeamos un rato, y yo le quité el cuchillo, y con él mismo seguramente yo le tuve que pegar, porque cuando caímos al suelo él me pidió socorro, diciéndome que no lo matara".

Según este planteamiento, así tan escueto, resalta que Losada no entró a combatir sino después de provocado. Y aún más: que no quería entrar en riña. Se podría, pues, sin más rodeos, afirmar de una vez que para él la pugna fue imprevista.

Pero más allá, de la violación de la ley hacia afuera, queda la justificación del hecho, plena o parcial. Y entonces podría decirse que también con los mismos puntos es posible sustentar una u otra clase de justificación. Porque quien es agredido por otro y se defiende, apenas ejercita un derecho. Mas el que devuelve los golpes que otro le da, también se defiende, puesto que la defensa implica generalmente el ataque.

Hay que rastrear, por lo tanto, el ánimo que lo llevó al lance. Si por la actitud anterior o por las circunstancias inmediatas o concomitantes se revela el propósito de reñir, entonces la pelea es un incidente sin repercusión aminorativa en sus consecuencias. Y si ese ánimo no contó en uno de ellos, por ejemplo, y sólo obró en él como manifestación simplemente humana, se ofrece ya un fenómeno jurídico (riña imprevista), que, como tal, modifica ante la ley la situación del acusado que la invoca y la demuestra. Y es aquí donde parece confundirse la posición del que riñe sin querer y la de quien sólo por defenderse repele a su fortuito agresor.

Al decir fortuito no se está indicando una característica diferencial, porque tanto puede concurrir ese factor en la defensa legítima como en la riña casual, en donde lo sorpresivo de la agresión puede equipararse a lo imprevisto de la misma.

Hasta aquí marchan por un mismo cauce las dos situaciones; de aquí en adelante se divorcian. Porque mientras en la legítima defensa el atacado apenas se limita a poner los medios adecuados para amparar su cuerpo o sus bienes o lo que sea injustamente vulnerado, en cambio es indiferente en la riña imprevista que el sorprendido cobre ventaja y la haga valer en el encuentro y aun abuse de superioridad, pues no por eso se desnaturaliza el fenómeno.

¿Y fue aquel el caso de Rafael Losada? Decididamente no. El no se contentó con poner a su adversario en imposibilidad de causarle más daño sino que cobró con creces el que ya había recibido. Y no fue que se excediera en la defensa, sino que vengó la inferida a su persona. El exceso es la consecuencia de una determinación puesta ya en movimiento y difícil de frenarla a tiempo para que no continúe en una obra ya inútil; o el resultado de una apreciación falsa de peligro pero que se presentó como cierto. Y tampoco ésta fue la realidad. Sin embargo, en posesión del cuchillo, único medio de agresión de su contendor doblemente vencido, lo usó contra el caído. ¿Para defenderse? No. Porque no había ya de qué protegerse. Fue entonces cuando se reveló su espíritu combatiente, e hizo lo que cualquier peleador hubiera hecho.

Todo esto sin sumarle el previo estado de ánimo, por la circunstancia de la enemistad con Amaya debido al incidente judicial, lo que descalifica un poco la sorpresa que le hubiera pro-

ducido la agresión, aun cuando no opera para restarle su índole de injusta.

La lenidad de las heridas, invocada en la demanda como argumento en favor de la legítima defensa, no es cuestión que entre como factor para darle forma, puesto que lo que se discute no es la perfección o imperfección del delito, sino si hubo o no quebrantamiento de la ley.

La defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió. De otra manera toda riña imprevista, todo acto de ira injustamente provocado, se convertiría en acción excusable.

Finalmente, no considera la Sala que puedan concurrir en una misma acción las circunstancias de los artículos 28 y 384 del Código Penal. Es decir, que quien se vio envuelto en una pelea que no buscó, pueda aducir que al emplearse en ella lo hizo movido por la ira que se desató en su espíritu a consecuencia del primer golpe recibido. Porque la ira es propia de quien riñe y un mismo estado espiritual no puede invocarse para obtener una doble atenuación de las secuelas de un solo acto. Habrá ocasiones en que haya que aceptar esa concurrencia, pero no porque corresponda a un exacto cuadro de derecho, sino porque así quedó expuesta en un veredicto, o cuando se cambian fundamentalmente los hechos que venían desarrollándose.

Tampoco resulta que fue la ira el determinante de la acción. No apareció ella alegada en su oportunidad y no es posible aceptarla en sustitución de un fenómeno más claro que se debatió en el juicio.

No han sido probadas, por consiguiente, las dos causales invocadas y sustentadas en la demanda.

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 señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CASACION EN LO REFERENTE AL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS

Contra los fallos absolutorios no concede la ley el recurso de casación en lo relativo a perjuicios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 14 de febrero del presente año, confirmó **la sentencia absolutoria** proferida por el Juzgado 2º Superior del mismo distrito, en favor de José Antonio Amézquita.

El apoderado de la parte civil interpuso contra esa sentencia el recurso de casación y debe ahora la Corte declarar si es admisible o no lo es.

Dice el artículo 559 del código de procedimiento penal que el Fiscal, el procesado y la parte civil pueden interponer el recurso de casación, en lo referente al resarcimiento de perjuicios, contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores, si son condenatorias y si la cuantía es o excede de tres mil pesos.

De esta suerte, cabe examinar si el recurso ha sido interpuesto por parte legítima, en la oportunidad legal, contra un fallo condenatorio de segunda instancia de un tribunal superior, y si la cuantía es la que la ley exige.

El recurso fue interpuesto en tiempo oportuno, o sea, dentro de los quince días siguientes al de la notificación del fallo (artículo 556 del C. de P. P.); además, la parte recurrente es legítima o con facultad de la ley (artículo 559 ibídem); y los perjuicios fueron estimados en cinco mil pesos, en la demanda de constitución de parte civil (artículo 559 ibídem); pero el fallo no es condenatorio, sino absolutorio, y contra los de esta clase no concede la ley el recurso de casación en lo relativo a perjuicios.

La razón de que la ley, en forma expresa, niegue el recurso contra los fallos absolutorios, es la de que los perjuicios están vinculados esencialmente con el acto delictuoso, de tal suerte que si en lo penal se declara que la infracción no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, la acción civil no podrá proponerse ante las autoridades judiciales de este ramo; y, por el contrario, cuando un sujeto ha sido condenado por el juez en lo penal como responsable de una infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado (artículos 28 y 29 del C. de P. P.).

Ahora bien, el ofendido o perjudicado con los daños del delito no es propiamente parte en el proceso penal en cuanto se refiere a la culpabilidad o inocencia del sindicado o sindicados, sino únicamente en lo atañedero al resarcimiento de dichos perjuicios, como la Corte lo ha expresado (artículo 123 del C. de P. P.). Y como la actividad del Estado es oficiosa, por lo general, en lo que se refiere a la sanción de los delitos, la parte civil no puede atacar un fallo de segunda instancia por medio del recurso de casación, si el fallo ha sido absolutorio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que NO ES ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

Entre las varias doctrinas que ha sentado la Sala de Casación Penal de la Corte sobre el recurso de casación bastará recordar la de que "la demanda de casación debe formularse según los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal".

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia de 18 de noviembre del año pasado, condenó a José Ruperto Sánchez y a Secundino Quintana a la pena principal de cinco años y cuatro meses de prisión, por el delito de robo consumado en bienes de Crisanto Ramírez, en la población de Silos.

El procesado Quintana interpuso contra ese fallo el recurso de casación y su defensor, el abogado Pablo A. Rosas, presentó ante la Corte un escrito, en el cual invoca las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Principia el recurrente diciendo que en los delitos contra la propiedad "las pruebas se aprecian en un sentido arbitrario", sin que se tenga en cuenta la personalidad de los delincuentes y el medio social; que uno de los magistrados de esta Sala, que escribe en los periódicos, no ha señalado a los jueces subalternos "normas mejores para la administración de los fueros punitivos del Estado"; que la Corte ha de hacer una labor no meramente judicial, sino de enseñanza; que los presos no están ni pueden estar al corriente de la naturaleza especial del recurso de casación; que la justicia se debe democratizar; y que las condenas por delitos contra la propiedad se fundan en indicios que son débiles y no producen "la menor convicción".

En suma, las únicas razones de hecho y de derecho en que fundamenta su solicitud de que se infirme el fallo, están contenidas en el siguiente aparte del citado escrito:

"Y en verdad que los indicios son tan débiles que no alcanzan el resultado de formar convicción. Ya que José Ruperto Sánchez confesó ser el autor del hecho y sin embargo mi cliente Quintana fue condenado sin estar vinculado al delito. Lo que se hizo por carecer Quintana de cédula, hecho que no es delictuoso. Y, además, hubo confusión entre las dos clases de infracción, el robo y el hurto, que difieren sustancialmente en sus elementos de composición moral, material y jurídica. Confusión que fue llevada al auto de proceder y de aquí surge el desacuerdo sustancial entre la sentencia recurrida y el auto en mención. Como igualmente que se aplicara castigo infamante al que no debía merecerlo, en otros términos a producir enorme agravio a Quintana, el que debe repararse por la H. Corte con una infirmación del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal de Pamplona".

El señor Procurador contesta así el memorial del señor defensor:

"Como se ve, ni en la forma ni en el fondo puede aceptarse la anterior crítica como una demanda de casación. En la forma, porque las tres causales invocadas no fueron estudiadas en capítulos separados ni se hizo resumen de los hechos materia de la controversia; y en el fondo, porque las tesis enunciadas aparecen desprovistas del menor análisis jurídico que las respalde, como es de rigor en este recurso extraordinario, que en nada se parece a una tercera instancia.

"Era un deber del demandante, de acuerdo con sus puntos de vista, analizar la prueba de la responsabilidad de Quintana estimada por el Tribunal, para hacerle ver a la Corte que dicha prueba era insuficiente para condenarlo; que hubo error en la denominación jurídica del delito imputado en el auto de proceder, a tal punto que ha debido llamarse a responder en juicio al acusado por hurto, en vez de robo, equivocación que, por otra parte, es propia de la causal cuarta, y no de la tercera; y, finalmente, que la penalidad impuesta a Quintana no era la adecuada a lo hecho por él y a su peligrosidad social.

"Pero nada de esto aparece en el memorial del señor defensor".

Por ello pide que se declare desierto el recurso, pues no hay "materia para un estudio de fondo en casación".

Se considera:

La lectura del escrito hace que la Corte se contente con reproducir algunas de las doctrinas que ha sentado sobre la demanda de casación, tomadas al azar de entre muchas que se han escrito por esta Sala en el mismo sentido. Ellas explican por qué la ley ha exigido que este recurso, si puede interponerse por los procesados, no puede ser sustentado sino por abogados titulados, que conozcan la técnica jurídica y sepan presentar sus puntos de vista en forma legal.

Así, en la de 3 de septiembre de 1945, dijo la Sala:

"La demanda de casación debe formularse según los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal". (G. J. Tomo LIX, números 2022 a 2024, pág. 513).

Y en la de 5 de marzo de 1947, expresó:

"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 fijado 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 limitarse 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". (G. J. Tomo LXII, números 2050 a 2051, pág. 771).

Y en auto de 20 de junio de 1945:

"Estima la Corte que cuando el artículo 565 del código de procedimiento penal dice que el recurso debe declararse desierto si no se funda en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la DEMANDA a que se refiere el inciso 2º del artículo 563 ibídem no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen.

'No basta que se manifieste, por ejemplo, que los hechos determinantes y los eximentes de la responsabilidad o de la sanción fueron interpretados con exceso de rigor y pasados por alto, pues es necesario que se expresen con claridad esos hechos o esas circunstancias pretermitidos o apreciados equivocadamente, ya que no está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación pretender su prosperidad con afirmaciones genéricas sin que se haga un esfuerzo por demostrarlas.

"Ello no quiere decir que la demanda no pueda y deba ser interpretada, como las leyes y los contratos; pero lo que no puede la Corte es tomar el lugar del demandante supliendo vacíos esenciales, porque sería convertir en una tercera instancia aquel recurso extraordinario. La Corte ha procedido en múltiples ocasiones con un amplio criterio de interpretación en favor del procesado para no sacrificar la justicia; pero no puede llegar hasta el extremo de reemplazarlo en la indicación y estudio de los motivos que en la sentencia recurrida aparezcan como perjudiciales para el mismo". (G. J. Tomo LVIII, números 2019 a 1021, pág. 252).

Por último, en casación de 24 de octubre del mismo año consignó:

"Cuando el sentenciador presenta razones y el demandante no lo hace, ni explica el por qué de su reclamo, ni hay fuente de dónde partir para emprender un estudio que requiere el planteamiento de previa controversia, puntos de vista en desacuerdo u opuestos y no únicamente la expresión desnuda de una queja, no es posible imaginar o suponer los fundamentos que tuvo el demandante para combatir el fallo. Porque 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". (G. J. Tomo LIX, números 2025-2027 bis, pág. 1002).

Como el artículo 565 del código de procedimiento penal establece que "si el recurso no se fundare dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto", a ello habrá de proceder la Corte, pues el escrito de que se viene hablando no sirve de fundamento a un recurso extraordi-

nario como el de que aquí se trata, no es una demanda que permita un estudio de casación, ni trae materia para revisar el fallo recurrido.

Por eso el traslado al señor Procurador se había podido omitir, por no contener razones que debiera contestar el Ministerio Público; pero se corrió, con la mira de obtener el concepto de este colaborador de la justicia y evitar hasta la sombra de una arbitrariedad en los trámites.

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, DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto y condena en costas al recurrente, que serán tasadas por el Tribunal de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL TESTIMONIO DE LOS PARIENTES CONTRA EL PROCESADO

El principio sentado por los artículos 25 de la Constitución Nacional y 226 y 227 del C. de P. P. no debe aceptarse cuando el delito se comete por un miembro de una familia contra otro y los declarantes pertenecen a la misma, porque rota por el infractor la armonía del hogar con un hecho ilícito cometido contra el cónyuge o uno de los parientes, la posible impunidad que la ley tolera carece del fundamento excepcional que se encuentra en otras ocurrencias, cual es el de tutelar con el silencio la unión de los hogares, la concordia de las familias, que es la base de la paz social. Tanto es así que, por ejemplo, la ley no prohibe dar denuncia criminal contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, como establece el artículo 13 del Código de Procedimiento, estatuto cuya concordancia con los textos citados explica sobradamente la doctrina que ahora la Sala reafirma.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Rogelio Beltrán interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de 26 de agosto de 1946, por medio de la cual fue condenado a sufrir la pena principal de diez y seis años de presidio, como responsable de la muerte de Rito Sánchez, ocurrida en el sitio de "Llano de los leones", del municipio del Hato, Departamento de Santander.

Hechos y actuación judicial. Rogerio Beltrán había contraído matrimonio con María Angelina Sánchez, y desde catorce meses anteriores al 21 de julio de 1943 habitaba en el predio ya nombrado de su suegro Rito Sánchez. En tal día estaba Rito, acompañado de su hijo José, de su yerno Rogerio y de la sirvienta Teodora Gutiérrez, dedicado al desbrozo o "desmate" de alguna parte de la finca y, ya en las horas de la tarde, se separó de éstos para ver el ganado, mientras los demás regresaban a la casa.

Rogerio llegó del trabajo en estado de embriaguez y se dedicó a preparar su escopeta para cazar un "picur", al mismo tiempo que sin causa alguna le dirigía a su esposa graves amenazas e injurias. Rito, su suegro, que para entonces ya estaba presente, reconvino a su yerno por su injustificable conducta, y ello fue motivo para que Rogerio le disparara su escopeta, cuyos perdigones le destrozaron el cuerpo tiroides, las carótidas, las yugulares y el pneumogástrico, y le causaron la muerte.

Rogerio desapareció inmediatamente, pero a mediados de noviembre del mismo año de 1943 fue capturado en la población de Palmas, del mismo Departamento.

El Juzgado Segundo Superior del Socorro abrió juicio criminal contra Beltrán por homicidio—asesinato—cometido en la persona de un pariente (ordinal 1º del artículo 363 del C. P.), en providencia que fue confirmada por el Tribunal de San Gil.

El Jurado declaró a Beltrán responsable del homicidio cometido en la persona de su suegro a sabiendas del parentesco que con él lo unía (f. 79 del c. 1º).

El Juzgado lo condenó a la pena principal de quince años de presidio, a las accesorias legales y a pagar como indemnización de perjuicios la suma de seiscientos pesos.

Pero el Tribunal, en la sentencia de 26 de agosto del año antepasado, que debe estudiar la Corte en casación, aumentó la pena principal a diez y seis años de presidio.

Causal primera. Indebida aplicación de la ley penal.

Alega el recurrente que la pena que le corresponde al procesado es el mínimo señalado en el artículo 363 del Código Penal, o sea, la de quince años de presidio, porque no está probada la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en haber obrado por motivos innobles o fútiles y, por el contrario, están acreditadas dos circunstancias de menor peligrosidad, o sea, el haber ac-

tuado en estado de embriaguez y por la provocación del occiso.

"Rogerio Beltrán —dice la sentencia recurrida— al dar muerte a Rito Sánchez en la forma como lo hizo, obró por motivos innobles y fútiles, ya que las palabras de reconvención pronunciadas por el occiso y dirigidas a su yerno Rogerio Beltrán cuando éste insultaba y amenazaba a su esposa, no constituyen ni siquiera una mínima provocación, de donde debe concluírse que los motivos fueron del todo fútiles".

Observa el recurrente que el ebrio no puede reflexionar sobre la calidad de los estímulos que impulsan a obrar y por eso no se puede predicar de él que obre o haya obrado por motivos innobles o fútiles. Y agrega que está probado con la declaración de Luis Calderón Monsalve y con lo expuesto por Beltrán en su indagatoria, que Rito Sánchez, no sólo agredió de palabra a su yerno, sino que, tomando una escopeta, se la rastrilló para dispararle, sin que le hubiera dado fuego.

Se considera:

Que Sánchez hubiera intentado dispararle primero su escopeta a Beltrán, sin causa alguna, como lo afirmó éste en su indagatoria y se lo refirió a Luis Calderón, es punto decidido por el jurado, al declarar que aquél había cometido un homicidio sin causa justificativa, pues de lo contrario habría que admitir una legítima defensa, que los jueces de conciencia no reconocieron. Y siendo ellos quienes, por mandato de la ley, debían calificar los hechos, según el artículo 480 del código de procedimiento penal, habría que desconocer el veredicto, en el cual debía basarse la sentencia.

En otros términos, si el Tribunal Superior hubiera admitido la legítima defensa sin haberla reconocido el jurado, habría pronunciado un fallo en desacuerdo con el veredicto, circunstancia que precisamente constituye una causal de casación, la tercera, prevista en el artículo 567 del citado código.

En cuanto a los motivos, ya la Corte ha hecho ver la diferencia que existe entre los innobles y los fútiles, pues al paso que los primeros indican su ruindad, los segundos se refieren a su pequeñez o desproporción con las causas que han determinado un hecho criminal, y bien se puede admitir que un móvil poderoso, pero de un egoísmo repugnante, haya precipitado un delito, lo que es distinto de lo, baladí, del poco aprecio o valor del mismo móvil o motivo. El Tribunal no señala sino la poca importancia del motivo, y sobre este concepto habrá de estudiarse el punto.

Que Beltrán obró por motivos fútiles, como lo afirma el Tribunal, es forzoso reconocerlo, porque el hecho de que su suegro lo hubiera recriminado, siquiera en términos fuertes, por los ultrajes o amenazas que le dirigía a su esposa, no explica la reacción desproporcionada que produjo la muerte de Sánchez. Se comprende bien, en cambio, que el padre hubiera intervenido en favor de su hija amenazada, reclamándole al yerno que sin causa atendible procedía contra ella en forma agresiva y soez, máxime si se tiene en cuenta que Sánchez mantenía a Beltrán en su casa y que en su presencia se realizaba la agresión de palabra y las amenazas de obra.

Esta circunstancia está probada en el proceso con las declaraciones de Santos Martínez v. de Sánchez, esposa de Rito, de Angelina Sánchez de Beltrán, esposa del procesado, y de Teodora Gutiérrez, trabajadora de la casa, las cuales afirman que habiendo llegado Rogerio un tanto embriagado, comenzó a preparar su escopeta diz que para irse a cazar un "picur" y, sin causa alguna, se puso a insultar a su esposa en forma grosera y a manifestarle su deseo de matarla, momento en que intervino Rito Sánchez, intervención a la cual contestó Rogerio con su disparo fatal.

Estas declaraciones son en sí aceptables, porque el temor de parcialidad que pudieran inspirar está contrarrestado por el vínculo de familia que unía a los protagonistas del hecho, esto es, que si las testigos deponen en favor de Rito, esposo de la una, padre de la otra y patrono de la Gutiérrez, Rogerio es yerno de la primera, esposo de la segunda y compañero de trabajo o patrono también de la tercera. Además, no aparece en esos testimonios falla de orden psicológico que haga dudar de la veracidad y, por el contrario, las circunstancias de modo, tiempo y lugar se presentan de manera uniforme y de acuerdo con lo que se puede pensar que realmente aconteció.

Cierto es que la Gutiérrez, en una segunda declaración, en careo con Beltrán, afirmó que los hechos habían acaecido en la forma en que éste los había relatado en su indagatoria, contradiciendo lo dicho anteriormente. Pero, como el Juzgado expuso en el auto de proceder, el primer relato debe tenerse por verídico, porque lo hizo cuando aún no había podido ponerse en connivencia con otros, entre ellos el acusado, y, además, está en armonía con otras pruebas del expediente.

Ahora, la embriaguez no impide que se reconozca esta circunstancia de la futilidad de los motivos, porque, como lo afirma la Procuraduría, del expediente aparece que no era plena o absoluta, de tal suerte que lo hubiera privado de la conciencia o lo hubiera perturbado en tal forma que no pudiera cargársele en su contra. Esto se deduce, en primer lugar, de la indagatoria del mismo, donde relata en detalle, todos los incidentes, en forma favorable, claro está, a sus intereses. Y en segundo lugar, de las declaraciones de algunos testigos: así, Santos Martínez de Sánchez afirma que "Rogerio estaba **más bien** embriagado con el guarapo que había tomado en el trabajo" (f. 5); Luis Calderón dice simplemente que "Rogerio venía borracho" (f. 6); pero Angelina de Beltrán, la esposa del procesado, asegura que "Rogerio me insulta y me pega frecuentemente, cada vez que está borracho" (f. v. v.).

Por lo demás, como dato que confirma el concepto que se deja expuesto, bueno es recordar que el defensor, en la audiencia pública, después de criticar las pruebas de cargo, concluyó pidiéndole al jurado que declarara que el delito había sido llevado a término "en estado de ira e intenso dolor o en el momento de recibir una agresión grave", tesis que, como ya se dejó anotado, no aceptaron los jueces de conciencia. Y ese fallo no es despreciable sobre la cuestión propuesta, pues porque sea en conciencia, el veredicto no deja de ser una apreciación de los acontecimientos.

Y bueno es recalcar aquí que en la citada audiencia se alegó principalmente sobre los motivos, que fueron las provocaciones de Rito Sánchez, hombre borracho y pendenciero, que trataba mál a los miembros de la familia, según algunos declarantes, al paso que se pretendió hacer aparecer a Beltrán como hombre pacífico y de conducta buena en su hogar (f. 5 vuelto).

Queda por resolver el punto de si las declaraciones de los parientes pueden aceptarse en contra del procesado, según lo dispuesto en los artículos 25 de la Constitución y 226 y 227 del código de procedimiento penal.

Los dos primeros preceptos dicen que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, mientras que el último prohibe recibir declaración a nadie contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos, mandato que sigue el mismo pensamiento de la Corte, esto es, el de que los testimonios de los parientes cercanos o de los cónyuges no deben figurar en los procesos penales, cuando van en perjuicio de ellos, pues lo contrario atenta contra la moral y contra el orden jurídico y social.

Pero, como lo ha sentado como doctrina el Tribunal de segunda instancia y esta Sala de la Corte, ese principio no debe aceptarse cuando el delito se comete por un miembro de una familia contra otro y los declarantes pertenecen a la misma, porque rota por el infractor la armonía del hogar con un hecho ilícito cometido contra el cónyuge o uno de los parientes, la posible impunidad que la ley tolera carece del fundamento excepcional que se encuentra en otras ocurrencias, cual es el de tutelar con el silencio la unión de los hogares, la concordia de las familias, que es la base de la paz social. Tanto es así que, por ejemplo, la ley no prohibe dar denuncio criminal contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, como establece el artículo 13 del código de procedimiento, estatuto cuya concordancia con los textos antes citados explica sobradamente la doctrina que ahora se reafirma en este fallo.

Hablando ahora de la embriaguez como de circunstancia de menor peligrosidad cuando el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas, como dice el ordinal 5º del artículo 38 del código penal, tiene en contra de su admisibilidad una prueba que en este caso tiene bastante fuerza de convicción, como es el dicho de la esposa del procesado, que asegura que tal estado lo llevaba a ultrajarla y golpearla.

De todos modos, la dicha circunstancia no aparece demostrada de manera convincente que permita abonarla en favor de Beltrán.

En cuanto a "la provocación" de la víctima, que tácitamente se alega como circunstancia de menor peligrosidad, ya lo dicho sobre la embriaguez, la legítima defensa y el veredicto del jurado, sirve de base para el rechazo de tal circunstancia.

Todo lo cual conduce a declarar que la causal primera invocada no puede prosperar.

Causal segunda. Errada apreciación de los hechos.

Dice el recurrente:

"Por los mismos motivos que el Tribunal de San Gil en su sentencia erró en la aplicación de la ley penal, violó ésta por haber interpretado mal los hechos en que consisten las circunstancias de menor peligrosidad de embriaguez y de mayor peligrosidad de futilidad e innobleza de

los motivos determinantes de la acción, circunstancias éstas que influyen en la agravación de la pena, pues por este error aplicó una pena mayor de la del mínimo señalada en el artículo 363 del código penal".

La causal segunda resulta improcedente porque, como establece el artículo 499 del código de procedimiento, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponde al juez de derecho. En otros términos, aunque tales circunstancias son también hechos, ellas le sirven al juez para señalar la sanción, y esa facultad indebidamente ejercitada encaja dentro de la causal primera con más propiedad que en la segunda.

En sentido contrario, la apreciación de los hechos que son elementos constitutivos o modificadores del delito y, por tanto, de la responsabilidad, corresponde al jurado en los juicios en que interviene, según lo preceptúan los artículos 480 y 567, ordinal segundo, del citado código, puesto que, como ya se advirtió, la sentencia tiene que acomodarse al veredicto, pues si no guarda armonía con él, puede invalidarse por la causal tercera de casación. Por eso la Corte ha dicho que la causal segunda no puede ser admitida en los procesos en que interviene el jurado, sobre la base, naturalmente, de que los jueces de conciencia sólo califican los hechos constitutivos del delito o las circunstancias modificadoras, pero no las de mayor o menor peligrosidad, los motivos determinantes, la gravedad y modalidades del hecho y la personalidad del agente (artículo 36 del C. P.), al ménos directamente, pues esos son factores que el juez ha de tener presentes para aplicar las penas o medidas de seguridad.

La causal segunda, no puede, por tanto, admitirse en este caso.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR FRANCISCO BRUNO

Las razones que indujeron a la Sala a no aceptar el proyecto que, sobre el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de San Gil, me correspondió —por reparto— elaborar y presentar, y las que obligaron al suscrito a no modificar el proyecto y, más bien, a separarse de ella (de la Sala), se refieren (las razones) a la aplicabilidad de la segunda causal de casación (numeral 2º del artículo 567) contra sentencias dictadas en juicios con jurado.

La Corte —en múltiples y sucesivos fallos— ha sostenido invariablemente la inaplicabilidad, en consideración a que el examen de dicha causal, necesariamente llevaría al estudio de hechos que —mediante el veredicto— calificó el jurado, y cuya conclusión llevaría también a declarar que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso, tema o cuestión que si incluída como motivo de casación en la ley anterior (118 de 1931), fue explícitamente derogada en la vigente. Sobre esta doctrina, reafirmada por todos los Magistrados de la Sala, hay unanimidad.

La actual discrepancia se refiere a la aplicabilidad de dicha causal a juicios con jurado, cuando lo que se objeta no es la calificación que de los hechos efectuó el jurado, sino la calificación de las circunstancias de peligrosidad que realizó el Juez.

Esta cuestión lleva a decidir un tema de suma importancia, y es si la inaplicabilidad de la segunda causal de casación, en los juicios por jurado, se limita al veredicto o calificación que realizan los Jueces del hecho, o se extiende a la que hacen los del derecho para la imposición de la sanción; implica ello, como se ve, el examen de la delimitación de funciones de unos y otros en los procesos en que el jurado interviene.

Si a éste —conforme a la ley y la doctrina— le está señalada como función única la calificación de los hechos en orden a la responsabilidad y al delito, esto es, al elemento psíquico y al físico, y al Juez la aplicación de la sanción según la peligrosidad, se deduce que a éste corresponde apreciar su grado en atención á la gravedad y modalidades del delito, a sus motivos determinantes, a la personalidad del delincuente y a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

Así como el jurado pudo haber errado en la apreciación de los hechos y emitir un veredicto contraevidente, pudo el Juez también haber apreciado erradamente los hechos y hacer —en consecuencia— una errada calificación de cualquiera de los elementos sintomáticos de la peligrosidad; mas si lo primero no puede objetarse en casación con base en la segunda causal, según la ley y la jurisprudencia, no así lo segundo, que no fue prohibido ni excluído, porque no afecta la esencia y objeto de este recurso.

Es exacto que la Corte ha reafirmado la tesis de que el error en la calificación de las circunstancias de peligrosidad se objeta en casación por indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, pero ello no implica que pueda también objetarse mediante la segunda causal cuando ha habido errada interpretación o apreciación de los hechos, ya que el pensamiento de la Comisión Redactora del Código, claramente expuesto en los debates sobre la materia, se concretó a quitar a la Corte la competencia para declarar —con base en esa causal— la antigua notoria injusticia del veredicto (hoy contraevidencia), pero la excepción no abarca los errores que se hayan cometido en la apreciación de las circunstancias determinantes de la sanción y que puedan objetarse en casación.

Dejo así, breve y sintéticamente, explicadas las razones legales que me impidieron suscribir sin reservas la anterior sentencia, sin que la tesis que acabo de exponer —tal es mi convicción— desvirtúe la que, presentada por mí en el recurso de Juan Troyano contra la sentencia del Tribunal de Popayán, acogió la Corte en cuanto a la inaplicabilidad de la segunda causal, cuando ésta se invoca con el propósito de quitar su valor procesal al veredicto.

Francisco Bruno

NOTIFICACIONES EN EL PROCESO PENAL. — NULIDADES. — LISTA DE JURADOS. — INTERROGATORIOS AL PROCESADO. — CUESTIONARIO. CASACION POR PERJUICIOS

1.—Aunque el Código de Procedimiento Penal ordena que todo auto o sentencia se notifique, ya personalmente, ya por estado o por edicto, según el caso (artículo 168), lo mismo que a su apoderado o defensor (artículo 169), estas notificaciones no son esenciales en el sumario, sino en el juicio, en los eventos especificados en los artículos 198 y 199 del mismo Código.

2.—En el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegalidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tenerse en cuenta.

3.—Aunque la ley quiere que la lista de jurados sea de doscientos nombres, esto es, que ese es el número que considera adecuado para que no sean siempre las mismas personas las que juzguen los procesos penales por los inconvenientes de todo orden que se pueden suponer, sobre todo si es menor el número, eso no quiere decir que la falta o el exceso traiga aparejada nulidad, porque entonces no hay incertidumbre sobre quienes salgan elegidos a la suerte. De lo contrario todo sorteo sería casi siempre nulo porque en la lista figuran personas que o mueren, o se ausentan, o en quienes concurren luego circunstancias que les impiden cumplir con ese deber. Y en las poblaciones en que el número de habitantes no es muy crecido, y en las cuales funcionan juzgados superiores, no es fácil encontrar ese número de ciudadanos que reúnan las condiciones para ser elegidos como jueces de conciencia. No es eso un DESIDERATUM ni la Corte propicia la negligencia o descuido en el particular. La lista, sobre todo la que contiene menos de doscientos nombres, es irregular, pero otra cosa es que el exceso o defecto en el número haga invalidar la actuación.

4.—Respecto de los interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sobre sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que puedan revelar la personalidad del infractor (artículos 452 y 548 del C. de P. P.), considera la Sala que su omisión es una irregularidad grave, por lo general, supuesto que el Código Penal vigente tiene en cuenta la personalidad del delincuente más que la objetividad o materialidad de los delitos. Pero ello no quiere decir que el proceso sea nulo porque esos interrogatorios son apenas un medio de información sobre la personalidad, pero no el único de que dispone el juez para obtenerla. (Artículos 294, 349, 375 y 374, C. de P. P.).

5.—En cuanto al cuestionario o preguntas que se hacen al Jurado advierte la ley que no ha de darles el juez denominación jurídica a los hechos sobre los cuales lo interrogue. Esa es una pauta general que tiene por objeto evitar que los jueces de conciencia puedan equivocarse sobre el alcance de sus respuestas, por ignorar el contenido jurídico de términos técnicos; pero si el sentido de las palabras con las cuales se pregúnta al Jurado es de comprensión corriente no se ve por qué no haya de emplearlas el juez, máxime cuando la tarea del Ministerio Público y del defensor, sobre todo del segundo, se concreta a explicar el valor que puedan tener los vocablos del veredicto que se pronuncie.

6.—En la casación por perjuicios rigen las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles, como lo establece el artículo 559 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia de 12 de agosto del año pasado, condenó a Eustaquio López Pinzón a la pena principal de diez y siete años de presidio, como autor de la muerte del doctor Alonso Pinzón Peñuela.

El procesado y su defensor interpusieron el recurso de casación contra el fallo, y ante la Corte presentó la respectiva demanda un apoderado especial, demanda que es la que estudiará esta Sala, y no el escrito del defensor ante el Tribunal, según lo establecido en los artículos 109 y 7º del código de procedimiento penal y 268 del código de procedimiento civil.

Hechos y actuación judicial. El doctor Alonso Pinzón Peñuela, que ejercía su profesión de abogado en la ciudad del Socorro, se había hecho cargo de un negocio civil de Jerónimo Díaz y en el curso de las pruebas contrainterrogó a algunos declarantes. Eso disgustó profundamente a Eustaquio López Pinzón, parte en el juicio, y al día siguiente, 9 de agosto de 1945, ultimó a cuchilladas al doctor Pinzón Peñuela, en la plazuela de El Convento, de aquel lugar, donde el abogado se hallaba en busca de otro cliente con quien tenía que tratar asuntos judiciales.

El Juzgado Segundo Superior del Socorro dictó auto de proceder contra López Pinzón, por el delito de homicidio, cometido con alevosía y sevicia, esto es, con caracteres de asesinato, en providencia de 15 de noviembre del mismo año de 1945.

Cambiado de radicación el proceso, el Juzgado Superior de Pamplona lo terminó con su sentencia de 11 de marzo de 1947, en la cual condena al procesado a la pena principal de diez y ocho años de presidio, a las accesorias legales y pagar como indemnización la suma de seiscientos treinta mil pesos.

En fin, el Tribunal Superior del mismo distrito, en sentencia de 12 de agosto, que es la recurrida, redujo a diez y siete años la pena de presidio, y la confirmó "en todo lo demás".

Pasan a estudiarse las causales invocadas, que son la primera, segunda y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Causal cuarta: Nulidades del proceso.

Tres son los motivos de nulidad que alega el recurrente:

Primero, que se omitió notificarle al apoderado de López Pinzón, durante el sumario, las providencias dictadas después del auto de detención, "con lo cual se violaron los arts. 111, 168, 169 y 174 del código de procedimiento penal y el 26 de la Constitución Nacional".

Segundo, que en los dos sorteos de jurados "solamente se insacularon ciento cuarenta y tres balotas, correspondientes a ciento cuarenta y tres nombres de la lista de jurados enviada por el Tribunal", debiendo constar esa lista de doscientos nombres, como lo ordena la ley: Con ello se quebrantó lo dispuesto en el artículo 507 del código de procedimiento, en armonía con el 199, y también el 26 de la Carta fundamental.

Esta irregularidad se hace más grave si se tiene en cuenta que el segundo sorteo de jurados se cumplió el 15 de octubre de 1946, fuera del término de los cinco días que indica el artículo 511 del código de procedimiento penal y el numeral 3º del artículo 199 del mismo código.

Tercero, que el Tribunal no le hizo al procesado los interrogatorios que ordenan los artículos 452 y 548 del estatuto procesal, y

Cuarto, que los cuestionarios fueron "presentados con denominaciones jurídicas y a ellas respondieron los jurados afirmativamente y sobre sobre esas respuestas se sustenta la sentencia materia de la casación".

Se considera:

Es verdad que el código de procedimiento ordena que todo auto o sentencia se notifique, ya personalmente, ya por estado o por edicto, según el caso (artículo 168), lo mismo que a su apoderado o defensor (artículo 169). Pero estas notificaciones no son esenciales en el sumario, sino en el juicio, en los eventos especificados en los artículos 198 y 199 del mismo código. Por eso ha dicho esta Sala:

"Si bien es cierto que todas las providencias que ordenan la práctica de pruebas deben notificarse previamente a los interesados, esa obligación no es tan estricta en tratándose del sumario, dada su naturaleza dinámica y permanente. Por eso el código de procedimiento ordena realizarlas sin demora alguna y al estatuír que las partes deben ser citadas previamente, aclara que la citación debe hacerse "si ello fuere posible" (artículo 209). Ese precepto no es, pues, de imperioso cumplimiento en la investigación porque en ella debe primar la eficacia sobre las ritualidades de la notificación y de la ejecutoria". (Auto de 30 de agosto de 1946).

También ha expresado la Corte que en el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales y se refieren a la incompetencia de jurisdicción, o a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario, cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tenerse en cuenta.

La Procuraduría observa que a López Pinzón se le recibió indagatoria asistido de apoderado, que se le notificaron el auto de detención y otras providencias y que, de esta suerte, estuvo en capacidad de ejercitar, como en realidad ejercitó, el derecho de pedir la práctica de las pruebas que estimó convenientes para su defensa.

Sobre el segundo motivo de nulidad, se principia por admitir que la lista de jurados que envió el Tribunal no constaba sino de ciento cuarenta y tres nombres y no de doscientos, como lo ordenan los artículos 483 y 507 del código de procedimiento.

Pero en este caso no se puede admitir la nulidad, porque para que en ella se incurra es preciso que o "no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debieran formar el jurado", o que se haya omitido en el sorteo alguna de las formalidades que la ley señala, siempre que el interesado alegue la nulidad en el acto. Ninguna de tales ocurrencias se presentó en el proceso, pues no es posible dudar de la identidad ni del cumplimiento de las formas para el sorteo.

Es cierto que la ley quiere que la lista de jurados sea de doscientos nombres, esto es, que ese es el número que considera adecuado para que no sean siempre las mismas personas las que juzguen los procesos penales, por los inconvenientes de todo orden que se pueden suponer, sobre todo si es menor el número. Pero eso no quiere decir que la falta o el exceso traiga aparejada nulidad, porque entonces no hay incertidumbre sobre quienes salgan elegidos a la suerte. De lo contrario, todo sorteo sería casi siempre nulo, porque en la lista figuran personas que o mueren, o se ausentan, o en quienes concurren luego circunstancias que les impidan cumplir con ese deber. Y en las poblaciones en que el número de habitantes no es muy crecido, y en las cuales funcionan juzgados superiores, no es fácil encontrar ese número de ciudadanos que reúnan las condiciones para ser elegidos como jueces de conciencia. No es eso un desideratum ni la Corte propicia la negligencia o descuido en el particular. La lista, sobre todo la que contiene menos de doscientos nombres, es irregular, pero otra cosa es que el exceso o defecto en el número haga invalidar la actuación.

En cuanto al hecho de que el segundo sorteo se hubiera verificado después del término señalado por el artículo 511 del código de procedimiento, anota la Procuraduría que este precepto se refiere al reemplazo de los jurados legalmente impedidos y que ni la defensa ejercitó esa facultad, ni aparecen demostrados impedimentos en aquéllos.

Respecto de los interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sobre sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que puedan revelar la personalidad del infractor (artículos 452 y 548 del C. de P. P.), considera la Sala que su omisión es una irregularidad grave, por lo general, supuesto que el código penal vigente tiene en cuenta la personalidad del delincuente más que la objetividad o materialidad de los delitos. Pero ello no quiere decir que el proceso sea nulo, porque esos interrogatorios son apenas un medio de información sobre la personalidad, pero no el único de que dispone el juez para obtenerla (artículos 294, 349, 375 y 374 del C. de P. P.).

En cuanto al cuestionario o preguntas que se hacen al jurado, advierte la ley que no ha de darles el juez denominación jurídica a los hechos sobre los cuales lo interrogue. Esa es una pauta general que tiene por objeto evitar que los jueces de conciencia puedan equivocarse sobre el alcance de sus respuestas, por ignorar el contenido jurídico de términos técnicos; pero si el sentido de las palabras con las cuales se pregunta al jurado es de comprensión corriente, no se ve por qué el juez no haya de emplearlas, máxime cuando la tarea del ministerio público y del defensor, sobre todo del segundo, se concreta a explicar el valor que los vocablos del veredicto que se pronuncie puedan tener.

En la audiencia pública se le preguntó al jurado si López Pinzón era responsable de haber causado la muerte del doctor Pinzón Peñuela, por medio de las lesiones descritas en el acta de autopsia, hecho que había tenido lugar en el sitio, día y hora conocidos; si en la ejecución del hecho había procedido "voluntariamente y con el propósito de matar"; aprovechándose de las

condiciones de inferioridad en que se encontraba la víctima cuando fue agredida, esto es, con alevosía y si hubo sevicia.

Como se ve, estas preguntas no son difíciles de entender para personas de mediana cultura, como son las que constituyen los tribunales de conciencia, ni, por tanto, que las respuestas hayan de considerarse como equívocas o ambiguas. Por lo demás, si el veredicto hubiera resultado contrario a la evidencia de los hechos, en las instancias hubiera podido corregirse ese defecto esencial, alegándolo y demostrándolo ante el juez y el Tribunal.

En conclusión, la causal cuarta invocada no puede prosperar.

Causal segunda: Errada interpretación de los hechos.

Critica el recurrente, como base de ella, el dictamen pericial sobre el defecto de la vista de que padecía el doctor Pinzón Peñuela y que lo obligaba a usar anteojos, los cuales se le cayeron al ser atacado por el victimario, circunstancia que sirvió para pensar que estaba en condiciones de indefensión e inferioridad y, por consiguiente, que el delito tomaba el carácter de asesinato.

"La estimación de tal hecho por el Juez de Pamplona y luego por el honorable Tribunal en sus fallos constituye un grave error —dice— pues se le dio un valor probatorio que en realidad no tiene para presentarlo como constitutivo de delito, lo cual influyó en la determinación de la sanción aplicada en la sentencia acusada contra López Pinzón".

Consecuencialmente pide el demandante, que "se declare notoriamente injusto, por ser contrario a la evidencia de los hechos, el veredicto del jurado".

La Procuraduría contesta diciendo:

"La causal segunda de casación es improcedente en los juicios por jurados, porque el declararla probada, llevaría a la Corte, como lo pretende el señor apoderado, a declarar las decisiones del tribunal popular como contrarias a la evidencia de los hechos materia del debate; y esta facultad no está erigida en causal de casación por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Esa potestad sólo cabe en las instancias del juicio, al tenor de los artículos 537 y 554 de la misma obra.

"Por esa razón indiscutible, la H. Corte, desde el tres de noviembre de 1944 (casación de Juan Troyano, por homicidio), resolvió que la cuestionada causal es inoperante en los procesos en que interviene el Jurado. Y tal doctrina ha sido ratificada, de manera muy firme, hasta hoy".

En apoyo de lo dicho invoca uno de los muchos fallos de esta Sala en que se ha sentado la doctrina expuesta:

"Todo lo referente a pruebas (que tal es el caso aquí contemplado), en los juicios de los cuales conocen los jueces superiores con intervención del Jurado, es materia de la libre apreciación de éste, sin sujeción a regla alguna de derecho. Luego aceptado un veredicto y perdida ya la oportunidad para declararlo contrario a la evidencia de los hechos, no cabe atacarlo en casación, finalizado el juicio, pues a ello equivale la crítica acerca de los elementos de convicción que le dieron base.

"Por consiguiente, la causal segunda, que trata precisamente de que se realice un nuevo estudio de tal aspecto de un proceso terminado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad". (Sentencia de 25 de enero de 1946. Casación de Martín Marín y otros. **Gaceta** números 2032 y 2033, pág. 508).

Por lo expuesto, la causal es infundada.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal.

Dice el recurrente:

"La aplicación hecha en la sentencia de los artículos 363 y 39 del C. P. y el haberle impuesto a Eustaquio López Pinzón la pena de diez y siete años de presidio, implica violación de la ley penal por errónea interpretación y por indebida aplicación. Causal 1ª del artículo 567 del C. de P. P., teniendo además en cuenta el modo como el fallador estimó el hecho en la forma descrita en la causal que precede de este escrito".

La Procuraduría responde el cargo en la siguiente forma:

"Siendo la aplicación del artículo 363 del estatuto penal una consecuencia del veredicto del Jurado, y no pudiendo la Corte, por lo antes dicho, desconocer ese veredicto, el Tribunal debía tener en cuenta, como lo hizo, el artículo 363.

'Rechazada la causal segunda, debe también declararse inadmisible la primera, por estar íntimamente vinculada en casos como éste.

"Además, en el libelo no se demuestra por qué el Tribunal infringió el artículo 39 del C. P. Sobre esto no hay, pues, materia para un estudio de fondo en casación".

Perjuicios. Alega el recurrente:

"El señor Juez Superior de Pamplona dispuso

entre otras cosas el avalúo de los perjuicios causados por López Pinzón y al efecto designó perito al señor Ricardo Sánchez, quien dictaminó al folio 236 del cuaderno número 1 estimando los de orden material en doscientos diez mil pesos, y los morales en la cantidad de cuatrocientos veinte mil pesos.

"Las sentencias recurridas —dice en otro lugar— condenaron a López Pinzón a pagar perjuicios que no tienen asidero legal alguno en autos, pues ni siquiera se objetivaron".

"En la sentencia que estoy acusando —dice al final del escrito— se condenó a Eustaquio López Pinzón a pagar como valor de los perjuicios materiales la suma de doscientos diez mil pesos y como precio de los perjuicios morales la suma de cuatrocientos veinte mil pesos moneda corriente, aceptando el fallador el avalúo que el perito señor Sánchez rindió y que es el mismo que obra al folio 238 del cuaderno número 1, dictamen en el cual el señor perito no discriminó su justiprecio ajustándolo a la objetivación sino vistas consideraciones de carácter sentimental que no se ajusta a la realidad probatoria. Por tanto como el señor perito no ajustó su dictamen a las normas procedimentales, estimo que violó cada una de las normas del capítulo 7º del Título 5º del Libro 1º del C. de P. P. Esta causal creo que es la determinada en el artículo 567, ordinales 2º y 4º".

A primera vista aparece como excesiva la condena al pago de los perjuicios en esa cuantía, pero, como lo anota la Procuraduría, la acusación se basa en un simple aserto, sin análisis alguno.

Además, en la casación por perjuicios rigen las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles, como lo establece el artículo 559 del código de procedimiento penal, y no se alegaron las causales que señala aquel código (artículo 520). Lo que indica que las alegaciones del recurrente no pueden acogerse en esta parte tampoco.

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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA EMBRIAGUEZ EN LA EJECUCION DEL HECHO DELICTUOSO

La experiencia ordinaria y los textos de medicina legal enseñan que una persona puede alcoholizarse, llegar al estado de intoxicación crónica tomando licores en forma habitual, sin embriagarse, y eso es algo sustancialmente distinto de la embriaguez transitoria que también produce ordinariamente el descontrol de la psiquis y puede impulsar a la comisión de hechos delictuosos. El artículo 29 del Código Penal sólo es aplicable cuando se trata de un ALCOHOLISMO CRONICO, o de un individuo que padezca grave anomalía psíquica en el momento de cometer el hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. Israel Pardo Abaunza fue condenado por el Tribunal Superior de Tunja a sufrir la pena principal de ocho años y medio de presidio, como responsable del homicidio perpetrado en la persona de Luis María Barajas, el día 20 de julio de 1939, en la población de Muzo.

Contra la sentencia, de 21 de octubre del año pasado, interpusieron el recurso de casación tanto el procesado como su defensor, y éste último presentó la demanda, en la cual alega las causales primera y tercera del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Ambas causales tienen su apoyo en el mismo hecho, o sea, en no haber aplicado medidas de seguridad al acusado, según lo previsto en el artículo 29 del código sustantivo, en vez de la pena de presidio del artículo 362 del mismo código, siendo así que el jurado declaró responsable a Pardo Abaunza, pero en estado de anomalía psíquica.

"Todo agregado —dice el recurrente— modifica el veredicto, y la modificación, si es favorable, debe producir algún efecto". Por lo cual concluye que si el veredicto no se acepta como declaratorio de un estado de anormalidad que no comporta penas, "quedaría sin modificación en perjuicio del condenado".

La Procuraduría pide que no se invalide el fallo porque, según su opinión, que la Sala comparte, las razones del demandante no tienen consistencia.

En efecto, al preguntarle al jurado sobre la responsabilidad de Pardo Abaunza, contestó:

"Sí es responsable, pero en estado de anomalía psíquica producida por el alcohol".

El veredicto no declara algo sustancial para que el juez de derecho hubiera podido aplicar medidas de seguridad, esto es, que la anomalía psíquica era **grave** o, en particular y en cuanto a la embriaguez, que constituyera un estado de **intoxicación crónica** producida por el alcohol.

Consta, sí, que Pardo Abaunza había ingerido alcohol antes de cometer el delito, pero no que fuera un intoxicado crónico; y bien se sabe que una cosa es el estado de intoxicación pasajera que produce el alcohol, y otra el estado permanente o crónico producido por la ingestión habitual de bebidas embriagantes. La experiencia ordinaria y los textos de medicina legal enseñan que una persona puede alcoholizarse, llegar al estado de intoxicación crónica, tomando licores en forma habitual, sin embriagarse, y eso es algo sustancialmente distinto de la embriaguez transitoria, que también produce de ordinario el descontrol de la psiquis y puede impulsar a la comisión de hechos delictuosos.

Pero el veredicto no declaró el estado de intoxicación crónica, ni una grave anomalía psíquica, sino simplemente la corriente anomalía psíquica que el alcohol produce y que no permite aplicar medidas de seguridad, sino penas propiamente dichas. En esas condiciones, hubieran procedido los jueces de instancia de manera arbitraria, haciendo decir al jurado lo que éste no expresó en su veredicto, es más, falseando su pensamiento, puesto que se le pidió en la audiencia pública que declarara la existencia de una "grave anomalía psíquica producida por el alcohol", gravedad que no quiso reconocer.

Y ese veredicto cuenta con una prueba de indiscutible mérito, como es el dictamen de los mé-

dicos legistas, quienes no consideraron a Pardo Abaunza como un intoxicado crónico, ni como persona que padeciera de grave anomalía psíquica. Es —dicen— un sujeto constitucionalmente emotivo, pero no ha "rozado siquiera el límite de lo patológico".

En fin, no considera exacto la Sala que la aplicación de medidas de seguridad al delincuente, exagerando el alcance de los términos del veredicto, le sea favorable, como lo afirma la demanda. Al contrario, lo favorable es que al procesado se le señalen las sanciones que su estado psíquico requiere para que se readapte a la vida común. La ley indica cuáles son las que se deben fijar en cada caso concreto, según lo acreditado en el proceso, y los jueces no pueden determinarlas a su arbitrio. Y si la ley no diera pautas tan precisas a los jueces, el sentido común enseñaría que no se le hace beneficio alguno al anormal o intoxicado privándolo de su libertad en una cárcel, como no se le haría tampoco al hombre normal recluyéndolo en un manicomio o en una colonia agrícola.

Por eso la Procuraduría comenta el fallo acusado en los siguientes términos:

"En tal virtud, ni por los antecedentes psicológicos del acusado, ni por el veredicto de los jueces de conciencia, puede sostenerse que se trata en este caso de un delincuente enfermo de la mente, ya por causa de embriaguez crónica, o por factores patológicos existentes en su personalidad. Esa simple anomalía psíquica, no calificada de grave por el Jurado, apenas corresponde a los trastornos pasajeros que el alcohol produce en el borracho común, en que la bebida nubla la mente y trae confusión en las ideas, especialmente en el segundo período de la embriaguez.

"Y como la ley penal colombiana tiene como plenamente responsable al delincuente que cometa una infracción en estado de embriaguez aguda, y determina para él una sanción de las asignadas a los sujetos normales, síguese que el Tribunal procedió corectamente al aplicar el artículo 362 del Código Penal, en vez del 29 de la misma obra, pues este último precepto exige que se trate de un **alcoholismo crónico,** o de un individuo que padezca **grave** anomalía psíquica en el momento de cometer el hecho, circunstancias éstas que se echan de menos en el veredicto.

"El único alcance que podía tener el aditamento contenido en el veredicto era el de un factor de menor peligrosidad, en los términos del artículo 38, numeral 5º, del estatuto penal, y así lo apreció el sentenciador de segunda instancia".

En conclusión, si el Tribunal hubiera dado aplicación al artículo 29 del código penal, habría desconocido el veredicto y entonces la sentencia hubiera sido atacable por la causal tercera de casación.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no invalide, como NO INVALIDA, la sentencia acusada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO. — LA ENEMISTAD GRAVE

El artículo 73 del Código de Procedimiento Penal considera como motivo de impedimento o recusación, entre otros, el de existir "enemistad grave" entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado. Pero, como la Corte lo ha explicado en varias ocasiones, esa calidad de grave no la reviste la antipatía o repulsión que haya entre dos personas, sino el deseo incontenible y vivo de causarle daño a otro, manifestado en hechos que sirvan de base para presumir que el funcionario atenderá menos a los dictados de la justicia que a los de su ánimo enconado. Y ello no sólo lo indica el sentido vulgar de la expresión, sino las voces de las leyes antiguas que consagraron esa causal de impedimento, como son las de las Siete Partidas, según puede verse en la voz "enemigo" del conocido Diccionario de Legislación de Escriche.

La enemistad grave es susceptible de prueba y, aunque de ordinario es un sentimiento mutuo, lo importante para separar del conocimiento de un negocio es que el funcionario la experimente, por ser quien va a dictar las providencias resolutivas del asunto sometido a decisión. Si éste, recusado, manifiesta experimentar enemistad de ese carácter, la prueba aparece de manera muy definida, porque como lo ha dicho la Sala, el mejor juez de sus propios estados afectivos es el que los experimenta; pero si el funcionario no revela sentir esa animadversión grave, es forzoso allegar la prueba de hechos que la acrediten con dicha calidad, porque todas las decisiones de los jueces tienen que basarse en demostraciones legales que se traducen en hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El proceso contra Teófilo Muñoz Realpe por el homicidio de que fue víctima Alfonso Meneses, le correspondió al magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Vicente Vernaza Gómez, en virtud del recurso de apelación concedido contra el auto de proceder.

El defensor del procesado, doctor Carlos Arturo Gil, recusó al magistrado para conocer del negocio, alegando que existía entre los dos enemistad manifiesta; y como éste arguyera no tener el impedimento y los dos magistrados restantes de la Sala lo declararon fundado, debe resolver la Corte el incidente de plano (artículo 77 del C. de P. P.).

Los hechos que demuestran la enemistad, según el abogado recusante, son los siguientes: que siendo el Dr. Vernaza Gómez Juez 2º Penal del Circuito, alegaron en el despacho y el doctor Gil le había dicho que lo que sucedía era que se tenían mutua antipatía; que desde entonces no se saludan cuando se encuentran, como lo saben los magistrados y los empleados del Tribunal; que en una comida que se le dio al doctor Vásquez Otero, el funcionario recusado se había opuesto a que el recusante hablara, alegando que no debía tomar la palabra en ese acto gente de otro lugar; que el funcionario había inventado una irónica contracción de su nombre, lo que demuestra el desafecto que le profesa; que siendo Juez le resolvió peticiones desfavorablemente y que por ello consideró más oportuno renunciar poderes, más bien que litigar ante él; que en el proceso de Ricardo Uribe Vásquez, que hubo de cursar en el Tribunal, lo injurió, o mejor, lo calumnió; que en ese mismo proceso y en el que ahora se estudia le devolvió sendos memoriales por irrespetuosos, sin que tuvieran nada de dicha calidad.

El doctor Vernaza Gómez manifiesta sobre el particular:,

"Nunca he considerado al doctor Gil como enemigo mío ni tengo yo tampoco motivos para serlo. Otra cosa es que sienta por mí, el doctor Gil, una marcada antipatía por decisiones judiciales que no estaban de acuerdo con sus aspiraciones; pero a ello estamos expuestos todos los que administramos justicia. Habría sido motivo de satisfacción para el doctor Gil que el H. Tribunal Superior las hubiera revocado, pero sucedió todo lo contrario. Esto demuestra que mis decisiones como Juez estaban ceñidas a la ley.

"No he tenido jamás la más leve intención de injuriar, y mucho menos de lanzar un cargo calumnioso contra el doctor Gil. Su temperamento

exaltado lo lleva a considerar así una apreciación hecha por los tres Magistrados de la Sala Penal en un proceso criminal que se tramita".

Los dos magistrados restantes de la Sala conceptuaron que los motivos invocados por el recusante no eran suficientes para dar por probada la enemistad grave de que habla el artículo 73 del código de procedimiento penal, en su ordinal 5º y que la Sala rechaza el cargo de que en el proceso contra Ricardo Uribe Vásquez hubiera injuriado o calumniado al citado doctor Gil, puesto que mal había podido suscribir el Tribunal "una providencia que contuviera la violación de la ley penal". Por eso estimó infundada la recusación y remitió el proceso a la Corte, que resuelve el incidente ahora.

Se considera:

El artículo 73 del código de procedimiento penal considera como motivo de impedimento o recusación, entre otros, el de existir "enemistad grave" entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado. Pero, como la Corte lo ha explicado en varias ocasiones, esa calidad de grave no la reviste la antipatía o repulsión que haya entre dos personas, sino el deseo incontenible y vivo de causarle daño a otro, manifestado en hechos que sirvan de base para presumir que el funcionario atenderá menos a los dictados de la justicia que a los de su ánimo enconado. Y ello no sólo lo indica el sentido vulgar de la expresión, sino las voces de las leyes antiguas que consagraron esa causal de impedimento, como son las de las Siete Partidas, según puede verse en la voz "enemigo" del conocido diccionario de legislación de Escriche.

La enemistad grave es susceptible de prueba y, aunque de ordinario es un sentimiento mutuo, lo importante para separar del conocimiento de un negocio es que el funcionario la experimente, por ser quien va a dictar las providencias resolutivas del asunto sometido a decisión. Si éste, recusado, manifiesta experimentar enemistad de ese carácter, la prueba aparece de manera muy definida, porque como lo ha dicho esta Sala, el mejor juez de sus propios estados afectivos es el que los experimenta; pero si el funcionario no revela sentir esa animadversión grave, es forzoso allegar la prueba de hechos que la acrediten con dicha calidad, porque todas las decisiones de los jueces tienen que basarse en demostraciones legales, que se traducen en hechos.

El funcionario del Tribunal de Cali ha manifestado aquí que no siente enemistad grave contra el defensor del procesado, que no ha pretendido injuriarlo ni calumniarlo, y que el resquemor del recusante se debe a fallos suyos que no han sido favorables a las pretensiones de aquél. De otro lado, los otros Magistrados de la Sala rechazan el cargo de que en el proceso contra el señor Uribe Vásquez se hubiera proferido alguna injuria o calumnia, pues de lo contrario no lo hubieran firmado. Es más, rechazan por infundada la recusación, siendo así que el doctor Gil da por conocidos de ellos los motivos en que se funda.

Ahora bien, los demás hechos que el doctor Gil invoca, suponiéndolos probados, no acreditan que el funcionario experimente ese sentimiento en su contra: un alegato o discusión entre el juez y una de las partes, no demuestran ciertamente la serenidad y compostura que se deben guardar en los despachos judiciales, pero en las actuaciones en que se discuten intereses encontrados, pueden producirse choques entre el abogado que cree estar lleno de razón y el funcionario que se la niega; no saludar a otra persona, hacer una cuchufleta de su nombre, impedir que hable en una reunión pública, son circunstancias que denotan antipatía, pero no prueban por sí la enemistad grave; devolver memoriales irrespetuosos no sólo es una facultad, sino un deber de los empleados; y, en fin, resolver desfavorablemente peticiones de interesados, no es sino cumplimiento de la misión propia de los jueces y magistrados, si consideran que ellas no se ajustan a las facultades de la ley.

De esta suerte, admitiendo que estuvieran acreditados los hechos que alega el recusante, ellos no permiten concluír que el funcionario recusado experimente la enemistad dicha, porque no la acreditan con la calidad de grave y éste ha negado sentirla en términos de temer que sobre la equidad triunfe la animadversión capital que aquél le atribuye.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara no fundada la recusación propuesta por el doctor Carlos Arturo Gil contra el magistrado del Tribunal Superior de Cali, para conocer del proceso por homicidio contra Teófilo Muñoz Realpe.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES. — CONDENA CONDICIONAL

1. — La diferencia técnica entre "órganos dobles" y "órganos sencillos" tuvo su importancia antes del 1º de julio de 1938 y, aún puede concedérsele alguna respecto a la legislación actual, pues en el anterior Código (artículo 645) se agrupaban indiscriminadamente diversas consecuencias. Allí se confundían, como secuelas de una misma gravedad para los defectos de las sanciones, la enfermedad de por vida, la pérdida de un órgano o miembro, la deformidad física gravemente perjudicial y la perpetua incapacidad para trabajar como antes. En estas circunstancias era indispensable entrar en una serie de apreciaciones equilibradoras para no caer en injusticias, muy fáciles de cometerse al imponer las penas respectivas. Porque es claro que no resulta lo mismo perder un miembro que perderlos ambos, o sufrir la pérdida de un órgano que la de dos, cuando éstos son dobles; ni resultaba equiparable la deformidad física con la perpetua incapacidad para trabajar, ni en realidad, en medicina, puede hablarse propiamente de "enfermedad de por vida". Pero hoy esa distinción no es tan indispensable, puesto que el Código Penal vigente contempla separadamente todos los casos que pueden presentarse en tratándose de lesiones personales, sin invadir las zonas abandonadas del casuismo.

Es comprensible que un defecto funcional o una perturbación funcional, como lo expresa el Código (y que viene a ser lo mismo), debe entenderse con relación al órgano de su actividad o al miembro en la suya, es decir, en un sentido funcional, puesto que es la función la perturbada o la que se vuelve defectuosa. Porque de otra manera habría que entender que sólo uno de los componentes del mecanismo está encargado de desarrollar la respectiva función fisiológica que, como ya se dijo, corre a cuenta de la pareja orgánica en forma tal que es imposible señalarle linderos a su acción conjunta. Habrá casos en que además de la perturbación consiguiente quede el ofendido con una deformidad física, por ejemplo, lo que no es poco común, especialmente cuando lo afectado es un miembro. Pero entonces, allí está el artículo 377 para resolver el conflicto.

2.—Para conceder la condena condicional se atiende no sólo a la personalidad del delincuente sino también a las consecuencias y gravedad del delito. Y por eso se excluye de tal beneficio a los sancionados con presidio. Si para otorgarla hubiera que hacer las conversiones de una en otra, por encima de los casos en que esa conversión es indicada, entonces se desnaturalizaría el instituto de la condena condicional o, al menos, su adecuada reglamentación en el Código Penal colombiano.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos. Se ha acusado la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en la cual, con aplicación de los artículos 374, inciso 2º, y 28 del Código Penal, se condenó a Jorge Mejía Garcés a la sanción principal —privativa de la libertad— de ocho meses de presidio, como responsable del delito de lesiones personales ejecutado el diez de abril de mil novecientos cuarenta y tres, con arma de fuego, en Rafael Montes, quien estuvo incapacitado durante ochenta y ocho días y quedó con una disnea intermitente, como consecuencia de la lesión del pulmón derecho, que los peritos médicos consideraron que constituía un "defecto funcional de carácter permanente".

La causal de casación invocada y sustentada por el recurrente (defensor del procesado), es la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que la enuncia de la siguiente manera:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Afirma el demandante que en la sentencia se aplicó indebidamente el artículo 374 del Código

Penal y que se violaron los artículos 45, 60 y 80 del mismo Código.

El primer cargo lo sostiene en razones que la Sala sintetiza así: como el artículo 374 habla del defecto funcional de un órgano, y un pulmón es apenas una parte del órgano respiratorio, lo natural era acogerse a la disposición penal más favorable, no siendo indicada la que el Tribunal tuvo en cuenta; y en ese caso debió aplicarse el artículo 373.

Respecto del segundo cargo dice:

"En la sentencia de primera instancia se concedió a mi mandante la condena condicional, en atención "a que el procesado, es de excelente conducta anterior sin que revele ser un peligro social". Para ello, el juzgado tuvo que hacer la conversión de la pena de ocho meses de presidio en doce meses de prisión. Por dos razones se hizo la conversión anterior: primero, porque al tenor del artículo 45 del Código Penal, la pena de presidio no puede ser menor de un año, y segundo, para poder otorgarle a Mejía la condena condicional.

"El H. Tribunal reformó la sentencia, para imponerle una pena de ocho meses de presidio y quitarle la condena condicional".

Hace hincapié a continuación en la conducta de su representado y en lo que persigue la condena condicional, establecida para evitar el que por penas de corta duración se vean privados de su libertad y aun expuestos a las consecuencias del régimen carcelario individuos que no ofrecen ningún peligro social y a quienes, en guarda de esos principios, puede otorgárseles aquel beneficio.

Considera la Sala:

Indebida aplicación de la ley penal

El sentenciador estimó como pertinente al caso **sub judice** el artículo 374 —en su inciso 2º— porque los términos de ese mandato se ajustan a las conclusiones de la exposición pericial.

Dice el artículo:

"Si la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de dos a cinco años de presidio y multa de doscientos a cuatro mil pesos.

"Si la perturbación funcional o psíquica fuere permanente, la pena será de dos a seis años de presidio y la multa de doscientos a cinco mil pesos".

A continuación se transcriben el primero y los últimos reconocimientos practicados en la persona del ofendido Rafael Montes:

'Hoy hemos reconocido... a Rafael Montes y le encontramos a nivel del ángulo inferior de la escápula derecha, el orificio de entrada de un proyectil de arma de fuego. No existe orificio de salida. Clínicamente (porque hasta el momento no ha sido posible la exploración radiológica), el proyectil está localizado en la parte media del pulmón derecho". (Reconocimiento de 11 de abril de 1943).

"Hemos reconocido hoy al herido Rafael Montes... y conceptuamos que su incapacidad para trabajar, como antes ha terminado, incapacidad que fue en total de ochenta y ocho días (88). A consecuencia de la herida misma ha quedado con una disnea intermitente. Para saber si dicho defecto funcional es de carácter permanente, es necesario verificar un nuevo reconocimiento dentro de tres meses". (Reconocimiento de 9 de julio de 1943).

"Hoy hemos reconocido nuevamente al señor Rafael Montes y conceptuamos que la disnea intermitente descrita en nuestro último reconocimiento, constituye un defecto funcional de carácter permanente". (Reconocimiento de 14 de octubre de 1943).

La diferencia técnica entre "órganos dobles" y "órganos sencillos", tuvo su importancia antes de 1º de julio de 1938, y aun puede concedérsele alguna con respecto a la legislación actual, pues en el anterior Código (artículo 645) se agrupaban indiscriminadamente diversas consecuencias. Al se confundían, como secuelas de una misma gravedad para los defectos de las sanciones, **la enfermedad de por vida, la pérdida de un órgano de un miembro, la deformidad física gravemente perjudicial y la perpetua incapacidad para trabajar como antes.**

En estas circunstancias, era indispensable entrar en una serie de apreciaciones equilibradoras para no caer en injusticias, muy fáciles de cometerse al imponer las penas respectivas. Porque es claro que no resulta lo mismo perder un miembro que perderlos ambos, o sufrir la pérdida de un órgano que la de los dos, cuando éstos son dobles ni resultaba equiparable la deformidad física con la perpetua incapacidad para trabajar, ni en realidad, en medicina, puede hablarse propiamente de "enfermedad de por vida".

Pero hoy esa distinción no es tan indispensable puesto que el Código Penal vigente contempla separadamente todos los casos que pueden presentarse en tratándose de lesiones personales, sin invadir las zonas abandonadas del casuísmo.

Es comprensible que un defecto funcional, como lo dicen los médicos que reconocieron a Montes, o una perturbación funcional, como lo expresa el Código (y que viene a ser lo mismo), debe entenderse con relación al órgano en su actividad o al miembro en la suya, es decir, en un sentido funcional, puesto que es la función la perturbada o la que se vuelve defectuosa. Porque de otra manera habría que entender que sólo uno de los componentes del mecanismo está encargado de desarrollar la respectiva función fisiológica, que, como ya se dijo, corre a cuenta de la pareja orgánica en forma tal, que es imposible señalarle linderos a su acción conjunta.

Habrá casos en que además de la perturbación consiguiente el ofendido quede con una deformidad física, por ejemplo, lo que no es poco común, especialmente cuando lo afectado es un miembro. Pero entonces, allí está el artículo 377 para resolver el conflicto.

Por eso dice con gran propiedad el señor Procurador Delegado en lo Penal, lo que en seguida se copia:

"En efecto, se ha dicho en casos semejantes que los vocablos **órgano** y **miembro** deben interpretarse para los fines penales, en su sentido funcional, y no en su acepción anatómica...

"En consecuencia, si la lesión afecta solamente elementos anatómicos que integran un órgano o miembro, sin perturbar la respectiva función, no puede decirse que hubo trastorno o debilitamiento de ésta, siendo entonces inaplicable el artículo 374 del Código Penal. 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 restringir las operaciones de la aprehensión, la audición y la masticación, en su orden.

"Por el contrario, si la lesión ataca, limitándolo, el ejercicio propio de la actividad fisiológica del órgano o miembro vulnerados, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374, aunque los tejidos de que se componen aquéllos no estén interesados en su totalidad, sino parcialmente.

"En una palabra: el citado artículo 374 mira únicamente al trastorno fisiológico que produce la lesión, y no al menoscabo anatómico o estético que la herida produzca en el cuerpo humano".

De todo lo cual, y sin necesidad de ahondar más este punto, se colige que estuvo bien aplicado el artículo 374 de la sentencia que ha sido materia de la acusación.

Acerca del otro cargo que contiene la demanda, y el modo de sustentarlo, puede decirse que es excelente la argumentación, como razones para las instancias del proceso. Pero cuando se trata de casar una sentencia, es menester demostrar que ella es errada porque se quebrantó la ley o alguna de las normas del juicio.

Hay, en el proceso penal, cierta libertad para que el Juez, como Juez, deje correr su criterio sin herir cánones fundamentales del juicio. Mas cuando, agotadas las instancias, se va a hacer un debate sobre la sentencia definitiva, ya no es posible atender a otra cosa que a la prueba evidente de haberse violado terminantemente la ley o de haberse prescindido en la tramitación de alguna de aquellas reglas esenciales que le sirven de base insustituíble.

Para conceder la condena condicional se atiende no sólo a la personalidad del delincuente sino también a las consecuencias y gravedad del delito. Y por eso se excluye de tal beneficio a los sanciones con presidio. Y si para otorgarla hubiera que hacer las conversiones de una en otra, por encima de los casos en que esa conversión es indicada, entonces se desnaturalizaría el instituto de la condena condicional o, al menos, su adecuada reglamentación en el Código Penal Colombiano.

Por lo que se acaba de exponer muy brevemente, se ve que tampoco por este aspecto es impugnable la sentencia, pues no se han violado los artículos 45, 60 y 80 del Código Penal.

Lo cual quiere decir, conforme lo ha pedido el Jefe del Ministerio Público, que no debe invalidarse la sentencia acusada.

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 señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 22 de noviembre de 1947, en la cual se condenó a Jorge Mejía Garcés, como responsable del delito de lesiones personales, a la sanción principal de ocho meses de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

CONDENA CONDICIONAL

El otorgamiento de la condena condicional no constituye en las ocurrencias del artículo 27 del Código Penal una excepción al precepto general del artículo 80; al contrario, debe exigirse el lleno de sus requisitos entre los cuales se cuenta la intachable conducta anterior del sindicado. Una cosa es que la inocencia se presuma y que la culpabilidad de un acusado haya de probarse, y otra distinta es que la conducta anterior sirva como pauta para señalar la pena, pues en este último evento tiene que aparecer comprobada en forma que revele la personalidad del agente del delito, pues ese es el criterio que informa el nuevo Código Penal. De manera que si en el proceso no sólo no puede aceptarse la conducta del procesado como buena presuntivamente, sino que hay prueba de que ha sido mala, no puede otorgarse el beneficio impetrado, pues no basta que el hecho en sus modalidades no revista gravedad, sino que los procederes anteriores del acusado hayan sido constantemente ejemplares, en una palabra, que la personalidad no aparezca como peligrosa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de 5 de noviembre del año pasado, condenó a Luis Eduardo Cuéllar Pérez a la pena principal de diez y ocho meses y quince días de presidio, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de José María Ordóñez y por el de lesiones causadas a Cándida Rosa Serrano, el 28 de diciembre de 1943.

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado y alega como causales la primera y la quinta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Hechos. En el mes de diciembre de 1943 llegó a la oficina de transportes, denominada Copetrán, de la ciudad de Bucaramanga, una encomienda que de Barrancabermeja le enviaban a la señorita María del Carmen Ordóñez, encomienda que el encargado del despacho, señor Luis Eduardo Cuéllar, no quiso entregarle a una criada, por no haber firmado el recibo correspondiente.

La señorita Ordóñez llamó por teléfono a la oficina de Copetrán y reclamó en forma descomedida porque el empleado no había entregado el paquete; y no contenta con ello, le contó a su hermano José María lo sucedido, agregando que el empleado le había dirigido términos injuriosos. Ordóñez se dirigió a Copetrán a reclamarle a Cuéllar y, no obstante que éste explicó los hechos en tono mesurado, al fin hubo de aceptar el reto que a pelear a puñetazos le hacía Ordóñez, acompañando su provocación con palabras ultrajantes y luego de manifestar que no iba armado.

Después de haberse dado mutuamente de golpes, Ordóñez sacó una navaja que consigo llevaba y con ella hirió a Cuéllar por tres veces, lo que hizo que éste se separara. Ordóñez salió a paso ligero y penetró a un establecimiento cercano, llamado "Mi Cafecito", a donde llegó Cuéllar armado del revólver que en su oficina mantenía y con él hirió por varias veces a Ordóñez y, también, aunque en forma leve, en un pie a la muchacha mesera del café, Cándida Rosa Serrano.

Actuación judicial. El Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, en auto de 2 de marzo de 1944, llamó a juicio a Cuéllar Pérez, por homicidio simplemente intencional, pues no admitió la legítima defensa invocada por el acusado, ni que hubiera habido exceso en ella, como tampoco que los hechos hubieran sucedido en riña imprevista, aunque sí acepta que había habido provocación injusta de parte de la víctima. Tal enjuiciamiento fue confirmado por el Tribunal, el 5 de octubre de 1945, entidad que declara que Cuéllar Pérez había actuado por provocación grave e injusta de parte de Ordóñez.

El jurado reunido para calificar los hechos y a quien se le preguntó si el procesado era responsable del homicidio, cometido cuando éste "se encontraba en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación", contestó: "Sí,

pero en exceso de legítima defensa". Respecto de la herida en el pie ocasionada a Cándida Rosa Serrano (no Restrepo, como dice la pregunta al jurado), contestó que sí era responsable, "pero involuntariamente".

El Juzgado condenó a Cuéllar Pérez a cinco meses y diez días de presidio por el homicidio, y a dos meses de arresto y diez pesos de multa por la lesión causada a la Serrano. Pero el Tribunal, en el fallo que ha sido objeto de la casación que ahora se estudia, señaló la sanción principal en diez y ocho meses y quince días de presidio.

Pasa, pues, la Corte a estudiar la demanda presentada.

Causal primera: indebida aplicación de la ley penal

Dos son los motivos que le sirven de fundamento a esta causal, a saber:

El primero, que el Tribunal consideró como circunstancia de mayor peligrosidad algunas condenaciones de policía, siendo así que en las constancias procesales no se dice si en realidad fue condenado ni a qué penas.

Y el segundo, que el Juzgado y el Tribunal le negaron al procesado la condena condicional, sin tener en cuenta que en el expediente no obra la prueba de que pueda deducirse su mala conducta. Se quebrantaron, pues, los artículos 27 y 80 del código penal, pues el primero establece que en casos especialmente favorables debe suspenderse la ejecución de la sentencia, y el segundo estatuye que tal gracia puede otorgarse cuando la conducta anterior del acusado haya sido siempre buena.

Se considera:

Como ya se dejó brevemente apuntado, Cuéllar Pérez fue condenado por dos delitos, el de homicidio y el de lesiones personales, pero en relación con el primero se consideraron aceptables dos circunstancias de atenuación, a saber, el haber obrado en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación y, además, el exceso de legítima defensa. Vale decir, que el Tribunal aplicó los artículos 27 y 28 del código sustantivo.

El Tribunal modificó la sanción aumentándola un tanto, porque consideró acreditada la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 2º del artículo 37 del citado código, esto es, el haber incurrido anteriormente en condenaciones de policía.

Y en ello anduvo acertado el Tribunal, porque, como la Procuraduría lo observa, en los folios 62 y 63 del cuaderno principal se encuentran las siguientes constancias de condenaciones anteriores de policía:

a) Por resolución número 277, de 5 de octubre de 1936, Luis Eduardo Cuéllar fue requerido con cincuenta pesos de multa para guardar paz con Lucio Ortiz y con diez días de arresto para guardarla con Marco Aurelio Rodríguez y se le condenó a pagar al fisco departamental como multa la suma de un peso, por haber tenido una riña en los garages del citado Ortiz.

b) Por resolución número 76, de 15 de marzo de 1937, el mismo Cuéllar fue condenado a diez días de arresto por irrespetos a la policía y, además, se le obligó a otorgar una fianza "para observar buena conducta con la policía en general". Y

c) Por resolución número 208, de 26 de julio de 1940, el nombrado Cuéllar fue condenado a pagar dos pesos de multa por una riña que tuvo con Pedro Antonio Gómez, debido a que éste no le había cumplido un contrato de arreglo de un vehículo.

Por consiguiente, si está probado que Cuéllar fue sancionado por la policía en tres ocasiones, su conducta no aparece como buena, al contrario, debe considerarse como constitutiva de peligrosidad.

En cuanto al segundo motivo, acepta la Sala que el artículo 27 del código penal faculta al juez para otorgar la suspensión de la condena "en casos especialmente favorables para el sindicado" en tratándose de exceso en la legítima defensa.

Pero éste no es uno de los casos especialmente favorables, dadas las peculiares modalidades del hecho y, de otro lado, el otorgamiento de la condena condicional no constituye en las ocurrencias del artículo 27 una excepción al precepto general del artículo 80; al contrario, debe exigirse el lleno de sus requisitos entre los cuales se cuenta la intachable conducta anterior del sindicado, que aquí no tiene esa calidad.

Una cosa es que la inocencia se presuma y que la culpabilidad de un acusado haya de probarse, y otra distinta es que la conducta anterior sirva como pauta para señalar la pena, pues en este último evento tiene que aparecer acreditada en forma que revele la personalidad del agente del delito pues ese es el criterio que informa el nuevo código penal. Eso es lo que la Sala ha sostenido en varios fallos, por ejemplo, en la casación de 10 de mayo de 1947:

"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 demostrado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena ni como probadamente mala, no habrá de agravarse la pena, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia".

Y en la de 21 de mayo del presente año:

"No basta, en este particular (de la conducta), la carencia de antecedentes judiciales o de policía, que es lo que pudiera llamarse una buena conducta negativa, para decir que una persona ha sido de buena conducta, sino que es necesario que el proceder del acusado haya sido de tal naturaleza, que lo haga acreedor a la benevolencia de la sociedad y de los jueces".

De manera que si en el proceso no sólo no puede aceptarse la conducta del procesado como buena presuntivamente, sino que hay prueba de que ha sido mala, no puede otorgarse el beneficio impetrado, pues no basta que el hecho en sus modalidades no revista gravedad, sino que los procederes anteriores del acusado hayan sido constantemente ejemplares, en una palabra, que la personalidad no aparezca como peligrosa.

Causal quinta: No expresar la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados

Dice el recurrente que la sentencia se limita a decir que es necesario elevar la pena impuesta a Cuéllar por el Juzgado, porque había sido condenado policivamente antes, por lo cual no podía partirse del mínimo para hacer el señalamiento de las sanciones. Pero el Tribunal no dijo cuáles eran esas condenaciones y ni siquiera citó los folios en donde se encontraban, falta muy grave por tratarse de asunto tan delicado como éste de fijar las penas.

Sobra advertir que el Tribunal dice de manera clara, expresa y terminante qué hechos considera probados, pues que todo el fallo es un estudio de los hechos, del veredicto, de las modalidades de la legítima defensa, de la provocación, etc. Y, en cuanto a las circunstancias de mayor peligrosidad dice en dos oportunidades: que "con anterioridad a esta condena, había sufrido otras impuestas por las autoridades de policía"; que no se puede otorgar la condena condicional, entre otras razones, porque "según constancias procesales, Luis Eduardo Cuéllar sufrió varias condenas policivas y éstas, a más de demeritar el concepto sobre su intachable conducta precedente, constituye una circunstancia de mayor peligrosidad".

Estas expresiones parecen a la Corte lo suficientemente claras para que el procesado sepa a cabalidad cuál fue la razón que el Tribunal tuvo para aumentarle la sanción y para no otorgarle la condena condicional. La cita de los folios hubiera sido oportuna y conveniente, pero no se ve como necesario, pues lo esencial es que el acusado sepa por qué se le condena en determinada forma y medida.

Del mismo concepto es el señor Procurador, quien pide que se rechace esta causal.

Antes de terminar, acoge la Sala la crítica que el Ministerio Público le hace a la sentencia que se estudia, es a saber, que no ha debido computar en favor del procesado las dos circunstancias atenuantes modificadoras de la provocación y del exceso en la legítima defensa.

"El exceso de defensa —dice Alimena— es inconciliable con la provocación, porque la agresión injusta es en sí misma una forma de provocación y, por consiguiente, el ánimo que excede se encuentra ya injustamente provocado".

Lo mismo opina Florián, citado por el Procurador, quien afirma:

"Tanto el exceso en la defensa cuanto la atenuante de la provocación se derivan de una condición de ánimo casi idéntica. Por la doctrina opuesta se llegaría a admitir la existencia de dos excusas para un mismo hecho".

Esa tesis no hubiera puesto la sentencia en desacuerdo con el veredicto, al contrario, hubiera hecho guardar con él la debida concordancia, porque al contestar que el agente era responsable "pero en exceso de legítima defensa", negó la circunstancia de la provocación sobre la cual se le había interrogado para afirmar otra circunstancia distinta. El término adversativo **pero** que sigue al **sí** que encabeza la respuesta del jurado, significa que la declaración que sigue excluye la que se le había pedido, pues dicho término entraña diferencia u oposición de conceptos que se

contraponen entre sí, y hace que el reconocimiento de uno implique el desconocimiento del otro. Así lo ha expresado la Sala en casación de 27 de marzo de 1946. (G. J. tomo LX, números 2029-31, pág. 263).

La sentencia está, pues, en desacuerdo con el veredicto del jurado, pero como el Fiscal no recurrió contra ella, habrá de quedar en firme por este aspecto.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE FISCALES

Tratándose del impedimento de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado y, en este caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador designe uno interino para ese proceso si sólo hay uno; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla, Doctor Julio Salgado Vásquez, interpuso apelación —la que le fue concedida en efecto devolutivo— contra el auto del 14 de julio, dictado por aquella Corporación en el proceso por lesiones contra José A. Vargas, auto en que nuevamente solicitó del Fiscal nombrado concepto sobre algún recurso promovido en el proceso y que el mencionado Agente del Ministerio Público se había abstenido de emitir.

Como la controversia entre el Tribunal y el Fiscal 2º se refiere —no precisamente— a incidente de recusación o impedimento, sino a discrepancia sobre el procedimiento que deba seguirse en Distritos en que hay dos o más Fiscales, cuando uno de ellos es recusado o se declara impedido, la Corte debe decidir previamente si es competente para ello, no sin antes resumir los antecedentes de la controversia.

Los actos que dieron origen a la apelación del Fiscal, según las copias del proceso remitidas, son las siguientes:

a) El Fiscal 1º del Tribunal a quien le correspondió en el reparto el proceso contra Vargas, se declaró impedido;

b) El Magistrado Doctor Donado (Ponente) ordenó —"como no hay razón alguna para que en este negocio actué un Fiscal interino, ya que el Tribunal tiene dos Fiscales"— pasara el negocio al Fiscal 2º;

c) Este se inhibió de emitir concepto por cuanto el Tribunal —de acuerdo con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal— ha debido comunicar el impedimento al Gobernador para que nombrara el interino que debía actuar en el proceso;

d) El Tribunal —con fundamento en el artículo 79 del mismo Código— no aceptó las razones del Fiscal 2º e insistió en que emitiera concepto, y

e) El Fiscal apeló de esta decisión, recurso que le fue concedido en el efecto devolutivo.

La función que la ley adscribe a la Corte, como entidad superior a aquella que declara infundado un impedimento, se concreta —según la norma general— a decidir, de plano y en fallo motivado, la discrepancia entre el impedido y el que ha de sustituírlo, es decir, a decidir si es o no legal el que el calificador declaró infundado.

Tratándose del de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado y, en este caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador designe uno interino para ese proceso si sólo hay uno; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento.

En este negocio, no hay desacuerdo alguno entre el Fiscal impedido y el Magistrado que acogió el impedimento, de modo que no se planteó el conflicto procesal que a la Corte, en caso contrario, le tocaría decidir, ya que el planteado por el Fiscal 2º en nada se relaciona con el impedimento del Fiscal 1º, que sería el que le habría dado competencia a la Corte si se hubiera declarado infundado.

No de otro modo deben interpretarse las normas procesales. El Código de Organización Judicial (artículos 159 a 168) prescribe que todo lo relativo a nombramientos y período de los Agen-

tes del Ministerio Público, licencias y modo de reemplazarlos, se rige por lo dispuesto en el Código de Régimen Político y Municipal, y según éste (artículo 228) cuando en un Circuito hay más de dos Fiscales, las faltas accidentales de los unos serán llenadas por los otros, en el orden de numeración; norma ésta análoga a la del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, según la cual "cuando el impedido o recusado fuere un Juez, conocerá del proceso el Juez del Ramo Penal de la misma categoría que le siga en turno", y cuando lo fuere un Magistrado del Tribunal o de la Corte, el que le sigue en turno, previa designación de Conjuez con el propósito de completar la Sala. No hay, pues, razón, para que, cuando hay dos Fiscales en un Tribunal, el impedido deba ser reemplazado por un interino.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de conformidad con el concepto del Procurador Delegado, se inhibe de decidir la apelación del Fiscal 2º del Tribunal de Barranquilla contra el auto que ordenó pedirle concepto en el proceso por lesiones contra José A. Vargas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

EJERCICIO DE LA ABOGACIA EN CASACION

La representación que las partes confieren a los abogados para que asuman su defensa en los procesos criminales, está subordinada (para su ejecución) a varias condiciones: a la extensión del poder, a la instancia o grados del proceso, y a las normas reguladoras de la función; significa esto que el representante sólo puede realizar, en cumplimiento del encargo, lo que el representado le determine, en la instancia que le fije, o en ambas si el poder abarca la defensa en todo el proceso, y especialmente, en los Juzgados y Tribunales en que el representante pueda —por estar allí inscrito— ejercer el mandato.

Si para poder actuar en la segunda instancia se requiere la inscripción, aunque el poder se haya conferido en la primera, con mayor razón en la Corte, y especialmente si se trata de un recurso extraordinario como el de casación, que —según su naturaleza y objeto— es un juicio sobre la sentencia y no sobre los hechos, sin que valga la tesis de que el haber intervenido en las instancias es prueba de que se posee la capacidad legal para representar en casación, porque —obtenida la matrícula— es la inscripción en la Corte, y no la intervención en el proceso, lo que da la capacidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Félix Zambrano Rodríguez, de cuarenta y seis años en mil novecientos cuarenta y cuatro, nacido en Sucre (Bolívar) y domiciliado en Magangué, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, de 8 de mayo del año pasado, por la cual —con aplicación del artículo 362 del Código Penal— lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de homicidio (en estado de ira o intenso dolor) en la persona de Juan Castillo, cometido en la ciudad de Magangué la noche del 25 de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

La Corte, mediante auto del 22 de agosto, admitió el recurso, ordenó darle traslado al procesado para que dentro del término de quince días formulara la demanda, y, finalmente, se comisionó al Juez 2º Superior de Cartagena para que le notificara el mencionado auto y le previniera, en el acto de la notificación, de que si no la formulare de acuerdo con los requisitos del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil y **mediante abogado inscrito,** sería declarado desierto el recurso y, además, sancionado (costas) el recurrente.

El Juez 2º Superior, el 19 de septiembre del año pasado, cumplió estrictamente la comisión respecto a la notificación y a la prevención anotadas, y el abogado Doctor Pedro Yances Salcedo, defensor de Zambrano en las instancias, envió un escrito —a modo de demanda— a la Corte, el que fue recibido dentro del término legal (artículo 563), sin que el mencionado abogado previamente se hubiera inscrito —como expresamente lo ordena la ley— ante la Corte, omisión que la induce a declarar desierto el recurso, por las consideraciones que en seguida se hacen.

La representación que las partes confieren a los abogados para que asuman su defensa en los procesos criminales, está subordinada (para su ejecución) a varias condiciones: a la extensión del poder, a la instancia o grados del proceso, y a las normas reguladoras de la función; significa esto que el representante sólo puede realizar, en cumplimiento del encargo, lo que el representado le determine, en la instancia que le fije, o en ambas si el poder abarca la defensa en todo el proceso, y especialmente, en los Juzgados y Tribunales en que el representante pueda —por estar allí inscrito— ejercer el mandato.

Esta última condición es de singular importancia y de necesario cumplimiento, por cuanto que sin ella sería inadmisible toda actividad profesio-

nal, por imperio de las normas que la regulan (Leyes 62 de 1928, 21 de 1931 y 69 de 1945).

El principio general es, pues, que el poder otorgado para un proceso criminal tiene eficacia en los períodos ordinarios del proceso, si no se ha exceptuado alguno, y que ese poder sólo puede ejercerse ante las autoridades en cuyos Despachos previamente el apoderado o representante se haya inscrito; la aplicación de este principio es que el poder otorgado para la defensa en materia penal sólo autoriza la intervención en las instancias, y en cuanto a la casación, solamente la interposición del recurso, por la obvia razón de que tanto el interponerlo como el concederlo, son actos propios de la segunda de aquéllas.

Pero si para poder actuar en la segunda instancia se requiere la inscripción, aunque el poder se haya conferido en la primera, con mayor razón en la Corte, y especialmente si se trata de un recurso extraordinario como el de casación, que —según su naturaleza y objeto— es un juicio sobre la sentencia y no sobre los hechos, sin que valga la tesis de que el haber intervenido en las instancias es prueba de que se posee la capacidad legal para representar en casación, porque —obtenida la matrícula— es la inscripción en la Corte, y no la intervención en el proceso, lo que da la capacidad.

Con la misma lógica y por la misma razón, el defensor en el proceso no podría demandar su revisión, sin los requisitos de la inscripción y del nuevo poder, por tratarse—como de la casación—de un recurso extraordinario, sometido a normas también extraordinarias.

No estando inscrito en la Corte, pues, el apoderado del recurrente Zambrano, no tiene la capacidad legal para formular la demanda y entonces el recurso, por no haber sido sostenido en la forma legal, debe declararse desierto, como lo fue el que Leonardo Livington interpuso contra la sentencia del mismo Tribunal de Cartagena.

En cuanto a la tesis del recurrente, no es necesario resumir la doctrina de la Corte, según la cual el reconocimiento de estados emocionales (ira o intenso dolor) por el jurado, sin referencia expresa a la provocación injusta y grave, excluye la aplicación del artículo 28 del Código 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, **declara desierto el recurso** interpuesto por Félix Zambrano Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, que lo condenó a ocho años de presidio como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Juan Castillo, cometido el 25 de abril de 1944 en la población de Magangué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

No habiendo precisado el Código de Procedimiento Penal cuáles sean esas condiciones, la jurisprudencia —con el criterio de interpretación analógica que consagró el artículo 7º— ha ratificado la tesis de que la demanda de casación penal debe tener las mismas condiciones de la demanda de casación civil, es decir, un resumen de los hechos materia de la controversia, la designación de la causal que se invoque, la expresión clara y precisa de sus fundamentos y las normas legales que se consideren violadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en la respuesta al traslado que se le dio para que contestara la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Alvaro Higuita S. a quince años de presidio (artículo 363) como autor de la muerte de Francisco Antonio Dabeiba (Corregimiento de Uramagrande), solicita se declare desierto el recurso por las razones que en seguida se exponen:

Primera.—Porque —en su concepto— el escrito en que el recurrente intentó fundar el recurso, no llena las condiciones del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, y aunque invocó la causal cuarta, se limitó sólo a plantear o enunciar los cargos, sin que los hubiera demostrado y fundado; y

Segunda. — Porque la irregularidad procesal anotada no está en la enumeración taxativa de las causales de nulidad incorporada en el Código nombrado, ni fue tampoco alegada en las instancias.

a) Requisitos de la demanda

En cuanto a la primera de estas razones, basta reproducir la parte esencial del auto de 28 de agosto de 1947, por el cual la Corte declaró desierto el recurso de María Luisa Aguiar contra la sentencia del mismo Tribunal (el de Medellín) que la condenó por infanticidio, precisamente porque la demanda no fue elaborada como lo ordena el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable. La doctrina de la Corte fue expuesta en la forma siguiente:

"La naturaleza de la casación, de mayor significación procesal que otros recursos ejercitables sólo en las instancias, como en ella únicamente se debaten cuestiones de derecho, ha dado a ese recurso, por su carácter extraordinario, una categoría especial que repercute en el fondo y en la forma de todos los actos y actividades de las personas y órganos que intervienen en la Corte.

"Entre tales actos, se destaca la demanda, la cual —para que pueda admitirse como punto básico de estudio— se subordina a determinadas condiciones de forma y de fondo cuya inobservancia acarrea diversas sanciones.

"No habiendo precisado el Código de Procedimiento Penal cuáles sean esas condiciones, la jurisprudencia —con el criterio de interpretación analógica que consagró el artículo 7º— ha ratificado la tesis de que la demanda de casación penal debe tener las mismas condiciones de la demanda de casación civil, es decir, un resumen de los hechos materia de la controversia, la designación de la causal que se invoque, la expresión clara y precisa de sus fundamentos y las normas legales que se consideren violadas".

b) La causal de nulidad

Como causal de nulidad, el recurrente presenta el hecho de que el Juez 5º Superior, Doctor Juan Antonio Murillo, a quien correspondió calificar y fallar en primer grado este negocio, actuó anteriormente a su designación para titular del Juzgado, como Fiscal del mismo.

Aunque este tema sí fue controvertido en las instancias, no existe aquí la incompatibilidad de funciones anotadas, pues el Doctor Murillo—como Fiscal— no tuvo otra actuación que el concepto sobre excarcelación solicitada con fundamento en el artículo 23 de la Ley 4ª de 1943 (transcurso

de ciento ochenta días sin haber dictado auto de proceder).

Si el doctor Murillo, como Fiscal, hubiera emitido concepto sobre la calificación del sumario, por ejemplo, y correspondídole —como Juez— esa decisión, muy probablemente habría podido surgir alguna duda sobre posible impedimento, por la razón de haber expresado una opinión sobre el fondo del negocio, caso éste muy distinto al alegado por el defensor de Higuita.

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 concepto del Procurador Delegado en lo Penal, **declara desierto el recurso** del defensor de Alvaro Higuita, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que lo condenó a quince años de presidio como autor del delito de homicidio en Francisco Antonio Posso, cometido en el Corregimiento de Uramagrande, Municipio de Dabeiba, el 17 de noviembre de 1944, y **condena en costas** al recurrente, cuya liquidación hará el Tribunal sentenciador.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Sala Penal de la Corte decide aquí —a insinuación del Juez 5º Superior de Bogotá— si es o no competente para declarar extinguida, por causa de prescripción, la acción penal contra los señores Doctor Miguel Vargas Vásquez y Manuel María Madero, acusados de hechos delictuosos cometidos en los años de 1927 a 1928, en ejercicio y con ocasión de los cargos que entonces desempeñaban (Secretario del Ministerio de Obras Públicas el primero y Jefe de la Sección de Provisiones el segundo), en relación con los contratos de suministros de elementos para la navegación del Río Magdalena celebrados con casas alemanas ("Julius Berger Konsortium", "Sigllechner & Hugo" y "J. Schichau Schifwerit"—Danzig").

I. — Resultandos

Con el propósito de establecer las premisas en que haya de fundarse la decisión que se adopte, la Corte registra los siguientes datos, tomados de los cuadernos que forman el proceso:

a) El Juez 3º de la Policía Judicial Nacional, en auto del 13 de agosto de 1931, y a solicitud de la Presidencia de la República, inició la investigación relativa al contrato celebrado el 13 de julio de 1927 entre el señor Manuel María Madero, Director del Departamento de Provisiones, y la Casa Sigllechner & Hugo, representante ésta de "F. Schichau Schfwerit-Danzig", para el suministro de una draga de succión con destino al Canal del Dique, contrato que produjo una pérdida considerable al Tesoro Nacional;

b) El Juez 2º de Circuito Penal de Bogotá, el 20 de septiembre de 1933, sobreseyó definitivamente en favor del señor Madero, y consultado al Tribunal el auto mencionado, esta Corporación la revocó, fundado en que era la Corte Suprema —y no el Juzgado— la competente para juzgar al Director o Jefe de la Sección de Provisiones (artículo 33, C. de O. J.);

c) La Corte Suprema —el 18 de septiembre de 1944— decidió, en atención al concepto del Procurador, que teniendo el proceso contra Madero conexión con el que se instruía, también a petición del Gobierno, en el Juzgado 3º Superior, en averiguación de las infracciones imputadas a altos funcionarios del Gobierno y empleados de "Julius Berger Konsortium" (esta casa secretamente aliada con las otras alemanas ya mencionadas para la provisión de elementos de transportes fluviales y terrestres), decidió (la Corte) —se repite— pasar al Juez 3º Superior el proceso contra Madero;

d) Este funcionario, el 3 de noviembre de 1934 en atención a que de conformidad con el artículo 23 de la Ley 104 de 1922 entonces vigente, la infracción imputada a Madero era conexa con las imputadas a empleados del Ministerio de Obras Públicas (entre ellos el Secretario) y en atención a que el Juez competente para conocer del delito más grave lo era para conocer de los que competen a Jueces inferiores y fallarlos en el mismo proceso, decidió enviar el negocio a la Corte;

e) El Procurador General Doctor Miguel Arteaga, a quien la Corte envió el negocio en traslado, conceptuó en vista del 6 de julio de 1935 que habiéndose dirigido la investigación del Juzgado 3º Superior contra los Ministros que intervinieron en los contratos con Julius Berger Konsortium, el Juez competente —de acuerdo con la mencionada Ley 104 de 1923— era el Senado que, en consecuencia, debía enviarse el proceso a la Cámara de Representantes;

f) Dos veces más (febrero 1º de 1935 y marzo 3 de 1937) la Corte pidió concepto al Procurador (especialmente sobre competencia), funcionario que en respuesta a la primera petición (marzo 1 de 1936) insistió en el envío del proceso a la Cámara, y en respuesta a la segunda (abril 13 de 1937) que, persiguiendo una misma finalidad los procesos instruídos en el Juzgado 2º del Circuito Penal y en el Juzgado 3º Superior y no habiendo cargos contra funcionarios procesales por el Senado, la entidad competente era la Corte, y no

habiendo —como según el Procurador no lo había— fundamento legal para llamar a juicio a los señores Doctor Miguel Vargas Vásquez y Manuel María Madero, debía sobreseerse temporalmente en su favor;

g) La Corte mediante auto del 16 de abril de 1940, en que reprodujo casi en su totalidad el excelente estudio del Procurador Dr. Gutiérrez Gómez, decretó el sobreseimiento pedido, y ordenó "remitir el expediente a los Jueces Superiores de Bogotá (repartimiento), a fin de que decidieran de su mérito respecto de las demás personas que aparecieran en actuaciones en este proceso, nacionales o extranjeras, que no son justiciables por la Corte, porque carecen de fuero";

h) Adjudicado el negocio primero al Juzgado 4º Superior el 7 de mayo de 1940, el 23 de agosto de 1946—en cumplimiento de la Ley 79 de 1945— se envió del Juzgado 3º (donde se hallaba sin ser conocido el motivo) al Juzgado 5º Superior, cuyo titular el 4 de octubre del mismo año ordenó enviarlo al Fiscal para que conceptuara sobre la prescripción;

i) Este funcionario, en concepto del 11 de junio del año pasado, admitió que el Juzgado no podía decidir sobre prescripción de la acción contra procesados sin fuero, mientras la Corte no la decidiera en cuanto a los señores Madero y Vargas Vásquez provistos de fuero, concepto que —acogido por el Juez— fundó el auto del 11 de julio del año pasado, en el que ordenó —para los fines sugeridos por el Fiscal— el envío del expediente a esta Sala de la Corte.

III — Considerandos:

La cuestión planteada por el Juzgado —a insinuación del Fiscal— implica el examen de dos: una teórica, o doctrinaria, que se refiere al conflicto de leyes en el tiempo, y la otra práctica, de aplicación al caso **sub judice,** que se refiere a la competencia para declarar extinguida —por prescripción— la acción penal contra quienes ejercieron las funciones de Secretario del Ministerio de Obras Públicas y de Jefe o Director de la Sección de Provisiones y que, como tales, intervinieron en los contratos a que se hizo referencia en la sección anterior de esta providencia, y que —precisamente— dio origen a la acción penal ya calificada mediante sobreseimiento temporal; se concreta, en otros términos, a decidir qué ley debe aplicarse, si la que regía cuando se inició el proceso, según la cual la Corte juzgaba a aquellos funcionarios (numeral 5º, artículo 33 C. O. J.), o si la que rige hoy (numeral 6º, artículo 43, C. P. P.), que a éstos los privó del fuero, y de competencia a la Corte para juzgarlos.

A) El carácter de pública, esto es, de norma de Derecho Público opuesta a la de Derecho Privado, de la ley procesal penal—en lo cual coinciden todos los expositores de esta disciplina—funda el principio de su retroactividad, esto es, de su inmediata aplicación desde el momento en que adquiere vida legal, sea en cuanto a los procesos ya iniciados, sea en cuanto a los que posteriormente hayan de iniciarse.

Florián explica así este principio: "El proceso penal —dice— presenta un contenido de muy alto interés público: la organización de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de su observancia, etc., son de carácter público. Aquí no hay derechos adquiridos, y sería una herejía hablar de cuasi-contratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo tanto, al artículo 2º del Código Penal (irretroactividad) no corresponde ninguno del de Procedimiento Penal, y de aquí la vigencia de la norma de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, cuya fuerza se extiende también a los procesos pendientes, y a los iniciados por delitos cometidos antes de su promulgación".

B) La ley colombiana no es menos franca en la afirmación de dicho principio. "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios —prescribe el artículo 40 de la Ley 153 de 1887— prevalecerán sobre las anteriores, desde el momento que deben empezar a regir"; posteriormente, la misma ley, al precisar el alcance del principio de la irretroactividad de la ley penal, confirma el de la retroactividad de la ley procesal penal: "La ley preexistente —dice el artículo 43 de la misma ley— prefiere a la ley **ex post facto** en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan (sic) los delitos pero no **a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento** —subraya la Corte— **las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".**

Y es principio tan firme en nuestra organización jurídica, que la Corte, en sentencia de inexequibilidad (mayo 13 de 1941) declaró opuesto a la Constitución el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal vigente, que no otra cosa fue sino una tentativa contra el principio de la retroactividad de la ley procesal penal, acogido

—como fundamental— en todas las legislaciones modernas.

C) Aplicado este incontrovertible principio al proceso contra los señores Vargas y Madero, si pudo justificar el concepto del 13 de abril de 1937 del Procurador Gral. (Ley 105 de 1931) que atribuyó a la Corte la competencia para juzgar a los Secretarios de los Ministerios y a los Jefes de la Sección de Provisiones, no así el auto de sobreseimiento del 16 de abril de 1940 —no obstante que es una reproducción del concepto del Procurador— ya que desde el 1º de julio de 1938 había comenzado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal (artículo 42) que, eliminando el fuero de aquéllos y otros funcionarios, limitó la competencia de la Corte a los designados por la Constitución (artículo 151).

D) La Corte, finalmente, como el Procurador Delegado lo anota en su vista del 10 de octubre del año pasado, ha venido aplicando, al menos desde 1941, el principio de la retroactividad de la ley procesal penal, aun en procesos —como los de Valenzuela, Domínguez y Ossa— en que el fuero constituyó elemento de apreciación para la competencia; la decisión que aquí se adopta obedece, pues, a un principio científico y doctrinario, acogido en la legislación y desde 1940 constantemente aplicado.

La insinuación del Procurador Delegado, relativa a las demoras en la instrucción de este proceso, será también motivo de decisión.

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,

RESUELVE:

A) Inhibirse por carencia de jurisdicción, de conocer del proceso instruído contra los señores Doctor Miguel Vargas Vásquez y Manuel María Madero, por imputación de hechos ejecutados por causa de sus funciones de Secretario del Ministerio de Obras Públicas y de Jefe de la Sección de Provisiones, respectivamente, en relación con la celebración y ejecución de contratos con las casas alemanas mencionadas en la parte motiva, para el suministro de elementos para la navegación del Magdalena (draga, remolcadores, planchones, etc.);

B) Devolver el negocio al Juzgado 5º Superior de este Distrito Judicial, para que provea a lo conducente, y

C) Ordenar que, previa expedición de las copias pertinentes, se inicie la investigación sobre los hechos a que se refiere el Procurador Delegado en su vista del 10 de octubre del año pasado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérez Anzola—Agustín Gómez Prada. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LAS CONDENAS ANTERIORES COMO CRITERIO DE PELIGROSIDAD Y DE REINCIDENCIA

Las condenaciones anteriores —como la Corte lo ha decidido en recursos análogos— cuando no configuran la reincidencia, la ley penal las toma y aplica como elementos de graduación de la peligrosidad, y, por lo tanto, de criterio directivo en la determinación de la sanción; imponer, pues, a los procesados la mínima del artículo 362 sería, ello sí, incurrir en una clara violación de la ley penal (numeral 2º, artículo 37).

En la determinación de la sanción —criterio que olvidaron los recurrentes— no intervienen o juegan únicamente las circunstancias de mayor peligrosidad; sin éstas podría aún imponerse una pena mayor del mínimo, si los motivos y gravedad del delito y la personalidad del agente, factores sintomáticos de la peligrosidad, lo justificaran e impusieran.

Es, pues, en la sentencia, y no en el auto de proceder, en la que —según las prescripciones del artículo 36 del Código Penal, y 159, 431 y 499 del de Procedimiento Penal— se califican las circunstancias que rigen la aplicación de la pena; gravedad, modalidades y motivos del delito y personalidad y peligrosidad del delincuente; siendo éste, por lo tanto, tema o parte de la sentencia, su omisión en el auto de proceder no implica la discordancia objetada mediante la tercera causal de casación".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Víctor Manuel Mendoza y Joaquín Puche recurrieron en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, del 16 de mayo del año pasado, por la cual fueron condenados a doce años de presidio el primero y once el segundo, como autores del homicidio en Víctor Manuel Sánchez, cometido en aquella ciudad la noche del veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Presentada oportunamente la demanda por el defensor de los procesados y contestada por el Procurador Delegado, se estudian en seguida las tesis del demandante, previo resumen del delito y de sus circunstancias y de los actos procesales que tienen alguna conexión con el recurso.

I. º— El delito

Víctor Manuel Mendoza y Víctor M. Sánchez, que en años anteriores habían convivido en la Penitenciaría de Pamplona —uno y otro en cumplimiento de fallos judiciales— estuvieron bebiendo amigablemente en la cantina del primero, en compañía del francés Joaquín Puche, evadido de la Guayana, según propia confesión.

Por causa de la exigencia que Mendoza hizo a Sánchez para que le cancelara alguna deuda, surgió entre los dos un altercado en las últimas horas de la tarde, que algunos contertulios lograron liquidar, y que terminó —según la sentencia— con la entrega que Sánchez hizo de su revólver a Mendoza, el mismo con que, con fines de reto, hizo momentos antes un disparo en la cantina del último.

Horas después —cerca de la media noche— se repitió el altercado entre Sánchez y Mendoza, ya con caracteres más graves, en el cual Puche tomó parte en favor de Mendoza y quitó a Sánchez el cuchillo que llevaba oculto en su vestido.

Ya sin arma alguna, Sánchez corrió, momento en el cual Mendoza le hizo varios disparos y Puche lo atacó a cuchillo por la espalda y le causó gravísimas lesiones que a la madrugada del día siguiente, por causa de la hemorragia, le produjeron la muerte.

II. —El proceso

Llamados Mendoza y Puche por el Tribunal a responder en juicio criminal por el delito de homicidio intencional —opuestamente al Juzgado Superior que lo calificó de agravado (asesinato) —sin que en el auto respectivo se hubieran registrado explícitamente las circunstancias perso-

nales determinantes de la sanción (entre ellas las de mayor peligrosidad)— el Jurado, de conformidad con la calificación hecha por el Tribunal, reafirmó, sin explicación alguna, la tesis del homicidio intencional (simplemente voluntario según el Código antiguo).

Con base en el veredicto y con aplicación del artículo 362 del Código Penal, y en consideración a la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad e inexistencia de las de menor, el Juez impuso a cada uno de los responsables —Puche y Mendoza— la pena de catorce años de presidio, que el Tribunal redujo a once años la del primero y a doce la del segundo; reforma ésta que, a pesar del sentido francamente favorable a los procesados, no los disuadió de recurrir en casación ante la Corte, con el propósito de obtener una nueva enmienda.

III. — La demanda

Los procesados, en memorial que conjuntamente suscriben con su defensor, objetan la sentencia por las siguientes razones (que corresponden a las tres primeras causales de casación): primera, porque no hay fundamento para atribuírles mala conducta anterior e imponerles, por lo tanto, una pena mayor del mínimo; segunda, porque no se demostró la responsabilidad de Mendoza ni se tuvieron en cuenta los motivos que llevaron a Puche a agredir a Sánchez, y tercera, porque en la sentencia se aceptaron circunstancias de peligrosidad no deducidas en la calificación del sumario.

Más concretamente fundan el recurso en los argumentos que en seguida se extractan.

a) Violación de la ley penal

El Tribunal —presumen los recurrentes— violó la ley penal: en cuanto a Puche, porque se le agravó la pena al considerar como probado un hecho (su condena y evasión del presidio de Guayana) que si fue afirmado por él, no consta en el proceso; y en cuanto a Mendoza, porque se apreció la condena anterior por un delito atenuado, que ni siquiera configuró la reincidencia.

Se violó, en consecuencia, el artículo 39 del Código Penal, ya que sólo podía imponérseles, a cada uno, el mínimo (ocho años de presidio) de la norma violada.

b) Errada interpretación de los hechos

Aunque afirman los recurrentes que se dio "a las pruebas un valor de convicción de que carecían", no presentaron un argumento en forma que pudiera ser considerado; se refieren, en términos imprecisos, a la responsabilidad de Mendoza, quien —según la demanda— no participó en el delito, y a las circunstancias de provocación y defensa bajo las cuales actuó Puche, que el Tribunal no apreció debidamente.

c) Desacuerdo del fallo y el auto de proceder

La objeción —en este punto— se concreta a las circunstancias que indujeron al Tribunal a imponer a Puche y a Mendoza una pena mayor del mínimo, circunstancias que —según afirmación de los recurrentes— no fueron siquiera mencionadas en el auto de proceder.

IV. — Examen del recurso

Descartando, como cuestión previa, la objeción que —con base en la causal segunda— hicieron los recurrentes a la responsabilidad de Mendoza, por cuanto se trata de cuestión privativa del Jurado y de los Jueces de instancia, que la Corte no puede tocar en el recurso de conformidad con una doctrina cada día más firme, descartando —se repite— la consideración de dicha causal, el estudio se concreta a examinar y decidir —frente a las otras causales invocadas, primera y tercera— si el Tribunal aplicó o no rectamente la ley penal al no imponer a los procesados la sanción mínima, o si violó la ley procesal al tener en cuenta circunstancias de agravación no referidas en el auto de proceder.

a) Causal primera

Los recurrentes —con el propósito de que se reduzca al mínimo la pena— consideran que no podía el Tribunal imputarles a los procesados circunstancias de mayor peligrosidad: a Puche, porque su declaración relativa a la condena y evasión, no consta en el proceso, y a Mendoza, porque de acuerdo con el artículo 35, la condena por homicidio atenuado, no podía ser elemento de agravación.

La objeción no es fundada, como a va explicarse. Puche fue condenado, en resolución del Alcalde de Pamplona, del trece de agosto de mil novecientos treinta y dos, a seis meses de trabajo en obras públicas, por delitos contra la propiedad, y Víctor Manuel Mendoza lo fue también, en sentencia del Tribunal de Pamplona del veinticinco de octubre del mismo año, a la pena de dos años y medio de reclusión por el homicidio en Isidro Lozano, cometido en riña casual y en asocio de Pedro Mendoza (hermano de Víctor).

Puche, en consecuencia, había incurrido ante-

riormente en una condenación de policía, y Mendoza, en una judicial; pero ellas —conforme al artículo 35— no podían constituír elementos de apreciación de la tendencia persistente al delito, pero sí circunstancias de mayor peligrosidad, como el Tribunal correctamente lo admitió en la sentencia recurrida, ya que las condenaciones anteriores —como la Corte lo ha decidido en recursos análogos —cuando no configuran la reincidencia, la ley penal las toma y aplica como elementos de graduación de la peligrosidad, y, por lo tanto, de criterio directivo en la determinación de la sanción; imponer, pues, a los procesados la mínima del artículo 362 sería, ello sí, incurrir en una clara violación de la ley penal (numeral 2º, artículo 37).

En la determinación de la sanción —criterio que olvidaron los recurrentes— no intervienen o juegan únicamente las circunstancias de mayor peligrosidad; sin éstas podría aún imponerse una pena mayor del mínimo, si los motivos y gravedad del delito y la personalidad del agente, factores sintomáticos de la peligrosidad, lo justificaran e impusieran.

El Tribunal —se repite— dada la gravedad del delito ejecutado por Puche y Mendoza, no violó la ley penal.

b) Causal tercera

Afirman los recurrentes que, como en el auto de proceder no se dedujeron las circunstancias de peligrosidad cuya existencia se aceptó en el fallo, éste no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Tampoco esta objeción tiene fundamento jurídico, como se deduce de las condiciones que la ley procesal fija a tan importantes decisiones.

El auto de proceder —según el artículo 431— debe contener en su parte motiva, entre otras cuestiones, la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado o procesados, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen.

La sentencia —según el artículo 159— deberá también contener, entre otros considerandos, los fundamentos jurídicos en que se apoye el fallo para calificar, respecto de cada procesado, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y las que agraven la sanción.

Es, pues, en la sentencia, y no en el auto de proceder, en la que —según las prescripciones del artículo 36 del Código Penal, y 159, 431 y 499 del de Procedimiento Penal— se califican las circunstancias que rigen la aplicación de la pena; gravedad, modalidades y motivos del delito y personalidad y peligrosidad del delincuente; siendo éste, por lo tanto, tema o parte de la sentencia, su omisión en el auto de proceder no implica la discordancia objetada mediante la tercera causal de casación.

V. — Decisión del recurso

El examen de la demanda de casación, anteriormente hecho, lleva a la conclusión de que las razones expuestas por los recurrentes no son las que fundan técnica y jurídicamente las causales invocadas, y de que no hubo, en suma, violación de la ley penal (causal primera) ni de la ley procesal (causal tercera). Así también lo juzga el Procurador Delegado, en su respuesta a la demanda.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con lo conceptuado por el Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, del 16 de mayo del año pasado, por la cual condenó a Víctor M. Mendoza a doce años de presidio, y a Joaquín Puche a once años de la misma pena, como responsables del homicidio en Víctor Manuel Sánchez, en la ciudad de Pamplona, la noche del veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA RECUSACION EN MATERIA PENAL

a) El procedimiento de recusación de los Magistrados de las Salas Penales, de los Tribunales se rige por los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, y no por el artículo 442 del de Procedimiento Civil;

b) La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado;

c) La posición de parte o contraparte en un proceso, también como causal de recusación, no comprende la de querellante mientras éste no se haya constituído en parte civil, y

d) Las acusaciones, denuncias o quejas del recursante contra el Magistrado no son la prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

De conformidad con el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, compete a la Corte decidir la recusación del Magistrado del Tribunal de Barranquilla Doctor José Francisco Angulo, propuesta por el defensor de Eduardo Zambrano, en el proceso que se le sigue por delito contra funcionarios públicos (agresión al Juez de Instrucción que intervino en el proceso por homicidio de Adela Sánchez de Zambrano).

Dos cuestiones es necesario decidir: la primera, relativa al procedimiento que debe seguirse para que la Corte pueda asumir sus funciones, y la segunda, la relativa a la legalidad de la recusación del Magistrado doctor Angulo.

I. — **El procedimiento**

El hecho de que el Tribunal Superior de Barranquilla haya sometido la recusación a las normas del Código de Procedimiento Civil (artículo 444), presenta una nueva oportunidad de ratificar y ampliar la doctrina sobre el sistema de proposición y calificación cuando aquella —la recusación— se dirija contra Magistrados de Tribunales Superiores.

La Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios que proyectó el Código de Procedimiento Penal de 1938 siguió el criterio ecléctico del de 1873 (artículo 1741) reafirmado en 1890 (artículo 356, Ley 105), esto es, que no acogió en su totalidad ni el principio de la autonomía del proceso penal (base de reforma de los Códigos de los últimos años, ni el de su unificación (doctrinaria) con el proceso civil; ello explica la facultad general de aplicar al proceso penal y especialmente a la competencia las normas del civil, sujetándolas —eso sí— a una condición: la de que no se opongan a las prescripciones del Código de Procedimiento Penal (artículos 7º y 41); como también explica otras facultades análogas, relativas a la calificación de pruebas en las cuestiones civiles o administrativas adscritas a los Jueces penales (artículo 17), al embargo y secuestro preventivos (artículo 138), a las notificaciones **mediante estados y edictos** (artículo 167) y al procedimiento de los recursos de reposición (artículo 187), de hecho (artículo 193) y casación en cuanto a indemnización de perjuicios (artículo 559).

La mencionada Comisión, como de esta enumeración se colige, no reprodujo el artículo 1741 del Código sustituído, según el cual "las recusaciones se propondrían, sustanciarían y resolverían de la misma manera que en los negocios civiles", como tampoco el artículo 356 de la Ley 105 de 1890, según el cual "era aplicable a los Magistrados y Jueces que conocían en asuntos criminales todo lo que sobre impedimentos y recusaciones se disponía en el Código Judicial" (artículos 434 a 447, Ley 105 de 1931); así cancelada del nuevo Código, pues, la facultad especial de proponer, sustanciar y resolver las recusaciones de acuerdo con las normas procesales civiles, que el Código derogado había establecido expresamente, rigen las de los artículos 76 y 77 del Código vigente, sin que su aparente ambigüedad justifique el recurso al procedimiento civil.

De acuerdo con lo expuesto la recusación de un

Magistrado de Tribunal se subordina, en cuanto al procedimiento para proponerla y para resolver, a las siguientes normas:

a) La proposición, mediante memorial en que se expongan los motivos que la funden, acompañada de las pruebas, se dirige al Magistrado que está conociendo del negocio, quien, si es recusado, se pronuncia sobre la legalidad del motivo, o contrariamente lo pasa, para el mismo objeto, al recusado;

b) Si éste acepta los fundamentos de la recusación, pasa el negocio al Magistrado que le sigue en turno, quien —en auto firmado por los Magistrados restantes de la Sala— califica la recusación y si está conforme con sus motivos, declara separado el recusado y provée a su reemplazo mediante sorteo y designación de Conjuez;

c) Si el recusado no acepta, pasa igualmente el negocio al que le sigue en turno quien —en auto también suscrito por los miembros restantes de la Sala— califica la recusación, y si la calificación discrepa de las razones del recusado o recusante, se enviará el negocio al superior, que —de acuerdo con el Código de Organización Judicial— es la Corte, no sin que sean aquí viables los recursos de reposición o apelación si no se ordenó ni realizó el envío, y

d) La Corte, **de plano**, es decir, sin someter el negocio a tramitación alguna procesal, sin la intervención del Ministerio Público, sin abrir a prueba la recusación en el primer grado, y sin someterlo a las normas de segundo grado (artículo 192) en el otro, la decide **"en vista de lo alegado y probado"** en el memorial en que se propuso y en los documentos o pruebas que debieron acompañarlo, respectivamente.

El procedimiento aplicado por el Tribunal Superior de Barranquilla, a solicitud del defensor de Zambrano, es, por lo tanto, opuesto a las normas que rigen la recusación en materia penal, ya que no podía aplicarse —como se aplicó— el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, en cambio de los artículos 76 y 77 del de Procedimiento Penal.

III. — Tesis del recusante, recusado y Tribunal

La Corte adquiere competencia para decidir el conflicto o en virtud de la decisión oficiosa del Tribunal si éste discrepa de la opinión del recusado, que ordena someterlo a la Corte, o en virtud de apelación del recusante —como es el caso **sub judice**— si aquél considera infundada la calificación del Tribunal, casos ambos en los cuales, no obstante que el auto del Tribunal es de típico carácter interlocutorio, la cuestión se decide de plano, lo que implica una excepción a la norma del artículo 192 del estatuto procesal penal, que fija el procedimiento de segundo grado en las apelaciones de autos interlocutorios.

Siendo, por lo expuesto, competente la Corte, y no siendo la irregularidad en que incurrió el Tribunal de una entidad tal —como en otras oportunidades— que obligue a retrotraer el procedimiento con el propósito de subsanarla, se procede a examinar si el auto del Tribunal del dos de marzo del presente año, por el cual declaró no probadas las causales de recusación contra el Magistrado Doctor Angulo, se ajusta o no a las prescripciones de la ley procesal.

El defensor de Zambrano recusó al Magistrado doctor Angulo, con base en las siguientes causales: en la cuarta, que consiste en "haber sido el Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o **contraparte de cualquiera de ellas** (se subraya), o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", y en la quinta, que consiste en el hecho de **"existir enemistad grave** (se subraya), o amistad íntima, entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el Magistrado".

a) Motivos de la recusación

No habiendo expuesto el recusante en parte alguna de su escrito los motivos de la causal cuarta como lo prescribe la ley, a no ser —según lo conjeturaron recurrente y Tribunal— la posición de querellante del Magistrado Doctor Angulo en el proceso contra los responsables de una publicación sobre presunta solicitud de dinero a Zambrano con el propósito de favorecerlo en la investigación del homicidio de su esposa Adela de Zambrano— la Corte procede a examinar de preferencia la causal quinta, o sea la relativa a la enemistad, única a la cual hizo referencia el recusante defensor.

"El Doctor Angulo —expuso aquél— por sus actuaciones, ajustadas o no a derecho, ha llegado a ser copartícipe de unas relaciones tirantes con mi poderdante y sus hermanos, que pueden llamarse enemistad grave, que se han puesto de manifiesto en telegramas, memoriales y comunicaciones acusatorias a la Procuraduría General de la Nación, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Justicia, Tribunales y Juzgados de Medellín, porque mi cliente ha venido acusando de parcialidad a tan distinguido funcionario. Y esto

es motivo suficiente para que pueda considerarse como imposible el que en el ánimo del citado Magistrado esté olvidado todo eso y apartado a un lado el rencor y el deseo de una justa venganza por tales acusaciones, cualquiera que sea la verdad de las mismas. Por mi parte —termina el recusante defensor— puedo asegurar a nombre de mi poderdante que el señor Eduardo Zambrano odia intensamente al Doctor Angulo, a quien considera su enemigo, en grado tal que jamás llegaría a perdonarlo. El doctor Angulo lo sabe y por eso mismo no creo que su inclinación al sindicado sea de desvelado amor, ni siquiera de mera tolerancia".

b) Informe del recusado

El Magistrado doctor Angulo informó, a solicitud del Magistrado Doctor Donado, sobre la inexistencia de relaciones particulares con Zambrano y sobre la verdad de la querella contra quienes lo calumniaron públicamente; afirma que tramitó el proceso por la muerte de la esposa de Zambrano, que se imputó a éste, con la misma lealtad como ha tramitado todos los procesos, y resolvió como Juez peticiones elevadas en aquél, las cuales tuvieron en todo tiempo el respaldo pleno de su criterio, y falló por convencimiento de estar en lo cierto; ni contra Eduardo Zambrano ni contra ninguno de los sindicados que tienen o han tenido negocios pendientes en los Despachos a su cargo, conserva el menor rencor, así lo hagan víctima de ataques, lo que es —explica— consecuencia de la posición misma que se ocupa. En conclusión —termina— si Eduardo Zambrano guarda rencor intenso en su contra, de su parte ningún odio existe para con él, pues para el Magistrado Doctor Angulo, Zambrano es igual a los demás sindicados.

En cuanto a la querella por calumnia pública, advierte que no es parte en dicho proceso.

c) Calificación del Tribunal

El Tribunal, aquí integrado por los Magistrados restantes de la Sala, no aceptó las tesis de la enemistad ni de la posición de partes opuestas en un proceso penal (calumnia); en cuanto a la enemistad, conceptúa que su existencia no se deduce ni de las acusaciones que Zambrano haya dirigido a diversos funcionarios, ni de las afirmaciones del defensor, ni de la querella por calumnia, y que si Zambrano odia al Doctor Angulo, como el abogado de aquél lo sostiene, "ese odio —se transcribe textualmente— por más intenso y feroz que sea, no está erigido en causal de impedimento (sic) cuando falta la reciprocidad". Más adelante el Tribunal expresa lo siguiente que la Corte acoge irrestrictamente: "Si se aceptara que el odio, la animadversión, la antipatía y el encono de un litigante o procesado hacia su juzgador fuéran motivo para que éste se hallara impedido para juzgarlo, se llegaría a la impunidad en el campo penal y a la infinidad de los pleitos en el campo civil. En efecto, bastaría que el demandado o el sindicado dijeran que odian o detestan a cada uno de los Jueces que han de conocer su asunto, para que no tuvieran quién pudiera conocer del proceso o litigio".

Rechaza, además, como prueba de la enemistad del Magistrado hacia Zambrano, la querella por calumnia, ya que aquél apenas se limitó al ejercicio del derecho a la defensa del honor, y ese ejercicio —según referencia a un concepto de la Corte— no puede considerarse como manifestación de enemistad. Ni las acusaciones que el defensor de Zambrano asevera que éste ha hecho al Dr. Angulo, ni la querella de éste contra aquél, según el Tribunal, constituyen la enemistad grave como causal de impedimento o recusación.

En la suposición de que la calidad de querellante en el proceso iniciado para investigar el cargo que Zambrano hizo a varios funcionarios judiciales, entre ellos el Doctor Angulo, por cohecho, se tuviera como calidad de contraparte, el Tribunal, refiriéndose a la posibilidad de que el abogado de Zambrano haya querido deducir de allí dicha calidad, para fundar la causal cuarta, dice lo siguiente: "Parece que el recusante considera que por el hecho de que el Doctor Angulo acudió ante el Juez competente para presentar querella por calumnia contra Eduardo Zambrano, se ha cumplido el requisito contenido en dicho ordinal o sea que Zambrano y el Magistrado Angulo son contrapartes". "Sabido es —explica— que el denunciante o el querellante en los juicios criminales no se convierten automáticamente en "parte" y por tal motivo la Sala considera que no existe tampoco la causal de recusación de que habla la disposición últimamente citada".

Finalmente, declaró que, como no se habían probado las causales de recusación aducidas por el abogado de Zambrano, no era el caso de declarar al doctor Angulo separado del conocimiento del negocio.

III. — Examen de la recusación

Suponiendo, a título de gracia, que la recusa-

ción se propuso en la forma legal (artículo 76, inciso 2º) y que al escrito determinado en esa forma se adjuntaron las pruebas relativas a la enemistad y a la calidad de partes en litigio imputada a recusante y procesado, la Corte —previo examen de los documentos en copia que integran el cuaderno— decide aquí si ellos ratifican la existencia de la enemistad grave entre el Magistrado Doctor Angulo y Eduardo Zambrano y su calidad de parte y contraparte, respectivamente, en un proceso penal.

Una y otra situación, por su importancia, se analizan separamente y en seguida.

a) La enemistad

La enemistad, como fundamento del cambio de Juez del proceso que con la recusación se persigue, está subordinada —en su existencia— a varias condiciones, entre ellas, como indispensables, las siguientes: que sea grave, esto es, que su origen o causa sea de tal entidad, que haya bastado a crear, con caracteres de intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, tales como la aversión y el odio, manifestados en propósitos de venganza, en amenazas de daño o en otras intenciones y hechos sintomáticos o demostrativos de tales sentimientos; y que éstos sean mutuos, es decir, que vinculen con igual fuerza a recusante y recusado, o excepcionalmente que si lo son, provengan del juzgador (no del juzgado), de modo que, en tal evento, funden la presunción de que puedan determinar a aquél a la violación de las normas tutelares de los derechos del procesado.

El recusante —vistos los documentos del cuaderno— sólo comprobó que Zambrano varias veces solicitó (tan airada como desesperadamente) del Ministerio de Justicia y de la Procuraduría intervinieran a fin de que el Magistrado Doctor Rebolledo decidiera los recursos propuestos contra varias providencias del Juez del proceso contra Zambrano, acusado de la muerte de su esposa, y también para que —radicado este proceso en el Distrito Judicial de Medellín— se despachara el expediente, no sin que Zambrano en tales solicitudes, imputara parcialidad contra los funcionarios que en él intervinieron. En estas demandas de actividad, en forma acusatoria, Zambrano no hizo cargo concreto contra el Magistrado Doctor Angulo, entonces Juez del proceso, si no fue el de demora del envío del expediente a Medellín, que el Fiscal del Tribunal —a petición del Ministerio— explicó y justificó satisfactoriamente.

Situación tan extraordinaria en la vida social, como la enemistad grave, no se comprueba —por lo tánto— mediante acusaciones interesadas de parte. Tampoco, analógicamente —y sobre ello hay doctrina de la Corte— mediante denuncias criminales de recusados contra recusantes, ni de éstos contra aquéllos, cuando su causa u origen no son aptos para producir los sentimientos que configuran la enemistad grave.

b) La posición de partes procesales

El recusado y el Tribunal presumieron, del hecho de haber invocado el recusante la causal cuarta y de haber acompañado copia de una información periodística sobre la querella del ex-Juez (hoy Magistrado), Doctor Angulo, contra Zambrano, presumieron de este hecho —se repite— que el proceso iniciado a base de dicha querella daba al Doctor Angulo y a Zambrano, respectivamente, las calidades de parte y contraparte en el proceso por calumnia.

No obstante que no se presentó la prueba legal de la existencia del proceso (certificado judicial o copia de la querella), el tema merece alguna consideración.

La posición de parte en el proceso se explica por la facultad de disposición sobre el objeto de la acción o sobre alguno de sus aspectos; frente a esta noción la doctrina sólo acepta en principio dos partes indispensables en el proceso penal: el procesado y el Ministerio Público. El querellante, que sin tener disposición alguna sobre la totalidad o parte del objeto del proceso, apenas contribuye a promoverlo mediante la querella, es solamente sujeto procesal, que bien puede adquirir la otra categoría si se constituye en parte civil. Es, pues, a la parte procesal y no al sujeto procesal, a la que se refiere el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Si, pues, el pensamiento del recusante —como lo supusieron Tribunal y recusado— fue el de que la acción de calumnia situó al querellante y a Zambrano en las opuestas posiciones de parte y contraparte, destacando así la posibilidad de una decisión parcial del Magistrado, la suposición es jurídicamente inaceptable, como también el motivo de recusación fundado en tal suposición.

IV. — Decisión de la Corte

Del examen anterior se deducen las siguientes conclusiones:

a), El procedimiento dé recusación de los Magistrados de las Salas Penales, de los Tribunales se rige por los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, y no por el artículo 442 del de Procedimiento Civil;

b) La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado;

c) La posición de parte o contraparte en un proceso, también como causal de recusación, no comprende la de querellante mientras éste no se haya constituído en parte civil, y

d) Las acusaciones, denuncias o quejas del recusante contra el Magistrado no son la prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Barranquilla, del dos de marzo del presente año, por el cual declaró no probadas las causales de recusación propuestas por el defensor de Eduardo Zambrano contra el Magistrado Doctor José Francisco Angulo y, por lo tanto, que no es el caso de declararlo separado del conocimiento del proceso a que se refiere la recusación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACIA

Para que la infracción del artículo 179 se configure, son indispensables, pues, las siguientes condiciones, sin las cuales no podría sancionarse:

a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia entre partes, y

b Que en esa controversia o juicio, el funcionario judicial "abogue", esto es, que asuma su defensa, o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituírla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio cinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte Suprema de Justicia decide, mediante esta providencia, la consulta relativa al sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Santa Marta dictó en favor del Juez Unico del Circuito Civil de Santa Marta, doctor Juan Manuel Pachón, acusado en 1942 de ejercicio ilegal de la abogacía por el ebanista extranjero Albino Rodríguez.

Como ya el Procurador Delegado emitió el concepto solicitado —que fue favorable al sobreseimiento— y los interesados no ejercitaron su derecho durante el término que con tal objeto les fue señalado, se procede al examen del auto consultado con base en los datos del proceso.

I. — La acusación y sus causas

El Doctor Juan Manuel Pachón, de veintidós años de edad en 1942, ejercía entonces las funciones de Juez Unico del Circuito Civil de Santa Marta; en la misma época el señor Albino Rodríguez (cédula de extranjería número 4639 expedida en aquella ciudad) administraba o poseía allí un taller de ebanistería, en el que ocupaba varios empleados o trabajadores, entre ellos Carlos E. Rendón y Rafael Cabrera, los cuales —como Rodríguez se negara a reconocerles las prestaciones sociales (cesantía) que la ley 10 de 1934 les garantizaba— lo demandaron: Rendón ante el Juez 1º Municipal de Santa Marta y Cabrera ante el segundo, quienes (en sendas sentencias) condenaron a Rodríguez a pagar dichas prestaciones.

Como el vencido en la litis apelara, correspondía decidir los recursos al Juez Unico del Circuito Civil, Doctor Pachón, y así, como entidad de segundo grado, el 16 de septiembre de 1942 reformó la sentencia del Juez Primero Municipal que condenara a Rodríguez a pagarle trescientos sesenta pesos a Rendón por concepto de cesantía en el sentido de reducir a trescientos cinco la suma debida.

Cuando el Juez Pachón estudiaba la apelación de Rodríguez contra esta sentencia, sucedió un hecho muy sugestivo: aquél (Rodríguez) el diez de septiembre de 1942 (seis días antes de ser confirmada) se hizo endosar una letra de cambio, por $ 106.00, que el Dr. Pachón firmara y aceptara diez meses antes a favor de la señora Elena v. de Goenaga; confirmada, pues, la sentencia del Juez Municipal el día 16 de los mismos mes y año, el día 28 Rodríguez solicitó ante el Juez 1º Municipal el embargo preventivo de la quinta parte del sueldo que, como Juez Unico del Circuito Civil devengaba, embargo que el día 29 fue decretado.

El Doctor Pachón, al serle comunicado, consignó el 5 de octubre en el Banco de la República el saldo de la suma debida con sus intereses ($ 88.00), cuyo certificado presentó al Juez al día siguiente (7), con la solicitud de que se levantara el embargo, y un día después (8) la de que se entregara a Rodríguez la suma consignada.

Habiéndose negado Rodríguez a aceptar el pago, "y como esta negativa abría en cierto modo una especie de controversia judicial" —dice el Juez Pachón en el memorial poder a que la Sala se refiere en seguida— el 13 de octubre nombró, para que lo representara en la acción, al abogado Doctor Juan Benavides Patrón.

No alcanzó el Juez a decretar la ejecución (iniciada simultáneamente con el embargo), y Rodríguez se vio obligado a desistir de la acción, lo que no obstó para que más tarde, cuando el Juez Pachón estudiaba la apelación contra un nuevo fallo condenatorio de Rodríguez (el que le ordenaba pagar cesantía a Rafael Cabrera) y previendo que lo confirmara —como el de Rendón— lo recusó, y como le rechazara la recusación, lo denunció ante el Tribunal por ejercicio ilegal de la abogacía en causa propia, dando origen al proceso cuya calificación —por consulta del Tribunal— compete hoy revisar a la Corte.

III. — Resultandos

A) Las gestiones del Juez, Doctor Pachón en la acción accesoria de embargo preventivo que le promovió el ebanista Rodríguez se redujeron—de conformidad con las copias auténticas tomadas del expediente respectivo— a lo siguiente:

a) Memorial del 5 de octubre de 1942 en el que "presenta el Certificado de Depósito número 0311 de esa misma fecha por la suma de ochenta y ocho pesos moneda legal, que representa la garantía fijada por ese Juzgado (el Municipal) para responder de la obligación que aparece contra él (el Doctor Pachón) en ese Despacho y a favor del señor Albino Rodríguez (embargo preventivo); en consecuencia —concluye el memorial— pide se sirva levantar el embargo en obedecimiento al número 2º del artículo 293 del Código Judicial";

b) Memorial del 7 de octubre del mismo año que pide "se ponga a disposición del señor Albino Rodríguez la suma de ochenta y ocho pesos moneda legal que ha consignado en la Agencia del Banco de la República de esta ciudad (Santa Marta) para cubrir el saldo de la girada por él (Doctor Pachón) a favor de la señora F. Elena viuda de Goenaga y que aparece endosada a Rodríguez", y "como esta suma —termina el memorial— cubre totalmente el valor de la obligación con intereses y adehalas, solicita se le entregue el documento presentado de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 363 del Código Judicial", y

c) Memorial del 13 de octubre, en el cual dice que "en vista de que el señor Albino Rodríguez no acepta el pago de la letra que sirvió de recaudo en las diligencias sobre embargo preventivo instaurado contra él en ese Juzgado, y como esta negativa abre en cierto modo una especie de controversia judicial, nombra para que lo represente en dichas diligencias, en calidad de apoderado, con todas las facultades inherentes a tal cargo, inclusive las de desistir, transigir, sustituir y recibir, al Doctor Juan Benavides Patrón, abogado inscrito, mayor y de esa vecindad".

B) El Procurador Delegado en lo Penal conceptuó que el sobreseimiento definitivo consultado "se halla ajustado al derecho", como consecuencia de las razones que en seguida se transcriben:

"Aunque el art. 179 del Código Penal —dice— prohibe terminantemente a los empleados judiciales y del Ministerio Público, entre otras cosas, abogar en asuntos judiciales o administrativos, con todo en el presente caso la conducta del Juez acusado no alcanza a quedar incluída en esa prohibición, porque claramente se ve que el propósito del Doctor Pachón no fue el de litigar en causa propia, desarrollando actividades jurídicas en defensa de sus derechos, sino el de sólucionar cuanto antes la obligación que contra él pesaba, a fin de que se levantara el embargo preventivo. Y ya cuando se dio cuenta de que las diligencias preventivas no cesaban por ese medio, se apresuró a constituír apoderado para que lo representara en el negocio.

"De una parte, pues —añade— aparece manifiesta la delicadeza del Doctor Pachón, al apresurarse a pagar la deuda que pesaba sobre él, una vez que se dio cuenta del embargo preventivo; y de otro, se descubre el respeto debido a la ley y al cumplimiento de la misma, cuando constituyó apoderado, por no poder ya entrar en un litigio de carácter judicial".

C) El Juez acusado, Doctor Pachón, explicó su actividad en los términos siguientes: "En el año de 1942 ocupaba el cargo de Juez Unico del Circuito Civil de Santa Marta. Debido a la circunstancia de que sólo existía un Juzgado Civil de Circuito se generalizó la costumbre en ciertos litigantes de provocar recusaciones e impedimentos cuando temían que algún negocio no les iba a salir de acuerdo con sus pretensiones o también para demorar el fallo, ya que el nombramiento de Juez **ad hoc** era dispendioso y muy pocos abogados solían aceptarlo. El señor Albino Rodríguez, propietario de una ebanistería en esta ciudad despidió a varios operarios y les negó el auxilio de cesantía por considerar que eran obreros y no empleados y en esa época los obreros no tenían derecho a la mencionada prestación. Siendo Juez me tocó conocer, en segunda instancia, de las demandas instauradas contra el señor

Rodríguez y la primera sentencia que dicté, confirmando la del inferior, fue desfavorable al señor Rodríguez. Entonces el demandado, o sea Rodríguez, considerando que los otros fallos también podían serle adversos se ingenió para conseguir apartarme del conocimiento de ellos y así se hizo endosar una letra que tenía pendiente el suscrito y con ella me embargó preventivamente en el Juzgado 1º Municipal para hacerme aparecer como deudor o como si tuviera un pleito pendiente con él. Casualmente me enteré de la maniobra y como tenía dinero con qué recoger la letra inmediatamente deposité su valor en el Banco de la República. Recuerdo que el Certificado de Depósito lo presenté en el Juzgado Municipal con un memorial en que le hacía saber al Juez que había pagado. Como no me devolvieran la letra no obstante que había pagado me volví a dirigir al señor Juez solicitándosela y constituí un apoderado que si mal no recuerdo fue el Doctor Benavides Patrón para que percibiera el instrumento. Como es claro yo no litigué en causa propia sino me limité únicamente a pagar una deuda que se me cobraba por vía judicial".

III. — Considerandos

Comprobado legalmente que el Doctor Juan Manuel Pachón ejercía las funciones de Juez Unico Civil de Circuito de Santa Marta en el mes de octubre de 1942 y que los días 5, 7 y 13 de los mismos mes y año el Doctor Pachón presentó al Juez 1º Municipal de aquella ciudad los memoriales referidos en la sección anterior, el examen se dirige a decidir si los actos del Doctor Pachón están comprendidos dentro de la prohibición del artículo 179 del Código Penal.

A) Los empleados del orden judicial o los Agentes del Ministerio Público —prescribe aquel artículo— que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos aunque estén en uso de licencia, o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes, incurrirán en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término".

No tratándose —como no se trata— del ejercicio del mandato que regulan el artículo 2144 del estatuto civil y las Leyes 62 de 1928, 21 de 1931 y 69 de 1945, esto es, de la profesión de abogado, "a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros" según la noción dada en el mencionado estatuto, la cuestión se concreta al contenido y alcance de la actividad —también sancionada penalmente— consistente en "abogar en asuntos judiciales o administrativos", que es la que —parece— más estrechamente se relaciona con los actos ejecutados por el Juez Pachón.

Si de acuerdo con una norma de aceptación universal (artículo 27, Código Civil), "las palabras técnicas de toda ciencia o arte deben tomarse en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte", y si la acepción forense del verbo "abrogar" es —según la Academia— "la de defender en juicio por escrito, o de palabra, es lógico e incontrovertible que la prohibición impuesta a los funcionarios judiciales es la de asumir la defensa, ajena o propia, en juicio o controversia judicial en que se debaten derechos en conflicto.

B) Para que la infracción del artículo 179 se configure, son indispensables, pues, las siguientes condiciones, sin las cuales no podría sancionarse:

a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia entre partes, y

b) Que en esa controversia o juicio, el funcionario judicial "abogue", esto es, que asuma su defensa o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituírla.

Ninguna de estas condiciones se ha cumplido, como en seguida se explica.

Aunque la noción de juicio (acción o controversia) dada por la Academia, interpretada extensivamente, parece comprender las acciones que el Código de Procedimiento Civil denomina "accesorias", como la de embargo y secuestro preventivos, y dar así origen al ejercicio de la defensa, ésta —como acto prohibido a los funcionarios judiciales— no puede extenderse a aquéllos que, sin embargo de ser típicamente defensivos, como la oposición al depósito y secuestro, se justifican por el daño inminente que acarrearía su aplazamiento, sin que esta justificación pueda abarcar actos dirigidos a formalizar tal oposición. Criterio análogo fue adoptado por la ley 69 de 1945, al exceptuar, este último acto, de la prohibición de litigar en causa propia a quienes no fueren abogados inscritos (artículo 1º, numeral e): "La acción posterior a que dé lugar la oposición intentada o consumada en el momento de la diligencia —dice esta norma— deberá ser patrocinada por abogado inscrito".

Aplicados estos principios al caso **sub judice**, se

concluye que las peticiones del Juez acusado, dirigidas al funcionario que le había embargado el sueldo, para que —con vista en el Certificado de Depósito anexo al memorial— lo desembargara y para que pusiera a disposición del acreedor la suma depositada en el Banco y, como consecuencia, le entregara cancelada la letra de cambio, tales peticiones —se repite— no constituyen la acción de **"abrogar** ("defender en juicio") en **asuntos judiciales"** que sanciona la ley penal; la habrían constituído si, planteada la controversia con la negativa del acreedor a recibir el pago o con la presentación de la demanda ejecutiva, el Juez Pachón no hubiera otorgado —como lo otorgó— poder especial para su defensa y la hubiera asumido en persona.

IV. — **Decisión de la consulta**

Los actos por los cuales Albino Rodríguez acusó al Juez Doctor Pachón, con el innoble y reprochable propósito de crear motivos de recusación en los negocios fallados contra el denunciante en los Juzgados Municipales, son actos que —de conformidad con lo expuesto— no constituyen infracción penal alguna; el auto consultado se acomoda, por lo tanto, a lo prescrito por el artículo 437 (numeral 1º) del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —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, CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Santa Marta, del treinta y uno de julio del año pasado, por el cual **sobreseyó definitivamente** en favor del Juez Unico del Circuito de Santa Marta, Doctor Juan Manuel Pachón, por el delito de ejercicio ilegal de la abogacía que le imputó Albino Rodríguez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE PERJUICIOS CONTRA EL ESTADO POR ERRADA E EQUIVOCADA APLICACION DE LA LEY POR PARTE DE UNO DE LOS FUNCIONARIOS DE AQUEL

La jurisprudencia de la Corte ha admitido culpabilidad a cargo del Estado por errada o equivocada aplicación de la ley cuando ella se hace "con intención dolosa" o cuando existe en la aplicación "ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de alguna persona".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Nación fue demandada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena por la señora Sixta Guardia v. de Grimaldo, de nacionalidad panameña, vecina de Colón, quien por medio de apoderado solicitó la condena del Estado al pago de los perjuicios recibidos por ella "con ocasión de la medida improcedente dictada por el señor Capitán del Puerto de Cartagena, como agente autorizado suyo en ejercicio de sus funciones consistente en la traba de embargo y secuestro preventivos a que sometió el motovelero "Heldad" y mantuvo en esa situación desde el 18 de septiembre de 1943". La demanda comprende solicitudes sobre pago de perjuicios materiales (que divide en daño emergente y lucro cesante), y morales, que estima en la suma de $ 5.000.00.

La acción se funda en los siguientes hechos principales:

"**Primero.**—El 18 de septiembre de 1941 arribó a este puerto de Cartagena, procedente de Colón, el motovelero denominado "Heldad", de propiedad de mi poderdante. Al serle pasada la visita reglamentaria por el señor Capitán del puerto, este funcionario sospechando que el capitán del motovelero había incurrido en actos de contrabando, en fraude a las rentas nacionales de aduana, llevó sus sospechas al señor Administrador de Aduana, quien le ordenó proceder a abrir la investigación penal correspondiente.

"**Segundo.**—Como primera medida de seguridad el señor Capitán del puerto puso bajo vigilancia al motovelero para impedir su salida, abrió la investigación y por resolución de fecha 23 de septiembre de 1941, decretó el embargo y secuestro preventivos del motovelero, que puso bajo custodia del señor Administrador de Aduana, invocando con fundamento la disposición contenida en el artículo 388 de la ley 79 de 1931.

"**Tercero.**—Llegado el proceso instruído por el señor Capitán del puerto al Juzgado Distrital de Aduana por ser de su competencia, el señor Juez dictó resolución sobreseyendo temporalmente en favor de los presuntos sindicados y decretando el levantamiento del embargo y secuestro preventivos que pesaban sobre el motovelero "Heldad".

"**Cuarto.**—En grado de consulta, se remitió el proceso, con la sentencia que lo motivara (sic), al H. Tribunal Supremo de Aduanas, donde fue reformada en el sentido de declarar definitivo el sobreseimiento en favor de los presuntos sindicados; y en cuanto a la situación del motovelero "Heldad", el H. Tribunal se produjo en los siguientes términos: "Si en el presente caso se justifica la investigación adelantada por las sospechas existentes, no pueden, en rigor, justificar (sic) los efectos penales dados a la misma en lo tocante a la detención y secuestro de la nave... En cuanto al embargo y secuestro de la nave que por el aspecto penal no procedía ordenar con arreglo a lo dicho, ni ser tampoco levantado por causa de sobreseimiento temporal en el orden de ideas en que se situó el Juzgado **a quo**, el Tribunal tiene sentado como tesis general la libertad de que gozan actualmente los vehículos cuyo em-

bargo procedía a título de caución para el pago de las multas a que hubiere lugar por el delito de fraude o contrabando, pero a que hoy no hay lugar desde luego que la multa fue sustituída por la pena de arresto en los términos del decreto 1432 de 1940".

"**Quinto.**—El artículo 171 de la ley 79 de 1931 sancionaba con pena de multa el delito de contrabando o fraude a las Rentas Nacionales de Aduanas en los términos del artículo 388 para garantizar el pago de la pena a que su capitán o conductor llegara a ser condenado. Por virtud del artículo 4º del decreto ley 1342 de 1940, la pena de multa señalada en el artículo 371 de la ley 79 de 1931 fue sustituída por la de arresto y el artículo 731 derogado expresamente por el artículo 16 del citado decreto ley cuya vigencia se inició en agosto de 1940; no obstante y con fundamento y base en disposición derogada el funcionario aduanero decretó la retención del motovelero "Heldad", manteniendo ese estado de cosas con manifiesto perjuicio para su propietaria, que era absolutamente ajena al acto sospechoso de fraude a las Rentas Nacionales de Aduana, quedaron sin efecto las disposiciones contenidas en los artículos 375 y 399 de la ley 79 de 1931, correlativas a la del artículo 371 derogado expresamente por el artículo 16 del decreto ley 1432 de 1940; de consiguiente, la retención del motovelero "Heldad" por parte de los funcionarios de aduana desde el 18 de septiembre de 1941 hasta el 27 de noviembre de 1943, careció de justificación legal y la nación incurrió en culpa por aquel acto ejecutado por representantes suyos en ejercicio de sus funciones y autorizados, (sic) siendo por tanto responsables civilmente, de los perjuicios materiales y morales derivados de esos actos.

"**Séptimo.**—Desde el 18 de septiembre de 1941, fecha en que arribó a este puerto y quedó bajo vigilancia de aduana el motovelero "Heldad" pasando por la en que fue decretado el embargo y secuestro del mismo hasta la llegada del 27 de noviembre de 1943 en que se hizo la entrega material de él por el señor administrador de aduana en su calidad de secuestre, sufrió mi poderdante como propietario del vehículo y con ocasión de la traba en que éste se mantuvo en todo ese lapso de tiempo (sic), los perjuicios de orden material y moral que paso a discriminar en forma concreta y expresión o relación de ellos".

La cuantía de la demanda la estima el actor, en parte en moneda colombiana, y en parte en dólares americanos:

A) La suma pagada por la señora Guardia v. de Grimaldo al doctor Wilfrido Castro A. por las gestiones que éste hizo dentro del proceso penal iniciado por el capitán del puerto para el levantamiento del embargo y secuestro preventivo ..... $ 1.700.00

B) La suma pagada por la demandante al señor Katumal Lilaran Bahtia como consecuencia de la cláusula penal contenida en el contrato sobre arriendo del motovelero "Heldad" que la señora Guardia de Grimaldo se comprometió a entregar al señor Bahtia el 30 de diciembre de 1941, promesa que no pudo cumplir por habérselo impedido la situación de embargo y secuestro en que la nave se hallaba.....U. S. $ 3.000.00

C) La suma correspondiente a gastos de sueldos y alimentación de tripulantes durante cuatro meses (desde la fecha en que fue embargado el motovelero hasta la en que fue licenciado el personal .....U. S. $ 1.420.00

D) La suma correspondiente a las reparaciones que fue necesario hacer al motovelero, por orden de las autoridades portuarias de Colón a fin de reparar las pésimas condiciones en que quedó después del largo período de inmovilización en que lo mantuvo el auto sobre embargo y secuestro preventivo .....U. S. $ 3.000.00

E) Estima el señor abogado que se han ocasionado a su poderdante perjuicios morales porque "la retención del motovelero produjo en el comercio comentarios desfavorables a su honradez comercial, pues llegó a atribuírsele complicidad o connivencia en el ilícito que investigaban las autoridades de la aduana de este puerto, comentarios que se acentuaron con mayor fundamento al prolongarse la detención de la nave", lo que afectó notablemente el crédito de la señora Guardia v. de Grimaldo. Considera que la cuantía de este perjuicio asciende a la suma de....U. S. $ 5.000.00

F) La suma dejada de percibir por la demandante a causa de la resolución del contrato de arrendamiento celebrado entre la propietaria del motovelero y el señor Katumal Llilaram Bahtia ..... U. S. $ 11.835.00

C) La suma dejada de percibir por la demandante durante el término de tres (3) meses señalado por el inspector de naves del puerto de Colón para hacer las reparaciones necesarias al motovelero ..... U. S. $ 1.350.00

Considera igualmente el actor al hacer la relación de las pruebas presentadas con la demanda, que debe incorporarse a los perjuicios materiales el valor de los objetos y herramientas dejadas de entregar cuando se recibió por aquél la nave embargada, objetos y herramientas que fueron avaluados oficialmente en la suma de.....$ 24.80

En resumen, los perjuicios se estiman en la siguiente cuantía:

Materiales en moneda colombiana....$ 1.724.00
Materiales en .....U. S. $ 20.605.00
Morales en .....U. S. $. 5.000.00

Invocó el actor como fundamentos en derecho los artículos 2341, 2342, 2347 y concordantes del C. C.

El Tribunal decidió en primera instancia el litigio absolviendo a la Nación de los cargos de la demanda.

El fallo apelado se funda en que no se puede dar aplicación a la teoría sobre responsabilidad civil del Estado cuando la culpa se hace derivar de un acto ilegal cometido por un funcionario público al hacer una errónea interpretación de la ley, pues considera el Tribunal que los funcionarios al aplicar las normas legales deben tener un amplio campo intelectual de apreciación para juzgar y resolver los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción.

El salvamento de voto aduce, como razón fundamental en su desacuerdo con la mayoría de la Sala, la de que no existe propiamente error de interpretación, sino la aplicación arbitraria de una ley inexistente por el funcionario que ocasionó el daño.

En la Corte, el señor Procurador defiende la sentencia del Tribunal sosteniendo que la Nación no es responsable por la errónea interpretación de las leyes hecha por la rama jurisdiccional, afirmando que el capitán del puerto de Cartagena no incurrió en dolo ni en culpa y haciendo recaer la responsabilidad sobre la parte actora por no haber hecho uso de todos los medios que le señala la ley para corregir el error que ocasionó el daño.

El señor apoderado del demandante se extiende en su alegato en consideraciones sobre la calidad y cuantía de los perjuicios sufridos por su poderdante, sobre la relación de causalidad entre la presunta culpa y el perjuicio, y ataca el fallo del Tribunal en la parte en que éste advierte que el secuestro del motovelero "Heldad" fue perfectamente legal, no a la luz de los conceptos citados en la providencia del capitán del puerto, sino de los artículos 316 y 702 del C. de P. P., y termina así sus argumentaciones: "En resumen, el hecho básico de este juicio es que Badel (el capitán del puerto), para asegurar una hipotética sanción pecuniaria ya derogada e inexistente, ordenó la retención y embargo de una nave, aplicando disposiciones sin fuerza legal y derogadas. Y que Badel sea representante de la Nación, está ampliamente demostrado en el proceso. Y que en el ejercicio de sus funciones responde de la interpretación de las normas de derecho confiadas a su guarda, sin que pueda alegar como excusa la ignorancia de esas normas. Es decir, la Nación representada por Badel, es culpable de haber aplicado a la demandante disposiciones derogadas, estando en la obligación inexcusable de conocer al menos que ya no tenían vigencia".

De lo expuesto hasta aquí aparece que el juicio se ordena a que se declare responsable al Estado de los perjuicios sufridos por la demandante a causa de un error judicial cometido por un funcionario público al dar aplicación a una ley, o, más propiamente, por haber aplicado una ley inexistente. Se apoya la demanda en la apreciación hecha posteriormente por el Tribunal Supremo de Aduanas, el 8 de agosto de 1943, al estimar que fue ilegal la providencia sobre embargo y secuestro dictada por el capitán del puerto de Cartagena.

Sobre la responsabilidad del Estado por esta clase de actos de sus agentes la Corte ha dicho en fallo que corre publicado en la **Gaceta Judicial** (Tomo LVI, páginas 299 y ss.), proferido en el juicio que contra la Nación siguió el señor Miguel J. Caldas: "De la manera equivocada como el Administrador de Hacienda Nacional de Santa Marta le liquidó los impuestos al señor Caldas, tampoco se advierte ánimo especial de causarle perjuicios; de servirse del acto administrativo que debía cumplir como arma para irrogarle daños a dicho contribuyente. Quien tiene a su cargo la

aplicación de la ley corre el riesgo de equivocarse en mayor o menor grado al medir su verdadero alcance. La equivocación del intérprete no representa un procedimiento ilícito o una culpa. A menos que al incidir en ella **se demuestre la intención dolosa; o el simple ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de alguna persona.** En uno y en otro caso se configuraría un abuso del derecho, debido a que se toma voluntariamente la ley como arma de arbitrariedad y de venganza, desviándola de su espíritu y finalidad. «Quien promueve un pleito sin mayor provecho visible e impulsado por el deseo de incomodar a la contraparte, abusa del derecho. Pero quien ejercita el derecho, y al ejercitarlo únicamente se equivoca, bien porque acoge una vía que no era la indicada, no incurre en culpa, porque la sola equivocación no indica que se esté persiguiendo un fin torcido en detrimento de aquel a cuyo cargo está la obligación correlativa. De consiguiente es insuficiente el perjuicio causado al ciudadano por causa de la errada interpretación legal que haga el funcionario público encargado de ejecutar la ley en un caso particular, para configurar, a mérito del solo yerro, la acción por abuso de los derechos. Se requiere algo más: que la equivocación fue intencionada o culposa; con culpa delictual o cuasidelictual. En el caso de autos lo único que está acreditado es que el funcionario que liquidó los impuestos de renta y patrimonio y exceso de utilidades debidos por el señor Caldas, incidió en graves equivocaciones, a las cuales llegó en virtud de una mala interpretación de la ley encargado de aplicar, la cual fue corregida luego por la autoridad competente. Si a virtud de ese procedimiento ilegal se le causaron perjuicios al demandante, debido al embargo de bienes que se le hizo en la ejecución, de ellos no responde el Estado, porque se originaron en un acto cumplido en función de un poder legal, ajeno a la obtención de un fin especial teñido de ilicitud por ninguno de sus aspectos".

El señor Procurador Delegado en lo Civil refiriéndose a la doctrina de la Corte hace consideraciones que ilustran la materia y que la Sala reproduce aquí por hallarlas acertadas y jurídicas: "Cuando no existe dolo no se ve cómo puede ser responsable el Estado de cualquier error en que incurra un juez o magistrado al interpretar o aplicar la ley. De acuerdo con la doctrina comúnmente aceptada por los tratadistas (Bonnard, por ejemplo), el órgano legislativo y el órgano judicial son irresponsables: los daños que causen con su actuación no son susceptibles de ser indemnizados. Hay de por medio altas nociones de interés público que impiden hacer responsable a la Nación por los actos libres del Congreso y del Organo Judicial. La libertad esencial con que deben obrar legisladores y juzgadores excluye, en tales casos, la responsabilidad del Estado. La tesis contraria llevaría, por lo demás, a conclusiones monstruosas y absurdas. Si cualquier error en la aplicación o interpretación de las leyes por el juez pudiera verse como una culpa suya, que aplicara la responsabilidad civil del Estado, habría que concluír que en todo caso en que el Superior —Juzgado de Circuito, Tribunal Superior, Corte Suprema —revoca una providencia de un inferior, habría lugar a la correspondiente acción de perjuicios contra el Estado. Pero ocurre precisamente lo contrario. Toda la organización judicial del país reposa sobre la base de las dos instancias. Y ellas se fundan en la posible equivocación del fallador al interpretar o aplicar las leyes positivas. El mismo recurso extraordinario de casación que existe entre nosotros se funda, precisamente, en la posibilidad de que los tribunales superiores violen, con sus fallos, la ley sustantiva. La tesis de la parte actora conduciría al absurdo de que toda vez que la H. Corte casa un fallo de un Tribunal Superior por ser violatorio de la ley —por infracción directa, aplicación indebida, o interpretación errónea— hay acción de daños y perjuicios contra la Nación. Este extremo repugnante pone de manifiesto cuán errada es la interpretación de la parte demandante al tratar de deducir responsabilidad a la Nación por haber efectuado un funcionario un embargo y un secuestro que se consideran ilegales. Como decía, la irresponsabilidad de la Nación por la errada interpretación de las leyes hecha por los competentes funcionarios, es la tesis dominante entre los más conocidos tratadistas. En efecto: Henry Lalou dice: "La acción de responsabilidad civil por razón de actos cometidos, en ejercicio de sus funciones por los funcionarios del órgano judicial se ejerce siguiendo un procedimiento especial reglamentado por los artículos 505 y siguientes del C. de P. P. y que se denomina procedimiento de **pris a partie.** De una manera general, este procedimiento, complicado intencionalmente para garantizar a los jueces contra acciones vejatorias, sólo es posible cuando el juez es culpable de dolo, fraude, concusión o denegación de justicia o cuando la ley establece ex-

presamente la **prise a partie** o castiga a los jueces con la pena de pagar daños y perjuicios, sin que sea necesario en este último caso que la persona contra la cual se dirige la acción haya actuado con intención fraudulenta (La responsabilité civile, Nº 1415). Es decir, cuando la ley no presume expresamente el dolo o establece, como pena, la indemnización de perjuicios, es necesario demostrar el dolo del funcionario judicial para que la acción de perjuicios pueda prosperar. Roger Bonnard dice: "2º La función jurisdiccional. Hay irresponsabilidad para todos los actos que concurren al ejercicio de la función jurisdiccional y sea cual fuere la jurisdicción. La regla es absoluta". (Précis de Droit Public, pág. 355). Luis Rolland concuerda con los expositores anteriores al decir: "El principio del derecho público francés. Este principio es extremadamente sencillo para formular. El Estado es irresponsable en razón de todo funcionamiento del servicio judicial, excepción hecha de los casos especiales que se indicarán en seguida. Ninguna indemnización puede reclamarse por el hecho de perjuicios resultantes de los fallos o de las actuaciones de la policía judicial". (Précis de Droit Administratif, pág. 319). Cree la Procuraduría que la tesis expuesta, en forma clara y unánime, por los conocidos tratadistas franceses citados es perfectamente aplicable en Colombia, pues se trata no de normas excepcionales consagradas en forma especial por la legislación francesa sino, por el contrario, de la aplicación de los más elementales principios del derecho público".

El apoderado de la parte demandante se apoya en lo dispuesto en el Decreto-ley 1432 de 1940 que suprimió del Código de Aduanas las penas por fraudes consistentes en multas a favor del Estado y las sustituyó por la pena corporal de arresto, para sostener que a partir del 1º de agosto de 1940, fecha de la vigencia del decreto citado, por delito de fraude o contrabando a la renta de aduanas ya no era procedente imponer sanciones pecuniarias ni ordenar el secuestro y retención de las naves y vehículos, como equivocadamente lo dispuso el señor capitán del puerto de Cartagena. Y agrega el señor apoderado: "Claramente se infiere de lo anterior que al estar suprimida la pena de multa, consecuencialmente quedaron derogadas y sin vigencia alguna las disposiciones sobre retención, embargo y secuestro que tenía por finalidad únicamente garantizar a la Nación la efectividad de dichas multas".

Observa la Sala en primer lugar que las anteriores observaciones han debido hacerse valer cuando se solicitó la reposición del auto que decretó el embargo y secuestro; no hay ninguna demostración para acreditar que así se hizo; y una vez negada la reposición si continuaba considerándose como ilegal la providencia reclamada ha debido recurrirse de hecho ante el superior; y tampoco existe constancia de que este recurso se hubiese interpuesto.

Además, la propia parte demandante lo admite, y así se desprende de la parte que acaba de transcribirse del alegato de su apoderado, que el decreto 1432 no derogó expresamente el artículo 375 de la ley 79 de 1931 que aplicó el Administrador de Aduana. "Al estar suprimida del Código de Aduanas la pena de multa —dice el señor apoderado—, consecuencialmente quedaron derogadas y sin vigencia alguna las disposiciones sobre retención, embargo y secuestro que tenían por finalidad únicamente garantizar a la Nación la efectividad de dichas multas". La derogación fue pues implícita; se ha deducido de lo que se hizo de otras disposiciones; es una consecuencia de la supresión de la pena de multa que hizo el decreto 1432; éste no declaró "ineficaz e insubsistente" la disposición aplicada por las autoridades del puerto de Cartagena ni en ninguna parte de su texto se dice que esa disposición queda nula y sin vigencia. La aplicación de ella estaba pues sujeta al criterio del juzgador quien debía deducir su derogación implícita de la que se había hecho de otras disposiciones de la ley.

La resolución sobre embargo y secuestro se dictó por la capitanía del puerto el 23 de septiembre de 1941 y la que negó la reposición, el 25 del mismo mes y año. El Juzgado de Aduanas de Cartagena sobreseyó temporalmente el 4 de febrero de 1943, y el 18 de agosto del mismo año resolvió el Tribunal de Aduanas la consulta que ordenó el Juzgado. Es decir, la capitanía del puerto despachó prontamente, sin demoras, la resolución que le correspondía sobre el negocio; el error que cometió al calificar de sustanciación un auto interlocutorio es frecuente en los funcionarios judiciales y administrativos, y habría podido subsanarse fácilmente como arriba se advirtió, recurriendo de hecho ante el superior, lo que no se hizo y prolongó las consecuencias del error hasta que se terminó la investigación y se dictó por el Tribunal el sobreseimiento definitivo, dos años después. En la demanda se afirma que el capitán del puerto de Cartagena "mantuvo" inmovilizado el motovelero "Heldad" desde "el 18

de septiembre de 1941 hasta el 27 de noviembre de 1943". Pero esta afirmación es equivocada, pues dos días después de haber decretado el embargo y secuestro de la nave resolvió el recurso que ante él se interpuso.

La jurisprudencia de la Corte transcrita arriba solamente admite culpabilidad a cargo del Estado por errada o equivocada aplicación de la ley cuando ella se hace "con intención dolosa" o cuando existe en la aplicación el "ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de alguna persona".

En el caso de autos no se han traído al proceso pruebas tendientes a demostrar la existencia de cualquiera de las hipótesis enunciadas; las aportadas al juicio conducen solamente a la comprobación del perjuicio sufrido por la demandante a causa del auto que inmovilizó el motovelero "Heldad" y a la comprobación de este hecho, lo mismo que a la apreciación que posteriormente hizo el Tribunal de Aduanas sobre su ilegalidad. Pero estas demostraciones son insuficientes para fundar una providencia condenatoria de indemnización pues sólo dentro de las hipótesis arriba señaladas podría proferirse la sentencia condenatoria.

En cuanto a la consideración que hace el salvamento de voto, debe advertirse que no existe diferencia sustancial entre la aplicación equivocada de la ley por errónea interpretación y la aplicación de ley inexistente o derogada. El juez al fundar una decisión tiene amplitud suficiente para apreciar jurídicamente cuál es la finalidad de la norma legal, como la tiene igualmente para estimar si una norma está derogada por otra posterior, por las mismas razones expuestas antes de esta providencia. En uno y otro caso el error es de interpretación: en el primero la interpretación se refiere al alcance de la norma; en el segundo a la vigencia de ésta. Las razones para considerar al Estado exento de responsabilidad por ese hecho son idénticas dentro de los dos casos que pueden contemplarse, y los en que puede deducirse responsabilidad son también los mismos en los dos supuestos, máxime si se considera, como quedó demostrado, que la derogación de la norma aplicada no fue expresa sino tácita o implícita.

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto la ausencia de responsabilidad del Estado en casos como el de autos y ello sirve de fundamento a la confirmación que ha de hacerse de la providencia absolutoria dictada por el Tribunal de Cartagena.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena.

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

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

HONORARIOS DE LOS PERITOS

En casos como el que contempla el proceso no puede perderse de vista la categoría de los expertos, la forma e importancia del dictamen, su interés y crédito profesionales y la responsabilidad que toman sobre sí, que son otros tantos factores de indiscutible entidad que se hace preciso tener en cuenta para la estimación de los honorarios, dándole así preferente aplicación a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, ya que la regla contenida en el inciso segundo de allí, como especial que es, rige únicamente para simples avalúos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Procede la Sala Plural a decidir el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el señor Magistrado Sustanciador doctor Aníbal Cardoso Gaitán con fecha 24 de febrero último, en el juicio ordinario seguido por el señor Juan N. Rondón contra la Nación, mediante el cual, previos los trámites de la articulación correspondiente, fueron señalados los honorarios que debe pagar la parte demandante a los peritos doctores Pablo de la Cruz y Emiliano I. Morillo, que intervinieron en este juicio como avaluadores, el primero, como principal, y, el segundo, como tercero para dirimir la controversia de los terrenos sobre que versa el pleito, así:

"1) Al doctor Pablo de la Cruz la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal.

"2) Al doctor Emiliano I. Morillo la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) moneda legal".

En la providencia suplicada el señor Magistrado Sustanciador expone las siguientes razones fundamentales a la conclusión a que llegó, fijando los honorarios de los prenombrados peritos doctores de la Cruz y Morillo en la cantidad expresada, de conformidad con la facultad que al Juez confiere la primera parte del artículo 60 de la Ley 63 de 1936 "para aumentar las asignaciones prudencialmente, teniendo en cuenta la importancia del trabajo, y la categoría de los expertos", estimando, además, no ser aplicable al caso de autos el inciso segundo de la disposición en cita, que establece que cuando se trate de avalúos la regulación de los honorarios "no subirá del dos y medio por mil del avalúo".

"Se tiene pues como base para la regulación de los honorarios la suma de $ 102.528.00 a que asciende el avalúo; y aunque es verdad que ésta es la suma máxima que los peritos señalan, debe tenerse en cuenta también que el trabajo que ellos han presentado a la Corte es muy completo, extenso y detallado, así como la calidad de los peritos, que son dos profesionales de reconocida competencia para trabajos de la naturaleza del que se presentó por ellos en cumplimiento de su misión.

"Pero también debe tener en cuenta la Sala al hacer este señalamiento que el peritazgo rendido por los doctores de la Cruz y Morillo no es la sencilla estimación que comúnmente se hace en los inventarios para señalar el precio de los bienes inmuebles; en el caso de autos se está en presencia de una diligencia de carácter especial que hubo de llevarse a cabo mediante la práctica de una inspección ocular por medio de juez comisionado; el Dr. de la Cruz tuvo necesidad de trasladarse a Barranquilla, y de permanecer en ella durante los días de la práctica de la citada diligencia, y algunos más para elaborar su informe; los peritos se vieron en la necesidad de hacer estudios especiales sobre el terreno, de diferentes aspectos que detallan en su dictamen; examinaron las características del predio 'La Loma', para saber si 'el terreno era de labor desde el punto de vista de la agricultura', si era apto 'en su subsuelo o por su peculiar ubicación' tenía algo que lo hiciera 'particularmente valorizable' ".

Además, no se limita el peritazgo de que se viene haciendo mérito a señalar el valor del predio sobre que versa este juicio sino que entra a examinar la posibilidad de practicar una urbanización en él. Para ello se hacen cálculos sobre

costo de "pavimentación de calzadas", de "relle no del lote restante", de "construcción de andenes", de construcción de "sardinèles y de alcantarillado", y se adaptan estos cálculos a las disposiciones vigentes sobre la materia en el municipio de Barranquilla. No se trata, pués, como pudiera pensarse a simple vista, de un avalúo, sino de un dictamen científico sobre los aspectos que se dejan expuestos".

El señor apoderado recurrente, por su parte, manifiesta no compartir el muy respetable criterio del Magistrado Sustanciador, por cuanto "no podría sostenerse que el inciso primero del citado artículo autoriza al Juez para aumentar prudencialmente la asignación que establece el inciso segundo", ya que, conforme a su apreciación, la norma del inciso primero "es la regla general aplicable en materia de dictámenes periciales", al paso que la del inciso segundo "es la regla especial para los dictámenes periciales que constituyan avalúos", agregando, por último, lo siguiente: "El hecho de que uno de los peritos haya tenido que viajar al lugar en donde se practicó la prueba pericial y hacer gastos allí, no justifica un aumento de sus honorarios... Los honorarios periciales no pueden confundirse con los gastos de transporte y alimentación de los expertos", fundándose para ello en lo indicado por el artículo 569 del C. J., que estatuye lo siguiente:

"Los interesados en la práctica de una diligencia fuera de la oficina del Juez o Magistrado, deben hacer los gastos de transporte y alimentación del personal que concurra a ella".

Comparte la Sala las apreciaciones del señor Magistrado Sustanciador y que aparecen en los preinsertos pasajes de la providencia suplicada, de no estarse en presencia de un simple avalúo, como suele acontecer en los juicios mortuorios, sino de un dictamen científico, en que previamente se analizaron por los expertos las características de los terrenos sujetos al examen por los diferentes aspectos que detallan pormenorizadamente, en forma tan completa para asignarles, por último, su valor como zona urbanizable.

En casos como el aquí contemplado, no puede perderse de vista la categoría de los expertos, la forma e importancia del dictamen, su interés y crédito profesionales y la responsabilidad que toman sobre sí, que son otros tantos factores de indiscutible entidad, que preciso se hace tener en cuenta para la estimación de los honorarios, dándole así preferente aplicación a lo dispuesto por el inciso primero del memorado artículo 60 de la Ley 63 de 1936, ya que la regla contenida en el inciso segundo de allí, como especial que es, rige únicamente para simples avalúos.

Sobre el alcance y aplicación de la norma legal contenida en el precepto citado, se expresó por esta Sala lo siguiente en auto de 15 de noviembre de 1946:

"Esta disposición consagra para el juzgador una norma de poder de dirección del proceso, según la cual tiene el libre arbitrio para determinar el valor de la remuneración debida a los peritos, aplicando para ello su propio criterio y sus conocimientos personales, midiendo el grado de importancia del trabajo que han efectuado los expertos y la calidad y categoría de éstos, según el género de la materia cuyos conocimientos se ha requerido para el examen y exposición. Contiene el artículo un deber del juzgador, que tiene que cumplir oficiosamente, pesando todas las circunstancias del caso que puedan servirle para hacer la estimación prudencialmente. Este poder de dirección procesal está condicionado a la cuantía en que deban apreciarse los honorarios, pues si éstos se han de avaluar en suma mayor de doscientos pesos, para determinarlos debe tramitarse una articulación, incidencia que tiene por objeto oír a los interesados y dar ocasión a la producción de pruebas apreciables que puedan guiar el criterio del juzgador. Si el juzgador tiene el deber formal de obrar haciendo la estimación de la remuneración que se deba a los peritos, cuando de la articulación no resulte la prueba plena, siempre tiene que estimar los honorarios de los peritos, teniendo en cuenta los elementos del proceso y las circunstancias que indica la primera parte del artículo 60, transcrito".

Y para concluír sosteniendo lo decidido en el auto suplicado, conviene advertir en relación con el reparo que el señor apoderado recurrente formula, según ha quedado visto, de haber tenido en cuenta el señor Magistrado Sustanciador, como factor determinante de la cuantía de los honorarios fijados al perito doctor de la Cruz, el hecho de haber tenido éste que viajar al lugar donde se practicó la prueba pericial y hacer gastos allí, es decir valor de transportes y alimentación, que en concepto de la Sala esta apreciación del recurrente es por demás errónea, comoquiera que, conforme a las textuales expresiones del pasaje pertinente del auto "el doctor de la Cruz tuvo necesidad de trasladarse a la ciudad de Barranquilla, y de permanecer en ella durante los días de la práctica de la citada diligencia y algunos

más para elaborar su informe", el señor Magistrado Sustanciador tuvo necesariamente en consideración tan sólo el hecho de haber tenido el experto que abandonar sus actividades profesionales en esta ciudad de Bogotá mientras llevaba a cumplido término su misión en Barranquilla como perito, abandono que desde el punto de vista económico venía a perjudicarlo, y, por ende, procedía tenerlo en cuenta para fijar el monto de sus honorarios.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión, mantiene el auto materia de la súplica, de fecha veinticuatro de febrero del presente año.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO DE UNOS TERRENOS Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Según el Código Contencioso Administrativo vigente las indemnizaciones con causa en trabajos públicos nacionales deben reclamarse del Consejo de Estado (artículo 261, Ley 167 de 1941); si se trata de la ocupación de una propiedad inmueble el Código la prevé y regula especialmente en el artículo 279. Todas las disposiciones del Capítulo XXIII rigen casos de indemnización para que se apliquen por los jueces administrativos, por el Consejo de Estado cuando se trata de indemnizaciones por trabajos públicos nacionales, no importa el concepto que se tenga de la propiedad cuando se hace la ocupación, bien sea por el Gobierno, o por el particular que se cree dueño. Cuandoquiera que se trate de reclamar indemnización de este género es obligatorio el sometimiento a la jurisdicción especial prevista en la ley. No puede ser optativo para el lesionado recurrir a una u a otra jurisdicción.

Conforme al artículo 7º de la ley 200 de 1936 se puede demostrar en juicio con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la ley 200 de 1936 "en que consten tradiciones de dominio" por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruír la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares antes de esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio o uso público. El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley—entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3º— no se aplican a la propiedad urbana. A ésta no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresada del artículo 7º, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados antes de esa ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del término para la prescripción extraordinaria.

En casos análogos al del pleito ha hecho la Corte, con idéntica base legal, el reconocimiento de la propiedad privada urbana, precisamente en lotes de terreno comprendidos también dentro del área reservada por el Gobierno Nacional para las obras del Terminal de Barranquilla.

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

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado la señora Dominga Dávila v. de Correa demandó a la Nación, ante el Tribunal Superior de Barranquilla, para que en juicio ordinario se declare:

"**Primero.** — Que es del dominio privado de mi poderdante, por tener sobre él títulos inscritos, que comprueban tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, el inmueble denominado "Monigote", situado en jurisdicción de este Municipio de Barranquilla y que se individualiza así: "un lote de terreno cuya extensión superficiaria es de treinta y cuatro (34) hectáreas con cuatro mil ochocientos (4.800) metros cuadrados, alinderado como sigue: partiendo del vértice que forma el ángulo de la esquina suroeste del terreno sobre la calle del Sol o camino de Soledad, se sigue una línea quebrada que tiene las medidas y azimuts siguientes: ochenta y ocho (88) metros, azimut 88 grados, 30 minutos; trein-

a (30) metros, azimut 5 grados; ciento sesentá metros, azimut 99 grados, 20 minutos, y 430 metros, azimut 99 grados, 20 minutos, y 430 metros, azimut 76 grados, 20 minutos, llegando con esta última medida al vértice que forma el ángulo de la línea descrita con el Caño de la Ahuyama en la esquina sureste del terreno, colinda en toda esta extensión con Correa & Heilbron; desde este punto, como el lindero es arcifinio, en una distancia de doscientos cincuenta (250) metros, azimut 343 grados, 15 minutos, más ciento ochenta y dos (182) metros, azimut 357 grados, 30 minutos, colinda, el Caño de la Ahuyama en medio, con terrenos de Correa & Heilbron; y desde aquí, siguiendo el curso del Caño, en una distancia de ciento setenta (170) metros que resulta de las medidas parciales y azimuts siguientes: ochentà y ocho (88) metros, azimut 354 grados, 25 minutos, y ochenta y dos (82) metros, azimut 336 grados, 45 minutos, colinda con terrenos de Juan M. Rondón; y llegando con esta medida al vértice que forma la ribera del Caño con la línea que divide el terreno en dos porciones de igual superficie, colinda con el lote que fue adjudicado a Lascano & Cía., y mide dicha línea divisoria cuatrocientos veinte (420) metros, azimut 251 grados, 30 minutos; doscientos noventa y tres (293) metros, cincuenta centímetros, azimut 160 grados, y trescientos sesenta metros, azimut 250 grados, 30 minutos, y se llega al camino de Soledad o calle del Sol; y siguiendo la medida por la acera oriental de dicha calle, se miden ciento ochenta y nueve (189) metros, azimut 148 grados, y colinda con terrenos de Ricardo Arjona S., calle en medio, hasta llegar al vértice que forma la esquina suroeste del terreno, punto de partida".

En subsidio de la declaración que bajo este punto **primero** dejo solicitada, demando que se declare que el referido inmueble, individualizado en el párafo anterior, es de propiedad privada de la señora Dominga Dávila viuda de A. Correa, mi poderdante, por haberlo poseído en las condiciones legales necesarias para que la ocupación confiera el dominio, o sea, realizando la explotación económica del suelo, por medio de hechos positivos propios de dueño.

"**Segundo.**—Que, como consecuencia de la declaración principal, o de la declaratoria pedida en subsidio, se condene a la Nación a pagar a mi representada el valor de la parte de los terrenos de propiedad de la señora Dávila viuda de A. Correa que ocupó para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, conforme a la apreciación en dinero de ese valor hecha con arreglo a la ley".

Como hechos para sustentar la demanda expuso la actora los que en el libelo se señalan con el número 1), destinado a afirmar que el inmueble a que se refiere la acción se halla dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla; y con el número 2), en sus letras a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k) y l), en que se hace una relación de los varios títulos traslaticios de dominio entre particulares, que se extienden a un tiempo comprendido entre la presentación de la demanda y el año de 1894, en cuanto a una parte del terreno, y hasta 1860 respecto de otra parte. Los hechos restantes son estos: "(3) — El inmueble materia de la presente demanda, además de estar amparado por la cadena de títulos inscritos que se dejan relacionados, tiene el título que da derecho a la propiedad privada y que deriva de haber estado dicho inmueble en posesión material de mi poderdante señora Dávila viuda de A. Correa y de sus antecesores en la posesión inscrita, durante un período mayor de treinta años contados con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936. Esa posesión material ha consistido en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como la ocupación con ganados, construcción y conservación de cercas y edificios y otros de igual significación económica, habiendo sido tal ocupación ininterrumpida, quieta, pacífica y sin violencia ni clandestinidad, durante un lapso mayor del que señalan las leyes para la prescripción treintenaria. (4)—El Gobierno Nacional, por decreto ejecutivo número 1656 de 1933 (octubre 3), consideró como baldíos y "destinó al servicio público nacional para las obras de apertura de las Bocas de Ceniza, construcción del Terminal Marítimo de Barranquilla y servicios anexos" las zonas de terrenos especificadas en dicho decreto, entre las cuales zonas estaban comprendidos el inmueble denominado 'Monigote' de propiedad de mi poderdante y sus colindantes. (5) — El Gobierno Nacional, en desarrollo del decreto citado y para los fines que en él se indican, ocupó una parte del predio de mi representada, que tiene una superficie de nueve (9) hectáreas con 2090 metros cuadrados, según el plano número M E 122 levantado por la Interventoría de Bocas de Ceniza y Puerto Terminal de Barranquilla, que se acompaña a esta demanda. (6)—La zona ocupada por

el Gobierno Nacional, a que se refiere el hecho (5) anterior, está comprendida dentro de los siguientes linderos: por el norte, con propiedad que es o fue de Lascano & Cía.; por el oriente, con el Caño de la Ahuyama (según levantamiento practicado por Sir Alexander Gibb en 1935); por el sur, con finca que es o fue de Correa & Heilbron; y por el occidente, con terrenos de la señora demandante; y (7)—Los dueños de los terrenos colindantes con el de mi representada y que se hallaron en las mismas circunstancias que ella, han promovido ya, con éxito satisfactorio para los mismos, acciones como la presente, encaminadas a obtener la declaración de dominio de sus predios, por una parte, y el pago de los terrenos ocupados por el Gobierno para las obras del Terminal Marítimo de Barranquilla, por la otra. Entre algunas de tales acciones puede citarse la intentada con fecha 25 de enero de 1940 por la sociedad comercial anónima "Compañía Urbanizadora Industrial", que fue resuelta favorablemente a la entidad actora por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de octubre 13 de 1942, en la que se hacen todas las declaraciones pedidas en la demanda".

Corrido el traslado de la demanda al Fiscal del Tribunal, éste se abstuvo de contestarla (folio 16 v. C. citado).

Surtido el trámite de la primera instancia, el Tribunal dictó sentencia favorable al actor que termina así: "Declárase que es del dominio privado de la señora Dominga Dávila viuda de A. Correa, por tener sobre él títulos inscritos, que comprueban tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, el inmueble denominado "Monigote", situado en jurisdicción de este Municipio de Barranquilla y que se individualiza así: un lote de terreno cuya extensión superficiaria es de treinta y cuatro (34) hectáreas con cuatro mil ochocientos (4.800) metros cuadrados, alinderado como sigue: partiendo del vértice que forma el ángulo de la esquina suroeste del terreno sobre la calle del Sol o camino de Soledad, se sigue una línea quebrada que tiene las medidas y azimuts siguientes: ochenta y ocho (88) metros, azimut 88 grados, 30 minutos; treinta (30) metros, azimut 5 grados, ciento sesenta metros, azimut 99 grados, 25 minutos, y 430 metros, azimut 76 grados, 20 minutos, llegando con esta última medida al vértice que forma el ángulo de la línea descrita con el Caño de la Ahuyama en la esquina sureste del terreno, colinda en toda esta extensión con Correa & Heilbron; desde este punto, como el lindero es arcifinio, en una distancia de doscientos cincuenta (250) metros, azimut 343 grados, 15 minutos, más ciento ochenta y dos (182) metros, azimut 357 grados, 30 minutos, colinda el Caño de la Ahuyama en medio, con terrenos de Correa & Heilbron; y desde aquí, siguiendo el curso del Caño, en una distancia de ciento setenta (170) metros que resulta de las medidas parciales y azimuts siguientes: ochenta y ocho (88) metros, azimut 354 grados, 25 minutos, y ochenta y dos (82) metros azimut 336 grados, 45 minutos, colinda con terrenos de Juan N. Rondón; y llegando con esta medida al vértice que forma la ribera del Caño con la línea que divide el terreno en dos porciones de igual superficie, colinda con el lote que fue adjudicado a Lascano & Cía., y mide dicha línea divisoria cuatrocientos veinte (420) metros, azimut 251 grados, 30 minutos; doscientos noventa y tres (293) metros, cincuenta (50) centímetros azimut 160 grados y trescientos sesenta metros azimut 250 grados, 30 minutos, y se llega al camino de Soledad o calle del Sol; y siguiendo la medida por la acera oriental de dicha calle, se miden ciento ochenta y nueve (189) metros, azimut 148 grados, y colinda con terrenos de Ricardo Arjona S., calle en medio, hasta llegar al vértice que forma la esquina suroeste del terreno punto de partida. Condénase a la Nación Colombiana, como consecuencia de la anterior declaración, a pagar a la señora Dominga Dávila viuda de A. Correa la suma de noventa y dos mil noventa pesos ($ 92.090.00) moneda legal, como valor de la parte de los terrenos de propiedad de la citada señora, ocupados por el Gobierno Nacional, para la construcción de las obras de Bocas de Ceniza y del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en el sentido de que se sirva cancelar la inscripción de esta demanda".

A virtud de apelación interpuesta por el Fiscal del Tribunal de Barranquilla vino el negocio a la Corte, donde se cumplió el trámite de la segunda instancia, con la producción de pruebas y la presentación de alegatos del señor Procurador Delegado en lo Civil y del apoderado de la parte demandante.

La competencia de la Corte

La demanda que originó este juicio contiene una petición principal y una subsidiaria enderezada a obtener la declaración de dominio privado sobre un lote de terreno de 34 hectáreas, 4.800 metros cuadrados, llamado "Monigote", ubicado en el municipio de Barranquilla, alinderado como se indica en el libelo; y una segunda petición principal para que se decida, como consecuencia de la primera, que la Nación debe pagar a la demandante el valor de la parte de los terrenos que ocupó para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, parte que según el hecho quinto de la demanda tiene una superficie de nueve (9) hectáreas dos mil noventa (2.090) metros cuadrados.

Lo primero que ha de examinarse es la competencia de la Corte para fallar el litigio planteado, y si la tuvo para desatarlo en primera instancia el Tribunal Superior de Barranquilla.

Esta cuestión la estudia y plantea ante la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil. Dicho alto funcionario considera que la Corte y el Tribunal no son competentes para conocer y decidir el pleito. Observa que la demanda se propuso el 8 de mayo de 1944, cuando ya regía el Código de lo Contencioso Administrativo, o sea la ley 167 de 1941, la cual previene, en su artículo 34, que el Consejo de Estado conoce **privativamente** y en una sola instancia **"de las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de los trabajos públicos nacionales** (numeral 2º), y que el caso de autos queda precisamente comprendido dentro de la disposición transcrita. Y expresa: "En efecto, en este juicio se persigue obtener del Estado colombiano indemnización a causa de los trabajos públicos nacionales realizados por el Gobierno en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. No puede alegarse, en contra de lo dicho, que este juicio intenta una acción de dominio, a consecuencia de la cual se deriva una indemnización de perjuicios; porque basta estudiar la demanda en su conjunto para comprender que con este juicio se persigue, exclusivamente, la indemnización correspondiente al valor de los terrenos de propiedad de la demandante, ocupados por el Gobierno en desarrollo del Decreto 1656 ya citado, siendo sólo una base indispensable para obtener dicha indemnización la prueba del dominio particular de esos terrenos. Por tanto no se trata en este juicio de una acción reivindicatoria sino de una acción de perjuicios, para cuyo éxito la parte demandante debía acreditar primeramente el dominio del inmueble "Monigote". No se trata, pues, de una acción reivindicatoria. En efecto, el poder conferido por doña Dominga a los doctores Carlos Lleras Restrepo y José María Esguerra Samper (según escritura número 1813), de 1º de septiembre de 1943 de la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá), facultó a los apoderados de la demandante "para obtener del Gobierno Nacional **el pago de unos terrenos** de su propiedad situados en jurisdicción del municipio de Barranquilla y conocidos con el nombre de "Monigote" **que fueron ocupados** por el Gobierno para la construcción del Terminal Marítimo y Fluvial de esa ciudad". El poder los faculta igualmente "para obtener la declaración de dominio de la parte de los referidos terrenos de "Monigote" **que no fueron ocupados por el Gobierno...**" (f. 1, c. 1). Por tanto, los apoderados de doña Dominga no tenían facultad para intentar una acción reivindicatoria de la parte del terreno ocupado por el Gobierno Nacional. De lo cual se desprende que, en relación con el terreno ocupado por el Gobierno Nacional, los apoderados de doña Dominga sólo podían demandar a la Nación el valor de ellos. Lo cual comprueba lo dicho: que no se trata en este juicio de una acción reivindicatoria contra la Nación... De lo expuesto se deduce que la demandante no ha intentado una acción real, ninguna acción reivindicatoria ni su demanda persigue que vuelva a su patrimonio una parte del inmueble "Monigote". Su acción está encaminada únicamente a obtener el pago de la zona ocupada por el Gobierno. Lo que ocurre es que, para que esa acción indemnizatoria pueda prosperar la parte actora se ha visto obligada a aducir una serie de títulos para probar su dominio sobre el inmueble de que se trata e, incluso, pidió una declaración sobre esto en su libelo. Pero ello, por lo dicho, tiene que entenderse, no como una acción reivindicatoria, sino como condición indispensable para el éxito de la acción de perjuicios. En consecuencia, tratándose de una acción indemnizatoria y no reivindicatoria y estando vigente la ley 167 de 1941, al presentar su demanda la señora Dominga Dávila v. de A. Correa, ésta ha debido instaurar su acción conforme al artículo 34 (numeral 2º) de la citada ley 167 ante el Consejo de Estado, que conoce privativamente y en una sola instancia de esta clase de asuntos; y no ante los jueces ordinarios".

Tiene en parte razón el señor Procurador Dele-

gado en sus observaciones, según el parecer de la Corte, en cuanto a la competencia privativa del Consejo de Estado para conocer de las acciones que se intenten contra la Nación dirigidas a reclamar indemnizaciones por trabajos públicos. Sobre este aspecto se ocupa la Sala más adelante.

No está de acuerdo con ella el representante del Estado en el presente juicio respecto a la interpretación que él hace de la demanda. Esta se promovió no solamente para que se ordenara el pago de la zona territorial ocupada por el Gobierno a la señora Dominga Dávila de A. Correa para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, sino también para que se hiciese una declaración de dominio de mayor extensión que el que fue ocupado para los trabajos públicos. Si la demanda hubiese pedido la indemnización de perjuicios y la declaración del dominio referente al área a que la indemnización se refería, la observación del señor Procurador sería acertada, pues estaría claro que el pronunciamiento acerca de la propiedad era tan sólo el antecedente o la premisa para el reconocimiento del valor del terreno ocupado. Mas como la demanda ejercita una acción petitoria de dominio sobre tierras que la señora poseía al tiempo de intentarse aquélla, no afectadas por los trabajos públicos, bien puede considerarse que esta acción petitoria de dominio tiene entidad propia y separada de la indemnizatoria por perjuicios, y que quien la inició tenía derecho a intentarla, para que se decidiese por el Juez competente cuál es la situación jurídica que existía y que existe respecto al dominio de ese inmueble, entre la actora y la Nación. Cuestión muy diferente a la de juzgar sobre la existencia del dominio concretado a la zona que ocupó la Nación. Por estas razones es evidente que hay competencia en los jueces ordinarios para conocer y fallar la acción de dominio a que se refiere el punto primero, principal y subsidiario, de las peticiones de la demanda.

La otra cuestión planteada por la Procuraduría la entiende la Corte como aquélla lo sugiere. La demanda se propuso cuando se hallaba vigente la ley 167 de 1941, y sus disposiciones son de imperativa aplicación al litigio en cuanto éste se dirige a obtener una indemnización por el valor de la zona de terreno que la Nación ocupó para el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Antes de expedirse este Código, leyes anteriores —la 130 de 1913, la 38 de 1918 y la 80 de 1935— consagraban el mismo principio jurisdiccional y la competencia, aunque no en los términos de indiscutible claridad en que aparece consignado en el Código Contencioso Administrativo vigente. Según él las indemnizaciones con causa en trabajos públicos nacionales deben reclamarse del Consejo de Estado (artículo 261); y si se trata de la ocupación de una propiedad inmueble —que es el caso del presente pleito, en la parte que se examina —el Código la prevé y regula especialmente, diciendo que si se condena a la Administración al pago de lo que valga la parte ocupada, "se prevendrá en la sentencia que deberá otorgarse en favor de la Administración el correspondiente título traslaticio de dominio" (artículo 279). Todas las disposiciones del "Capítulo XXII —Indemnizacionse por Trabajos Públicos" del Código citado—, al cual pertenecen las que se mencionan, rigen precisamente casos como el que contempla la demanda sobre indemnización, para que se apliquen por los jueces administrativos, por el Consejo de Estado cuando se trata de indemnizaciones por trabajos públicos nacionales. No se concibe racionalmente la aplicación de estas normas por los jueces comunes. Hallándose prevista en la Legislación Contencioso Administrativa la manera como el legislador ha querido que se desaten las controversias de la Administración con los particulares originadas por ocupación de hecho de la propiedad privada, a ellas ha de estarse, y por lo mismo resulta obligatorio el someter tales controversias a la jurisdicción especial establecida para dirimirlas.

Un caso de esta clase es el que se planteó con la demanda que dio nacimiento al presente juicio, en la parte tocante con la indemnización que se reclama como valor de la zona de terreno que ocupó el Estado a la señora demandante. Esta reclamación debió intentarse, de conformidad con las reglas legales ya citadas, ante el Consejo de Estado. Su planteamiento ante el Tribunal Superior de Barranquilla no se justificaba jurídicamente y no ha debido prosperar por consiguiente, hasta resolverlo esa entidad disponiendo, como lo hizo, el pago a la actora de una cantidad de dinero como valor del terreno ocupado por la Nación. Tampoco la Corte tiene competencia para adoptar una decisión de ese género, porque la ley se la atribuye privativamente en una sola instancia al Consejo de Estado.

El apoderado de la actora ante la Corte expre-

a su inconformidad con la tesis sostenida por el eñor Procurador Delegado en lo Civil que con- uce a la incompetencia de la Corte para fallar n el presente pleito. Después de transcribir al- unos pasajes de la exposición de motivos de la ey 167 de 1941, dice: "Basta una atenta lectura e los apartes de la exposición de motivos que se caban de transcribir, para llegar a la conclusión e que la ley 167 de 1941 ni remotamente con- empla el caso de que se discuta o ponga en tela e juicio la propiedad del predio ocupado por el Estado, pues siempre parte del supuesto indudable de que la propiedad pertenece a persona privada, de manera indiscutible. Si el Estado ocupa a un predio reputándolo baldío, o lo que es igual, onsiderándolo como de su propiedad, no se podría hablar de **ocupación de hecho**, sino de ocupación de derecho o posesión, y menos aun de **xpropiación** sino de afirmación de su propiedad; ya hemos visto, que la exposición de motivos epite hasta la saciedad los conceptos de **ocupación de hecho** y de expropiación, los cuales suponen necesariamente que el Estado ha ocupado o xpropiado un predio que indudablemente pertenece en propiedad a una persona privada. De onde es lógico concluír que el pensamiento e intención del legislador de 1941 fueron atribuír al onsejo de Estado el reconocimiento de las indemnizaciones derivadas de ocupaciones de hecho e propiedades privadas, con causa en trabajos úblicos, siempre que el dominio privado no se usiera en tela de juicio...". Cuando el Estado se considera dueño del terreno ocupado o discute un particular la propiedad del mismo, se entabla entre ellos una cuestión pre-judicial de dominio, que sustrae el negocio a la competencia del onsejo de Estado, sometiéndolo a la resolución e la justicia ordinaria, que es lo ocurrido en el aso de autos... El Gobierno, por medio del Decreto 1656 de 1933 (octubre 3) después de exponer en sus considerandos que el Ministerio de bras Públicas solicitó del de Industrias que se estinaran al servicio público nacional, representado en las obras de apertura de las Bocas de Ceza y Terminal Marítimo de Barranquilla, los **ldíos** que existan en los globos de terreno situados en los Departamentos del Atlántico y Magdalena, así como las canteras y otros yacimientos materiales que se requieren para la construcción de las obras del puerto, que se hallen en **terenos de propiedad nacional;** que según el artículo 46 del Código Fiscal los terrenos **baldíos** n aplicables al servicio público; que según el artículo 96 del mismo, el Poder Ejecutivo puede destinar porciones de terrenos **baldíos** para un servicio o uso público, etc., decretó destinar al servicio público nacional, para las mencionadas obras, los terrenos **baldíos** que se encuentren en una zona comprendida desde un punto situado un kilómetro aguas arriba de la confluencia del Caño Arriba con el río Magdalena hasta la desembocadura de éste en el mar, con un kilómetro de anchura en ambas riberas del mencionado río; y una zona situada desde el mismo punto en referencia (un kilómetro arriba de la confluencia de Caño Arriba con el río Magdalena) hacia el sur, aguas arriba en una extensión de diez (10) kilómetros con doscientos (200) metros de anchura en cada una de las riberas del río Magdalena. A primera vista se advierte que este Decreto no ordenó la **ocupación de una propiedad privada,** de donde es fácil deducir la incompetencia del Consejo de Estado... Mas, dentro de la demarcación que expresa el Decreto susodicho estaba comprendido el inmueble denominado "Monigote" de propiedad de la señora demandante. Y el Gobierno Nacional, haciendo caso omiso de ello, en desarrollo del dicho Decreto y para los fines que en él se indican, **ocupó una parte del predio de dicha señora considerándolo baldío nacional, es decir, desconociendo la propiedad privada de la misma** (esto último lo subraya la Sala".

No ve la Corte claramente fundada la deducción a que llega el señor apoderado, según la cual cuando las ocupaciones de hecho para trabajos públicos las hace el Estado reputando baldío un terreno, esta ocupación, si el terreno resulta no ser tal baldío sino propiedad privada, no da origen al proceso de reclamación e indemnización previsto en la ley 167 de 1941. Tal distingo no lo hace ella en ninguna parte. La ley es general, para todas las ocupaciones de hecho de la propiedad privada por los trabajos públicos. No importa el concepto que se tenga de la propiedad cuando se hace la ocupación, bien sea por el Gobierno, bien sea por el particular que se cree dueño. El concepto esencial, fundamental, es el que merezca, también esencialmente considerado a la situación jurídica que se produzca por la ocupación de hecho, cuando resulte ser el terreno de propiedad privada. Es claro que la ley parte del supuesto de que la propiedad que se ocupa de hecho pertenece al dominio privado, pues si pertenece a la Nación no hay lugar a indemnización por el valor de ella. Sobre el título en sí mismo, que acredite esa propiedad, nada dice la ley: pero

debe aducirse para que se reconozca su existencia y consecuencialmente se ordene indemnizar al dueño por el perjuicio de la ocupación, pagándosele su valor. Habrá casos en que el juez competente para conocer del asunto se encuentra a presencia de títulos claros, y casos de títulos menos claros demostrativos de la existencia del dominio privado; pero en todos ellos es procedente su examen y calificación para que con base en ella se decida si prospera la reclamación y se decreta el pago de los perjuicios.

No se puede hacer hoy una reclamación de esta clase, con causa en ocupaciones de hecho de la propiedad privada, sino ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, que tiene competencia privativa en el conocimiento. Existiendo tal jurisdicción especial para las controversias sobre el pago de una indemnización de esta clase, a ella está sometido el dueño de una propiedad inmueble que se ocupa por trabajos públicos nacionales; y por lo mismo la vía de la jurisdicción judicial no puede ejercitarla. Cuandoquiera que se trata de reclamar indemnización de este género, es obligatorio el sometimiento a la jurisdicción especial prevista en la ley. No puede ser optativo para el lesionado recurrir a una o a otra jurisdicción. Si la petición indemnizatoria se basa en el reconocimiento del dominio privado, ese reconocimiento cae dentro de la competencia del juzgador. Porque haya de hacerse esa estimación respecto a la existencia del dominio privado, no se desplaza el asunto a la jurisdicción judicial. Piénsese, para ver cómo esta interpretación es jurídica, que la jurisdicción Contencioso Administrativa podría eludirse, a voluntad del interesado particular, si se le permitiese demandar ante la justicia ordinaria basándose en la consideración de que su solicitud indemnizatoria tenía como premisa el dominio privado y que en consecuencia pedía la declaración de la existencia de éste y la declaración condenatoria al pago de los perjuicios. Todas las reclamaciones de esta clase tienen su apoyo en el dominio privado. En todos los casos el pago de los perjuicios se basa en el dominio privado y su reconocimiento por el Juez que decreta la indemnización.

Estas razones demuestran que no es siempre procedente una acción prejudicial anterior al conocimiento de la justicia Contencioso Administrativa; pudiera ser ella necesaria talvez después que aquella autoridad ha examinado un asunto en concreto y llegado a la conclusión de que no puede fallarlo sin una declaración judicial previa. Pero en todo caso, la calificación inicial del asunto, si hubiere luego lugar a la otra, le corresponde al Juez de la Rama Contencioso Administrativa.

Volviendo al pleito de que trata este juicio, la conclusión sobre la incompetencia de la Corte en lo que mira a la acción indemnizatoria de perjuicios se impone como verdad jurídica no discutible. Sobre el reconocimiento de aquéllos es claro que la justicia ordinaria no puede pronunciarse después de expedido el Código de lo Contencioso Administrativo actual, que dio al Consejo de Estado el conocimiento privativo en los juicios en que se reclaman indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales (artículo 34, numeral 2º, ley 167). En esta parte el fallo de primera instancia debe ser revocado.

Queda pues en pie, por lo ya visto, la competencia de la Corte Suprema de Justicia limitada a la decisión sobre el punto petitorio de la demanda referente al dominio del inmueble llamado "Monigote".

Se observa que en otros pleitos que la Corte ha fallado y que tuvieron el mismo origen que el presente, o sea el hecho de haber ocupado la Nación una zona de terrenos aledaños al río Magdalena para la construcción de las obras del puerto y terminal marítimo de Barranquilla, el pronunciamiento judicial se limitó a la declaración de dominio particular o privado de varias porciones de terreno, contiguas a aquella a que se refiere el actual juicio, y no se falló sobre indemnización por el valor de las tierras ocupadas. Tal cosa ocurrió en los juicios de Juan N. Rondón contra la Nación, decidido en sentencia de esta Sala de la Corte el 9 de marzo de 1939; en el de la Compañía Urbanizadora Industrial contra la Nación fallado por la Corte el 13 de octubre de 1942 (**Gaceta Judicial**, T. LIV-bis, página 347), y en el de Federico Falquez contra la Nación, resuelto el de diciembre de 1943 (**Gaceta Judicial**, T. LV página 630). En éste último puede verse la siguiente información —que es igual en los tres asuntos —acerca de los antecedentes de cada pleito: "En el libelo de demanda el demandante ha la enumeración de la cadena de títulos en virtud de la cual el terreno descrito se ha venido trasmitiendo hasta llegar a él. Y además agrega síntesis como sustentáculo de la acción: 1º Q el Gobierno Nacional desde el año de 1934 se pretendido con derechos sobre una zona de terreno ubicada al oriente de la ciudad de Barranqu

lla y a la orilla del río Magdalena, alegando que se debe considerar esa zona con carácter de baldío; 2º Que en la zona de terreno en referencia hállase comprendido el inmueble de propiedad del señor Falquez, materia de la demanda; 3º Que con relación a la misma zona de terreno, y al sólo efecto de darle facilidades al Gobierno para que pudiera llevar a cabo las obras del puerto y terminal marítimo de Barranquilla celebróse entre el Gobierno y los propietarios un convenio en virtud del cual los propietarios, entre ellos el señor Falquez, concedieran al Gobierno el derecho de ocupar parte de sus inmuebles, obligándose en cambio a pagar el valor de los terrenos que ocupara, siempre que llevado el asunto al poder judicial fuera reconocida la propiedad particular de los propietarios; el texto de ese convenio aparece en el documento privado de fecha 27 de marzo de 1935, suscrito a nombre del Gobierno por el señor Ministro de Obras Públicas, documento que en copia se acompañó al libelo".

El dominio privado del inmueble

Para comprobar el dominio privado de dicho inmueble se aducen, como se ha visto, títulos traslaticios de dominio entre particulares que comprenden un período mayor que el de la prescripción extraordinaria, contado desde el año de 1936 hacia atrás y aún desde la época en que el Gobierno Nacional, por Decreto Ejecutivo número 1656 del 3 de octubre de 1933, consideró como baldíos y destinó al servicio público nacional para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla una zona de terreno que comprende el inmueble llamado "Monigote". Se sustenta legalmente la demanda en las disposiciones de la ley 200 de 1936.

En el expediente aparece, allegado como prueba, un plano oficial del Municipio de Barranquilla. Refiriéndose a él los peritos que asistieron a una inspección ocular sobre el terreno dictaminaron: "Es cierto y evidente que el inmueble 'Monigote', cuya propiedad se debate en este juicio, está comprendido dentro del área o perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla. Apoyamos este aserto en el plano oficial del Municipio de este nombre, que pone manifiesto el hecho que afirmamos, plano que va anexo a este informe, debidamente autenticado por la Secretaría de Obras Públicas de este municipio. En ese documento se determina la localización del terreno 'Monigote' dentro de los límites del área urbana de Barranquilla. A lo expresado se agrega que a una distancia menor de cien metros de las últimas construcciones o viviendas de la ciudad se encuentra ubicado, por su lindero oeste, el predio 'Monigote'. La Corte considera debidamente acreditado el hecho de hallarse este inmueble ubicado en el área urbana del Municipio de Barranquilla.

Según lo dispone el artículo 7º de la ley 200 de 1936, "Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria". Y agrega el artículo citado: "Las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana". Conforme a este precepto legal se puede demostrar, en juicio con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la ley 200 de 1936, **"en que consten tradiciones de dominio"** por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruír la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio o uso público. El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3º— no se aplican a la propiedad urbana. Respecto de ésta no es pertinente considerar lo que la ley establece para la propiedad rural en relación con terrenos no adjudicables, reservados o destinados al servicio o uso público. A la propiedad urbana no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresa del artículo 7º, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria.

En casos análogos al que ahora se considera, la Corte ha hecho con idéntica base legal, el reconocimiento de la propiedad privada urbana, pre-

cisametne en lotes de terreno comprendidos también dentro del área reservada por el Gobierno Nacional para las obras del Terminal de Barranquilla. En el fallo que decidió la demanda de Federico Falquez contra la Nación, dijo la Corte: "Las alegaciones anteriores del representante de la Nación no son suficientes a desvirtuar el derecho de dominio que Falquez ha demostrado según las reglas de la ley 200. Es cierto que de acuerdo con el artículo 45 del Código Fiscal, ordinal d), **se reputan baldíos** las márgenes de los ríos navegables, salvo el derecho que tengan los particulares por título traslaticio de dominio. Pero no debe olvidarse que la ley 200 es posterior al código fiscal, de manera que las presunciones de propiedad respecto de las márgenes de los ríos navegables rígense hoy también por el estatuto de tierras, que gobierna íntegramente el régimen de los llamados baldíos, frente al Estado. Y como lo sostiene el apoderado del demandante, entre las tierras no **adjudicables** o que constituyen la reserva territorial del Estado, no se cuentan las márgenes de los ríos navegables, sino las tierras baldías donde se encuentran las **cabeceras** de los ríos navegables", según el ordinal b) del artículo 107 del Código Fiscal. El artículo 45 del mismo Código se refería a las márgenes de los ríos navegables para el efecto de reputarlas **baldías,** mas no para establecerlas como reserva ni para hacerlas **inadjudicables** por el Estado. (C. J. 2001 a 2005, pág. 632). Otro fallo de la Corte, en la demanda de la Compañía Urbanizadora Industrial de Barranquilla contra la Nación, sobre dominio de los lotes La Luz, El Zancudo y El Morro, ubicados igualmente dentro de la zona reservada por el Gobierno Nacional en 1938 para la obra del Terminal Marítimo y Fluvial, declara asimismo de propiedad privada las áreas correspondientes a dichas porciones de terreno, basándose en el hecho de estar demostrada su localización dentro de la zona urbana del municipio de Barranquilla y con aplicación de lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 200 de 1936 (G. J. Tomo LIV-bis, pág. 350).

Igual declaración debe hacerse ahora respecto del inmueble a que se refiere la demanda, por hallarse demostrada su ubicación dentro del área urbana de Barranquilla y con fundamento en el artículo 7º de la ley 200 de 1936 y en la doctrina citada de los fallos que se han relacionado.

Sentencia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en la parte en que hace la declaración de dominio privado a favor del demandante, hoy su heredero, sobre el inmueble llamado "Monigote", ubicado en Barranquilla, revoca la condena que allí se hace a cargo de la Nación al pago de la cantidad de noventa y dos mil noventa pesos ($ 92.090.00) moneda legal, como valor de los terrenos ocupados por el Gobierno Nacional para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial en esa ciudad, y declara que el Tribunal mencionado y la Corte carecen de competencia para fallar la petición de la demanda en este punto.

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

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS

Los particulares lesionados por un hecho de la competencia de los jueces militares no tienen intervención en las diligencias investigadoras correspondientes, y no teniéndola ni pueden ejercitar dentro de la acción penal militar la acción civil, ni pueden pedir que se les resconozca personería para activar su diligenciamiento y exigir que se le ponga término a dicha investigación de carácter militar. En tales circunstancias no sería lógico ni equitativo que la demanda por perjuicios civiles pudiese quedar a merced de la actividad o de la inercia de los funcionarios militares y que el Estado, representado en ellos, pudiese dilatar indefinidamente y hacer nugatoria por lo mismo una acción civil de perjuicios, que es la única de que puede hacer uso la persona afectada por actos o hechos delictivos o culposos. La acción civil no está subordinada en tales casos a la militar y puede ejercitarse independientemente de ella.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Julio Acosta Amador como apoderado de Rafaela Armenta v. de Mafiol, en su nombre y en el de su hija menor Nohra Cecilia Mafiol Armenta, y de Carmen Elisa Corrales v. de Mafiol hizo al Tribunal Superior de Bogotá una relación de hechos entre los cuales se encuentran los siguientes:

"3º El día 5 de septiembre de 1935, aproximadamente a las ocho de la noche, el Teniente Virgilio Mafiol recibía instrucciones sobre vuelo nocturno en la base aérea de Palanquero. 4º Esta enseñanza la recibía del Teniente Instructor Plim K. Haley, al servicio del Gobierno Nacional (Estado Colombiano), utilizando el avión P. T. 1[illegible] c. número 38, indicado en el punto 1º de esta demanda. El día y hora indicados en el punto 3º anterior el Teniente Mafiol subió al avión P. T. c. número 38 y ocupó el puesto delantero y una vez en su sitio el Teniente Instructor Haley colocó el avión sobre el río frente al Norte, en la dirección de salida y como observara que la vía estaba libre dio gas al avión e inició la salida, pero la lancha marca "Sefle" Cataplún a que se refiere el punto 2º anterior atravesó el río y chocó violentamente contra el avión piloteado por el Teniente Haley cuando el avión despegaba del agua. 6º La lancha "Sefle", que chocó contra el avión, la conducía el señor José Cristancho, trabajador al servicio del Estado Colombiano y su dependiente, pues desempeñaba el cargo de mecánico de la construcción de la Base aérea de Palanquero y no era técnico ni persona idónea en la conducción de lanchas. 7º La misma lancha en los momentos del siniestro conducía personal dependiente del Estado colombiano, a saber: señor Subteniente Luis Angel López, piloto de la Base, Carlos Piedrahita, mecánico de aviación, Eduardo Tello, dibujante de la Base, Luis Castellanos, Mecánico ayudante, y Joaquín E. Quintero, chofer de un carro-tanque de la Base, a todos los cuales transportaba a La Dorada. 8º Como consecuencia del choque el avión se volcó, quedando bajo el agua sus tripulantes y ahogándose el Teniente Virgilio Mafiol. 9º El señor Teniente Mafiol no tuvo culpa alguna en el accidente, pues él no piloteaba el avión y el siniestro ocurrió, como lo dice el Teniente Haley, de manera imprevista y repentina para los ocupantes del avión. 10º El Teniente Virgilio Mafiol falleció cuando se encontraba en perfecto estado de salud, habiendo perecido a consecuencia del siniestro de que tratan los puntos anteriores, causa única e inmediata de su fallecimiento. 13º El Teniente Virgilio Mafiol era uno de los más capaces y distinguidos pilotos del Ejército Nacional y su muerte interrumpió su brillante hoja de servicios y ocasionó con ella graves perjuicios patrimoniales y económicos a su esposa, hija y madre; a las dos primeras las sostenía pecuniariamente contribuyendo con su sueldo a subvenir las necesidades de su congrua subsistencia, de acuerdo con el rango y

posición social correspondiente a su familia; y a la última ayudándola a su sostenimiento por ser viuda y carecer de renta. 14º El señor Virgilio Mafiol devengaba al morir como oficial del ejército un sueldo mensual de $ 240.00. 15º El señor Virgilio Mafiol murió a la edad de 29 años, pues nació en Barranquilla en el año de 1906. Por consiguiente, según las tablas de mortalidad en Colombia, que usa la Compañía Colombiana de Seguros de Vida tenía una probabilidad de vida de 34 años más".

Con base en los hechos relacionados y en los demás del libelo propuso el apoderado demanda civil ordinaria contra la nación colombiana para que con audiencia de su representante judicial se hagan por sentencia estas declaraciones:

"Primera.—Que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte del señor Teniente Virgilio Mafiol Corrales, que tuvo lugar a las 20.10 aproximadamente del día 5 de septiembre de 1935, en la base aérea de Palanquero, a consecuencia del choque habido entre el avión P. T. 11 c. número 38 del Ejército Nacional que piloteaba el señor Teniente Mafiol Corrales y una lancha "Seffle" de propiedad también del Gobierno Nacional en la Base de Palanquero. Segunda. Que la Nación colombiana está obligada a indemnizar a mis poderdantes Rafaela Armenta v. de Mafiol, Nohra Cecilia Mafiol Armenta y Carmen Elisa Corrales v. de Mafiol, todos los perjuicios morales y materiales ocasionados por su muerte. Tercero. Que se condene a la Nación colombiana al pago de cien mil ($ 100.000.00) pesos moneda corriente, dentro de los diez días de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, como valor de los perjuicios materiales y morales ocasionados a mis poderdantes; o la cantidad que resulte demostrada pericialmente como perjuicios en el curso de este juicio, o en juicio separado para el cumplimiento de la sentencia".

Apoyó su acción el demandante en los artículos 1494, 1527, 2341 a 2360 y concordantes del C. C. y especialmente en los artículos 2347 y 2349 del C. C., y 734 y siguientes del C. J.

El Tribunal puso término a la primera instancia del juicio declarando: "1º La Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte del Teniente Virgilio Mafiol Corrales ocurrida en las primeras horas de la noche del 5 de septiembre de 1935, en la base aárea de Palanquero, a consecuencia del choque habido entre el avión P. T. 11 c. número 38 del Ejército Nacional y la lancha Cataplún, marca "Seffle" de propiedad también del Gobierno Nacional, a consecuencia del cual murió ahogado en el río Magdalena el citado teniente; choque debido a imprudencia, descuido y falta de previsión de agentes y dependientes del Gobierno Nacional; 2º La Nación colombiana está obligada a indemnizar a Rafaela Armenta v. de Mafiol, Nohra Cecilia Mafiol Armenta y Carmen Elisa Corrales viuda de Mafiol en su condición de esposa, hija y madre, respectivamente del Teniente Virgilio Mafiol, los perjuicios morales y materiales, ocasionados por su muerte; 3º Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Nación a pagar a Rafaela Armenta v. de Mafiol y a Carmen Elisa Corrales v. de Mafiol, por concepto de perjuicios morales, a cada una la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) m. c. Se niega igual condenación en cuanto se refiere a la niña Nohra Cecilia Mafiol Armenta; 4º Condénase a la Nación a pagar a Rafaela Armenta v. de Mafiol, Nohra Cecilia Armenta y Carmen Elisa Corrales v. de Mafiol, los perjuicios materiales que recibieron con la muerte del Teniente Virgilio Mafiol, condenación ésta que se hace en abstracto. Para la liquidación de estos perjuicios se seguirá el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva de este fallo".

El señor Fiscal del Tribunal propuso apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo cual el asunto pasó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, donde el recurso de alzada se tramitó en la forma legal, habiéndose producido pruebas de ambas partes y recibido alegatos de cada una de ellas. Agotada la tramitación, ha llegado la oportunidad de ponerle término a la segunda instancia.

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que la Corte revoque el fallo apelado y absuelva a la Nación por no ser ésta responsable del accidente en que perdió la vida el Teniente Mafiol, o que en subsidio suspenda el juicio civil hasta cuando se resuelva en definitiva la investigación penal ya iniciada. El apoderado del demandante sostiene la sentencia y le pide a la Corte que la confirme, no acogiendo los puntos de vista de la Procuraduría.

Para plantear la segunda de sus solicitudes el señor Procurador dice que el 6 de septiembre de 1935 se inició por el Oficial de Detall de la Base Aérea Germán Olano la investigación del accidente del avión P. T. 11 c. número 38, que el su-

mario no fue terminado porque las diligencias se abandonaron por el funcionario de instrucción y que por tal razón no quedó establecida la responsabilidad que haya podido caber a los agentes del gobierno por los hechos que ocasionaron el desgraciado accidente; esto lo dice reproduciendo las palabras del certificado expedido por la Dirección General de Aviación que obra a folios 7 del c. número 4. Y agrega que en tales circunstancias la acción civil no puede prosperar mientras no se resuelva en definitiva la investigación penal.

Esta Sala de la Corte no comparte el pensamiento de la Procuraduría porque la investigación a que se alude no es de la clase de las previstas en el C. de P. P. cuando ordena éste suspender la acción civil en espera de la terminación de la penal; y no es de esa clase porque principalmente se distingue de las comunes u ordinarias en que en las militares los terceros que podrían estar interesados en los resultados de la investigación militar no pueden intervenir en ella y porque los funcionarios de esa jerarquía tampoco pueden fallar haciendo reconocimiento de derechos civiles en favor de los perjudicados con los hechos o actos del reconocimiento militar. El Código de justicia militar (Ley 84 de 1931) en su artículo 24 establecía: "Ante la justicia militar no se ventila cuestión alguna de interés civil de los particulares. La ventilación de las cuestiones de interés civil, derivadas de culpas o delitos sujetos a la jurisdicción militar, corresponde a la justicia ordinaria". Y el Código vigente (Ley 3ª de 1945), dispone en el artículo 12: "Ante la justicia militar no se ventila cuestión alguna de interés civil, cuya competencia corresponde a la justicia ordinaria". Siendo esto así, los particulares lesionados civilmente por un hecho de la competencia de los Jueces Militares no tienen intervención en las diligencias investigativas correspondientes, y no teniéndola, ni pueden ejercitar dentro de la acción penal militar la acción civil, ni pueden pedir que se les reconozca personería para activar su diligenciamiento y exigir que se le ponga término a dicha investigación de carácter militar. En tales circunstancias no sería lógico ni equitativo que la demanda por perjuicios civiles pudiese quedar a merced de la actividad o de la inercia de los funcionarios militares, y que el Estado, representado en ellos, pudiese dilatar indefinidamente y hacer nugatoria por lo mismo una acción civil de perjuicios, que es la única de que puede hacer uso la persona afectada por actos o hechos delictivos o culposos de agentes de la Nación que actúan al servicio de las fuerzas militares. Esto pone de presente la razón que existe para considerar que la acción civil en los casos que se contemplan no está subordinada a la acción militar y que puede ejercitarse independientemente de ella. Máxime en el presente asunto en el que, según lo certifica la Dirección General de Aviación, el sumario militar terminó por haberse abandonado la investigación correspondiente desde el año de 1936. Un lapso corrido de doce años sin haberse llegado a un resultado concreto hay que entenderlo como si dicha investigación no se hubiese adelantado; el plazo ha sido no sólo suficiente sino exagerado para que se llegara a conclusiones definitivas; y en todo caso, el demandante en este pleito no es responsable de tan larga dilación porque no ha estado en sus medios evitarla o ponerle término.

Por todo ello la Corte estima no aceptables jurídicamente las razones expuestas respecto de este punto por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y que en consecuencia debé entrar al estudio y decisión de la materia de fondo.

No existe discrepancia entre las partes sobre la realización de los hechos que produjeron la muerte del piloto Teniente Virgilio Mafiol. A este propósito la Procuraduría dice: "Consta de autos, según se desprende del certificado visible a fol. 14 y siguientes, c. número 2, que el avión P. T. 11 c. número 38 y la lancha "Seffle" chocaron en el río Magdalena el 5 de septiembre de 1935 frente a Palanquero; que el avión y la lancha eran de propiedad nacional; que el avión iba piloteado por el Teniente Instructor Plim K. Haley y llevaba a bordo al Teniente Mafiol; que la lancha iba piloteada por José Cristancho, empleado del Ministerio de Guerra; que en la lancha viajaban personas que se hallaban al servicio del Estado colombiano; que el choque se produjo cuando la lancha cruzaba el río, cortando la vía al avión; y que por causa de tal choque murió, ahogado, el Teniente Mafiol". La Sala observa que estos hechos admitidos por las partes, están acreditados por testimonios recibidos desde la primera instancia y por otros allegados en la segunda.

Refiriéndose el señor Procurador a la responsabilidad de la Nación en el siniestro afirma que éste se produjo por hechos de agentes nacionales cuando no estaban en desempeño de sus funcio-

nes; que el daño no se causó con ocasión del servicio público y que la Nación no puede impedir que haya funcionarios que obren por fuera de sus funciones reglamentarias; que los subordinados de la Nación se portaron de modo impropio, sin que ella pudiera evitarlo, por lo cual la responsabilidad recae exclusivamente sobre tales subordinados. Para hacer esta afirmación la Procuraduría comenta algunas declaraciones de testigos y al efecto expresa: "El señor José Cristancho manejaba la lancha en el momento del accidente. Y él dice en su declaración: **'Yo no venía desempeñando ese oficio sino hasta ese momento en que me nombraron para subir a La Dorada'** (fol. 10 v. c. 1). Esta declaración está confirmada con el dicho del testigo Bernardo Ochoa (fol. 26 ibídem). (He subrayado). Además dice el testigo Luis Antonio Castellanos lo siguiente: **'Después de salir de mi trabajo y comer,** me dirigí a uno de los asientos que queda frente al embarcadero con el fin de saber si saldría lancha para La Dorada, pues los jueves acostumbran despachar una después de la hora de comida **para que el personal se traslade a La Dorada a función de cine'** (fol. 16 v. ib.). Por su parte, el testigo Capitán José A. Estévez dice lo siguiente: "De 5 a 7 de la noche estuve en la oficina en unión de los empleados de ella, despachando la correspondencia y diferentes asuntos de la Base. **A esta hora me retiré** a distancia de quinientos metros de la Base, **y en unión de varios oficiales, precisamente los que no tenían servicio de vuelo, a saludar al Sargento Primero del Pelotón Terrestre quien había contraído matrimonio ese día:** Dejo constancia de que tanto los Oficiales que fueron conmigo como el suscrito fueron invitados con insistencia por el Sargento... **Y que nos retiramos únicamente cuando todos los servicios del día terminaron'** (fol. 29, c. 1). (He subrayado).

Por su parte el Mayor Arturo Lema Posada declaró expresamente que, estando como comandante de la Base de Palanquero dictó **"medidas terminantes sobre prohibición absoluta de tráfico por el río en las horas en que se ejecutaban vuelos, de embarcaciones, y muy especialmente de lanchas pertenecientes a la Base".** (He subrayado). De las pruebas citadas se desprende: que el comando de la Base de Palanquero no sólo no ordenó la salida de la lancha Seffle sino que había prohibido todo tráfico en el río mientras se efectuaban los vuelos de enseñanza; que un grupo de oficiales decidió ir desde la Base hasta La Dorada, algunos a cine y otros a felicitar al Sargento Primero que había contraído matrimonio; que la salida de la lancha se efectuó, como consta también de las demás declaraciones que obran en autos, a eso de las 7 de la noche, esto es, cuando los oficiales no estaban ya en servicio; que los oficiales que fueron en la lancha fueron precisamente aquellos que no tenían que prestar servicio durante la noche en que se produjo el siniestro; y que la lancha iba manejada por persona que no tenía el cargo de piloto de ella".

No hay discusión entre las partes sobre el hecho de que el accidente se produjo porque la lancha Seffle, del servicio de la Base, obstruyó la pista del río en forma tal que hizo inevitable el choque entre el avión y la lancha. El avión se hallaba en maniobras sobre el río, en vuelo de enseñanza para el acuatizaje nocturno, que daba el Piloto Haley al Teniente Mafiol. Maniobras como éstas, principalmente por realizarse durante la noche, exigen de parte de los instructores y del personal todo que interviene en la preparación, ejecución y desarrollo de ellas, desde el ascenso del avión hasta su regreso a la pista de acuatizaje, un cuidado especial para evitar el peligro que esas operaciones conllevan, si no se les presta a los aviadores el concurso necesario desde tierra, por las oficinas de control de radio, si existe, de señales luminosas, en todo caso, y de inspección ocular sobre la pista acuática para evitar que en la zona de peligro se muevan embarcaciones que pudieran llegar a estorbar el paso de las naves aéreas en su recorrido para ascender o en el que hacen para tomar la superficie del río acuatizando en él. Por eso los reglamentos de las Bases Aéreas como la de Palanquero, y según los datos del expediente, los que rigen y los que se hallaban vigentes allí en 1935, atienden y atendían a esas medidas de seguridad disponiendo la fijación de luces en la parte alta y en la parte baja del río, al norte y al sur, sobre la cual debían desarrollarse las maniobras de los aviones, y además existía la prohibición de circular por ese trayecto del río con embarcaciones que pusieran en peligro las naves de la aviación nacional; las lanchas del servicio de la Base debían cuidar del cumplimiento de esas disposiciones precautelativas. Durante los vuelos nocturnos no era permitido, de acuerdo con la reglamentación a que se hace referencia, el paso de ninguna embarcación por la zona del río que quedaba frente a la Base, señalada entre las luces rojas. Claro es que esa

medida de abstención y prohibición debía comprender a las propias embarcaciones al servicio de la Base. La que chocó con el avión en que acuatizaba el Teniente Mafiol era una de ellas. ¿Cumplía funciones oficiales o desempeñaba actividades extrañas al servicio público? Lo primero lo sostiene el demandante, lo segundo el señor Procurador Delegado en lo Civil. La Corte piensa que hay razones para considerar que la lancha al atravesar el río en la noche del siniestro se movía prestando un servicio de carácter oficial, aunque sus ocupantes no desempeñaban en ese momento funciones oficiales. Era costumbre en la Base, de lo cual dan fe varios testigos, que ciertos días de la semana, los jueves especialmente, los empleados se trasladaban en lancha, atravesando el río, a la población de La Dorada. Ese hecho constituye un precedente de importancia para calificar el que se verificó en la noche del 5 de septiembre de 1935. Realmente los oficiales y demás empleados que ocupaban las lanchas de la Base para el objeto indicado no desempeñaban funciones oficiales; pero estaba admitido que lo hicieran, que las ocupasen; lo cual permite estimar que las personas que tomaron la embarcación el 5 de septiembre para ir a La Dorada ejecutaron un acto autorizado por las autoridades militares correspondientes. Era esa costumbre un acto tolerado en los elementos de transporte de la Nación para movilizar personal al servicio de ella y por conductores también oficiales. Así se cumplió el hecho lamentable en que se produjo el choque del avión y la lancha y que ocasionó la muerte del Teniente Mafiol. La calidad oficial que tenía el transporte de la lancha de la Base es pues evidente, porque las personas que entonces se movilizaron lo hicieron en las condiciones vistas a virtud de su carácter oficial. El Estado a través de una dependencia suya, la Aviación Nacional, en la Base de Palanquero, admitió que sus agentes, oficiales y civiles allí en servicio, viajaran al Puerto de La Dorada haciendo uso de las embarcaciones de propiedad de la Nación, lo que le da a esos viajes un carácter oficial, por la aceptación o tolerancia que de ellos hacía el Ministerio de Guerra. Bien puede entenderse por tanto que ese servicio oficial para la comodidad y recreo de los empleados de la Base hacía parte del rodaje o funcionamiento ordinario de tal dependencia de la administración pública.

Oportuno resulta incorporar aquí una doctrina anterior de la Corte a la cual se ajustan las consideraciones precedentes: "Conforme a la dicho la responsabilidad del Estado existe por sus agentes. Según algunos expositores el acto debe estar dentro de las funciones o sea dentro de las tareas encomendadas al dependiente. Para otros basta que dicho acto haya sido ejecutado con ocasión del aparente ejercicio de tales funciones, es decir, cuando la función haya sido la causa ocasional del daño, y entre la función y el perjuicio exista una relación lógica". (Sentencia de 8 de febrero del corriente año). Tanto de este expediente como del proceso penal resulta la evidencia de que el siniestro se produjo por culpa del cabo Cardoso, lo que descarta la posibilidad de que éste abrigara la intención de causarlo o el de que persiguiera al conducir el vehículo un fin distinto del de cumplir con sus deberes de chofer al servicio del Comando de la Brigada de Neiva.

No puede, pues, remitirse a duda que estaba en el desempeño de sus funciones. Para estimarlo así no es obstáculo la circunstancia de que el vehículo que manejaba no estuviera en tal ocasión realizando labores en beneficio del servicio sino conduciendo a varios oficiales —entre quienes se hallaba el propio comandante de la brigada— y a algunas damas invitadas por ellos. Estando el carruaje destinado al servicio oficial de la Brigada, y por tanto a órdenes y disposición de los superiores del cuerpo la función del mismo y de su conductor se concreta al transporte de personas o de cosas de acuerdo con las instrucciones impartidas por quienes tuvieron la facultad de hacerlo dentro de los reglamentos del servicio. Al conductor no le corresponde como es obvio, distinguir en cada ocasión cuándo el transporte se realiza por razón de las necesidades propias del servicio y cuándo lo ocupa en menesteres distintos, pues su cargo le impone el deber de cumplir las órdenes correspondientes. De suerte que es indifrente, para los efectos de determinar la responsabilidad del Estado, que el vehículo estuviera o no ocupado cumpliendo una tarea oficial, que estuviera ocupado por empleados del Gobierno o por particulares. De todas maneras su conductor estaba desempeñando una labor inherente al ejercicio de sus funciones oficiales, pues para ello bastaba que hubiera recibido, como en efecto recibió, la orden de conducir en el vehículo a tales personas. Esta circunstancia está acreditada con las declaraciones testimoniales que se transcriben en la vista fiscal y con la afirmación del propio Comandante de la

Brigada. De donde resulta que si se cometió un abuso al disponer indebidamente de un vehículo del Estado para fines particulares en forma alguna podría culparse de ello a quien tiene el deber de cumplir las órdenes que recibe sino al superior que las imparte, y mucho menos exonerar de responsabilidad al Estado si en tal evento ocurre un accidente bajo el pretexto de que el vehículo no se hallaba cumpliendo una función de carácter estrictamente oficial...".

La responsabilidad de la Nación en el accidente que causó la muerte del Teniente Mafiol se configura a través de la de sus agentes en la Base Aérea de Palanquero, que haciendo uso de una lancha del servicio de esa dependencia oficial se trasladaban de ella al puerto de La Dorada. No aparece que el aprovechamiento de esa embarcación se hiciera de modo abusivo, por sorpresa, contra los reglamentos, sino al contrario, con el conocimiento de los directores de esa sección y por ende del Ministerio de Guerra. Por lo cual no hay necesidad de colocarse en la situación que contempló la Corte al expedir el fallo cuya doctrina se ha transcrito, el que admitió la hipótesis del uso indebido de un vehículo también del Ministerio de Guerra, para fines no propios del servicio, llegando sin embargo a la conclusión de la responsabilidad del Estado en el accidente que entonces se consumó. Aquí no hay que colocar el evento dentro de esa hipótesis, lo que exime a la Corte de examinar las situaciones que en tal supuesto se producirían y deducir las consecuencias correspondientes. En el accidente de Palanquero resulta comprometida la responsabilidad del Estado por la torpeza, incuria o negligencia de sus agentes. El siniestro se produjo porque la lancha obstruyó la pista del río, lo que no hubiera sucedido si la embarcación no lo cruza en las circunstancias de imprevisión en que lo hizo; siendo el propio personal llamado a cumplir los reglamentos de vuelos nocturnos, que ordenaba cuidar del campo de acuatizaje, aislándolo o defendiéndolo de peligro para los aviones, el que lejos de cumplir las medidas reglamentarias de seguridad las infringió, realizando el paseo que produjo el choque funesto causante de la muerte de Mafiol. La culpa de la Nación aparece demostrada y por ende su responsabilidad, que la obliga a indemnizar el daño que pueda haberse ocasionado con la trágica desaparición del aviador.

La sentencia de primera instancia contiene una condena al pago de perjuicios morales subjetivos por la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cargo de las señoras Rafaela Armenta v. de Mafiol y Carmen Elisa Corrales v. de Mafiol, y niega el reconocimiento de perjuicios de esta clase a favor de la niña Nhora Mafiol Armenta. Ningún reparo ha de hacer la Corte a la primera parte de esta determinación del Tribunal, pues están acreditados los vínculos de parentesco que unían al Teniente Mafiol con su señora esposa y su señora madre, a quienes su muerte ocasionó una lesión grave en su patrimonio moral subjetivo, según sus nexos de familia y por las relaciones de afecto y asistencia espiritual que aquél les prestaba. Respecto de la menor, como las demandantes no apelaron del fallo de primera instancia, lo resuelto por el Tribunal quedó firme y la Corte no debe pronunciarse en el particular.

Por lo que mira al daño material, el Tribunal hace una condenación en abstracto, por no hallarse en el expediente las comprobaciones sobre los perjuicios en forma concreta. La situación vista por el Tribunal en este punto se ha mantenido durante la segunda instancia del juicio; porque si bien es cierto que en él se recibieron varios testimonios que reafirman la prueba producida en la primera instancia acerca de la asistencia económica del Teniente Mafiol a su esposa y a su madre, lo que hace procedente la confirmación del fallo en el particular, no se precisó tampoco, como así lo reconoce el abogado de los actores, el monto o cuantía de tales perjuicios por lo que el reconocimiento debe limitarse al de la existencia en abstracto del daño material, para que se concreten los perjuicios ulteriormente.

El señor abogado pide a la Corte que declare que la cantidad de tres mil doscientos cuarenta ($ 3.240.00) pesos recibida por la señora esposa del Teniente Mafiol como recompensa militar no se descuente de la que haya de pagar la Nación según se disponga por la justicia ordinaria; contra lo que sostiene la Procuraduría. La Corte ha de negar este pedimento porque es doctrina suya muy reiterada la de que una vez hecho el pago administrativo de recompensa, compensación, seguro, etc., si se sigue la acción civil ordinaria para el pago de todos los perjuicios, aquélla se endereza a obtener que se complete la indemnización hasta el valor real del daño sufrido; y ello porque lo contrario equivaldría a un doble reconocimiento de una misma obligación.

Las bases que el Tribunal señala para que sobre ellas se haga el cómputo en concreto de los perjuicios las encuentra acertadas la Corte, por lo cual considera innecesario agregar al respecto otras consideraciones.

Debe por todo lo expuesto confirmarse el fallo de primera instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia a que se refirió la apelación.

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

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

SUELDOS DEPARTAMENTALES POR CAUSA DE ENFERMEDAD

El reconocimiento de un sueldo por enfermedad debe hacerse por la autoridad administrativa o por la Caja de Previsión Social del Departamento, o en su defecto, por el Tribunal Administrativo correspondiente.

El pago ha de hacerse por la Caja, si ya está ordenado, o disponerlo la Caja o la autoridad administrativa; y si hay controversia en cuanto al pago, respecto a una prestación ya reconocida, la decisión le corresponde a la justicia del trabajo. (Artículo 58, Ley 6ª de 1945) y Decreto-ley número 2158 de 24 de junio de 1948).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró nulo lo actuado en el juicio ejecutivo seguido por Julio Navarro T. contra el Departamento de Cundinamarca, por incompetencia de jurisdicción. Del auto en que tal cosa se dispuso apeló el actor ante la Corte Suprema de Justicia, y surtido en ella el recurso de alzada ha llegado la oportunidad de decidirlo.

Motiva la ejecución la negativa del Departamento de Cundinamarca a pagar al doctor Navarro T. una suma de pesos correspondiente a la prestación ya causada, según el demandante, de $ 50.00 mensuales a partir del primero de julio de 1934, por haberle reconocido dicha prestación la Gobernación de Cundinamarca en Resolución número 112 de ese año, la que en su parte dispositiva dice: "Reconócese al doctor Julio Navarro T. el derecho de recibir mensualmente del Tesoro Departamental, la suma de cincuenta pesos ($ 50.00), cantidad igual al cincuenta por ciento (50%) de sus sueldos, por enfermedad prolongada. Esta suma se tomará del renglón presupuestal destinado a tal objeto y su pago quedará subordinado en todo caso a la capacidad de la apropiación respectiva".

Habiendo solicitado el doctor Navarro T. del Departamento el pago de una cantidad por mil ochocientos pesos ($ 1.800.00) en concepto de medio sueldo por enfermedad prolongada, tal solicitud le fue negada por medio de la Resolución número 26 de 1939. A ésta última pertenecen los pasajes que en seguida se copian:

"La Gobernación dictó la Resolución 112 de 1934 reconociéndole el derecho de recibir mensualmente del Tesoro del Departamento la suma de $ 50.00, igual al 50 por 100 del sueldo que devengaba como abogado de la Administración de Rentas y exigió que el interesado presentara mensualmente la prueba de que la imposibilidad continuaba. Dando esta interpretación demasiado amplia y favorable a los intereses de los empleados puede aceptarse que la gracia otorgada por la segunda parte del parágrafo citado tenía duración indefinida y que por tanto el doctor Navarro podía cobrar mientras esta disposición estuviera en vigencia la suma que se le había reconocido, cumpliendo por su parte las obligaciones que la resolución del Gobierno le impuso. Pero el legislador departamental señaló un límite al tiempo durante el cual se obligaba su Tesoro a retribuír determinadas prestaciones sociales por medio de la Ordenanza 16 de 1935. El artículo 2º de esta Ordenanza dispone: 'Los empleados y obreros tendrán derecho al sueldo que les corresponda durante el tiempo que por causa de enfermedad estén absolutamente imposibilitados para prestar sus servicios, así: el total del sueldo durante los primeros 60 días; las dos terceras partes durante los 30 días siguientes; la mitad en los 30 días que siguen y la tercera parte, durante el tiempo restante hasta el máximum de 90 días'. Este precepto limitó el lapso durante el cual los empleados de Cundinamarca tenían derecho al reconocimiento del sueldo por enfermedad, y él ha debido aplicarse desde la fecha en que dejó de tener vida el artículo 1º de la Ordenanza 13 de 1933, tácitamente derogado por ésta última, al caso del doctor Navarro, si él hubiera cumplido la obligación que para con el Departamento contrajo de presentar mensualmente la prueba

de que su incapacidad continúa, obligación que se desprende del hecho de que no hubiera presentado reclamación alguna oportuna contra la providencia que así se le impuso. Tampoco aparece que durante la vigencia de la Ordenanza 13 de 1933 el interesado hubiera llenado este requisito, y hay que concluír que si el Gobierno por medio de una resolución de carácter administrativo se impuso una obligación determinada, al tiempo exigió de la persona a quien favorecía el cumplimiento de otra determinada obligación. Era imperativo su cumplimiento por aquél si a la vez ésta así lo hacía, pero quedaba libre de toda carga si la formalidad que había exigido no se atendía estrictamente. Consultado el parecer del señor Procurador General del Departamento sobre el particular, manifiesta que el reconocimiento de las cuentas debe negarse por estas razones: '...La falta de cumplimiento del peticionario a lo estatuído por la Resolución número 112 de 1934, en cuanto a su obligación de presentar mensualmente la prueba de que la imposibilidad sufrida por él (Navarro) continúa. Por esa resolución que él aceptó íntegramente, contrajo la obligación referida, cuyo cumplimiento llevaba desde que adquirió fuerza obligatoria, envuelta la condición resolutoria. Parece que es tan claro el hecho que por sí solo es suficiente para fundamentar la negativa. Por otra parte, no podría sostenerse con éxito ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el de equidad, que el doctor Navarro tiene el derecho que reclama, con fecha posterior a la en que quedó suprimido el cargo que tenía y por el cual obtuvo la gracia de que la resolución citada nos da cuenta. Suprimido ese cargo, desapareció totalmente, para todos sus efectos, de vida administrativa del Departamento. Siendo ello así mal puede sostenerse que los efectos del reconocimiento por imposibilidad de su desempeño, debido a enfermedad, subsisten. El empleado tiene derecho a su sueldo en caso de que se imposibilite, por el hecho de ser empleado. Si no lo es y en este caso no lo fue ya desde que el cargo se suprimió, su derecho se extingue. La más rigurosa interpretación en contrario fracasaría por ilógica y antijurídica. Ahora bien: la disposición de la Ordenanza 13 de 1933 en la cual basa el peticionario ese reconocimiento no puede tener explicación tan lata. Primeramente porque no fue ese el espíritu del legislador departamental, y luego porque la ley, a la cual precisa atenerse en forma preferente, ha limitado el tiempo durante el cual puede el empleado gozar de un sueldo en todo o en parte, en caso de imposibilidad comprobada. Y esa ley fija un máximum de 90 días. La Asamblea por medio de la Ordenanza 16 de 1935 que derogó la número 13 de 1933, en la parte pertinente en este caso, no hizo otra cosa que aclarar el precepto y dejar constatado en forma clara su pensamiento y su intención. No puede suponerse que el legislador haya querido conceder esta gracia en forma indefinida, cuando a todas las que en materia similar o semejante otorgó, les fijó término. Pero aun suponiendo lo contrario, en obedecimiento a la nueva norma fijada por la Ordenanza 16 de 1935, el doctor Navarro estaba obligado a demostrar entonces que sufría imposibilidad absoluta y ello no aparece. También está de acuerdo la Gobernación con el concepto del Procurador que se acaba de transcribir, en lo que se relaciona con la supresión del cargo, al sostener que desde la fecha en que este hecho tuvo lugar debió cesar si no había otro motivo diferente, el derecho otorgado al doctor Navarro. Basada la Gobernación en estas consideraciones resuelve: Negar la ordenación del pago de las cuentas presentadas por el doctor Carlos Ramírez Villegas como apoderado del doctor Julio Navarro T. por la suma de $ 1.800".

Después de hacer el Tribunal un dilatado estudio para fijar su concepto sobre la materia de la competencia, dice lo siguiente: "Planteadas así las cosas, llega esta Sala a la conclusión de que el asunto reside simplemente en determinar la legalidad o ilegalidad de la Resolución número 26 de 15 de abril de 1939, tantas veces citada, que negó al ejecutante el derecho a percibir la suma periódica a que se refería la anterior Resolución número 112 de 1934, y a restablecer el derecho lesionado, si fuere ilegal la segunda Resolución, así como a indemnizar los perjuicios causados por la misma, lo que se traduciría en el pago de las pensiones no pagadas y los correspondientes intereses. Puntos que son de la competencia de la justicia contencioso-administrativa, en la forma llamada por la doctrina y la jurisprudencia **contencioso-administrativa de plena jurisdicción".**

No está de acuerdo la Corte con esta apreciación del Tribunal, en cuanto a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer y resolver sobre la demanda del doctor Navarro T., por las razones que adelante se expresan.

El ejecutante, antes de promover esta demanda, pidió a la autoridad administrativa el pago de la prestación de $ 50.00 mensuales correspondiente a un tiempo de 36 meses, del 1º de julio de 1934 al 30 de junio de 1937, y la Gobernación de Cundinamarca se lo negó en Resolución número 36 de 1939. Tal providencia estudia el contenido y alcance del reconocimiento que se había hecho a virtud de la Resolución 112 de 1934, y concluye negando la ordenación de pago de las cuentas presentadas por el apoderado del doctor Navarro. En el presente juicio ejecutivo se somete a la autoridad judicial la misma pretensión de pago que fue negada por la autoridad administrativa.

Sobre la competencia en el conocimimiento del negocio **sub judice** caben estas observaciones:

1ª El reconocimiento de un sueldo por enfermedad—como el que reclama el ejecutante—debe hacerse por la autoridad administrativa, o por la Caja de Previsión Social del Departamento, o en su defecto, por el Tribunal Administrativo correspondiente.

2ª El pago ha de hacerse por la Caja, si ya está ordenado, o disponerlo la Caja o la autoridad administrativa; y si hay controversia en cuanto al pago, respecto a una prestación ya reconocida, como en el presente caso, la decisión le corresponde a la justicia del trabajo (ley 6ª de 1945, artículo 58).

En el asunto de que ahora se trata caben dos hipótesis:

a) Si la Resolución 112 de 1934 no fue definitiva, no se ejecutorió, por requerir el estudio de la autoridad contencioso-administrativa, ésta es la jurisdicción a la que compete decidir lo pertinente para darle a aquella Resolución el alcance que pretende el actor, de ordenar una prestación permanente y vitalicia, mientras dure la enfermedad, y disponer en consecuencia que se paguen las mensualidades ya causadas.

b) Si la Resolución 112 es firme, y se trata de hacerla efectiva, la acción ha debido proponerse ante la justicia del trabajo. Esto es así por virtud del precepto consignado en el artículo 58 de la ley 6ª de 1945, que decía: "La jurisdicción especial del trabajo se instituye para decidir de las controversias que suscite, directa o indirectamente la ejecución del contrato de trabajo, entre patronos y asalariados, entre asalariados solamente, entre las asociaciones profesionales y de patronos y las de asalariados, o entre los asalariados y sus asociaciones profesionales, ya con motivo de la interpretación o ejecución de las cláusulas del contrato de trabajo o de la convención colectiva, ya con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo. **También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón** de las primas, bonificaciones **y demás prestaciones que tengan su origen en ordenanzas,** decretos **y resoluciones departamentales, acuerdos** municipales o reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establece". (Subraya la Sala).

Cuando se inició el presente juicio, el 14 de junio de 1946, con la presentación de la demanda ante el Tribunal Superior Judicial de Bogotá, se hallaba vigente la ley 6ª de 1945, que comenzó a regir desde su sanción el 19 de febrero de este último año. La controversia suscitada entre el Gobierno de Cundinamarca y el abogado doctor Julio Navarro T. sobre el pago de una prestación originada en ordenanza del mismo departamento (la 13 de 1933, artículo 1º), debe ser desatada por la justicia del trabajo, por tener su origen en una ordenanza y en una resolución departamental, pues como ha podido verse en el texto copiado del artículo 58 de la ley 6ª de 1945, a la jurisdicción especial del trabajo le estaba atribuído, conforme a aquella ley, el conocimiento de las controversias de esta naturaleza. La misma regla de competencia rige actualmente, según lo dispuesto en el decreto-ley 2158 de 24 de junio de 1948, en el que claramente se establece que las ejecuciones por razón de prestaciones sociales son del resorte de los jueces del trabajo (artículo 2º, Decreto citado).

El Tribunal Superior Judicial de Bogotá, en el auto sometido a la revisión de la Corte, dictado el 1º de diciembre de 1947, declara nulo todo lo actuado en el presente juicio a partir del auto de 16 de agosto de 1946 (folio 18 v., c. 1º), por el cual se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento de Cundinamarca. La Corte Suprema de Justicia debe confirmar tal decisión, aunque por razones diversas a las expuestas en el auto apelado, ya que éste consideró que la competencia la tenía la autoridad contencioso administrativa, y por lo visto en este auto, la Corte llega a la conclusión de que la competencia le pertenece a la justicia del trabajo.

El señor abogado del recurrente, en extenso alegato, insiste en las tesis sustentadas por él mismo ante el Tribunal, referentes a la competencia de la jurisdicción contencioso-administra-

tiva y de la jurisdicción común para deducir que el conocimiento de la presente acción es de la incumbencia de los jueces ordinarios. Basado en la distinción de los actos de la administración pública según su naturaleza, estima el señor abogado que los que realiza como persona jurídica, dentro de los cuales coloca el que ejecutó el Gobierno de Cundinamarca cuando hizo el reconocimiento de la prestación a favor del doctor Navarro, caen bajo la jurisdicción de los jueces comunes. Ilustra el señor apoderado la materia con citas de expositores de derecho administrativo.

La claridad del ordenamiento sobre competencia, a que ha debido estar subordinada la acción que se adelanta en este juicio, o sea el artículo 58 de la ley 6ª de 1945, hace que sea improcedente el examen de las argumentaciones propuestas por el recurrente, pues en dicha ley se establece que la jurisdicción especial del trabajo conoce de las controversias que se susciten por razón de "prestaciones que tengan su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales". La que se ha planteado en el presente juicio no reconoce otra fuente ya que proviene de una ordenanza del Departamento de Cundinamarca y de una Resolución del Gobierno respectivo, de que se ha hecho mérito anteriormente. Por lo cual no cabe duda que la competencia la tiene la jurisdicción especial del trabajo, a virtud de la ley 6ª de 1945, artículo 58, y del Decreto-ley número 2158 de 24 de junio de 1948. Este preceptúa que la jurisdicción del trabajo decide de los conflictos jurídicos que se originen directamente o indirectamente del contrato de trabajo y **"de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo"** (artículo 2º), y en este pleito se adelanta una ejecución con ese origen. Sobre la procedencia de la acción (artículo 100 del mismo Decreto) se pronunciaría en su oportunidad la jurisdicción especializada.

Debe por tanto declararse la nulidad de lo actuado en este juicio a partir del auto de 16 de agosto de 1946 (folio 18 v. cuaderno 1), por el cual se libró el mandamiento de pago por la vía ejecutiva, como así lo dispuso el Tribunal en la providencia que se revisa, la que por lo mismo ha de confirmarse, con las salvedades y observaciones que se le han hecho en la parte motiva.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA la providencia que fue objeto del recurso de apelación.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán — Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO

De los autos proferidos por un solo Magistrado de Tribunal no puede conocer la Corte para un recurso de hecho. Esos autos no son apelables, ora en virtud del artículo 198 del Código Judicial, ora en virtud del tercer inciso del artículo 84 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali ha recurrido de hecho ante esta Sala de Negocios Generales para que se le conceda apelación contra la providencia del mismo Tribunal (Sala Civil) de fecha marzo tres del corriente año, proferida en el juicio sobre declaratoria de un bien vacante propuesto por los doctores Hernando Cárdenas y Alfonso Navarro contra el Colegio de Santa Librada de la mencionada ciudad, recurso que le fue denegado por el Tribunal en auto de ocho de mayo último pasado.

Ante la Corte presentó el dicho Agente del Ministerio Público un extenso escrito para fundar su solicitud, acompañado de las copias pertinentes, compulsadas en legal forma por el Secretario del citado Tribunal.

Estos documentos son:

1) Auto de fecha marzo tres de mil novecientos cuarenta y ocho por medio del cual el Tribunal Superior de Cali confirmó, aclarándolo en parte, el auto proferido por el Juez 5º Civil del Circuito de la misma ciudad, el veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y siete, proferido también dentro del juicio de la referencia, y negó asimismo "la solicitud de nulidad promovida por el señor Fiscal de la Corporación en su escrito de fecha dos de agosto del año pasado".

Al pie aparece la constancia de haber sido notificado personalmente el auto al señor Fiscal del Tribunal.

2) Escrito por medio del cual el mismo funcionario pidió reposición de la providencia antes mencionada, y subsidiariamente apelación contra la misma para ante la Corte.

3) Auto proferido en Sala unitaria por el a quo, y por medio del cual, con fecha mayo ocho próximo pasado, se negó la reposición y la apelación que habían sido interpuestas.

4) Demanda presentada por el doctor Jorge Enrique Velasco, en su calidad de apoderado de los doctores Hernando Cárdenas y Alfonso Navarro, ante el señor Juez Civil del Circuito de Cali, para que se declare bien vacante el inmueble ubicado en la misma ciudad, en donde funcionó hasta el año de 1942 el Colegio de Santa Librada, inmueble alinderado así: "Norte, con la carrera 3ª; Sur, con la carrera 4ª; Oriente, con casa y terreno de Jorge Jordán; y Occidente, con la calle 13, distinguido en su puerta de entrada principal con el número 13-5 de la actual nomenclatura", y sea de este modo adjudicado en la proporción que les corresponde según la ley, al Municipio de Cali y a los demandantes.

5) Escrito por medio del cual el mismo abogado adicionó su anterior demanda.

6) Escrito presentado por el Rector del dicho Colegio, en el cual se opone a las pretensiones de la demanda.

7) Escrito en que el señor Personero Municipal de la capital tantas veces mencionada, descorrió el traslado que se ordenó darle, manifestando que a nombre del Municipio no coadyuva la demanda.

8) Memorial presentado por el mismo Rector del dicho Colegio de Santa Librada para dar contestación a la adición de la demanda presentada por el doctor Velasco.

9) Copia del auto proferido por el Magistrado Ponente del Tribunal, con fecha julio veintidós de mil novecientos cuarenta y siete, por medio del cual se ordenó: "Previamente córrase traslado de este negocio al señor Agente del Ministerio Público por el término de cinco días (artículo 502 del C. J.). Cúmplase. Gilberto Gómez Trujillo—Julio César Payán, Srio.".

10) Vista fiscal número 531, emitida por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali, con

fecha agosto 2 de 1947, por medio de la cual dio este funcionario contestación al traslado que se le había ordenado correr en el auto inmediatamente anterior, y en la cual solicita se declare nula la actuación a partir del auto admisorio de la demanda.

En el escrito presentado ante la Corte, luego de transcribir algunos apartes de la demanda, dice el funcionario últimamente mencionado:

"De modo que del propio libelo aparece que en el bien objeto del litigio tiene interés el Estado Colombiano.

"Al Honorable Tribunal llegó el juicio citado, en apelación de una providencia que decretaba unas nulidades.

"De ese juicio le fue corrido traslado al Fiscal del Tribunal, según providencia que aparece en las copias (fl. 19).

"La Fiscalía entró a destacar el interés jurídico del Estado en el litigio, ya establecido en forma diáfana en el juicio, no sólo por causa de la aceptación que de ese interés se hacía en la propia demanda, sino por la cita de numerosas normas jurídicas que así lo promulgaban, solicitó, en consecuencia, una declaración sobre competencia, presupuesto procesal indispensable y de previo pronunciamiento lo hizo en el preciso momento en que por primera vez era notificada, en forma legal, es décir, personalmente, de la existencia de un juicio en que se debatían intereses patrimoniales del Estado. Sus ideales y aspiraciones quedaron fijadas en el memorial que corre a fls. 19 de las copias.

"A mi demanda se le dio una tramitación irregular en el Tribunal, decidiendo mi súplica en Sala unitaria.

"Pedí reposición del auto respectivo y apelé de dicha providencia negándoseme una y otra; por ello dentro de los términos, solicité reposición del auto que me negó la apelación o en subsidio copias de la actuación para recurrir de hecho. Estas últimas peticiones y decisiones no aparecen en las copias, a pesar de que las considero importantes para demostrar la oportunidad, en cuanto al tiempo, de los recursos".

Reproduce a continuación algunos apartes del memorial por medio del cual pidió reposición del auto que le negó la apelación, y concluye de la siguiente manera: "Señores Magistrados, el caso de 'Santa Librada' ha agitado con razón, la opinión pública de los vallecaucanos.

"Cree la Fiscalía llegada al fin la hora y la oportunidad para que la Honorable Corte lo aprecie y pueda formarse un concepto fiel de este célebre 'affaire' que ha impedido que dicho bien pueda ser utilizado en los altos fines de la educación pública.

"La Fiscalía sólo demanda justicia. Cree haber cumplido con su deber al tomar la iniciativa en un proceso que sólo daños ha ocasionado a los demandados, daños que ni siquiera serán reparados por la ilusoria caución prestada para resarcirlos".

Se considera:

La apelación es una consecuencia de la doble instancia que establece la ley y persigue como fin el que las resoluciones del inferior sean revisadas por el superior.

Es un recurso de que sólo pueden usar las partes y debe interponerse ante el juez que debe conocer del asunto por razón del grado.

Dice el artículo 516 del C. J.: "Para admitir el recurso de hecho se requiere que la apelación sea procedente".

En el caso que se cuestiona, se trata de un auto suscrito por un solo Magistrado del Tribunal, con motivo de una apelación de que éste conoce. Estos autos no son apelables ora en virtud del artículo 198 del C. J., ora en virtud del tercer inciso del artículo 84 del mismo Código.

De otro lado, de conformidad con el artículo 513 ibídem, el recurso de hecho sólo se concede a las partes, y como el señor Fiscal no presentó en la oportunidad oposición formal en nombre de la Nación, no es parte en el juicio.

En estas condiciones es inadmisible su solicitud.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, resuelve no admitir el recurso de hecho de que se trata y dispone archivar el expediente.

Envíese copia de este proveído al respectivo Tribunal Superior, para su conocimiento.

Notifíquese, cópiese.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AUXILIOS DE CESANTIA

Teniendo en cuenta que la ley 24 de 1947 dejó vigentes las normas establecidas en el artículo 159 de la ley 167 de 1941, la competencia para conocer de las demandas referentes a auxilios de cesantía corresponde al Consejo de Estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de auto fechado el 13 de febrero del corriente año, proferido en el juicio especial de reclamación de cesantía seguido por Benigno Perilla contra la Nación, dispuso: "En atención a lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 24 de 1947 se ordena: vaya el presente negocio al conocimiento de la justicia del trabajo".

Contra esta providencia interpuso, en la debida oportunidad y en forma legal, apelación ante esta Sala de la Corte, el apoderado del actor, la que fue concedida por el **a quo**.

Llegados los autos a la Corte, en obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 502 del C. J., se ordenó correr traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, y luego fijar el negocio en lista por el término de cuatro días.

Aquel alto representante del Ministerio Público dijo lo siguiente:

"El texto de la anterior norma (se refiere al artículo 7º de la ley 24 de 1947), a primera vista, parece relievar una indudable legalidad en el auto de fecha 13 de febrero del corriente año, por virtud del cual el H. Tribunal Superior de Bogotá dispuso que el presente negocio pasara al conocimiento de la justicia del Trabajo, no obstante que el expediente había entrado al Despacho para dictar sentencia y que el Magistrado ponente había registrado proyecto; comoquiera que al tenor de la misma, el legislador incrustó a la órbita de la jurisdicción especial del trabajo las cesantías (que es el caso de autos) y las demás prestaciones sociales que se originan en leyes o en reglamentos de entidades oficiales.

"Sin embargo, al repasar con despacio los términos de la tantas veces mentada disposición, la Procuraduría encuentra un pequeño problema de índole procesal que somete a la consideración de la H. Corte, a saber: 'A) El artículo 7º de la Ley 24 de 1947 no estableció, o se limitó a establecer, una competencia simple, lisa, llana, sino que mediante la frase final, adscribió a la jurisdicción especial del trabajo una competencia condicional, subordinada, sin excepción alguna, al previo ejercicio por el presunto reclamante de los procedimientos —administrativos se entiende— que las disposiciones respectivas establezcan. Dada la forma como está redactado el artículo, podemos legítimamente, para los efectos de lo anteriormente dicho, sentar la siguiente proposición: 'También conocerá la justicia del Trabajo de las controversias que se susciten... siempre que se haya agotado el procedimiento que en tales disposiciones se establezcan'.

"B) Por lo tanto, la competencia no se fija en los Jueces y Tribunales del Trabajo sino en cuanto el reclamante o actor demuestre haber agotado previamente los procedimientos de reclamación administrativa, fijados en las disposiciones pertinentes.

Y que tal fue la intención nítida del legislador, lo demuestra a cabalidad el empleo de la frase quizás más típica entre las proposiciones condicionales: 'Siempre que'.

"C) En el caso que nos ocupa el actor señor Benigno Perilla antes de promover su demanda judicial, no ejercitó ninguna actividad de reclamación administrativa, lo que significa que no está probada la condición impuesta por el legislador para que su litigio pase a las autoridades judiciales del Trabajo; por lo cual en concepto de la Procuraduría, no se ajusta estrictamente a la Ley el auto reclamado, que se limitó a disponer escuetamente aquel envío.

"D) El demandante señor Perilla entabló su demanda judicial contra la Nación el 7 de diciembre de 1946, es decir, mucho antes de la vigencia del artículo 7º de la ley 24 de 1947, que

estableció la condición comentada. Supuesta la fecha de su libelo, no podría hoy exigírsele el agotamiento previo de reclamación, porque la ley que así lo impuso es posterior al ejercicio de su acción.

"E) Siendo, por una parte condicional la competencia atribuída a la jurisdicción del Trabajo por el legislador de 1947 para conocer de las demandas contra la Nación por cesantía u otras prestaciones sociales; y no siendo posible jurídicamente exigir el cumplimiento de la condición al demandante, por la otra, debido a que su demanda fue establecida con anterioridad a la disposición legal que determinó la condición, resulta o parece resultar, que el artículo 7º de la mencionada ley 24 de 1947 no debe aplicarse en el caso presente o en los casos similares y que, en consecuencia, el Tribunal Superior debé seguir conociendo del negocio".

La Corte considera:

Ya en otra ocasión vino el negocio al estudio de la Sala en apelación de una providencia del mismo Tribunal, por medio de la cual se ordenó pasar la solicitud a la Caja de Previsión Social Judicial. En aquel entonces la Corte revocó la providencia del **a quo** y ordenó que éste siguiera conociendo del negocio.

Ha surgido una nueva cuestión consistente en saber si es o no aplicable el artículo 7º de la ley 24 de 1947, que dice así: "También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, sueldos, bonificaciones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, cesantías y demás derechos y prestaciones sociales que tengan su origen en leyes, decretos, y resoluciones de carácter nacional; ordenanzas, decretos y resoluciones de carácter departamental; acuerdos municipales o reglamentos particulares de entidades o institutos oficiales o semioficiales, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establece".

La acción del señor Perilla va encaminada a obtener la cesantía a que se refiere el parágrafo de la ley 71 de 1945. Su conocimiento incumbía al respectivo Tribunal Judicial, como lo resolvió la misma Sala de Negocios Generales en consideración a que el actor no había sido socio de la Caja de Previsión Judicial a la que la ley 95 de 1946 le había adscrito la competencia en lo relativo a prestaciones de los afiliados.

Estando ya preparado el negocio para fallo, entró a regir el artículo 7º de la ley 24 de 1947, el cual adscribió a la justicia laboral competencia para las acciones relativas a prestaciones originadas en leyes. Por tal razón el juzgador **a quo** profirió el auto protestado.

Cuando se puso en vigencia la ley 95 de 1946 dijo esta Sala: "Por estos motivos no cabe la aplicación de la regla contenida en la ley 153 de 1887 —art. 40— sobre tránsito de legislación procesal, porque no se trata aquí de un simple problema de sustanciación y rituación de los juicios sobre esta clase de prestaciones, sino que desde la vigencia de la ley nueva (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 esta clase de negocios, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, desde el 30 de diciembre, fecha de la sanción de la expresada ley.

Esta doctrina tiene 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 les atribuyó, rectificando así anterior jurisprudencia.

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.

Ocurre que actualmente rige con fuerza legislativa el Decreto número 2158 de 1948, en cuyo artículo 2º se lee: "La jurisdicción del Trabajo está instituída para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.

"También conocerá de la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo".

Quiere ello decir que las prestaciones como la cesantía de que se trata no son ya de competencia de la justicia laboral, habiendo quedado por otra parte, según el artículo 155 del mismo Decreto, suspendidas las disposiciones contrarias a él. En tal evento, el artículo 7º de la mencionada ley 24 está en suspenso en la parte relacionada con la justicia laboral sin que pueda decirse que dicho artículo contradiga al decreto en lo que respecta al procedimiento de reclamación.

Explicando el Código de Trabajo, dijeron el señor Ministro del ramo y los Honorables Magistrados del Tribunal Supremo: "Se atribuye a la justicia del Trabajo exclusivamente el conoci-

miento de los litigios originados en el contrato de trabajo, de modo que se le suprime la facultad de decidir de los que se susciten entre la administración pública y sus servidores, para respetar una situación de hecho inmodificable, que obliga por ahora a conservar el fuero especial que aquélla tiene...".

Sin duda el anterior concepto alude a la situación proveniente de que el Consejo de Estado ha continuado conociendo de solicitudes referentes a diversas prestaciones oficiales.

Podría plantearse esta cuestión: el artículo 7º de la ley 24 al adscribir a la justicia laboral todo lo relativo a derechos y prestaciones sociales fundadas en leyes, ordenanzas, acuerdos, ¿modificó el artículo 159 de la ley 167 de 1941, suprimiendo el recurso de apelación o consulta allí establecidos? Si ello es así, suspendido parcialmente el artículo 7º mencionado, es claro que por esa sola circunstancia no reviven las disposiciones modificadas. ¿Qué debe hacerse entonces si, como es palmario, el conocimiento de cesantías como la que pide el señor Perilla no incumbe al Tribunal Judicial? Se presenta una seria dificultad de hecho que es forzoso desatar, porque al solicitante no se le puede dejar sin Juez que decida su reclamo.

Cierto es que la demanda fue instaurada antes de las nuevas leyes sobre competencia; cierto es también que fue rectificada la antigua jurisprudencia que establecía: "Aunque el artículo 4º de la ley 153 de 1938 atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que antes conocía la Corte, sobre el particular ha conceptuado la Sala que tiene jurisdicción para conocer de esos asuntos cuando la demanda ha sido instaurada antes de la vigencia de aquella ley".

De otro lado, el Código de lo Contencioso Administrativo había 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.

Y si hoy no existen esas competencias especiales para las cesantías, como la invocada en este juicio, quiere decir que el asunto ha de volver a la regla general contenida en el artículo 34, ordinal 10 de la ley 167 de 1941.

Mas, si se considera que la ley 24 citada, dejó vigente las normas establecidas en el artículo 159 de la ley 167 de 1941, con tanto mayor razón, la competencia está adscrita al Consejo de Estado.

Y sin más consideraciones la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REVOCA la providencia apelada y en su lugar resuelve que incumbe a lo contencioso administrativo, previo el reclamo a las autoridades competentes, el conocimiento de la solicitud del señor Benigno Perilla.

Vuelva al Tribunal **a quo** para lo de su cargo.

Notifíquese.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás P., Srio.

ACCION DE PERJUICIOS

La infracción de la ley penal puede dar origen a la obligación civil de indemnizar los perjuicios causados por el daño que aquella infracción produce en el patrimonio de una persona; pero la acción civil para hacer efectiva la indemnización se halla subordinada a normas previstas por la ley, que establecen la influencia que el juicio penal ejerce en el juicio civil, y en todo caso la relación entre las dos acciones, la penal y la civil. El Capítulo 2º, Libro I del C. de P. P. consagra las reglas a que se hace referencia. Allí se dispone que la acción civil para el resarcimiento del daño debe ejercitarse dentro del proceso penal (artículo 24), o sea, que se establece un precepto que de modo general conduce a la indemnización civil dentro del proceso penal. Sin embargo, si el perjudicado con la infracción no ha intervenido en el proceso penal y no se conforma con la sentencia en lo tocante a la indemnización, puede ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente. (Artículo 25). Esta última facultad tiene las excepciones previstas en el artículo 28 del citado Código. Ese precepto establece que la acción civil no se puede proponer ante el juez civil cuando en el proceso penal se ha declarado por auto de sobreseimiento definitivo que el sindicado obró, como en el caso del proceso, en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto doce de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictó sentencia de primer grado en el juicio ordinario seguido por Efraín Martínez Marín contra la Nación para el reconocimiento y pago de perjuicios civiles, materiales y morales, causados al actor por un agente de la Policía Nacional al servicio del Estado, al herirlo con arma de fuego cuando disparó en persecución de la calle 14 de esta ciudad de Bogotá, entre las otras personas el día 4 de noviembre de 1942 en carrera 6ª y 7ª. La sentencia mencionada negó las peticiones del libelo y absolvió de todos los cargos en él formulados contra la Nación.

Tramitada la segunda instancia del juicio y agotado el procedimiento previsto en la ley ha llegado la oportunidad de proferir el fallo que le pone término al negocio en esta corporación.

Al expediente fueron traídos varios documentos por las partes durante la secuela del juicio en la Corte. Uno de ellos, producido por solicitud del apoderado del actor, es la copia, debidamente autenticada, del auto dictado por el Tribunal Superior el día 7 de noviembre de 1944, que finalizó la acción penal iniciada como consecuencia de los acontecimientos relacionados en que resultó herido el señor Martínez Marín. Allí se recuerda cómo el Juez 4º del Circuito en lo Penal calificó el informativo llamando a responder en juicio a Gabriel Antonio Torres Salazar y Luis Jaramillo Herrera como agentes de delitos contra funcionarios públicos y de robo y sobreseyendo definitivamente en favor de Marco Antonio Reyes Angarita, el Agente de Policía que se afirma hirió a Martínez Marín. Dice esa providencia que "en cuanto a las lesiones recibidas por el señor Efraín Martínez Marín aparece evidenciado en los autos que ellas fueron causadas por uno de los disparos hechos por Marco Antonio Reyes Angarita cuando perseguía a los referidos discípulos de Caco y se defendía del peligro en que colocaban éstos la integridad personal y hasta la propia vida de aquel agente de la autoridad". Y agrega el auto: "En lo que respecta a las lesiones recibidas por el señor Martínez Marín, causadas por el Agente Marco Antonio Reyes tenemos: Cuando por error en el uso de los medios de ejecución del hecho o por otra causa, se produce un evento diverso del que se quería producir, el agente no responde sino del evento querido, de aquel que movió su voluntad a través del propósito en la actividad externa. Pero, si, como

en el caso de autos, y relativamente al Policía Reyes Angarita, la voluntad del agente no es otra que la de cumplir con la disposición legal cuya ejecución está entre sus principales obligaciones (aprehender a los delincuentes), el evento no buscado no puede ser punible ni a título de culpa, máxime cuando por aquella circunstancia justificativa (la de la ejecución del imperativo legal) concurre la de la inminencia del peligro para la integridad personal y la misma vida de tal agente, y por tanto su indiscutible derecho natural a su propia conservación individual. De la misma manera que no es punible quien haya cometido el hecho por un caso de los denominados fortuitos o de fuerza mayor ni que lo haya realizado por ajeno constreñimiento mediante violencia física irresistible, o a la cual no haya podido sustraerse. El Agente de Policía en referencia no podía sustraerse, sin faltar a su deber a su especial cometido, a un mandato legal, no podía sustraerse a la violencia que sobre él se ejecutaba por los ladrones para evitar su captura, y si en el obligatorio cumplimiento de esa misión se vio tan seriamente amenazada hasta su propia existencia, la conducta desarrollada con los únicos fines, con los méritos (sic) propósitos de obtener dicha captura y de defenderse de la más injusta temeraria agresión, tal conducta estuvo en un todo ajustada a la ley, y por ende exenta de toda responsabilidad penal. Los demás sobreseimientos decretados en el auto que se revisa los encuentra la Sala ajustados a la realidad procesal y a los consiguientes mandatos legales. Por todo lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes el auto apelado y consultado" (folios 27 v. a 30 v. C. número 5).

Refiriéndose el señor apoderado del demandante a la sentencia del Tribunal que confirmó el sobreseimiento en favor del agente de la policía Marco Antonio Reyes, dice que el Tribunal, "al confirmar el sobreseimiento expresamente aceptó en forma judicial y solemne, la existencia de un error en el golpe, o como dice el Tribunal, de 'un error en el uso de los medios de ejecución'. Y agrega: "El caso que la doctrina y los tratadistas denominan **aberratio ictus**, solamente tiene vigencia dentro del derecho penal, y está previsto por la ley como causa no modificadora, para esos solos efectos penales. Mientras que en ninguna ley civil se prevé ese caso, en el C. P., que es una ley especial, relacionada con la materia penal solamente, en el artículo 14, se declaró lo siguiente: 'Cuando por error o accidente se cometa un delito en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiese cometido en la persona contra quien se dirigía la acción'. Esa disposición legal solamente rige para los procesos penales y para los efectos penales, y no es posible, en ningún caso, convertir esa excepción abierta para los efectos penales, en regla general para todos los efectos... Por eso el artículo transcrito, único que en toda nuestra legislación contempla la figura, habla del error **cuando se comete un delito**... Por ello y hablando desde un punto de vista general, el proceso penal no incide en la acción civil que se refiere a este juicio. Ni menos desde un punto de vista particular, puesto que en el auto de sobreseimiento, como se ha dicho, se dejó asentado que se había incurrido en un error de golpe aceptable únicamente para los efectos penales, pero no para los efectos civiles".

La Sala está de acuerdo con el señor apoderado en que la disposición transcrita del Código Penal tiene vigencia para el proceso de esta clase. Es ella una regla que debe cumplir el juez penal. Pero no entiende la Sala cuáles sean las razones que tiene el señor apoderado —y que no expresa— para llegar a la conclusión de que el sobreseimiento en el caso de autos no determina la conducta del juez civil. Es claro que como lo observó el Tribunal y lo comenta y admite el señor abogado, el fenómeno jurídico contemplado por el Tribunal hizo aplicable la disposición del artículo 14 del Código Penal, por lo cual el Tribunal llegó a la conclusión absolutoria respecto del agente de policía Marco Antonio Reyes, y al hacerlo, encontró que se había incurrido en un error en el uso de los medios de ejecución, que condujo a la decisión de sobreseimiento. La norma penal aplicada llevó al sobreseimiento admitiendo la existencia de tal error en el medio de ejecución. Pero ese error, como lo sostiene el abogado, debía producir efecto en el radio de acción del derecho penal, para el fallo penal, y lo produjo: así se dictó el sobreseimiento, mas una vez pronunciado éste, debe producir los efectos que en otro orden de relaciones la ley ha previsto respecto al fallo que haya de dictarse en un juicio civil posterior. No alcanza el razonamiento del señor abogado a quitar su valor y aplicación

a otras normas referentes a esos juicios civiles ulteriores; mejor expresado: el argumento del señor apoderado no concluye, porque del hecho jurídico, verdadero, admitido, de que el artículo 14 del Código Penal sólo tiene aplicación en el campo penal, no se deduce que después de obrar allí, como obró, al tenerse en cuenta para dictar el sobreseimiento en el caso que contemplan los autos, pueda afirmarse que "el proceso penal no incide en la acción civil a que se refiere este juicio", porque el auto de sobreseimiento, "dejó asentado que se había incurrido en un error de golpe aceptable únicamente para los efectos penales, pero no para los efectos civiles". Los efectos del sobreseimiento, frente a la acción civil, se rigen por otras reglas que la Sala examina adelante.

La infracción de la ley penal puede dar origen a la obligación civil de indemnizar los perjuicios causados por el daño que aquella infracción produce en el patrimonio de una persona. Pero la acción civil para hacer efectiva la indemnización se halla subordinada a normas previstas por la ley, que establecen la influencia que el juicio penal ejerce en el juicio civil, y en todo caso, la relación entre las dos acciones, la penal y la civil. El Capítulo 2º, Libro I del Código de Procedimiento Penal consagra las reglas a que se hace referencia. Allí se dispone que la acción civil para el resarcimiento del daño debe ejercitarse dentro del proceso penal (artículo 24) o sea que se establece un precepto que de modo general conduce a la indemnización civil dentro del proceso penal. Sin embargo, si el perjudicado con la infracción no ha intervenido en el proceso penal y no se conforma con la sentencia en lo tocante a la indemnización, puede ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente (artículo 25). Esta última facultad tiene las excepciones previstas en el artículo 28 del citado Código, que dice: "Artículo 28: **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".** (Subraya la Sala).

Aplicando estas reglas legales al caso contemplado se observa que él se encuentra claramente comprendido dentro de las excepciones que el artículo 28 establece y que impiden ejercitar la acción civil cuando en el proceso penal —es el caso del agente de policía Marco Antonio Reyes Angarita— se ha declarado por auto de sobreseimiento definitivo y ejecutoriado, que el sindicado obró en cumplimiento de un deber y en ejercicio de una facultad legítima. El Tribunal al confirmar el auto de sobreseimiento fue categórico al respecto diciendo que la voluntad del agente Reyes Angarita no fue otra que "la de cumplir con la disposición legal cuya ejecución está entre sus principales obligaciones (aprehender a los delincuentes)" y en ejercicio de una facultad legítima, "su indiscutible derecho natural a su propia conservación individual". Y agrega que "tal conducta estuvo en un todo ajustada a la ley, y por ende exenta de toda responsabilidad penal". Esta calificación del proceder de Reyes Angarita y sobre su acto al disparar su arma de fuego que hirió, según se afirma en el propio auto del Tribunal, al señor Martínez Marín, obliga necesariamente al Juez Civil para imponerle el cumplimiento de la disposición consagrada en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal que prescribe que la acción civil no puede proponerse cuando por auto de sobreseimiento se ha declarado que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, presupuestos ambos que se cumplen en el caso que se contempla; de donde resulta para el Juez civil el deber en que se halla de abstenerse de reconocer y decretar en una acción civil el resarcimiento de un daño de esta clase por haber terminado la acción penal a virtud de un sobreseimiento definitivo. El que se profirió respecto de Reyes Angarita ha de producir la consecuencia prevista en la ley, de cerrar el paso a la acción civil intentada en el presente juicio, por las razones ya expuestas.

Resta considera por qué el sobreseimiento favorable al Agente de Policía ha de beneficiar también a la Nación, demandada en el pleito. Para oponerse a ello, el señor apoderado del actor manifiesta que la disposición del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal tiene aplicación en tratándose de personas naturales, susceptibles de incurrir en responsabilidad penal, y no de personas morales, que no pueden incurrir en responsabilidad de esa clase. La respuesta a esta objeción surge fácilmente si se considera que la pretendida acción civil se basa en la culpa de un agente del Estado, por lo cual el acto del agente

y la responsabilidad de aquél se hallan relacionados: la culpa del uno influye en la del otro o la determina. Sobre el particular existe jurisprudencia muy reiterada de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales. Máxime cuando como en el presente caso la propia demanda vincula el acto del Agente de la Policía a la responsabilidad de la Nación, y no deduce o pretende deducir ésta última de hechos extraños a la actividad del empleado que causó materialmente el daño al demandante.

Finalmente, quiere la Sala considerar más concretamente la observación que el señor apoderado presenta así: "Cabe observar, entonces, que no solamente no tiene la calidad de cosa juzgada el fallo penal traído a los autos, con respecto a la Nación, sino que tampoco puede invocarse como tal contra Martínez Marín o en daño de éste, puesto que él tampoco fue parte de aquel proceso de carácter penal, siéndole extraña y ajena la sentencia proferida allí. Porque conviene repetir y dejar bien asentado, que Efraín Martínez no se hizo parte ni fue en el proceso penal iniciado para averiguar lo relativo a sus lesiones, ya que ese hecho es de suma importancia y de trascendencia decisiva en este caso". La respuesta a esas consideraciones aparece ya dada en este fallo cuando en él se examinan las disposiciones de los artículos 24, 25 y 28 del Código de Procedimiento Penal; porque es verdad que por regla general la persona interesada que no ha intervenido en un proceso penal y que no se conforma con lo resuelto en él puede iniciar la acción civil; pero también es cierto, como ya se hizo notar, que el artículo 28 consagra reglas de excepción, una de las cuales es de imperativo cumplimiento en el presente caso. Aquel precepto establece que la acción civil no se puede proponer ante el Juez Civil cuando en el proceso penal se ha declarado por auto de sobreseimiento definitivo que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, que fue precisamente lo que ocurrió cuando infortunadamente fue lesionado el señor Martínez Marín por causa de un disparo de arma de fuego accionada por el Agente de Policía Reyes Angarita.

Todas las consideraciones que preceden imponen una conclusión adversa a los propósitos perseguidos por el actor, y hacen justificado el que esta Superioridad mantenga la providencia de que se ha recurrido en apelación. Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de primera instancia.

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

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL USO DE UNA MARCA DE FABRICA

Las dos acciones que consagran los artículos 59, 65 y 66 de la Ley 31 de 1925 se refieren a casos esencialmente diferentes, como lo expresó la Sala de Casación en fallo de 6 de febrero de 1945, a saber: "El artículo 59 de la Ley 31 se refiere a un caso muy distinto, al uso de un nombre, no a la imitación del nombre ni a los actos de competencia desleal, que tienen cabida especialmente con la imitación fonética o gráfica de una marca ya registrada. En el caso del artículo 59 un industrial o comerciante usa de un nombre que corresponde a otro; en el caso de los artículos 65 y 66 el industrial o fabricante no se apropia de un nombre ajeno, sino que imita una marca para producir confusión con otra ya registrada".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Surtida como aparece, en debida forma, la tramitación propia de la segunda instancia en el presente asunto, instaurado ante el Tribunal Superior de Manizales por la sociedad anónima de comercio "Myrurgia, S. A.", domiciliada en Barcelona, España, contra el Departamento de Caldas, representado en un principio por el Fiscal de dicho Tribunal y luego por su Gobernador y que versa sobre indemnización de perjuicios, se procede por esta Sala de Negocios Generales de la Corte a dictar el fallo definitivo, previas las consideraciones que en seguida se expresan.

El señor apoderado de la parte demandante, doctor Gilberto Alzate Avendaño, formuló lo petitorio de su libelo de demanda así:

"En mérito de los hechos expuestos, como apoderado general para pleitos de la sociedad anónima mercantil 'Myrurgia, S. A.', domiciliada en Barcelona, España, demandó por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía al Departamento de Caldas, representado por el Fiscal del Tribunal, para que por sentencia definitiva sea condenado a pagar a mi mandante el valor total de los perjuicios que le han causado las Rentas Departamentales de Caldas, a consecuencia de la usurpación y uso fraudulento de la marca de fábrica registrada "Maderas de Oriente", perteneciente a la compañía que represento, en la cuantía que se fije por peritos dentro de este juicio o se determine en liquidación posterior".

En cuanto a los fundamentos de hecho los señaló el apoderado de la parte actora en 51 numerales, que el Tribunal, en el fallo objeto del examen de que se hablará más adelante, resume de manera fiel, en los siguientes términos:

"Los contenidos en los números 1º a 12, se refieren a la Casa Mercantil española "Myrurgia, S. A."; a la producción de sus perfumes y calidad de los mismos; su presentación y mercado universal mediante el registro de sus marcas en todos los países del mundo, incluyendo a Colombia.

'Del número 13 al número 25 se hace la relación sobre la fabricación, producción y expendio del perfume denominado 'Maderas de Oriente', elaborado por el Departamento de Caldas en sus fábricas de la Industria Licorera, con malos alcoholes y esencias de la misma calidad, elaboración y expendio, dice la demanda en su número 25, que comenzó a cumplirse desde el año de 1931, y que duró por un lapso de diez años.

"Del número 26 al número 34, hace la relación de las diligencias sobre amparo administrativo; sus gestiones para obtener del Departamento la constitución de la fianza impuesta en la providencia dictada por la Alcaldía de este municipio, incluyendo en esas gestiones la acción ejecutiva instaurada ante este Tribunal y denegada por éste en primera instancia y en segunda por la H. Corte Suprema de Justicia. En el punto 28 manifiesta que, con los testigos aportados en la información sumaria en la petición de amparo administrativo, se estimó aproximadamente en $ 25.000.00 el valor de los perjuicios que el De-

partamento pudo causar a la casa que representa.

"Del número 43 a 51 manifiesta que las Rentas Departamentales de Caldas, en cuyas fábricas se elaboró el perfume que se denominó fraudulentamente 'Maderas de Oriente', son del Departamento de Caldas, entidad ésta de Derecho Público, que se benefició con la usurpación de la marca 'Maderas de Oriente', sujeto de obligaciones civiles que debe indemnizar a la casa Myrurgia, S. A. los perjuicios que el fraude le ocasionó a la citada sociedad española de comercio".

Y los que atañen particularmente a los perjuicios ocasionados a la mencionada casa española de comercio por el Departamento, relacionados en los numerales 35 y 42, son del siguiente tenor:

"35.—Con el uso fraudulento de una marca de fábrica registrada y universalmente famosa, el Departamento de Caldas ha obtenido un lucro sin causa, un enriquecimiento torticero.

"36.—Sin embargo, más valiosos que el provecho ilícito que el Departamento de Caldas ha derivado de la usurpación de la marca, son los perjuicios causados por ella a la firma 'Myrurgia, S. A.

"37.—Con la presencia en el mercado de un perfume barato, bajo el mismo nombre de 'Maderas de Oriente', quedó desalojado el fino y costoso producto de la casa española.

"38.—La ordinariez del artículo falsificado ha cubierto irreparablemente de descrédito la selecta marca en el comercio de perfumes del país.

"39.—Varias firmas nacionales, que negocian en el ramo de perfumería y tocador, se han abstenido de hacer sus pedidos a los agentes de Myrurgia, S. A., estimando que el expendio de groseros alcoholes aromatizados, con el rótulo de 'Maderas de Oriente', ha destruído la fama y prestigio del producto genuino.

"40.—En el comercio de perfumería, cuya clientela es femenina especialmente, el renombre de la marca importa tanto o más que la calidad y el precio, al extremo de que ninguna dama elegante o persona de gustos refinados usaría un perfume, por bueno que fuese, si lleva la misma denominación que otro artículo ordinario, consumido por el bajo pueblo.

"41.—La usurpación de la marca, el uso fraudulento de ella y la competencia desleal que consumaron las rentas departamentales de Caldas, ha ocasionado a 'Myrurgia' lucro cesante y daño emergente.

"42.—Con el objeto de reprimir y suprimir la defraudación, la sociedad española se ha visto obligada a verificar ingentes gastos, tanto en el amparo administrativo, como en otras gestiones".

Finalmente en cuanto a los fundamentos de derecho el demandante adujo los artículos 1494, 2341, 2347, 2349, 2356, 63, 1613 y concordantes del código civil y los artículos 31, 35, 45, 65, 66, 67, 68 y 74 de la ley 31 de 1925.

Admitida la demanda por el Tribunal del conocimiento, en auto de 10 de julio de 1944, le fue notificada al señor Fiscal del Tribunal en representación del Departamento demandado, el día once del expresado mes de julio, funcionario que hubo de contestarla en escrito de 22 de ese mismo mes, manifestando atenerse a lo que se pruebe plenamente en el curso del juicio y anunciando que la parte por él representada aduciría oportunamente las pruebas que le convengan para exonerarse de la responsabilidad que se le imputa en el libelo de demanda, tanto en relación con excepciones perentorias como con hechos que excluyen en el fondo el derecho alegado por la parte actora.

Tradaba así la litis, practicadas las pruebas solicitadas únicamente por la parte actora, sin que ninguna de las partes hubiera presentado alegato de conclusión, finalizó la primera instancia con la sentencia de 15 de abril de 1947, en la cual el Tribunal sentenciador, después de hacer algunas consideraciones acerca de las comprobaciones traídas al proceso, estimando que "el Departamento es responsable por los perjuicios que pudo recibir la sociedad demandante por el uso ilegal que hizo de la marca 'Maderas de Oriente', de conformidad con los hechos definidos en los puntos 35 y 42 del libelo de demanda, pero no sobre los contemplados en los otros puntos de la misma demanda, por cuanto no fueron demostrados, hubo de condenar" al Departamento de Caldas a pagar a la sociedad mercantil 'Myrurgia, S. A.', con residencia en Barcelona, España, el valor de los perjuicios que a dicha sociedad se causaron por el uso ilegal que el Departamento hizo de la marca registrada 'Maderas de Oriente' de la exclusiva propiedad de la sociedad demandante, perjuicios que se estimarán en la forma prevista en la parte motiva de la presente sentencia", se dice allí, esto es de conformidad con lo preceptuado en el artículo 553 del código judicial.

Interpuso apelación la parte demandada, el Departamento de Caldas representado por su Gobernador, contra la sentencia referida y acerca de

ella conoce esta Sala de Negocios Generales de la Corte en segunda instancia, la que procede a decidir el recurso, previa advertencia de haberse abstenido las partes, en esta instancia, de solicitar la apertura del juicio a pruebas, presentando alegato de conclusión únicamente la parte apelante, mediante apoderado especial, para proponer expresamente la prescripción extintiva de la acción que consagra el artículo 59 de la ley 31 de 1925, que dice textualmente lo siguiente:

"Si el perjudicado por el uso de un nombre no reclamare en el término de un año desde el día en que empezó a usarse pública y notoriamente por otra persona, perderá su acción a todo reclamo.

"Esta acción se ventilará en juicio ordinario y da lugar a indemnización de daños y perjuicios".

Planteado así el debate, en definitiva, por la parte demandada, es el caso de entrar a estudiar en primer término el problema jurídico de la prescripción extintiva de la acción por aquella parte alegada en esta instancia y procedente conforme a las normas de los artículos 341 y 343 del Código Judicial.

La Corte considera:

No obstante haber aducido el demandante como fundamento de derecho de la acción ejercitada los artículos 65 y 66 de la ley 31 de 1925 que se tipifica por la competencia desleal o acto de mala fe que tiene por objetc producir una confusión, según los términos de la primera de aquellas disposiciones, entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival, es lo cierto, dados los hechos plenamente establecidos mediante las comprobaciones traídas por la parte actora, que aquí no se trata de aquel acto de mala fe, o competencia desleal, por cuanto de una parte el Departamento de Caldas solamente se limitó a distinguir uno de los perfumes que elaboraba en las fábricas de la Empresa Licorera con el nombre de "Maderas de Oriente", esto es, a usar el mismo nombre o marca registrada que la casa comercial española "Myrurgia, S. A." empleaba en uno de sus productos, y de otra, no se estableció efectivamente la competencia desleal mediante la intervención de peritos, como perentoriamente lo exige el inciso 3º del artículo 66 citado, para poder calificar como tal el acto denunciado.

Sobre el particular el Tribunal en el fallo recurrido, se expresa en los siguientes términos:

"La prueba esencial requerida por el artículo 66 no se practicó, prueba ésta de carácter técnico, porque la misma ley dice que con la 'intervención de peritos' se decidirá si el acto acusado como competencia desleal tiene en verdad esta estructura jurídica según el artículo 65, es decir, si hay mala fe de parte de quien lo ejecuta tendiente a producir confusión entre los artículos de dos comerciantes, fabricantes o agricultores. Y no sólo faltó la prueba pericial sin la cual no puede calificarse un acto como de competencia desleal, sino que en la misma demanda se dice que el perfume fabricado por el Departamento de Caldas es sustancialmente diferente del de la casa Myrurgia, S. A., porque cuando la elaboración de éste último se ha hecho mediante fórmulas complejas halladas por los químicos de la casa española para obtener un perfume de primera categoría, que 'ostenta un empaque de lujo' y cuyo frasco lleva en el fondo 'una tablilla de madera aromática, que lo diferencia de los demás productos de su especie' (punto 5º de la demanda); el del Departamento consiste en 'malos alcoholes aromatizados', en empaques de malísima presentación y 'consumido por el bajo pueblo'. Estas afirmaciones, como ya se dijo, las hace el señor apoderado en su libelo de demanda, pues con relación a las pruebas, ningunas se pidieron tendientes a demostrar estas diferencias. Por tanto no puede calificarse legalmente como un acto de competencia desleal para con la sociedad Myrurgia, S. A. (sic) el ejecutado por el Departamento al elaborar y dar al expendio unos 'alcoholes aromatizados' con el nombre de 'Maderas de Oriente'. Luego, la competencia desleal y las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden, no pueden declararse en el presente fallo, porque no fueron probadas en el juicio".

Las dos acciones que consagran los artículos 59, 65 y 66 de la memorada Ley 31 de 1925, se refieren a casos esencialmente diferentes, como lo expresó la Sala de Casación en fallo de 6 de febrero de 1945 (**Gaceta Judicial** número 2017, pág. 519), citado por el apoderado de la entidad demandada, a saber: "El artículo 59 de la Ley 31 se refiere a un caso muy distinto, al uso de un nombre, no a la imitación del nombre ni a los actos de competencia desleal, que tienen cabida especialmente con la imitación fonética o gráfica de una marca ya registrada. En el caso del artículo 59 un industrial o comerciante usa de un nombre que corresponde a otro; en el caso de los

artículos 65 y 66, el industrial o fabricante no se apropia de un nombre ajeno, sino que imita una marca para producir confusión con otra ya registrada".

En el caso **sub judice**, el Departamento de Caldas, se repite, se limitó a usar el nombre o marca "Maderas de Oriente" para distinguir uno de los perfumes que elaboraba en las fábricas de la Empresa Licorera, y que dio al consumo en todos sus Municipios y en otros Departamentos del Territorio Nacional desde 1932 hasta 1941, elaboración que realizaba sirviéndose precisamente de esencias de ese mismo nombre compradas a la casa N. V. Polak Schwar, de Zaandam (Holanda), marca de la exclusiva propiedad de la casa española demandante, en virtud del registro de la misma efectuado con las formalidades legales ante la dependencia administrativa correspondiente para usarla en uno de sus productos en un término comprendido entre el 16 de febrero de 1928 y el 16 de febrero de 1943.

De lo dicho resulta de manifiesto que la acción instaurada no es otra que la contemplada al caso a que alude el artículo 59 de la mencionada Ley 31 de 1925. Y como según las pruebas suministradas por la entidad demandante el Departamento de Caldas usó de aquel nombre "Maderas de Oriente" por un término mayor a cinco años de manera pública y notoria para distinguir el producto que elaboraba y daba al expendio, sin que en el término de un año a partir de ese uso reclamara la Casa Española "Myrurgia, S. A.," quiere ello decir que el medio de defensa adoptado por el apoderado del Departamento, o sea la prescripción extintiva de la acción, debe prosperar.

En razón de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1º Revócase la sentencia de 15 de abril de 1947, proferida en este asunto por el Tribunal Superior de Manizales;

2º Declárase probada la prescripción extintiva de la acción a que se refiere este juicio, alegada expresamente en esta instancia por el apoderado del Departamento de Caldas;

3º Absuélvese al Departamento de Caldas de todos los cargos formulados en la demanda.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Ramón Miranda L.—Luis A. Flórez—Por el Secretario, **Jorge García Merlano**, Ofl. Mayor.

ACCION DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. — COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE HECHOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

1.—Los HECHOS de las autoridades administrativas que lesionan intereses privados, no quedan regulados por las disposiciones de la ley 167 de 1941. Por consiguiente, la competencia para el conocimiento de las acciones emanadas de hechos de la administración deben regirse por las reglas comunes y son, por lo mismo, del resorte de la justicia ordinaria.

2.—Declarado el actor por los médicos legistas un paranoico de tipo reformista o reivindicador solamente, pero no demente, no tiene acción que sea viable de indemnización de perjuicios por cuanto no aparece que aquel concepto sea erróneo o equivocado y pueda irrogar perjuicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló así la demanda que ante él propuso contra la Nación el Presbítero José de Jesús Segura:

"Primero.—Se absuelve a la Nación colombiana de la acción de responsabilidad civil por perjuicios materiales y morales que le deduce el Presbítero José de Jesús Segura, con base en el reconocimiento médico-legal de fecha diez de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, suscrito por los doctores Guillermo Uribe Cualla y Gustavo Sarria. Segundo.—Se declara que el Tribunal es incompetente para decidir la acción de perjuicios ventilada entre las mismas partes con base en los actos de imperio o de jurisdicción cumplidos por autoridades del orden administrativo e invocados en la demanda. En consecuencia, el Tribunal se abstiene de fallar sobre ese extremo de la litis".

De este fallo apeló el actor ante la Corte Suprema de Justicia, donde el recurso correspondiente fue tramitado conforme a la ley, habiéndose producido pruebas y recibídose alegatos de las partes.

La demanda se planteó solicitando estas declaraciones: 1º Que la Nación (República de Colombia) es responsable civilmente por los perjuicios morales inobjetivados, sufridos por mí, en mi doble carácter de ciudadano de la República de Colombia y sacerdote católico, causados por la reiterada actuación culposa de sus agentes (los Médigos Legistas dependientes del Ministerio de Gobierno y superiores de la Policía Nacional), al declararme "loco" los primeros, con la consiguiente expedición de dictámenes de reclusión, por ellos dados, y por la frustrada intención de los mismos en obtener mi respectiva interdicción judicial; y la actuación ilícita de "hecho", de los segundos, obstaculizando la publicación de un periódico de mi propiedad. Segundo.—Que la Nación (República de Colombia) es civilmente responsable por los perjuicios materiales objetivados causados a mi patrimonio material, por los mismos motivos enumerados en el numeral anterior, y además por haberme ocasionado en la sociedad y en el medio en que he vivido y en el cual vivo, una predisposición manifiesta en contra mía, por esos mismos actos culposos de los Agentes del Gobierno Nacional, y lesivos de mi patrimonio moral y material, predisposición capaz de reducir mi subsistencia hasta el mínimum. Tercero.—Que en consecuencia se condene a la Nación (República de Colombia) a pagarme por concepto de perjuicios morales inobjetivados la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) m. c., o la suma que resulte probada dentro del juicio por los peritos. Cuarto. — Que se condene a la Nación (República de Colombia) a pagarme los perjuicios materiales objetivados que demando por valor de dos mil pesos ($ 2.000.00) m. c., o la suma que resultare probada por peritos durante el juicio".

Como hechos básicos de la acción figuran los siguientes:

"La Dirección General de la Policía Nacional, mediante nota número 0016-A de fecha 7 de enero de 1944, solicita del Director del Departamento Nacional de Seguridad, se haga examinar el estado mental, por creerme 'verdaderamente loco, y en consecuencia recluírlo en el manicomio'.

"b) Por su parte el Director del Departamento Nacional de Seguridad envió al Inspector 4º Municipal de Policía de esta ciudad el oficio número 9-D, de enero 8 de 1944, por medio del cual le adjunta el oficio a que he hecho referencia en el punto anterior, advirtiendo a este funcionario, al Inspector cuarto, que 'por tratarse de un asunto de su competencia y suceder los hechos en territorio de su jurisdicción', adelante las diligencias sobre el particular.

"c) En cumplimiento de lo pedido anteriormente, el Inspector 4º Municipal de Policía de Bogotá, dictó un auto con fecha 10 de enero de 1944 por medio del cual ordena 'hágase reconocer por los médicos legistas al presbítero José de Jesús Segura, para saber de su estado mental. Cúmplase. (Hay firmas de Inspector y Secretario).

"d) En cumplimiento de esta disposición la misma Inspección procedió a citarme por medio de la Policía Nacional, y a enviarme bajo custodia de agente uniformado de la Policía Nacional, y ante la vista pública de la ciudadanía bogotana, a la Oficina Médico Legal para la práctica del reconocimiento mental ordenado.

"e) En la misma fecha en que fui conducido a la Oficina Médico-legal, o sea el mismo 10 de enero de 1944, los médicos legistas, doctores Guillermo Uribe Cualla y Gustavo Sarmiento, bajo dictamen número 337 de la misma fecha, conceptuaron que se trata de una 'psicosis paranoica de tipo reformista y reivindicacionista, que lejos de modificarse se agrava con la edad. Sería conveniente su asilamiento'. Hago constar que sirvió de base para este dictamen, en lo que respecta al doctor Uribe Cualla, un examen que hace aproximadamente diez (10) años me hizo también sobre mi estado mental, y a que adhirió el doctor Sarmiento sin haberme examinado antes ni el día en que se expidió el anterior dictamen.

"f) Con base en el anterior dictamen, el Inspector 4º de Policía Municipal de Bogotá, quiso enviarme a una casa de asilamiento, a lo cual me resistí manifestando que estando en completo uso y goce de mis facultades mentales y no apareciendo en ninguna parte, como no ha aparecido jamás, que hubiera yo causado daño alguno a persona, entidad o corporación, no iría por mi propia voluntad, por estar seguro de mi normalidad mental. Razones que el Inspector 4º municipal de Policía no aceptó, manifestando que 'habiendo sido yo declarado loco no podía tener en cuenta mis manifestaciones'. Pero como intervinieran a favor mío dos personas de respeto, un sacerdote y un abogado, quienes oportunamente declararán por ser testigos presenciales, el mencionado Inspector accedió a dejarme en paz, estimando suficientes las razones dadas por estas personas y legítimos mis derechos.

"g) El Comandante de la primera (1ª) División de la Policía Nacional, según oficio número 1125 de fecha 3 de diciembre de 1943 violó mi domicilio particular situado en la calle 13 número 7-22 de esta ciudad, para sacar del balcón un tablero de anuncio de mi periódico el "Escándalo" para 'cumplir órdenes del sub-director del cuerpo, según dicho del mismo comandante en el referido oficio. Violó mi domicilio particular, constituyendo un ilícito, y se sustrajo de él un bien mueble de mi propiedad, escaso de valor pecuniario intrínseco, pero que representaba la publicidad y la propaganda de mi periódico, que conforme a la libertad de prensa y de la libertad de ideas, expresa una ideología como tantas, y que oficialmente había sido previamente registrado y autorizada su circulación. Con cuyo acto se me causaron enormes perjuicios materiales.

"Fundamentos:

"a) Esta situación de manifiesta persecución, no ya con el carácter de 'psicosis' que le han querido dar los médicos legistas, sino realísimamente facultativa, voluntaria e insistente, de parte de los agentes de la Nación colombiana, con conocimiento de causa en contra, y con la gravísima determinación de estos mismos agentes de declararme enfermo mental peligroso a la sociedad y a las ideas y la consiguiente determinación de atropellarme, lesionó enormemente mi sentimiento, mi personalidad y mi fuero de sacerdote.

"b) Las consecuencias derivadas de tal declaración de 'enajenado mental' no dejaron de hacerse sentir en todos los ambientes, con la Curia Primada quien basada en el dictamen de los médicos legistas, me retiró su confianza y condenó mis escritos (Decreto Eclesiástico publicado en el número 71 de 'El Catolicismo'); con los demás sacerdotes quienes me retiraron su respeto y su aprecio; con mis innumerables amigos persona-

les, quienes ya encontraron un obstáculo para tratarme; con mis ex-condiscípulos y discípulos, quienes ya no quisieron oír más mis enseñanzas y mis consejos; con la sociedad en general, por el descrédito público. El dictamen de los médicos legistas me aisló social y moralmente, porque me señaló como un 'reformista peligroso', a cuya denominación en nuestro país se teme por sola sugestión, aniquiló mi personalidad de hombre de acción y de sacerdote legítimamente apreciado y respetado.

"c) En consecuencia me anuló económicamente, impidiendo que me defendiera con el ejercicio de mi ministerio, con las capacidades mentales y físicas que poseía en otros ramos, como el profesorado, para derivar de todas estas actividades lícitas, mi sustento diario y el que por categoría me corresponde.

"d) La campaña contra mi periódico, impidiendo su publicación, me ocasionó los últimos y más graves perjuicios económicos y porque perdí los contratos celebrados con los propagandistas que me habían dado avisos, los suscriptores y los lectores; el contrato con la imprenta que lo editaba; y todo el esfuerzo personal que en él había puesto".

La acción se propuso con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional y en los artículos 2341 y 2347 del C. C.

En el fallo de primera instancia se lee: "**Cuestión de hecho:** Desde temprana edad (a los 17 años) ingresó el demandante a la orden de Loyola. Vivió en España y fue ordenado sacerdote. Regresó a Colombia y fue profesor en colegios de Medellín, Bucaramanga y Ocaña. Nos refiere su analista doctor Edmundo Rico que el Padre Segura nació con un mérito insigne: el valor civil. Vino al mundo con una constitución efectiva temperamental en la que campean el orgullo, la susceptibilidad, la independencia de carácter, disposiciones éstas innatas que acarrean algunos errores de apreciación en el raciocinio, temperamento **nativo** que se conoce en el lenguaje científico con el nombre de **Paranoico.** Muchas virtudes y condiciones morales excelentes posee el Padre Segura, según las pruebas del juicio. En el año de 1928, estando en Barranquilla, el Padre Segura resolvió salirse de la Comunidad de Loyola a la vida secular, desoyendo la amonestación del R. P. Superior para que permaneciera en ella. Desde entonces, refiere el doctor Rico, se ha empeñado en dramática pugna contra los Jesuítas. Una serie ininterrumpida de folletos y de toda especie de publicaciones pertinentes resume esta lucha apasionada y sin cuartel: El psiquiatra ve la causa de ella en la constitución temperamental del sacerdote, análoga a la del altivo Lammenais que ensayó hace muchos años conciliar las ideas liberales con las doctrinas tradicionalistas de la Iglesia Católica, temperamento refractario a las rígidas normas de la orden de Loyola".

Como puede verse en la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal esta entidad consideró que la materia de la demanda debía dividirse en dos partes: una del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la cual se abstuvo de fallar; y otra del resorte de la jurisdicción judicial, que desató absolviendo a la Nación.

Evidentemente, como lo observó el Tribunal, la demanda contiene dos peticiones, basada la una en la actuación de los superiores de la Policía Nacional que obstaculizaron la publicación de un periódico de propiedad del actor, y fundada la segunda en la actuación culposa de los médicos legistas dependientes del Ministerio de Gobierno al declarar "loco" al Padre Segura. De cada uno de estos aspectos ha de ocuparse la Corte.

Decidió el Tribunal abstenerse de fallar sobre el pedimento del libelo que se basa en lo que éste llama "la actuación ilícita de hecho de los superiores de la Policía Nacional". Esta actuación se desarrolló así: Por medio de un tablero colocado en la parte alta donde funcionaba el Almacén Ley, en esta ciudad, el Padre Segura anunciaba, a fines del año de 1943, la reaparición de su periódico titulado "El Escándalo". El anuncio decía: "El Escándalo"—Director: José de J. Segura. Cura ex-jesuíta — Un Cura en el presidio. Por Decreto del Papa, los Curas pueden casarse. Con el doctor Laureano Gómez sobre Masonería. Pregunta de confesión: ¿Es pecado **querer**? — El divorcio autorizado por Jesucristo. Adán y San Pablo altercan sobre matrimonio—Jugando a doncella—El martes 7". El Inspector 5º Mpal. de Bogotá manifestó al Padre Segura que se abtuviera de colocar esa clase de anuncios. El Padre volvió a anunciar su periódico colocando otro tablero en que anunciaba "El Escandalo" de esta suerte: "El señor Ministro de Gobierno—Un cura presidiario

autorizó el divorcio cristiano — La mujer que no besó a su...—La limitación de los hijos—La marrana de El Burladero—¿Por qué me quitan mi tablero?". La policía retiró el expresado anuncio.

El Tribunal declaró no ser competente para pronunciarse sobre el punto de la demanda referente al decomiso de los anuncios del periódico por autoridades de la policía. Observa que al tenor del artículo 54, numeral 3º de la ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, corresponde conocer privativamente a los Tribunales administrativos de los juicios de nulidad contra los acuerdos, resoluciones y otros actos de los Concejos Municipales, y contra los **actos,** resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal, y que para restablecer el derecho particular violado pueden los organismos de lo contencioso-administrativo estatuír disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reemplazar éstas. "De tal manera — agrega — los derechos civiles y las garantías sociales que se estimen afectados o vulnerados en virtud de actos o providencias de la administración pública de los clasificados de soberanía o de imperio, deben restablecerse o repararse por la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo y no por la justicia ordinaria, y por lo tanto, este Tribunal carece de competencia para calificar la legalidad o ilegalidad de los actos y providencias administrativas de ese género a que alude la demanda, y para decidir en el fondo acerca de la acción civil de indemnización de perjuicios que se deduce contra la Nación con fundamento en tales actos administrativos".

No está de acuerdo la Corte con esta apreciación del Tribunal por las razones que en seguida expresa. Es acertado el juicio del Tribunal y son fundadas técnicamente sus observaciones en lo que se refiere a la competencia privativa de las autoridades contencioso-administrativas para conocer de las reclamaciones **por actos** de las autoridades de la rama administrativa del poder público. Mas no puede decirse lo propio respecto de **los hechos** de las mismas autoridades que lesionen intereses privados. Esta distinción entre el acto y el hecho de la administración es necesaria y muy importante para juzgar sobre la competencia. El precepto citado por el Tribunal se refiere a los actos de la administración. En cuanto a los hechos, ellos no quedan regulados por las disposiciones de la ley 167 de 1941. Por consiguiente la competencia para el conocimiento de las acciones emanadas de hechos de la administración deben regirse por las reglas comunes y son por lo mismo, del resorte de la justicia ordinaria. Esta doctrina, que ahora se reitera, ya la ha expuesto esta Sala de la Corte y puede verse ampliamente desarrollada en los fallos de 27 de septiembre y de 2 de octubre de 1947 (**Gaceta Judicial,** Tomos LXII y LXIII-bis, páginas 282 y 473 respectivamente). En la sentencia de 2 de octubre se dijo lo siguiente que ilustra la materia y fundamenta la presente decisión:

"a) Los actos jurídicos de la administración —entendiéndose como tales todas aquellas manifestaciones de voluntad generadoras de un efecto de derecho— son susceptibles de provocar el contencioso subjetivo, el cual se desenvuelve procesalmente en la acción de plena jurisdicción, encaminada a reparar el daño patrimonial causado por el acto jurídico expedido por la administración irregularmente, en su esencia o en su forma (artículo 67 de la Ley 167 de 1941). El dominio de este sistema de acciones reparatorias abarca todo el conjunto de los actos jurídicos unilaterales de los agentes públicos cualquiera que sea la denominación que en el lenguaje de la ley o de la técnica administrativa se asigne a estas manifestaciones de voluntad, siempre eso sí, que por medio de ellas se creen, modifiquen o extingan situaciones particulares o concretas de derecho en perjuicio de un particular.

b) De esta regla quedan exceptuados los actos jurídicos de la administración de naturaleza contractual, los cuales sólo originan acciones civiles y están ligados a la competencia privativa de los tribunales comunes. El contencioso de contratos pertenece de modo invariable a los jueces ordinarios, ya se trate de pactos civiles o administrativos.

c) Por regla general originan también acciones de derecho común todos los actos materiales constitutivos de delitos o culpas de los agentes públicos administrativos que causen daño a una persona, conforme al título 34 del Código Civil.

d) Solamente una clase o especie de hechos materiales ejecutados por los agentes de la administración se sustraen al imperio de esta regla, y son los causados con ocasión de trabajos públicos cuando con ellos se ocupa o daña una propiedad ajena. (Capítulo XXII de la Ley 167 citada)".

En el caso de los anuncios retirados por la po-

licía al Padre Segura no hubo acto jurídico de la administración sino acto o hecho material.

Debe por tanto la Corte ocuparse del punto de la demanda ya mencionada consistente en el hecho de haber retirado la Policía los tableros en que el Padre Segura anunciaba su periódico.

El hecho en sí considerado resulta de significación muy escasa por lo que mira al perjuicio que con ello recibiera el Padre Segura, que por otra parte no está acreditado en los autos. Es de muy poca cuantía o significado para el efecto de haber continuado la publicación del periódico, porque éste pudo seguir saliendo al público, ya que su venta y circulación no fueron prohibidas por la Policía. De otro lado, el demandante no ha ilustrado a la justicia con la presentación de los reglamentos de la Policía (cuyo conocimiento no es oficioso y obligatorio para el Juez) que ordena este género de intervenciones de la autoridad, contemplados desde el ángulo de la moralidad pública, para poder deducir si en este caso los infringió o al contrario, obró con acatamiento a sus normas.

Estas razones llevan a la conclusión de que no prospera la demanda en el aspecto contemplado.

En el segundo pedimento de la demanda se destaca la afirmación de que el Padre Segura fue declarado "loco" por la Oficina Médico Legal de Bogotá y que por ello recibió perjuicios de orden económico que deben ser indemnizados. Se afirma por el actor que la declaración de la oficina citada fue errónea, equivocada y sin fundamento científico, como se deduce de una prueba producida en el presente juicio. La Sala considera necesario detenerse muy especialmente en el examen de esta cuestión, sobre la cual descansa la viabilidad jurídica de la demanda o su insuceso.

En primer lugar conviene ver en qué condiciones se expidió el concepto de la Oficina Médico Legal y cuál es su contenido, para después examinar el concepto pericial producido durante el juicio. Y hacer su confrontación con el dictamen médico-legal.

La Dirección de la Policía, en oficio 0016-A, fechado el 7 de enero de 1944, se dirigió al Director del Departamento Nacional de Seguridad informándole que el Excelentísimo señor Arzobispo de Bogotá consideraba necesario que la Autoridad dispusiera el examen mental del Presbítero José de Jesús Segura, y que para lo que corresponderá hacer a la Policía, la Dirección ordenaba que el Departamento de Seguridad hiciera el estudio del caso y procediera en consecuencia. El asunto pasó a conocimiento de la Inspección 4ª Municipal de Bogotá, y esa oficina, el 10 de enero del mencionado año, dispuso que los Médicos Legistas reconocieran al Padre Segura y conceptuaran sobre su estado mental. Así se produjo el dictamen respectivo, en estos términos: "Oficina Central de Medicina Legal — Bogotá, enero 10 de 1944—Número 337—De acuerdo con lo solicitado fue examinado el Presbítero José de Jesús Segura, quien presenta las mismas perturbaciones mentales que se anotaron hace unos diez años cuando se solicitó un examen por razón de la publicación de su famoso periódico "El Escándalo". **Se trata de una psicosis paranoica de tipo reformista y reivindicacionista,** que lejos de modificarse se agrava con los progresos de la edad. **Sería conveniente su aislamiento y observación, en alguna casa de reposo que no fuera precisamente el manicomio, sobre todo para mejorar su mala situación económica,** y evitar el que haga publicaciones que son completamente absurdas, incoherentes y por muchos aspectos perjudiciales para cierta clase de individuos que no tienen la suficiente ilustración y no se dan cuenta de las graves anomalías psíquicas de que padece su autor. (Fdos.). Guillermo Uribe Cualla — Gustavo Sarmiento".

Se expresa en el concepto médico-legal transcrito que "sería conveniente su aislamiento y observación" (del Padre Segura) en alguna casa de reposo... sobre todo para mejorar su mala situación económica y evitar que haga publicaciones". Aconseja un aislamiento, no lo prescribe, y explica que lo considera **conveniente** (no **necesario**), **sobre todo para mejorar su mala situación económica;** es decir, para que allí, en una casa de reposo, su organismo mejor atendido se pusiera en condiciones de restaurarse; y saca, o parece sacar otra deducción: que así, mejorando su situación económica y de salud, eventualmente se evitaría que hiciera publicaciones que los médicos legistas estiman inconvenientes. Esto último es una apreciación que vá más allá del concepto solicitado. El aislamiento se indicó como conveniente **"sobre todo para mejorar su mala situación económica",** para mejorar las condiciones de vida del Padre Segura, **no por su peligrosidad, ni porque se afirmara que estaba demente.** La petición del señor Arzobispo de Bogotá a la Direc-

ción de la Policía Nacional para que se examinara al Presbítero Segura agregaba que en el caso de hallársele enfermo se le recluyera en el manicomio. Posteriormente el señor Arzobispo ratificó su pensamiento, en certificado rendido ante la Corte Suprema, donde se lee: "El suscrito Arzobispo de Bogotá, en respuesta al exhorto anterior, certifica bajo la gravedad del juramento que con fecha cinco de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro se solicitó del señor Director de la Policía Nacional que, en vista de que el Presbítero José de Jesús Segura daba muestras de enajenación mental a juzgar por sus publicaciones en 'El Escándalo', periódico que dirigía en esta ciudad, se sirviera hacer examinar de los médicos legistas al mencionado Presbítero, y, en caso de que se le hallara enfermo, se le recluyera en el manicomio" (fol. 11 v. c. número 4). Observa la Corte que no se le recluyó en el manicomio, ni se conceptuó por los médicos legistas que tal medida debía adoptarse; lo que equivale a no haberlo hallado enfermo en forma que hiciese necesaria su reclusión en el manicomio; ni dijeron los médicos legistas que aconsejaban su aislamiento en una casa de reposo **por estar demente o loco** el Padre Segura, sino que sería conveniente "sobre todo pará mejorar su mala situación económica". Las anomalías psíquicas, en concepto de los médicos legistas, no eran pues locura o demencia socialmente peligrosas. Eran las que lo caracterizaban como un paranoico de tipo reformista y reivindicacionista.

El dictamen pericial rendido en este juicio el día 13 de noviembre de 1944 por el Profesor Edmundo Rico, designado como perito único por el Tribunal a virtud de proposición de las dos partes litigantes, dice: "El Padre Segura vino al mundo con una constitución afectiva temperamental en la que campean el orgullo, la susceptibilidad, la independencia de carácter, **disposiciones éstas innatas que acarrean algunos errores de apreciación en el raciocinio. Este temperamento nativo se conoce en el lenguaje científico con el nombre de Paranoico.** Pero ello no quiere decir que el paranoico sea un demente.... Su atención refleja o voluntaria que es 'el juicio en acto', funciona normalmente. Ni su memoria de fijación ni su memoria de evocación, vale decir, la aptitud amnésica de los hechos presentes y de las reminiscencias pretéritas, ni están perturbadas, ni mucho menos están enmohecidas. Sus asociaciones y senso-percepciones imaginativas no denotan incoherencia en su funcionamiento ni ausencia de control ideativo de su engranaje. Y su juicio o raciocinio, su poder dialéctico, en una palabra, funciona con presteza, agilidad y lógica. **Su psiquismo afectivo si bien es cierto que está de acuerdo con su temperamento paranoico, no exhibe anomalías notorias que puedan hacerlo temible para la sociedad en que vive.** Por consiguiente, señores Magistrados, a la luz de las ciencias psiquiátricas y psicológicas, el R. P. Segura no es, sin lugar a la menor duda, un demente". Y concluye: "1º El Presbítero José de Jesús Segura, goza —no obstante su edad avanzada— del funcionamiento biológico de sus facultades o aptitudes intelectuales. Por consiguiente no es —y sin lugar a la menor duda— un demente. 2º Temperamentalmente, el sacerdote católico José de Jesús Segura, **posee una constitución innata, denominada paranoica,** de matiz místico pasional **cuyas manifestaciones no le hacen temible para nadie** aunque las bizarrerías de su carácter altivo e independiente, sean utópicas e irrealizables" (fls. 76 v. y 78, c. número 2).

Si se confrontan el concepto de la Oficina Médico Legal y el dictamen pericial del Profesor Edmundo Rico se encuentra que no hay entre ellos discrepancia notoria y sí puntos de analogía o coincidencia. Como se vio arriba, los médicos legistas no conceptuaron que el Padre Segura fuese un demente o un loco. Dijeron que padecía de anomalías psíquicas propias de su temperamento paranoico reformista y reivindicador. El Profesor Rico también afirma que el Padre es paranoico, al propio tiempo que dice que no es un demente. No pretende la Sala adentrarse en el estudio de las cuestiones científicas tocantes con la constitución de los estados de demencia o de locura, para aplicar las nociones y principios que gobiernan esta compleja materia al caso **sub judice.** Simplemente anota el hecho coincidente de las apreciaciones de los médicos legistas y del perito en este juicio, que afirman ser el Padre Segura un paranoico no peligroso. La prueba pericial levantada en el juicio no contradice pues lo aseverado por los médicos legistas; lo que éstos dicen está también comprendido dentro de las afirmaciones consignadas por el Profesor Rico. Y ello demuestra que el dictamen de éste último no desvirtúa el concepto médico-legal. De donde se infiere que la expedición de dicho dictamen, por no ser él erróneo o equivocado, no puede irrogar perjuicios al demandante.

Los agentes de la autoridad política del Estado que hubieron de intervenir en el caso del Presbítero Segura, el Inspector 4º Municipal de Bogotá en particular, no le dieron al concepto de los médicos legistas un sentido y alcance distintos del que surge de sus propios términos y que es el que se ha puesto de relieve en el examen anteriormente hecho en esta providencia; pues no se privó por las autoridades policivas de su libertad al Padre Segura, no se le recluyó en un manicomio, ni siquiera se le aisló en una casa de reposo, como así estimaron los médicos legistas que sería **conveniente** hacerlo. El dictamen médico-legal no declaró demente ni loco al Padre Segura, ni prescribió su aislamiento de la sociedad; y la autoridad correspondiente, ajustándose al parecer de la Oficina Médico Legal, no privó de su libertad al Presbítero Segura. La declaración de dicha Oficina no producía, por sí misma, ni produjo en realidad, daño al Padre Segura.

El se querella de perjuicios que dice se le ocasionaron como consecuencia de la declaración dada por la Oficina Médico Legal, que otras personas o entidades interpretaron en un sentido tal que con ello le causaban o le causaron al Padre Segura el daño de presentarlo ante la sociedad como un demente o un loco. Sobre esto ninguna responsabilidad le cabe al Estado, pues que si tales extremos se produjeron, ello no se causó por culpa de agentes al servicio de la Nación. La responsabilidad de ésta hay que contemplarla, como lo hace la Sala, a la luz de los actos cumplidos por empleados oficiales, como el del examen médico legal que se le practicó al demandante, que no aparece haber sido equivocado o erróneo y del cual no se deduce culpa en quienes lo practicaron, que configurara remotamente la de la Nación.

El extenso alegato presentado por el apoderado del actor ante la Corte se dirige principalmente a demostrar error en el concepto de la Oficina Médico Legal de Bogotá y a destacar las circunstancias anómalas o irregulares en que él se produjo según lo entiende el demandante. Como ya se vio en la presente decisión, tal dictamen se halla confirmado por la prueba pericial producida en el juicio, y por lo mismo carece de interés el examen de los reparos que le formula el recurrente. El principal de ellos, el de error, no prospera, por lo ya expuesto, y los otros carecen de importancia porque se refieren a la forma como el dictamen médico legal se produjo, lo que es adjetivo si se considera que él fue acertado.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia que fue objeto de la apelación, en los puntos **primero** y **tercero** de su parte resolutiva, y revocando el **segundo,** absuelve a la Nación del cargo a que él se refirió.

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

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.—PRESCRIPCION DE CORTO TIEMPO

1.—La interrupción de la prescripción sólo sobreviene con la notificación de la demanda, según la constante aplicación dada a los artículos 2525 y 2539 del Código Civil.

2.—El Decreto número 756 de 1942, además de referirse por modo exclusivo al término de caducidad señalado en el artículo 7º de la ley 160 de 1936, sobre petróleos, fue declarado inexequible por la Sala Plena de la Corte.

3.—El artículo 2358 del Código Civil contiene en su segunda parte la regla de que las acciones reparatorias del daño que puedan ejercitarse CONTRA TERCEROS RESPONSABLES, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto, lo que implica necesariamente la coexistencia en el hecho culposo que origina la obligación de resarcir el perjuicio de un actor material y de otra persona obligada a responder por él en virtud de ciertos vínculos que la ley ha establecido en el Título XXXIV del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

En la acción ordinaria promovida por el señor Luis Sáenz Fety contra el Estado colombiano para el reconocimiento de los perjuicios materiales y morales a que cree tener derecho por haber sido lesionado en un accidente ferroviario el día 14 de abril de 1942 recayó la sentencia absolutoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 7 de noviembre de 1945.

Contra esta resolución fue concedido al demandante el recurso de apelación para ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, que va a decidir en última instancia con base en la siguiente relación de antecedentes, según aparece del libelo con que la demanda se inició.

En el día indicado —4 de abril de 1942— viajaba el señor Sáenz Fety de Ibagué para El Espinal en un automóvil de su propiedad y al atravesar el pasanivel en donde la línea férrea atraviesa la carretera en el sitio denominado "Guaraguao" fue atropellado por la locomotora número 41 que conducía el tren de las 4 de la tarde, en la línea Girardot-Tolima-Huila, el cual hacía el recorrido de la ciudad de Ibagué a El Espinal.

A consecuencia del accidente el demandante afirma que fue destruído completamente el automóvil en que viajaba; y que, además sufrió algunas heridas que le acarrearon tres meses de incapacidad absoluta para trabajar y le impusieron los gastos indispensables para su curación, todo lo cual le ha ocasionado los perjuicios cuyo resarcimiento exige del Estado, representado por el Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad que tiene a su cargo y bajo su administración la línea Girardot-Tolima-Huila.

Respecto a las causas del accidente se pronuncia así:

"2º En la carretera ha faltado o faltaba al menos entonces, la señal reglamentaria para indicar la proximidad del cruce con la línea férrea, y faltaba también la barrera para cerrar el tránsito por la carretera en los momentos del paso del tren, o el guardián que lo advirtiera.

"3º El cruce de las vías tiene lugar en una curva, y por la disposición de unos árboles y maleza que entonces había al lado de la carretera, era imposible para quien fuera por ella ver la proximidad del convoy férreo".

El Tribunal instado encontró que las pruebas del proceso no eran suficientes para acreditar siquiera la existencia del accidente, y desde luego la culpabilidad del Estado, por lo cual hubo de absolverlo de todos los cargos de la demanda.

Aunque en la segunda instancia se produjeron por las partes nuevos elementos de juicio, sin embargo la Sala se abstiene de examinarlos por ahora, ya que habiéndose propuesto ante el Tribunal y alegado ante la Corte la excepción de prescripción extintiva de la acción es su deber,

conforme a expresas reglas procesales, decidir primero tal extremo de la controversia.

La excepción

Resulta de las constancias procesales que el 3 de diciembre de 1942 fue introducida al Tribunal la demanda de que se trata, y que por haberse dirigido contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y por motivo de defectos formales en el poder conferido por Sáenz Fety al doctor Pablo Salah Villamizar hubo de ser rechazada mediante auto expedido el diez del mismo mes; y además, que negada como fue la reposición de la providencia mencionada, la Corte Suprema, ante la cual se recurrió en apelación, revocó lo resuelto por el inferior, ordenando darle al negocio el curso legal correspondiente.

Más tarde, con fecha 9 de diciembre de 1944 el apoderado del actor elevó al Tribunal un nuevo escrito corrigiendo el anterior en el sentido de demandar a la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por los perjuicios de que se habla; y esta nueva demanda, admitida por auto del cuatro (4) de abril del año siguiente (1945), le fue notificada al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales el 30 del mismo mes, funcionario que la contestó el 12 de mayo del citado año.

De acuerdo con estos antecedentes resulta incuestionable que si bien la demanda primitiva se propuso dentro del término hábil no produjo ella el efecto de interrumpir la prescripción extintiva de la acción indemnizatoria, tanto por haber sido sustituída por otra cuanto porque este fenómeno —el de la interrupción— sólo sobreviene con la notificación de la demanda, según la constante aplicación dada a los artículos 2524 y 2539 del Código de la materia.

Querría ello decir que para la fecha en que la notificación se hizo estaba prescrita la acción y extinguido el derecho a reclamar la indemnización por parte del señor Sáenz Fety. Alega el nuevo apoderado de éste, doctor Rafael Durán Trujillo, que en virtud de un decreto expedido por el Gobierno Nacional "la prescripción se suspende con la sola presentación de la demanda". No es procedente esta observación, porque el decreto indicado —número 756 de 1942— además de referirse por modo exclusivo al término de caducidad señalado en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, sobre petróleos, fue declarado inexequible por la Sala Plena de la Corte.

Mas, aunque ambas partes han entendido que se trata de la prescripción de tres años consagrada en el segundo inciso del artículo 2358 del Código Civil, no obsta tal circunstancia para que la Corte resuelva el punto en controversia con base en un precepto legal distinto al considerar, como considera equivocados los puntos de vista tanto del excepcionante como del actor respecto a la disposición aplicable al caso del litigio.

En efecto, según se relata en el libelo con que la acción se promovió, el accidente fue originado por faltar en el lugar del siniestro las señales reglamentarias destinadas a indicar la proximidad de los trenes o las barreras que cerraran el tránsito por la carretera en los momentos en que ésta era atravesada por el convoy en marcha; y, de otro lado, porque el cruce de las vías se hace en una curva que por la presencia de los árboles y malezas que del lado de la carretera existen impiden la debida visibilidad y hacen peligroso el tránsito de los vehículos por aquel trayecto.

Ahora bien, siendo estos hechos los únicos que dan la medida de la imputabilidad culposa que trata de deducirse a la entidad demandada —el Estado— lógicamente se reflejan ellos en la índole de la acción y en los plazos de la prescripción de la misma. El artículo precitado contiene en su segunda parte, la regla de que las acciones reparatorias del daño que puedan ejercitarse **contra terceros responsables,** prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto, lo que implica necesariamente la coexistencia en el hecho culposo que origina la obligación de resarcir el perjuicio de un actor material y de otra persona obligada a responder por él en virtud de ciertos vínculos que la ley ha establecido en el Título XXXIV del Código Civil. En el presente negocio no se estructura la figura de la responsabilidad por otro o indirecta, que es la contemplada en la disposición ya citada porque el hecho u omisión causantes del perjuicio no se localiza en una persona individualmente considerada, por la cual deba responder la entidad pública demandada, sino que la imputación se endereza contra ella misma y no contra ninguno de los funcionarios o agentes de su dependencia. No hay razón a estudiar, por tanto, el grado de la responsabilidad que al demandado puedan aparejar los hechos u omisiones de que se habla como ocurriría por ejemplo, si la culpa del desastre se atribuyera a un acto del conductor del tren, del maquinista o de cualquier otro agente

o empleado que por razón de sus funciones hubiera tenido intervención en la actividad causante del daño.

En las condiciones y dentro del preciso marco en que la presente acción reparatoria se configura la Corte no vacila en afirmar que no se trata de deducir una responsabilidad indirecta a cargo del Estado y que, por la misma razón, la regla aplicable a la prescripción extintiva invocada no es la del artículo 2358 en su último inciso; o sea que el plazo trienal en él establecido no es la base legal para resolver sobre la excepción propuesta.

Dilucidado este punto, bastará simplemente para arribar a una conclusión satisfactoria afirmar que tampoco el inciso primero resulta aplicable a la litis por cuanto establece que las acciones civiles ejercitables contra los que sean punibles por el delito o la culpa se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal, lo que importa la conjunción de varios elementos que aquí no concurren, como son la punibilidad del responsable civilmente o de un hecho sancionable por la ley penal. Sólo entonces las acciones enderezadas a obtener la indemnización del daño causado por el ilícito caen bajo las regulaciones anteriores para los efectos de determinar los plazos de prescripción.

Fuera de los dos plazos contemplados en el artículo 2358 deben operar los términos comunes señalados en la ley para la prescripción extintiva de las acciones ordinarias, y es precisamente el caso de autos.

Por estos motivos la Sala estima que la excepción propuesta no puede prosperar y que por consiguiente la demanda se instauró dentro de tiempo hábil y debe abocarse su conocimiento de fondo.

La acción

Para el sentenciador de primer grado no se halla acreditado procesalmente ninguno de los elementos que estructuran la responsabilidad civil; y respecto a la existencia misma del hecho, el Tribunal se pronuncia así:

"Un requisito general, más elemental y necesario que los anteriormente dichos, es el de la imputabilidad, consistente en que el hecho dañoso pueda ser atribuído al demandado, en calidad de autor de él.

Este requisito flaquea en el presente caso, por cuanto de las pruebas producidas en el proceso no aparece con precisión determinado tal punto, no hay un testigo que haya presenciado el siniestro, las condiciones de éste, las circunstancias de lugar, tiempo, modo, etc.

Las pruebas allegadas se refieren a una etapa posterior a los momentos anteriores a la consumación del accidente y al momento mismo de consumación de éste; es decir, que no se puede considerar acreditado que fue un convoy del ferrocarril Girardot-Tolima-Huila el que produjo el accidente, por cuanto nadie lo atestigua, nadie vio tal accidente en el momento de producirse, o momentos antes que permitan considerarlo así.

Una copia de una diligencia de inspección ocular practicada por el Inspector Municipal de Policía de El Espinal se refiere al momento en que se trasladó, por haber tenido conocimiento del accidente, al lugar en que tuvo lugar éste; pero es lo cierto que, conforme se decidió cuando tal prueba se presentó, no se puede recibir como tal, ya por no haberse presentado en las oportunidades previstas por la ley, ya porque su forma de producción, en el momento en que fue presentada, era y es inadmisible, por cuanto la producción debía sujetarse a la forma prevista en el artículo 636 del C. J.

En síntesis, a lo sumo pueden considerarse presentes algunos indicios no graves, que no forman la plena prueba de que el accidente fue producido por intervención de un convoy del citado ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, en el sitio llamado "Guaraguao".

El hecho en sí mismo, el choque, arrollamiento, no está demostrado: y por ende, el razonamiento lógico de que determinado choque o atropello fue producido por la parte demandada o por empleado o agente suyo, se hace imposible.

Los daños observados en el automóvil, han podido tener origen distinto al choque que en la demanda se presenta como causa de él; pero mientras no se demuestre esta relación de causalidad, sobra entrar a examinar otros factores constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual: la condenación de la parte demandada no puede proferirse, ya que ni siquiera se puede atribuír a ella el hecho mismo".

Las nuevas evidencias aducidas en esta segunda instancia varían un tanto la situación probatoria del proceso. Así resulta —sobre todo— en relación con el hecho fundamental que da origen al litigio y que el Tribunal puso en duda por ausencia de una demostración adecuada.

En efecto, con la certificación jurada del doctor Fulgencio Lequerica Vélez, corroborada con la del actual Magistrado de la Corte Suprema de Justicia doctor Salamanca y por la declaración del doctor Enrique S. Góngora, puede darse por establecido el hecho de que el 4 de abril de 1942 se produjo cerca de la estación de El Espinal el choque entre el carro conducido por el demandante y el tren de la línea Girardot-Tolima-Huila que a esa hora circulaba por el indicado lugar. Así lo afirma con toda claridad y precisión el certificante doctor Lequerica Vélez, quien viajaba en el tren del siniestro y por tal motivo da noticia de las heridas sufridas por el señor Sáenz Fety y de los graves desperfectos del automóvil a consecuencia del choque. El apoderado de la parte demandada trata de destruír la fuerza probatoria de este testimonio; pero para la Corte, además de su propio valor como presunción altamente atendible por las condiciones del sujeto declarante y la claridad y precisión de su relato (artículo 696), tiene en cuenta que aparece ampliamente confirmado por el dicho del doctor Hernán Salamanca, quien si no consigna con la misma precisión los hechos materia de la averiguación, en cambio sí los ratifica en cuanto a sus aspectos principales; de manera que lejos de haber desacuerdo entre las dos deposiciones, éstas se complementan y concuerdan en lo sustancial. De otra parte, el indicado relato acerca de la existencia del siniestro cobra mayor consistencia frente a la deposición del doctor Enrique Góngora, médico titulado de El Espinal, a quien correspondió atender al demandante en su calidad de herido el 4 de abril del indicado año de 1942 (cuaderno número 2, folio 23).

Dilucidada en esta forma la cuestión principal que la demanda suscita, debe examinarse si los demás elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual se encuentran acreditados en forma, especialmente la culpabilidad en el accidente de la entidad demandada.

El actor presenta como causa del accidente que el cruce de las vías —la carretera y la línea férrea— se hace en una curva que imposibilita observar el paso del tren, sobre todo por la existencia de árboles y malezas al lado de la carretera. También indica como posible origen del accidente la falta de barrera o señales para indicar el paso de los trenes.

En realidad, no expresa debidamente la demanda —ni las probanzas del juicio permiten deducirlo— en qué circunstancias de modo el accidente se produjo, o en otros términos cuáles fueran las causas próximas del mismo. Ahora bien, aunque es evidente que la circulación de los trenes por las vías férreas implica una actividad peligrosa de suyo, en el presente caso no hay lugar a presumir culpa de la entidad demandada ya que a su vez la parte actora ejercitaba en el instante del siniestro una actividad igualmente peligrosa como es el manejo de un automóvil; y de ahí que no pueda entrar en juego culpa presunta alguna y sea necesario demostrar la que tuviera la empresa y sin la cual no se había producido el accidente.

A algunas deposiciones de testigos presentadas por el actor, la persona pública demandada opone una inspección ocular practicada dentro del juicio con asistencia de peritos, y con esta prueba trata de imputar la culpa del siniestro a la propia víctima.

Pertenecen a la exposición pericial, los siguientes pasajes:

"Al pie del paso nivel, la anchura de la carretera entre cunetas, es de ocho (8) metros y la anchura total entre los cercos que la limitan es de catorce (14) metros. A los cuatrocientos cuarenta (440) metros a partir del pasanivel, la anchura de la carretera entre cunetas es de nueve (9) metros y la anchura total es de trece con treinta (13 metros con 30 centímetros). Esta anchura se conserva casi uniforme en los cuatrocientos cuarenta metros (440 metros), siendo su visibilidad muy completa, pues es una recta. Aclaramos que esta longitud de cuatrocientos cuarenta metros, es en el sentido de la carretera tomada en la dirección Espinal-Chicoral o sea de la margen izquierda de la carrilera tomando ésta en su dirección Neiva-Espinal o sea su costado occidental en este sitio... Desde los cuatrocientos cuarenta metros antes de llegar al pasanivel en la dirección Chicoral-Espinal, pudimos apreciar una visibilidad completa desde la carretera sobre la línea férrea hacia el sur, que precisamente era de donde venía el ferrocarril que chocó con el automóvil del demandante. Esta observación la hicimos desde un automóvil. Al acercarnos más al pasanivel, pudimos verlo claramente desde una distancia de doscientos (200) metros. Observamos también la llegada al pasanivel del tren de pasajeros que venía de Neiva hacia El Espinal a las diez y media de la mañana de este mismo día y oímos claramente una

pitada cuando estaba bastante retirado del pasanivel y tres cuando estaba próximo a llegar a aquel lugar. Oímos también la trepidación del convoy a una apreciable distancia antes de llegar al citado pasanivel... Con el mismo automóvil de que nos servimos para hacer las observaciones sobre visibilidad de la carretera y que es un Chevrolet modelo 39 de cinco puestos, placa 0482 del Tolima, nos pusimos a una velocidad aproximada de cincuenta kilómetros y tomando la dirección Chicoral-Espinal que es la misma que llevaba el automóvil del señor Sáenz cuando chocó con el ferrocarril, y ya próximos a llegar tanto el tren como nosotros en el automóvil el señor Emilio Acosta, perito principal, aplicó los frenos. Pudimos observar por las huellas que dejaron las llantas en el piso de la carretera que el automóvil se había detenido a una distancia de cuatro metros con diez centímetros (4 mts. 10 ctms.) y habiendo quedado a una distancia de la línea férrea de diez metros y una distancia de cuatro metros con cuarenta centímetros del lugar donde está tendida la cadena de prevención, cadena ésta que se puede apreciar en las fotografías que tuvimos a la vista en esta diligencia... Consideramos que dada la visibilidad de la carretera sobre la línea férrea, pues como lo hemos expuesto en el punto segundo de este cuestionario, la carrilera se empieza a ver desde los cuatrocientos cuarenta metros antes de llegar al pasanivel y este pasanivel se empieza a ver doscientos metros antes de llegar a él. Un conductor de automóvil de mediana inteligencia y cuidado disminuye la velocidad de la marcha para poder pasar sin peligro alguno la línea férrea. Dado el caso de que el conductor hubiese ido demasiado distraído y no hubiera visto la carrilera, cosa que parece imposible, y no hubiera oído la trepidación del convoy y los pitos de la locomotora, hubiera podido evitar el accidente, frenando o en caso de que los frenos no hubiesen accionado, hubiese podido virar hacia la izquierda o hacia la derecha paralelamente a la línea férrea sin peligro alguno, ya que pudimos comprobar que la anchura de esta zona de la carretera comprendiendo la zona del ferrocarril da un espacio suficiente para el paso de un automóvil en sentido paralelo con la carrilera...

Consideramos que un chofer que venga conduciendo un automóvil por primera vez por esta carretera en sentido Chicoral-Espinal, necesariamente tiene que disminuír la velocidad de la marcha antes de llegar al pasanivel, pues pasando éste y a una distancia de unos cincuenta metros aproximadamente hay una curva muy forzada sobre esta misma carretera que obliga pasar el pasanivel a una velocidad que no puede exceder de quince kilómetros por hora y por lo tanto se evitaría cualquier posible colisión con un tren que cruzase en estos momentos por este mismo sitio. Es tan fuerte esta curva y la topografía del terreno tan clara que da la sensación de que allí se terminara la carretera, pues allí se encuentra una casa perfectamente al frente de la susodicha carretera. Esto considerando que el chofer que conduce el vehículo sea consciente de su responsabilidad".

En la inspección ocular de que se habla, visible a los folios 12 a 16 v. del cuaderno número 3, el Juez Civil del Circuito de El Espinal, comisionado al efecto, hizo por su parte las siguientes observaciones, después de describir detalladamente el lugar en que el accidente se produjo, y de expresar que la topografía del terreno es plana, de escasa arborización, y que no existen allí barrancos o elementos de ningún género que impidan o estorben la visibilidad a larga distancia. "Considera este despacho que viniendo un conductor experto y empleando mediana inteligencia y cuidado en la conducción de su vehículo en dirección Ibagué-Espinal, a la hora indicada—diez y treinta minutos de la mañana—tiene una visibilidad perfecta de cuatrocientos metros antes de llegar al pasanivel del kilómetro veinte (20) ya citado; marchando el vehículo a una velocidad de cincuenta kilómetros por hora, que es por norma general, la marcha regular de los vehículos en esta región, puede frenar su aparato en un espacio de cinco metros, sin peligro ninguno. En el caso muy imposible de que el vehículo o automóvil vaya a chocar con el tren, su conductor puede virarlo hacia la izquierda o hacia la derecha y encuentra espacio suficiente para evitar cualquier incidente, ya que la zona de la carrilera en este trayecto, tiene amplio espacio sin peligros de ninguna naturaleza".

De otro lado arroja el proceso prueba suficiente para acreditar el hecho tercero de la demanda, o sea el consistente en que en el pasanivel de que se trata, y en el cual tuvo lugar el accidente, no existía a la época en que éste se produjo barrera para cerrar la circulación en el cruce de la carretera y la ferrovía en el momento del paso de los trenes o el guardavía encargado de advertir del peligro a los transeúntes. En efecto, Sa-

lomón Robles, quien había rendido el 21 de abril de 1942 declaración ante el Juzgado del Circuito de El Espinal la ratificó posteriormente en la segunda instancia del juicio, y sobre el punto en cuestión dice (cuaderno de pruebas de la Corte, folio 9): "Es un hecho evidente que en ningún punto de la carretera ni del ferrocarril existe barrera guarda-línea ni señal visible alguna que indique la proximidad del pasanivel".

La deposición de José A. Bravo en el mismo sentido no fue ratificada, y por ello carece de valor probatorio, lo mismo ocurre con la rendida por el señor Franco Ortegón. Pero, no obstante esto, hay base probatoria para estimar que el día del siniestro no existía la cadena o señal adecuada para indicar la proximidad de los trenes o, que por lo menos, éstas no se usaron pues en caso contrario el carro en que viajaba el señor Sáenz Fety hubiera sido detenido oportunamente.

Se desprende de todo lo anterior que —como en varias ocasiones la jurisprudencia de la Corte lo ha resuelto— en el actual proceso existe una concurrencia de culpas, porque si bien la empresa ferrocarrilera oficial no había establecido en el lugar adecuado los instrumentos de previsión necesarios, de otro lado la conducta del conductor del vehículo no fue lo suficientemente previsora para evitar el siniestro.

El perjuicio

De dos clases de perjuicios se querella el demandante: el que resulta de la destrucción del automóvil que manejaba y el correspondiente a las lesiones personales que sufrió.

En cuanto al primero no aparece de los autos comprobación ninguna, pues apenas lo afirma el demandante en su libelo; y la certificación del doctor Fulgencio Lequerica Vélez, atrás aludida, sólo dice que "se efectuó un accidente de tránsito consistente en el choque de un automóvil de pasajeros con el convoy férreo, de cuyas resultas el automóvil quedó seriamente lesionado". Pero no basta esto para dar por acreditado que, como se expresó en la demanda el vehículo quedara totalmente destruído e inservible; pues para apreciar las características del daño hubiera sido necesario una prueba más completa como la que se trató de obtener —y no se obtuvo— con la diligencia de inspección ocular practicada por el Inspector Municipal de Policía de El Espinal que desestimó el Tribunal por razones que la Corte comparte. En tales condiciones, no puede la Sala hacer una condenación por este concepto.

Las lesiones personales sufridas por el señor Sáenz Fety aparecen comprobadas con varias declaraciones de testigos, no así la cuantía de los perjuicios derivados de las mismas, por lo que la Corte habrá de hacer sobre este extremo del pleito una condenación **in abstracto,** tanto en lo que respecta al daño emergente como al lucro cesante concretado en la incapacidad que para trabajar como antes tuviera el actor como consecuencia directa del siniestro. Para la liquidación de tales perjuicios deberán tenerse en cuenta las siguientes bases, a saber: además de las probanzas del expediente, la de las sumas que el señor Sáenz Fety hubiera cubierto como gastos de tratamiento médico para la curación de las heridas que recibió en el accidente; y, de otro lado, la del tiempo en que estuvo incapacitado para trabajar como antes, así como la de su capacidad de producción anterior al siniestro.

De las cifras numéricas que se obtengan, tanto por concepto de daño emergente como de lucro cesante habrá de descontarse el cincuenta por ciento, pues estima la Corte que la concurrencia de culpa se produjo en el mismo grado para ambas partes del juicio, y, que por consiguiente, sólo en la mitad debe ser condenada la persona pública demandada.

En cuanto al daño moral tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, como no se ha comprobado su existencia ni aparece del auto ninguno de los factores que deben integrarlo, será forzoso absolver por ellos a la Nación.

De acuerdo con lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo recurrido y en su lugar resuelve:

1º Declárase al Estado colombiano, representado en el juicio por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, responsable en los términos del presente fallo, de los perjuicios sufridos por el señor Luis Sáenz Fety en el accidente de tráfico ocurrido el día 4 de abril de 1942.

2º En consecuencia se condena a la persona pública demandada al pago de los perjuicios materiales sufridos por el actor con motivo de las lesiones personales que el referido accidente le produjo, y las cuales serán fijadas en cifra numérica de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial y con las deducciones ordenadas en la motivación de esta sentencia.

3º Absuélvese al Estado de los demás cargos de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE AEREO

En el caso del proceso el accidente corre a cargo de los agentes del Estado por no haber provisto de gasolina en cantidad suficiente el avión que conducía a los pasajeros.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló así la demanda que contra la Nación propuso Raquel Monje C. en su propio nombre y como representante de su hija Olga Monje o Salamanca:

"Primero. Declárase probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la señora Raquel Monje para demandar en este juicio. Segundo. Decláranse no probadas las excepciones de fuerza mayor o caso fortuito y de prescripción alegadas por el representante de la parte demandada. Tercero. Declárase, en consecuencia, que la nación colombiana es civilmente responsable de la muerte del señor Miguel Salamanca Aguilera, ocurrida el 27 de agosto de 1941 a virtud del accidente sufrido por el avión Ford número 644 de propiedad del Gobierno Nacional en el punto de La Pedrera, Intendencia del Amazonas. Cuarto. Condénase **in génere** a la Nación a pagar a la menor Olga Montejo o Salamanca, representada por su madre natural la señora Raquel Monje, los perjuicios materiales causados a ella con la muerte de su padre natural, el citado Miguel Salamanca Aguilera. Parágrafo. El monto de tales perjuicios se liquidará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta al hacerlo, las bases y consideraciones consignadas en la parte motiva de este fallo. Quinto. Se absuelve a la Nación del pago de perjuicios morales (subjetivos y objetivados), y del pago de intereses reclamados en la demanda".

De este fallo apelaron las dos partes interesadas en el juicio.

En la segunda instancia el asunto recibió el trámite legal, se produjeron varias pruebas pedidas por el actor, se recibió el alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil —pues el demandante se abstuvo de alegar— y el juicio se halla en estado de ser fallado por medio de la presente decisión.

Los hechos

Según la demanda son éstos los que originan el juicio:

"Primero. El día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno el avión marca Ford número seiscientos cuarenta y cuatro, que viajaba entre el Municipio de Leticia y la base aérea llamada Tres Esquinas, en las regiones del sur de la República, se cayó en la selva, destruyéndose por completo, lo cual ocurrió en jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, Intendencia o Comisaría (sic) del Amazonas. Segundo. Entre las personas que viajaban en el citado avión se encontraba el señor Miguel Salamanca Aguilera, quien pereció en el siniestro. Tercero. El señor Miguel Salamanca Aguilera desempeñaba al morir el cargo de Administrador Mensajero Aéreo al servicio del Gobierno Nacional, viajaba el día del siniestro en cumplimiento de sus obligaciones oficiales inherentes al cargo que desempeñaba, y por virtud de su cargo oficial, era transportador en dicho avión. Cuarto. El señor Miguel Salamanca Aguilera era una persona pobre, de muy buenas condiciones personales, profesionales y sociales, y entre sus cualidades principales se destacaba la de ser un diligente y afectuoso miembro de familia. Quinto. Mi mandante Raquel Monje C. hizo vida conyugal con Miguel Salamanca Aguilera durante varios años y hasta la fecha de la muerte de éste, obteniendo de esa unión a la niña Olga Monje o Salamanca ya mencionada. Sexto. La menor Olga es hija natural de los citados Miguel Salamanca Aguilera y Raquel Monje C. y así fue reconocida en forma legal por el primero antes de su muerte, y es su heredera universal. Séptimo. Las

citadas Raquel Monje y Olga Monje o Salamanca eran sostenidas económicamente por parte de Miguel Salamanca Aguilera, han sido y son personas muy pobres, pues en realidad carecen por completo de todo patrimonio distinto al crédito que ahora tratan de hacer efectivo contra la Nación, por lo cual el siniestro aéreo mencionado ha causado graves perjuicios materiales y morales a mis mandantes. Octavo. El avión mencionado pertenecía a la Nación el día del siniestro, estaba destinado por el Gobierno Nacional para el servicio oficial de transporte en las regiones del sur de la República, y, en todo caso, estaba al cuidado o guarda jurídica de la Nación ese día. Noveno. En el momento del siniestro el avión hacía uno de sus viajes reglamentarios y estaba manejado por empleados de la Nación.

Peticiones de la demanda

Se solicita en ella que se declare:

"A) Que la Nación colombiana es civilmente responsable, por culpa civil, real o presunta, de carácter extracontractual, de los perjuicios causados a Raquel Monje C. y de los causados a la menor Olga Monje o Salamanca con el siniestro ocurrido al avión marca Ford número 644 el día 27 de agosto de 1941 en la selva del sur de la República, jurisdicción del corregimiento de La Pedreda, Intendencia o Comisaría (sic) del Amazonas, en cuanto a consecuencia de ese siniestro pereció el señor Miguel A. Salamanca Aguilera. B) Que, en consecuencia, se condene a la Nación a pagar a Raquel Monje C. y a la menor Olga Monje o Salamanca, dentro del término legal, la suma de pesos que se fije por peritos o que fije el Tribunal con arreglo a derecho como valor en dinero de los perjuicios causados a las mismas Raquel Monje C. y Olga Monje o Salamanca con el referido siniestro, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha del siniestro hasta el día del pago. C) Subsidiariamente a las peticiones inmediatamente anteriores: Que la Nación es civilmente responsable, por culpa civil, real o presunta, de carácter contractual, de los perjuicios causados a Raquel Monje C. y causados a la menor Olga Monje o Salamanca mediante el siniestro ocurrido al avión marca Ford número 664 el día 27 de agosto de 1941 en la selva del sur de la república, jurisdicción del Corregimietno de La Pedrera, Intendencia o Comisaría (sic) del Amazonas, en cuanto a consecuencia de ese siniestro pereció el señor Miguel Salamanca Aguilera, y que, en consecuencia, se le condene a pagar a las mismas Raquel Monje C. y Olga Monje o Salamanca la suma de pesos que se fije con arreglo al derecho como valor en dinero de los perjuicios causados a cada una de ellas con el referido siniestro, más los intereses legales de esa misma suma computados desde la fecha del siniestro hasta el día del pago. D) Subsidiariamente a todas las peticiones anteriores: Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios causados a Miguel Salamanca o Aguilera mediante el siniestro ocurrido al avión marca Ford número 644 el día 27 de agosto de 1941 en la selva del sur de la república, y que, en consecuencia, se le condene a pagar a la sucesión del mismo Miguel Salamanca Aguilera, dentro del término legal, la suma de pesos que se fije con arreglo al derecho como valor en dinero de los perjuicios causados al mismo Salamanca o Aguilera mediante el referido siniestro, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha del siniestro hasta el día del pago.

Fundamentos de derecho

Expresa la demanda que los perjuicios cuya indemnización se reclama fueron causados: bien, por el solo hecho dañoso del avión mencionado, el cual puede imputarse a culpa civil de la Nación cometida a causa o con ocasión del establecimiento y funcionamiento del servicio público de aviación o por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda en general del avión mencionado; bien por hecho o culpa civil de alguno o algunos de los dependientes de la Nación cometida por causa o con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas al servicio público de aviación; ya por virtud de culpa civil realmente cometida por la Nación o por su representante por causa o con ocasión del establecimiento y funcionamiento del servicio público de aviación, o por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda en general del avión mencionado, o bien, por virtud de todas las causas que se dejan indicadas. Como disposiciones legales pertinentes dice el libelo que las peticiones A) y B) se fundan en el título 34 del libro IV del Código Civil; en cuanto a las peticiones de las letras C) y D), en los títulos 12 y 26 del mismo libro IV del Código Civil.

Consideraciones de la Corte

El Tribunal encontró debidamente demostrada la personería sustantiva de la menor Olga Monje o Salamanca en su condición de hija natural de Miguel Salamanca Aguilera. La demostración de este hecho es satisfactoria, pues se acompañó el reconocimiento del hijo hecho por el padre en el acta de nacimiento producida por petición del primero en el corregimiento de Curiplaya, Tres Esquinas, el 8 de marzo de 1941, y además se acompañó la copia del auto que declara heredera del causante a dicha menor en su calidad de hija natural.

Negó el Tribunal personería a Raquel Monje para cobrar perjuicios por causa de la muerte de Miguel Salamanca, por falta de interés jurídico en razón de no ser esposa legítima de aquél. Sobre este punto hace la Sala más adelante las consideraciones que son pertinentes y que la llevan a estar de acuerdo en que la acción en el presente juicio la tiene solamente la menor Olga.

Hay pruebas en los autos, y acuerdo de las partes sobre su interpretación, que demuestran los siguientes hechos:

Que el día 27 de agosto de 1941 el avión 644 perteneciente a la Nación y que hacía el servicio oficial de transporte en el sur de la república cayó en la selva, destruyéndose por completo, cuando viajaba entre Leticia y la Base Aérea llamada Tres Esquinas (folio 21, c. 2). Que el día del accidente el avión estaba al servicio del Estado y era manejado por empleados suyos, el Mayor Alvaro Almeida y el Capitán Jacobo Wiesner (folios 18 c. y ss. c. 2). Que Miguel Salamanca Aguilera tenía el cargo de Administrador Mensajero aéreo por nombramiento que le hizo el Ministerio de Correos y Telégrafos en Resolución número 453 de 1937 (f. 8 v., v. 2); que viajaba en el avión en cumplimiento de las obligaciones de su cargo y que pereció a consecuencia del accidente (fls. 9 y 21, cuaderno citado).

2) La responsabilidad del Estado

El transporte de Miguel Salamanca Aguilera hecho por el Estado en el avión 644 no se ajustó como contrato que quedase sujeto a las reglas que son propias de esas convenciones, pues el mensajero aéreo viajaba como empleado en desempeño de sus obligaciones al servicio de la Nación, dueña del vehículo que sufrió la caída; no era aquél un pasajero de empresa de transporte; se le conducía en un aparato de la Fuerza Aérea Nacional en virtud de una obligación que el Estado asumía de transportarlo. No siendo ese transporte contractual, las reglas jurídicas que lo gobiernan son necesariamente las que rigen el régimen extra-contractual de las obligaciones nacidas de hechos o actos de que responde una persona y que causan daño a otra.

La culpa del Estado se configura en este caso a través de la culpa de sus agentes y ya la ha declarado la Corte para el mismo siniestro aéreo en demandas de otras personas contra la Nación. El accidente se debió únicamente a falta de aprovisionamiento de gasolina, lo que acusa un manifiesto descuido en el personal de aviación que tenía a su cargo la dotación y cuidado del aparato". Las causas que motivaron el accidente —dice el informe rendido por la comisión investigadora, (f. 21, c. 2)— según los resultados de las investigaciones hechas, **se debió únicamente a falta de gasolina"** (subraya la Sala). Y agrega: "Distribución proporcional de los factores que influyeron en el accidente, calculada por porcentaje: el total del porcentaje tendrá que dar 100 por 100: A) piloto (por descuido) 50 por 100; B) piloto (por inexperiencia) 10 por 100; H) circunstancias locales, 15 por 100; I) otros factores, 10 por 100; J) culpa indefinible, 15 por 100. 15. Observaciones y recomendaciones de la Comisión Investigadora del accidente: 1º Capacidad de los tanques de gasolina del avión. 2º Consumo del motor o motores. 3º Número de tripulantes del avión. 4º Capacidad de carga útil del avión en ruedas y flotadores. 5º No cambiar los mecánicos del avión momentos antes de salir una máquina a crucero. Firmas, miembros comisión investigadora del accidente. (Firmados: F. D. O. S. Cap. Luis F. Pinto, Tte. Gustavo Artunduaga, J. Mariño)".

Claramente se deduce de la parte transcrita del informe rendido por la Comisión Investigadora que el siniestro se produjo por la falta de gasolina y que el más alto porcentaje entre los factores que determinaron el accidente corre a cargo de los agentes del Estado, por no haber previsto de gasolina en cantidad suficiente al avión.

El perjuicio

Hallándose comprobada la culpa del Estado, procede señalar la responsabilidad civil económica que le corresponde a la Nación por el daño

causado a la menor Olga Monje o Salamanca por la muerte de su padre.

Está acreditado en los autos que Miguel Salamanca devengaba en su empleo de Administrador Mensajero Aéreo la suma de cien pesos mensuales ($ 100.00), y esta es la base principal para el cálculo del perjuicio que se reclama, fundado en la asistencia económica que el padre prestaba a su hija. Refiriéndose a este punto el señor Procurador Delegado en lo Civil observa que la prueba testimonial que al respecto existe en el expediente no es plena porque los testigos no expresan las razones por las cuales les consta personalmente los hechos que relatan, ni indican en forma satisfactoria circunstancias de tiempo, modo y lugar. La Sala ha examinado esos testimonios y de su estudio llega a la conclusión de que sí son admisibles y que de ellos resulta comprobada plenamente la asistencia económica a que se hace referencia.

En la declaración de José J. Castillo, recibida en la segunda instancia, se lee lo siguiente: "Al llegar yo a la base aérea de Tres Esquinas donde desempeño mi cargo, en noviembre de 1939, lo encontré viviendo en el Corregimiento de Curiplaya y desempeñando el puesto de Administrador de Correos en la Base, hasta agosto de 1941 en que ocurrió el siniestro aéreo y él perdió la vida. Como médico y como amigo de Miguel Salamanca Aguilera me consta que él hacía vida marital permanente con la señorita Raquel Monje. Como médico y amigo de él me consta que de la unión o vida marital hubo dos niños de nombres Miguel y Olga, a quienes él reconocía como sus hijos dándoles el trato de tales y **sosteniéndoles económicamente por completo".** (Fl. 26 v. c. 4). Favio Romero Varela declara (f. 41 v. c. 4): "Me consta que durante el tiempo en que la señorita Raquel Monje hizo vida marital con Salamanca Aguilera, tuvo una niña a quien se dio el nombre de Olga, niña a la que el citado Salamanca reconocía ante sus amigos y el vecindario como su hija y a la cual daba el trato afectuoso de padre a hijos **y sostenía económicamente de todo a todo,** hasta el día de su muerte, **a la nombrada niña".** El declarante Cenón Buitrago dice: "También me consta que durante su unión o vida marital nació una niña a quien se le dio el nombre de Olga y a quien Salamanca reconocía como a su hija".

Aunque hay en el expediente la prueba (declaraciones de José Ignacio Cely y Carlos Jiménez Gómez, folios 10 a 13 v., cuaderno número 2) de que Miguel Salamanca sostenía económicamente a Raquel Monje, sin embargo, la naturaleza de las relaciones que llevaban no da base para deducir un perjuicio cierto, pues el carácter esencialmente inestable y precário del concubinato, que puede suspenderse en cualquier momento y con ello suspender el apoyo pecuniario que se recibía, hace que el perjuicio sea completamente incierto. Esta apreciación de la Sala no se opone a la doctrina admitida por la Corte sobre reconocimiento de prestaciones en casos como éste, basadas en la existencia de una sociedad de hecho entre las personas unidas por concubinato, y de cuya liquidación pueden originarse derechos patrimoniales.

Por lo visto estima la Sala que no puede prosperar la declaración solicitada para Raquel Monje.

Excepciones

El señor Fiscal del Tribunal propuso las de carencia de acción, falta de personería sustantiva, fuerza mayor o caso fortuito y prescripción; mas no explicó ninguna de ellas. El señor Procurador se pronuncia en su alegato respecto de las materias a que se refieren esas excepciones, menos sobre la de prescripción, acerca de la cual guarda silencio. El estudio que antecede de la Corte demuestra que no prosperan dichas excepciones. En cuanto a la de prescripción, por no haberse planteado e ignorarse por lo mismo el hecho que la constituye; por eso es innecesario entrar a examinar las razones que dio el Tribunal en la sentencia en que se declaró no probada tal excepción. No tiene éxito la de fuerza mayor o caso fortuito porque como lo anota el fallador de primera instancia no hay en el juicio prueba alguna de esos factores eximentes de responsabilidad.

Como prospera una de las peticiones principales de la demanda, respecto de la menor Olga, no es el caso de estudiar las subsidiarias. Y en cuanto a Raquel Monje, sus peticiones no tienen éxito por lo expuesto. Debe por todo ello confirmarse el fallo del Tribunal.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia que fue objeto del recurso de apelación.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Luis Rafael Robles—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDICE

Págs.

La influencia del proceso penal en la acción civil ante el Juez Civil, según la legislación colombiana, por Arturo Tapias Pilonieta.. 337

SALA PLENA

Acción de inexequibilidad del artículo 20 de la ley 40 de 1945 y del artículo 6º del decreto número 2076 de 1946—Se declara que no hay materia sobre la cual pueda fallar la Corte en lo tocante al artículo 20 acusado y la exequibilidad del artículo 6º del decreto 2076. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 346

Acusación de inexequibilidad del artículo 38 de la ley 81 de 1946.—Se declara exequible el artículo de la ley acusada. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 348

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Manuel José Vargas a la sentencia anterior..... 352

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de simulación de un contrato y subsidiaria de rescisión por lesión enorme.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario sobre simulación de un contrato promovido por Rebeca Prieto v. de Ruiz, como heredera de Carlos H. Prieto y para la sucesión de éste, contra el doctor Uladislao Prieto. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 355

Acción de filiación natural, de nulidad de un contrato, de reivindicación de bienes-Pruebas preconstituídas—Prueba de la partición de bienes herenciales — Ministerio Público. Acciones de Estado.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre filiación natural promovido por Teresa Grillo, en representación de su hijo menor Jorge Grillo, contra Estefanía Cabo v. de Villamizar, Luis B. Cruz y otros. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 362

Acción de rescisión de un contrato por lesión enorme—Posesión de los peritos.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario de rescisión de un contrato por lesión enorme promovido por el doctor Timoleón Moncada contra Matilde Garzón. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales..... 385

Acción de revisión de una sentencia—Noción jurídica de la fuerza mayor liberatoria de la obligación—Se declara infundado el recurso de revisión propuesto por Santos González contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario promovido por aquél contra Heliodoro Quintana Uribe. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales..... 388

Acción de resolución de un contrato, de pago de perjuicios, etc. — Qué se entiende por principio de prueba por escrito. — Sus requisitos—Cajero o simple empleado de comercio.—Factor. — Principio de prueba escrita según el expositor Ricci.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Deogracias Romero contra la sociedad anónima "Galster & Crump" sobre resolución de un contrato y otras acciones. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 391

Acción de nulidad de un testamento por demencia de la testadora—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín

Págs.

proferida en el juicio ordinario seguido por María de la Cruz Ursula Sierra y Paulina Sierra contra Luis Eduardo Castaño sobre nulidad de un testamento. Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez.... 398

Acción de nulidad de un juicio ejecutivo.— Causales de casación.—Impedimentos y recusaciones. — El fenómeno jurídico de la preclusión.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por María Mercedes Gómez contra Alvaro Gómez sobre nulidad de un juicio ejecutivo. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales..... 409

Acción principal de reivindicación. — Reconvención sobre pago de mejoras. — Incongruencia. — Derechos del poseedor vencido en juicio de reivindicación—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario de reivindicación seguido por José María Rueda contra Luis Tapias Vivas y Olga Rueda de Tapias. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 413

Acción de falsedad y de nulidad de una partida de matrimonio eclesiástico—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona proferida en el juicio ordinario sobre nulidad dicho, promovido por José Arnulfo Sanjuán Quintero contra Eva Ninfa Ceballos o Quintero. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 418

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Gildardo Zapata contra Adelaida Buitrago v. de Guerrero y Matilde Guerrero v. de Valencia. Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez 422

Acción de nulidad de una sentencia proferida en juicio de alimentos. — Notificación y traslado. — Causales de nulidad en los juicios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Máximo Lourido contra Francisca Mercado de Lourido sobre lo antes dicho. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 426

Acción petitoria de declaración de hijos naturales, de nulidad de un testamento, etc. Impugnación de la legitimación de hijos naturales.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario sobre la acción expresada promovido por Salvador Augusto y Gonzalo Escobar y otros contra Alfonso María, Carmen y Teresa Lenis González y otra. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 433

Acción petitoria de declaración de simulación de un contrato. — Apreciación de los indicios—Diferencias entre la acción de simulación y la Pauliana—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario sobre el punto dicho, promovido por Alejandro Correa contra Carlos Restrepo y otro. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales.. 439

Reivindicación. — Posesión legal y posesión efectiva de la herencia. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Gregorio Vanegas contra Julián Tamayo. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 443

Acción petitoria de pago de perjuicios por un accidente automoviliario.—En qué casos puede invocarse la influencia del fallo penal sobre la acción civil.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario por perjuicios promovido por Campo Elías Gamboa contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda. 446

Acción de incumplimiento de un contrato de mutuo y de indemnización de perjuicios. Condición resolutoria.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá,

Págs.

proferida en el juicio ordinario sobre las indicadas acciones promovido por Daniel Escallón contra Roberto Wiesner Urdaneta y Esilda Tovar de Durán. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 453

Acción de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario por perjuicios seguido por Pedro I. Santos contra la compañía Industrias del Mangle, S. A. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 459

Acción atinente al uso de las aguas de un río. Dictamen pericial. — Técnica de casación. Excepciones.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario sobre aguas promovido por el Municipio de Amalfi contra la sociedad denominada "Viborita Gold Mines Co.". Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales 462

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Hechos de la demanda.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario por perjuicios promovido por Jorge Triana contra el Municipio de Marsella. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 468

Acción de simulación de un contrato. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio sobre la expresada acción y promovido por Fernando Anzola y Aurelio Vásquez contra Juan Romero G. y Feliciano Llamas. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 474

Perjuicios causados por la ejecución de trabajos públicos verificados por cuenta de las entidades de derecho público.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por perjuicios por la Sociedad Constructora, S. A. contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 478

Págs.

Acción de indignidad para suceder en una sucesión, de reforma de un testamento, nulidad de unas escrituras, etc. — Interpretación del artículo 1025 del Código Civil.— Legítima rigorosa y efectiva—Casos en que los legitimarios tienen derecho a ellas.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario sobre las expresadas acciones, promovido por María E. Rojas de Muñoz y Florentina Rojas C. contra Rogelio Rojas A. y Pedro Rubén Galeano. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda. 486

Acción de nulidad de un remate—Instrumento público.—Acta de remate.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Marcial Viñas Panizza contra Isaac Arana sobre nulidad de un remate. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 495

Acción petitoria de declaración de una presunta sociedad de hecho por concubinato.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido sobre el punto dicho por Clarisa Ospina López contra Jesús A. Alvarez. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 499

SALA DE CASACION PENAL

Inidoneidad moral para rendir testimonio.— Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso contra Misael León por homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 503

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Francisco Bruno 513

Homicidio.—El estado de ira e intenso dolor. Los estados emocionales—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por la cual se condenó a José Vicente Aguilar Naranjo por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 518

Págs.

Requisitos de la legítima defensa—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por la cual se condenó a Rafael Losada por lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 523

Casación en lo referente al resarcimiento de perjuicios.—Se declara admisible el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia absolutoria de José Antonio Amézquita, proferida por el Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 527

Recurso de casación en materia penal. — Se declara desierto el recurso de casación intentado por el procesado Secundino Quintana en el proceso por robo que se le seguía ante el Tribunal Superior de Pamplona. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 528

El testimonio de los parientes contra el procesado.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Rogelio Beltrán, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 531

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Francisco Bruno a la sentencia anterior..... 535

Notificaciones en el proceso penal. — Nulidades.—Lista de jurados.—Interrogatorios al procesado. — Cuestionario. — Casación por perjuicios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en la causa contra Eustaquio López Pinzón por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 537

La embriaguez en la ejecución del hecho delictuoso.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en la causa contra Israel Pardo Abaunza, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 541

Págs.

Recusación de un Magistrado.—La enemistad grave.—Se declara no fundada la recusación propuesta por el doctor Carlos Arturo Gil contra un Magistrado del Tribunal de Cali para conocer del proceso contra Teófilo Muñoz Realpe, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada.... 543

Delito de lesiones personales.—Condena condicional.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual se condenó a Jorge Mejía Garcés por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 545

Condena condicional—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por la cual se condenó a Luis Eduardo Cuéllar Pérez, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 548

Impedimentos y recusaciones de fiscales—Se inhibe la Corte de decidir la apelación del Fiscal 2º del Tribunal de Barranquilla en un auto dictado en el proceso por lesiones contra José A. Vargas. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 552

Ejercicio de la abogacía en casación.—Se declara desierto el recurso interpuesto por Félix Zambrano Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en la causa que se le siguió por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno. 554

Requisitos de la demanda de casación. — Se declara desierto el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa seguida contra Francisco Antonio Posso por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 556

Principio de la retroactividad de la ley procesal.—Se inhibe la Corte del conocimiento del proceso instruído contra los doctores Miguel Vargas Vásquez y Manuel María Madero por responsabilidad en el desempeño de sus funciones oficiales. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 558

Págs.

Las condenas anteriores como criterio de peligrosidad y de reincidencia. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona por la cual se condenó a Víctor M. Mendoza por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 561

La recusación en materia penal—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Barranquilla por el cual se declaró no probadas las causales de recusación propuestas por el defensor de Eduardo Zambrano contra el Magistrado doctor José Francisco Angulo. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 564

Ejercicio ilegal de la abogacía.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Santa Marta, por el cual sobreseyó **definitivamente** en favor del Juez Unico de Santa Marta, doctor Juan Manuel Pachón, por ejercicio ilegal de la abogacía. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 569

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de perjuicios contra el Estado por errada y equivocada aplicación de la ley por parte de uno de los funcionarios de aquél.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio seguido contra la Nación por Sixta Guardia v. de Grimaldo, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 573

Honorarios de los peritos. — Se mantiene el auto suplicado en el juicio ordinario seguido por Juan N. Rondón contra la Nación, en un incidente sobre honorarios de los peritos. Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez 579

Acción petitoria de declaración de dominio de unos terrenos y de indemnización de perjuicios.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio seguido por Dominga Dávila v. de Correa contra la Nación sobre los puntos indicados. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 582

Págs.

Acción de perjuicios.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio por perjuicios instaurado por Rafaela Armenta v. de Mafiol, en su nombre y en el de su hija menor Cecilia Mafiol Armenta y otra, contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 591

Sueldos departamentales por causa de enfermedad.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ejecutivo seguido por Julio Navarro T. contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 598

Recurso de hecho.—No se admite el recurso de hecho intentado por el Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali en el juicio petitorio de declaración de unos bienes vacantes propuesto por los doctores Hernando Cárdenas y Alfonso Navarro contra el Colegio de Santa Librada. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 602

Auxilios de cesantía.—Se revoca el auto proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio especial de reclamación de cesantía propuesto por Benigno Perilla contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 604

Acción de perjuicios.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio sobre perjuicios intentado por Efraím Martínez Marín contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 607

Acción petitoria de indemnización de perjuicios por el uso de una marca de fábrica.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en el juicio iniciado por la sociedad anónima de comercio denominada 'Myrurgia, S. A.", domiciliada en Barcelona, España, contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez 611

Págs.

Acción de perjuicios materiales y morales.— Competencia para el conocimiento de hechos de las autoridades administrativas.— Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio por perjuicios propuesto contra la Nación por el Presbítero José de Jesús Segura. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 615

Acción petitoria de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual. — Prescripción de corto tiempo.— Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Luis Sáenz Fety contra la Nación por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda..... 622

Acción petitoria de pago de perjuicios por un accidente aéreo.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Raquel Monje C. contra la Nación por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 629

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'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LXIV - BOGOTA, COLOMBIA - SEPTIEMBRE - OCTUBRE DE 1948 - NUMEROS 2064 - 2065

SALA PLENA

EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEY Nº 5 DE 1940. — COMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL CONOCIMIENTO DE DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETOS EXPEDIDOS EN USO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS. — FACULTAD CONCEDIDA POR LA CONSTITUCION AL LEGISLADOR PARA INTERVENIR EN LAS EMPRESAS DE SERVICIO PUBLICO. — CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS.—SU INDOLE JURIDICA—CONTRATACION DIRIGIDA

1.—La Corte es competente para conocer de las demandas de inexequibilidad de Decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias, aun cuando ellos engloben cuestiones de mero reglamento. Tales Decretos vinculan irrevocablemente al Ejecutivo, el cual no puede modificarlos una vez vencidas las facultades extraordinarias, ni enmendarlos, ni derogarlos. Tienen los caracteres y efectos de una ley.

Cuando el Gobierno, en desarrollo de tales facultades, expide algún decreto extraordinario, en el fondo, al proceder por autorización expresa del Congreso, ejerce consecuencialmente un acto político y no de mera administración. Dada nuestra organización constitucional la expedición de la ley es un acto político del Estado reservado al Congreso; pero por motivos excepcionales, expresamente consagrados en la Carta, el Presidente de la República, investido de facultades extraordinarias, desempeña temporalmente esa función política. Por las consideraciones expresadas considera la Corte que el Decreto número 5 de 1940 contiene disposiciones de ley, y que habiendo sido expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias conferidas al señor Presidente de la República por la ley 54 de 1939, es de su competencia conocer de la demanda de inexequibilidad.

2.—La nueva situación planteada con la amplitud concedida por el Constituyente del año de 1936 al legislador para intervenir en todas las empresas de servicio público no es óbice para que en su desarrollo se adopte la forma contractual entre la empresa intervenida y el Gobierno, si por otra parte una disposición de orden legal así lo autoriza por considerarlo conveniente, ya que así se llenan los fines sociales que se

propuso la Constitución y se da cierta estabilidad y garantía a quienes dedican su capital y su esfuerzo personal a actividades de tal índole. El Constituyente del año de 1936, al disponer que el legislador podía ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte y conducciones y demás servicios públicos, no determinó en manera alguna la forma como tal cosa debía realizarse. Dejó amplia facultad al legislador, no sólo para ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de tales empresas, sino que dados los términos del mandato, quedó al arbitrio del Congreso la adopción de los medios para realizarlo. En cuanto se refiere a las empresas públicas de suministro de energía y luz, la intervención se ha operado por las leyes 109 de 1936, 126 de 1938 y Decreto número 5 de 1940.

La calificación que la ley 126 de 1938 dio al suministro de energía y luz eléctrica, de acuerdo con la naturaleza de esta actividad vinculada a la satisfacción de una necesidad colectiva, la sometió por sí misma y por expresa disposición de sus mandatos, dentro del principio constitucional que consagra la façultad para el legislador de ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de los servicios públicos al control inmediato y permanente del Gobierno Nacional, cosa que se opera en el Decreto ley número 5 de 1940. Queriendo dar alguna estabilidad a las condiciones impuestas estableció también que la legalización de las empresas que aprovechen aguas de servicio público para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con ese objeto, podía ser garantizada por medio de contratos celebrados con el Gobierno.

Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos las personas morales de derecho público disponen de sus bienes y rentas, pero puede suceder que el servicio no se preste directamente por el Estado sino por particulares, mediante la autorización o intervención oficial. Entre las formas adoptadas en estos casos se encuentra la concesión que, en materia de servicio público consiste en el otorgamiento temporal a particulares de actividades vinculadas a un servicio público. Los concesionarios se encargan, a sus expensas, costo y riesgo, del funcionamiento de un servicio público accesible a todos y, eventualmente, de la ejecución de una obra pública. La remuneración que obtiene el concesionario por los servicios que presta reviste la forma de una tasa que paga el consumidor.

Habiéndose reservado el Estado la utilización de las fuentes y caídas de aguas, su uso y goce por la empresa particular de servicio público puede ser materia contractual donde se estipulen las condiciones para su empleo y las de las prestaciones del servicio. En la misma estipulación contractual bien puede el Estado señalar las condiciones para el cobro de las tarifas, y no se ve cuál pudiera ser la norma constitucional violada al darle forma contractual a las condiciones que la ley, en desarrollo del artículo 39 de la Constitución Nacional, impuso a los concesionarios de empresas de energía eléctrica con el fin de que se cumplan los mandatos de la misma, de que "las tarifas no excederán en ningún caso los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial".

En los contratos autorizados por el Decreto número 5 de 1940 se encuentran dos cuestiones de índole muy diferente: la que se refiere a la utilización de la fuerza de las corrientes de agua, proveniente de ríos o fuentes de uso común; y las que se refieren a la intervención del Estado en la fijación de las tarifas del servicio público que se presta. Es regla general en nuestro derecho de aguas la de que todos los ríos y fuentes que corren por cauces naturales son bienes de uso público, y refiriéndose a las aguas está entre sus facultades conceder mercedes para el uso de ellas, de acuerdo con las leyes. La Corte ha visto que el contrato que autoriza la disposición acusada del artículo 7º del Decreto es del tipo en que se realiza la forma moderna de la contratación dirigida, en que se imponen por la ley estipulaciones mínimas y concretas. Podría decirse que la intervención opera en el contrato mismo configurado legalmente. En estas condiciones no es acertado concluír que la vía del contrato dirigido, como es el caso, no sea forma adecuada y conducente para que el Estado realice su potestad constitucional de intervenir.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

El doctor Juan Francisco Mújica, en su propio nombre y como apoderado del Municipio de Cali, en ejercicio de la acción que otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional—antes el artículo 149—ha solicitado que la Corte declare la inexequibilidad del Decreto número 5 de 1940, por el cual se dictan algunas medidas relacionadas con la legalización de las empresas de servicio público que aprovechen aguas de uso común para la producción de energía eléctrica.

De la demanda se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación, quien oportunamente rindió su concepto.

Las disposiciones acusadas son del tenor siguiente:

"Decreto número 5 de 1940 (8 de enero) por el cual se adicionan los Decretos números 1606 y 1717 de 1937, reglamentarios de la ley 109 de 1936.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones legales, y especialmente de las que le confiere la ley 54 de 1939, **Decreta:**

"Artículo 1º—La legalización de las empresas que aprovechen aguas de servicio público para producir energía o que ocupen bienes de uso público con ese objeto, a que se refiere el artículo 1º de la ley 109 de 1938, podrá ser garantizada por medio de contratos celebrados por el Gobierno Nacional de acuerdo con las normas contenidas en el presente Decreto.

"Artículo 2º—En los contratos a que se refiere el artículo anterior, el Gobierno podrá conceder a la respectiva empresa, en las condiciones señaladas por los artículos 5º, 10 y 13 de la ley 113 de 1928, y 1º de la ley 109 de 1936, el uso de la fuerza hidráulica y de los bienes nacionales de uso público, siempre que la empresa concesionaria contraiga las obligaciones a que se refieren los artículos siguientes de este Decreto.

'Parágrafo.—También podrá el Gobierno, pero mediante el mismo requisito, en los contratos de que se habla, asegurar las concesiones hechas por los Departamentos y Municipios sobre fuerza hidráulica y sobre utilización de bienes de uso público.

"Artículo 3º—En los contratos que al efecto se celebren podrá estipularse la obligación de las empresas concesionarias de fijar al público en sus oficinas respectivas las tarifas y reglamentos aprobados por el Gobierno y a no variarlos sin el asentimiento de éste. También adquirirán la obligación contractual de remitir anualmente sus balances al Ministerio de la Economía Nacional con el objeto de que el Gobierno pueda apreciar la conveniencia de revisar las tarifas acordadas, sobre las bases establecidas en el mismo contrato.

"Artículo 4º—Para el efecto de darle cumplimiento a la parte final del artículo 2º de la Ley 109 de 1936, se declarará en los contratos a que se refiere el presente Decreto que las tarifas no excederán en ningún caso los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial.

"Artículo 5º—No podrá considerarse que las tarifas exceden los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial, cuando ellas se limitan a cubrir por su orden los siguientes numerales:

"1º Gastos de explotación cuya naturaleza y detalle se fijarán en el contrato.

"2º Impuestos pagados a entidades nacionales, departamentales o municipales.

"3º Un porcentaje fijo anual para depreciación de los bienes vinculados al negocio, que fluctuarán entre el 3% y el que será convenido en cada contrato.

"4º Un porcentaje sobre el capital invertido en los bienes vinculados a la empresa, que será objeto de acuerdo entre el Gobierno y el contratista.

"5º—Una cuota de amortización anual convenida, sobre el valor real de la empresa.

"Artículo 6º—Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contraigan las empresas de servicio público por motivo de los contratos de que trata el presente Decreto, éstas deberán otorgar una caución cuya calidad y cuantía la fijará el Gobierno para cada caso.

"Parágrafo.—El Gobierno podrá aplicar en parte o en todo, si fuere el caso, la cuantía de la caución para el pago de las multas que se les impongan a las empresas por incumplimiento de las obligaciones contraídas, y dichas sumas deberán reponerse dentro del término de quince días para completar el monto total de la caución otorgada.

"Artículo 7º—Cuando quiera que en algunos lugares, ciudades o poblaciones en que una o más empresas estén prestando o lleguen a prestar servicios de energía eléctrica, prestare o llegue a

prestar el mismo servicio otra empresa que esté exceptuada total o parcialmente de impuestos, el Gobierno le fijará a esta última las tarifas como si tuviera que pagar todos los impuestos que pagan las empresas particulares, con el objeto de que no se establezca una competencia en condiciones de desigualdad.

"Artículo 8º—Este Decreto regirá desde su expedición. — Comuníquese y publíquese. Dado en Cartagena a 8 de enero de 1940—Eduardo Santos. El Ministro de la Economía Nacional, Jorge Gartner".

Los fundamentos de la acusación:

El demandante, en un importante estudio, expuso los motivos que a su juicio determinan la inconstitucionalidad del Decreto acusado, los cuales sintetiza la Corte en los siguientes apartes:

El Decreto extraordinario número 5 de 1940 no contiene, en relación con el articulado de la ley de autorizaciones, en la cual dice apoyarse (ley 54 de 1939), ninguna norma para cuya creación estuviera facultado el señor Presidente de la República.

La ley 54 de 1939 fue expedida para conjurar, corregir o atenuar los efectos de la crisis mundial que a la sazón afectaba la organización económica y fiscal del país. En el ordinal c) de su artículo 1º, único que por su contenido pudo haber considerado el Gobierno pertinente en el caso de autos, se autoriza al Presidente de la República para adoptar las providencias de índole legislativa, indispensables al fomento y defensa de las industrias, especialmente la del café, y consecución de los recursos necesarios para tales fines.

Las autorizaciones que allí se concedieron al Presidente para la expedición de ciertos decretos de carácter extraordinario, implican el acondicionamiento de éstos a una doble limitación:

Positiva.—El Presidente podía adoptar las providencias de índole legislativa indispensables al fomento o defensa de las industrias y a la consecución de recursos necesarios para ello, con el objeto de conjurar, corregir o atenuar los efectos de la crisis mundial en cuanto ésta afectara la organización económica y fiscal del país.

Negativa.—En orden al fin propuesto, fomento y defensa de las industrias y en concreto, las que utilicen aguas del dominio público para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con ese objeto. No podía el Presidente, en desarrollo de las facultades extraordinarias, ni expresa, ni tácitamente, desafectar el destino de una cosa pública, cambiándole este carácter, no permitiéndole la utilización de estas cosas, restringiendo su aprovechamiento previsto por el legislador para el fin público, o sustrayéndolo de su destinación. Ello, porque la condición negativa exige que el Decreto no encierre prescripciones contrarias a las disposiciones de la ley.

Todas las normas llevan consigo esta afirmación: que habrán de ser guardadas y tenidas por inviolables, en tanto que no sean derogadas conforme a derecho. En un concepto material, el concepto de ley contiene la doble exigencia de las proposiciones de generalidad e igualdad. En su sentido político, ley es la norma que realiza un acto de soberanía, especialmente cuando establece límites a la libertad personal en general, y a la propiedad en particular.

Por consiguiente, entre nosotros, dice, son conceptualmente políticas las normas que en desarrollo de las prescripciones constitucionales sobre intervención del Estado, regulan lo referente a las cuestiones económicas y sociales, a la creación y funcionamiento de servicios públicos y al disfrute de los bienes nacionales de uso público.

Cuando la rama ejecutiva del Poder Público obra en ejercicio de la soberanía, no por ello se derogan o modifican los principios constitucionales expuestos. De ahí que las relaciones jurídicas que vinculan al titular de la autoridad con los sometidos a su mando, las cuales son de derecho público, sólo se legitimen cuando se hallan inspiradas por la ley y dentro de sus límites.

El Decreto ley número 5 de 1940 constituyè una violación expresa de las normas constitucionales que originan la doctrina expresada. La rama ejecutiva, al adoptar el medio civil del contrato privado para reglamentar, en ejercicio de una función legislativa, una actividad suya extraordinaria y por ende, propia de la soberanía, colocó su propio imperio en lugar del imperio de la norma jurídica, en el sentido material y político, y así fue cómo, inconstitucionalmente, el Gobierno asimiló el mandato arbitrario, la medida singular, la estipulación contractual, a una regulación de carácter legal.

Los contratos de derecho público son excepcionales, porque la fuente adecuada de los derechos y obligaciones públicos, es el negocio jurídico unilateral, o sea, el acto unilateral de declaración vinculante de voluntad realizado por la correspondiente autoridad administrativa, acto que para los efectos de su legitimidad, debe estar o no,

según sea el caso, supeditado al consentimiento del interesado. De ahí que los contratos de derecho público requieren una autorización legal, dado que desde el punto de vista no formal sino conceptual, el contrato constituye un título de derecho privado, en el sentido de que sólo puede verificarse entre sujetos que posean la misma fuerza jurídica. Los contratos de derecho público se concluyen, pues, en principio, unilateralmente, mediante un acto de soberanía de la competente autoridad administrativa.

Es evidente que la rama ejecutiva se propuso, desde luego inconstitucionalmente, cambiar por la de los derechos subjetivos privados la naturaleza de los derechos subjetivos públicos, provenientes de las relaciones jurídicas del Estado con las empresas privadas de energía a que se refiere el citado Decreto extraordinario. Es propio de los Decretos administrativos el poder ser modificados o revocados unilateralmente por la administración, con indemnización de perjuicios o sin ella, cuando por el fluyente cambio de las circunstancias, el interés público así lo requiera. La garantía contractual, ideada por las disposiciones que acuso, vincula al Gobierno en forma tan rigurosa. que desvirtúa por completo la actividad propia de la administración pública en lo relativo a los servicios públicos, lo cual es inconstitucional.

La ley 54 de 1939 no facultó extraordinariamente al Presidente de la República para cambiar por el contractual y arbitrario, el medio reglamentario impersonal y general consagrado por el legislador en las leyes 113 de 1928, 109 de 1936 y en el Decreto ley 1381 de 1940.

Con el pretexto del fomento y defensa de las industrias explotadas por empresas privadas, a que se refiere el Decreto acusado, el Gobierno desconoció la naturaleza jurídica de la concesión y revivió la teoría dominante hasta el fin del siglo XIX, que la consideraba como un contrato puro y simple en todos sus elementos y, por lo tanto, de carácter intangible, en el sentido de que una vez realizado el negocio jurídico bilateral, sólo la voluntad de los contratantes puede deshacer o modificar lo que ella ha hecho.

El Decreto número 5 de 1940 invirtió exactamente los términos con que se plantea el problema de orden público en lo tocante a la conveniencia colectiva y a la moral comercial para el señalamiento de las tarifas. En vez de tener en cuenta la satisfacción del interés colectivo, el Gobierno estimó que las tarifas no excederían en ningún caso de esa conveniencia colectiva y moral comercial, cuando la empresa privada explotadora del servicio de energía eléctrica las fijaba en función de los factores integrantes del costo de producción y ganancia de la explotación, factores que el Decreto enumera.

En suma, dice el demandante: "El decreto ley número 5 de 1940 violó los artículos 1º, 2º y 4º de la C. N. que contienen la decisión política de la configuración de nuestro Estado con elementos políticos democráticos, violación consumada al modificar y derogar leyes conceptualmente políticas. Esta clase de leyes no pueden ser modificadas ni derogadas por medio de decretos, ni aun de los dictados en virtud de facultades extraordinarias, salvo cuando el legislador así lo haya dispuesto en forma inequívoca en la misma ley de autorizaciones.

Violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto se subordinó al interés privado de las empresas de energía eléctrica, el interés social. El artículo 27 (hoy artículo 31 de la C. N.), por cuanto que concedió privilegios a esa clase de empresas privadas para la fijación de las tarifas, para su protección contra la concurrencia oficial y para la legalización de las condiciones jurídicas de ella. El artículo 38 ibídem (actual 39), debido a que limitó la facultad de realizar y fiscalizar las tarifas de las empresas de energía eléctrica, al oponer a esa facultad una vinculación contractual. Los artículos 52, 54, 69 y 115 antigua Constitución y 6º 7º y 29 del Acto Legislativo de 1945. Esta violación consiste en que la rama ejecutiva se excedió en su potestad reglamentaria, porque no estaba facultada para extinguir ni desvirtuar un servicio público, ni para modificar ni derogar las normas jurídicas referentes a él.

El concepto del Procurador

Corrido el correspondiente traslado al señor Procurador General de la Nación, este funcionario se pronunció por la negativa, por parte de la Corte, para conocer de la demanda de inexequibilidad propuesta, por cuanto en su concepto, se trata de un simple decreto reglamentario, del cual corresponde conocer al Consejo de Estado.

Al respecto, dice textualmente:

"Por eso, es necesario ante todo examinar si el decreto número 5 de 1940, acusado por el doctor Mújica, fue dictado en uso de facultades extraordinarias, o si fue proferido en uso de la facultad reglamentaria, pues en el primer caso la compe-

tencia del asunto corresponde a la justicia contencioso administrativa.

"En el encabezamiento del decreto número 5 de 1940, se encuentra una notoria contradicción que da lugar a la duda indicada. En efecto: dice en su encabezamiento el citado decreto que por medio de él 'se adicionan los decretos números 1606 y 717 de 1937, reglamentarios de la ley 109 de 1936'. lo cual indica claramente que se trata de un decreto reglamentario puesto que tiene por finalidad reglamentar la ley 109 de 1936, introduciendo algunas adiciones a los decretos que ya reglamentaban el mismo estatuto legal. Y, por otra parte, el mismo decreto acusado, dice en su introducción que es proferido por el señor Presidente de la República en 'uso de sus atribuciones legales, y especialmente de las que le confiere la ley 54 de 1939', lo cual a su vez indica que se trata de un decreto extraordinario, no expedido en uso de la facultad reglamentaria.

"La Procuraduría considera que el decreto número 5 de 1940, que se acusa de inexequible, se limita, en realidad, a reglamentar la ley 109 de 1936 sobre Tarifas y Reglamentos de las Empresas de Energía Eléctrica y de acueductos a domicilio porque, por una parte, es sólo un desarrollo de las disposiciones contenidas en la ley citada o una adición de los decretos que ya la reglamentaban y, por otra, no parece hacer uso de ninguna de las facultades extraordinarias otorgadas al señor Presidente de la República por medio de la ley 54 de 1939".

Se considera:

El decreto acusado número 5 de 1940 fue dictado, como expresamente lo dice en su texto, por el Presidente de la República, en uso de sus atribuciones legales y especialmente de las que le confirió la ley 54 de 1939; indica también que por medio de él se adicionan los decretos reglamentarios de la ley 109 de 1936, sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueducto a domicilio.

Al estudiar su texto, se ve que en algunas partes se limita a reglamentar la ley 109 de 1936, en cuanto dice legalización del funcionamiento de las empresas de servicios públicos que aprovechen las aguas nacionales de uso común, para el servicio de acueductos o para producir energía eléctrica, o que ocupen con los servicios de las mismas empresas bienes de uso público, tales como calles o caminos. Es simplemente reglamentario de la ley, cuando establece que el gobierno podrá estipular la obligación por parte de las empresas que contratan, de fijar al público en las oficinas de las mismas, las tarifas que se acuerden y a no variarlas sin el asentimiento del gobierno. Pero dejan de ser reglamentarias las aludidas disposiciones en cuanto permiten estipular ciertas normas no fijadas en la ley, cuando señala las condiciones o expresa las circunstancias que deben tenerse en cuenta por el gobierno para señalar las tarifas, a fin de que no excedan los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial.

No tiene tampoco, el decreto en cuestión, el carácter de reglamentario, al otorgar determinadas garantías a las empresas que contraten con el gobierno, al disponer que "cuandoquiera que en algunos lugares, en que una o más empresas que estén prestando o lleguen a prestar servicios de energía eléctrica, prestare o llegare a prestar el mismo servicio otra empresa que esté exceptuada parcial o totalmente de impuestos, el Gobierno le fijará a esta última, es decir, a la exceptuada de impuestos, las tarifas como si tuviera que pagar todos los gravámenes fiscales que pagan las empresas particulares, con el objeto de que no se establezca una competencia en condiciones de desigualdad".

Considerando el señor Presidente de la República conveniente dictar ciertas disposiciones en relación al funcionamiento económico de las empresas de energía eléctrica y acueductos públicos, se valió de las facultades extraordinarias que por la ley 54 le había conferido el Congreso, para expedirlas. En la misma disposición de orden legal, señaló a la vez nuevas pautas para el cumplimiento de la ley 109 de 1936, de contenido netamente reglamentario.

La Corte es competente para conocer de las demandas de inexequibilidad de decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias, aun cuando ellos engloben cuestiones de mero reglamento. Hay que recordar que los decretos en cuestión vinculan irrevocablemente al Ejecutivo; éste no puede modificarlos una vez vencidas las facultades extraordinarias, ni enmendarlos, ni derogarlos. Tienen los caracteres y efectos de una ley.

Considera el demandante que, dada la constitución política de Colombia, son conceptualmente políticas, entre otras, las normas que en desarrollo de las prescripciones constitucionales sobre intervención del Estado, regulan lo referente a

cuestiones económicas y sociales, a la creación y funcionamiento de servicios públicos y al disfrute de los bienes nacionales de uso público.

Desde el punto de vista formal, es la ley toda decisión emanada del órgano que según la constitución del país a que se refiera, tiene el carácter de órgano legislativo, y desde el punto de vista material, la ley es el acto por el cual el Estado formula una regla de derecho objetivo, o establece reglas, u organiza instituciones destinadas a asegurar el cumplimiento de una regla de derecho objetivo.

De acuerdo con el artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso hacer las leyes. Pero cuando la necesidad lo exija, o las conveniencias públicas lo aconsejen, puede el Congreso revestir, **pro tempore**, al señor Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias. (Artículo 76, inciso 12, C. N.). Y cuando el Gobierno, en desarrollo de tales facultades, expide algún decreto extraordinario, en el fondo, al proceder por autorización expresa del Congreso, consecuencialmente ejerce un acto político y no de mera administración.

Dada nuestra organización constitucional, como lo sostiene el demandante, la expedición de la ley es un acto político del Estado reservado al Congreso, pero por motivos excepcionales, expresamente consagrados en la Carta, el Presidente de la República, investido de facultades extraordinarias, desempeña temporalmente esa función política.

Por las consideraciones expresadas, la Corte considera que el Decreto número 5 de 1940 contiene disposiciones de ley, y que habiendo sido expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias conferidas al señor Presidente de la República por la ley 54 de 1939, es de su competencia conocer de la demanda de su inexequibilidad.

En cuanto al fondo del problema, o sea la exequibilidad o inexequibilidad de los preceptos demandados, la Corte considera:

La nueva situación planteada con la amplitud concedida por el constituyente del año de 1936 al legislador para intervenir en todas las empresas de servicio público, no es óbice para que en su desarrollo se adopte la forma contractual entre la empresa intervenida y el Gobierno, si por otra parte, una disposición de orden legal así lo autoriza por considerarlo conveniente, ya que así se llenan los fines sociales que se propuso la Constitución, y se da cierta estabilidad y garantía a quienes dedican su capital y su esfuerzo personal a actividades de tal índole.

El constituyente del año de 1936, al disponer que el legislador podía ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte y conducciones y demás servicios públicos, no determinó en manera alguna la forma como tal cosa debía realizarse. Dejó amplia facultad al legislador, no sólo para ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de tales empresas, sino que dados los términos del mandato, quedó al arbitrio del Congreso la adopción de los medios para realizarlo.

En cuanto se refiere a las empresas públicas de suministro de energía y luz, la intervención se ha operado por las leyes 109 de 1936, 126 de 1938 y decreto número 5 de 1940.

En la primera de las citadas leyes se estatuyó sobre tarifas en el suministro de energía eléctrica y se ordenó (artículo 1º) al Gobierno "revisar la situación jurídica en que se hallen las empresas que aprovechen aguas de uso público para el servicio de acueducto o para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con redes de acueducto o conductores de energía y legalizará su funcionamiento". Dispuso que esta legalización debía hacerse con sujeción a las leyes que determinara el Gobierno, y en su artículo 2º dijo: "las tarifas y reglamentos de las empresas de servicio público a que se refiere el artículo anterior serán sometidas a la aprobación del Gobierno, y no podrán regir sin ella. Esta aprobación tendrá como finalidad garantizar que en ningún caso tales empresas puedan imponer condiciones y cobrar tasas que excedan los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial".

La ley 126 de 1938 estatuyó que "el servicio de energía eléctrica es un servicio público fundamental" y sometió las empresas que la produzcan al control del Gobierno Nacional, el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación del servicio. Esta calificación que la ley dio al suministro de energía y luz eléctrica, de acuerdo con la naturaleza de esta actividad vinculada a la satisfacción de una necesidad colectiva, la sometió por sí misma y por expresa disposición de sus mandatos, dentro del principio constitucional que con-

sagra la facultad para el legislador de ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de los servicios públicos al control inmediato y permanente del Gobierno Nacional, cosa que se opera en el decreto ley número 5 de 1940.

Queriendo dar alguna estabilidad a las condiciones impuestas, estableció también que la legalización de las empresas que aprovechen aguas de servicio público para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con ese objeto, podía ser garantizada por medio de contratos celebrados con el Gobierno.

Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, las personas morales de derecho público disponen de sus bienes y rentas, pero puede suceder que el servicio no se preste directamente por el Estado sino por particulares, mediante la autorización o intervención oficial.

Entre las formas adoptadas en estos casos, se encuentra la concesión, que en materia de servicio público consiste en el otorgamiento temporal a particulares de actividades vinculadas a un servicio público. Los concesionarios se encargan, a sus expensas, costo y riesgo, del funcionamiento de un servicio público accesible a todos y, eventualmente, a la ejecución de una obra pública. La remuneración que obtiene el concesionario por los servicios que presta, reviste la forma de una tasa que paga el consumidor.

Habiéndose reservado el Estado la utilización de las fuentes y caídas de aguas, su uso y goce por la empresa particular de servicio público puede ser materia contractual, donde se estipulen las condiciones para su empleo y las de las prestaciones del servicio.

En la misma estipulación contractual, bien puede el Estado señalar las condiciones para el cobro de las tarifas, y no se ve cuál pudiera ser la norma constitucional violada al darle forma contractual a las condiciones que la ley, en desarrollo del artículo 39 de la C. N. impuso a los concesionarios de empresas de energía eléctrica, con el fin de que se cumplan los mandatos de la misma, de que "las tarifas no excederán en ningún caso los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial".

En sentencia de 29 de abril de 1943, esta Corte dijo lo siguiente:

"Estos contratos que engloban la concesión de un servicio público no pueden considerarse exclusivamente como fuentes de relaciones jurídicas de derecho privado, sino como actos complejos en que se combinan y coexisten una parte legal o reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstos, y otra parte propiamente contractual que sí crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente. El recuerdo de estas nociones revela que no es pertinente invocar la norma constitucional que ampara los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles con ocasión de un decreto de carácter general en que el Gobierno prohibió el alza de las tarifas por la prestación del servicio público de energía eléctrica durante un año por considerar, como en su parte motiva está expresado, que impidiendo el encarecimiento de este servicio primordial para el consumo doméstico y la producción nacional, se contribuía a evitar la elevación desmedida del costo de la subsistencia y se estabilizaba uno de los factores básicos de la economía". (G. J. número 1996, pág. 232).

Respecto del caso en estudio, en los contratos autorizados por el decreto número 5 de 1940, como ya lo dijo esta Corte, se encuentran dos cuestiones de índole muy diferente: la que dice relación con la utilización de la fuerza de las corrientes de agua, provenientes de ríos o fuentes de uso común; y las que se refieren a la intervención del Estado en la fijación de las tarifas del servicio público que se presta.

Es regla general en nuestro derecho de aguas, la de que todos los ríos y fuentes que corren por cauces naturales, son bienes de la Nación, de uso público.

El Estado es el supremo administrador de los bienes de uso público, y refiriéndose a las aguas, está entre sus facultades conceder mercedes para el uso de ellas, de acuerdo con las leyes.

También se expresa en el decreto que el Estado determinará las condiciones para la fijación de las tarifas, pero como ya se vio, "estos contratos que engloban la concesión de un servicio público, no pueden considerarse exclusivamente como fuentes de relaciones jurídicas de derecho privado sino como actos complejos en que se combinan y coexisten una parte legal y reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstas, y otra parte propiamente contractual que sí crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente".

Al comentar el artículo 7º del decreto acusado,

sostiene el demandante que tal precepto viola el artículo 30 de la Constitución Nacional, por subordinar al interés privado de las empresas de energía eléctrica, el interés social; y el artículo 31, por cuanto dice se concedió privilegio a esa clase de empresas privadas para la fijación de las tarifas, dándoles protección contra la posible competencia oficial y para la legalización de su situación jurídica.

En primer lugar, hay que considerar que el medio de contratación organizado por el decreto, puede ser utilizado por toda empresa pública de suministro de luz y energía que quiera acogerse al sistema implantado. El interés público continúa prevaleciendo, desde que en cualquier momento, dentro de las normas que señale el Gobierno, éste puede intervenir para fijar nuevas tarifas que consulten el interés colectivo y la moral comercial.

Por el contrario, la determinación de las tarifas teniendo en cuenta los impuestos que se cobren sobre los servicios de energía y luz, cuando por circunstancias especiales, las entidades públicas los eximan o rebajen a algunas empresas, con prescindencia de otras que hayan contratado con la Nación, lo que busca el decreto es precisamente evitar el privilegio a que conduciría la concurrencia en condiciones desiguales.

En resumen, el Estado como administrador del bien de uso público de las aguas, bien puede otorgar una concesión o merced para el goce de ellas, dentro de las prescripciones legales, y estipular las condiciones dentro de las cuales, la misma entidad puede intervenir en la fijación de las tarifas públicas. La forma contractual no se opone, como ya se vio, a que el Estado pueda ejercer su facultad de intervención.

La Corte ha visto que el contrato que autoriza la disposición acusada, es del tipo en que se realiza la forma moderna de la contratación dirigida, en que se imponen por la ley estipulaciones mínimas y concretas. Podría decirse que la intervención opera en el contrato mismo configurado legalmente. En estas condiciones, no es acertado concluír que la vía del contrato dirigido, como es el caso, no sea forma adecuada y conducente para que el Estado realice su potestad constitucional de intervenir.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECLARA EXEQUIBLE el decreto ley número 5 de 1940, en cuanto fue dictado por el Presidente de la República en uso de las autorizaciones extraordinarias conferidas por la ley 54 de 1939.

Dése noticia de esta sentencia a los señores Ministros de Obras Públicas y Economía Nacional. Al señor Ministro de Gobierno, para su publicación en el Diario Oficial.

Notifíquese al señor Procurador General de la Nación, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

Ramón Miranda—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Con salvamento de voto, **Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada — Ricardo Hinestrosa Daza** — Con salvamento de voto, **Pedro Castillo Pineda** — Con Salvamento de voto, **Alvaro Leal Morales**—Con salvamento de voto, **Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna—Manuel José Vargas.** Con salvamento de voto, **Ricardo Jordán Jiménez—Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad. (1)

---

(1) Es deplorable que tan importante sentencia se publique solamente ahora. Pudo haberse publicado en el número 2060 de la **Gaceta Judicial,** pero infortunadamente no se remitió a la Relatoría copia de este fallo en tiempo oportuno, sino a última hora.

(El Relator de la Corte)

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES CARDOSO GAITAN, CASTILLO PINEDA, JORDAN JIMENEZ, LEAL MORALES y RODRIGUEZ RAMIREZ

En cumplimiento de un deber expresamos aquí las razones que nos obligan a disentir del parecer de la mayoría falladora de la Corte al pronunciar la presente sentencia.

Debemos destacar, en primer término, algunos pasajes de la decisión de la Corte:

"El Constituyente del año de 1936, al disponer que el legislador podía ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes y conducciones y demás servicios públicos, no determinó en manera alguna la forma como tal cosa debía realizarse. Dejó amplia facultad al legislador, no sólo para ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de tales empresas, sino que dados los términos del mandato, quedó al arbitrio del Congreso la adopción de los medios para realizarlo. Habiéndose reservado el Estado la utilización de las fuentes y caídas de agua, su uso y goce por la empresa particular de servicio público puede ser materia contractual, donde se estipulen las condiciones para su empleo y las de las prestaciones del servicio. En la misma estipulación contractual, bien puede el Estado señalar las condiciones para el cobro de las tarifas, y no se ve cuál pudiera ser la norma constitucional violada al darle forma contractual a las condiciones que la ley, en desarrollo del artículo 39 de la C. N. impuso a los concesionarios de empresas de energía eléctrica, con el fin de que se cumplan los mandatos de la misma, de que las tarifas no excederán en ningún caso los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial'. En primer lugar hay que considerar que el medio de contratación organizado por el decreto, puede ser utilizado por toda empresa pública de suministro de luz y energía que quiera acogerse al sistema implantado. El interés público continúa prevaleciendo, desde que en cualquier momento, dentro de las normas que señale el Gobierno, éste puede intervenir para fijar nuevas tarifas que consulten el interés colectivo y la moral comercial. En resumen, el Estado como administrador del bien de uso público de las aguas, bien puede otorgar una concesión o merced para el goce de ellas, dentro de las prescripciones legales, y estipular las condiciones dentro de las cuales la misma entidad puede intervenir en la fijación de las tarifas públicas. La forma contractual no se opone, como ya vio, a que el Estado pueda ejercer su facultad de intervención. Podría decirse que la intervención opera en el contrato mismo configurado legalmente. En estas condiciones, no es acertado concluír que la vía del contrato dirigido, como es el caso, no sea forma adecuada y conducente para que el Estado realice su potestad constitucional de intervenir".

Lo trascrito del fallo contiene los motivos principales que en él se aducen para juzgar que el decreto acusado no se opone a la Constitución, y no limita la facultad de intervención del Estado para la fijación de las tarifas en empresas de servicio público de energía eléctrica. Concretándolos se reducen a que la Constitución no determinó la forma como debía realizarse la intervención por el Congreso en materia de tarifas, pudiendo por esa razón adoptarse el medio del contrato; que por ser ello así, en las concesiones para la utilización de las fuentes y caídas de agua, bien pueden agregarse condiciones para la prestación del servicio; entre ellas normas sobre tarifas; que el interés público prevalece, ya que el Gobierno puede intervenir para fijar tarifas que consulten el interés colectivo y la moral comercial.

Observamos:

Es claro que el Gobierno puede celebrar contratos para desarrollar su gestión, y que ello abarca en general cualquier actividad. Pensamos, sin embargo, que esa facultad no se extiende hasta contrariar la Constitución, si para que se cumplan sus mandatos puede llegar a ser óbice el que se limite por medio de contratos la libertad de intervención que ella le otorga al Estado. El artículo 39 previene que **"la ley"** podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas, y que también podrá **"la ley"** ordenar la revisión y la fiscalización de

las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducción y demás servicios públicos. La potestad general de contratar que tiene el Estado debe verse a la luz de esta disposición **que reserva a la ley** el poder intervencionista para reducir el consumo de licores o para la revisión y fiscalización de tarifas. No creemos que pueda prescindirse de considerar este precepto constitucional, que da a la ley tal potestad, para sostener, con base simplemente en la facultad del Gobierno de celebrar contratos, que ésta última prevalece sobre la otra. Esta intervención se inspira en razones de protección a la raza y a la obtención de elementos primordiales a la vida del hombre, a su bienestar económico, que están por encima del simple ejercicio de la facultad de contratar por parte del Estado. Es prevalente el interés social que busca proteger el constituyente, en beneficio común, que el de contratación, que frente al otro debe ceder por secundario. Siendo de advertir además que las facultades del Estado han de ejercerse o no consultando siempre el provecho de la comunidad, y que a ésta se le sirve conservando el Congreso el poder de intervenir, y no garantizándole al concesionario de un servicio público una situación jurídica que puede implicar en el hecho un privilegio en perjuicio de los consumidores de su industria.

Una cosa es la facultad de intervención del Estado y otra la realidad de la intervención, si ésta queda subordinada a un contrato. "La intervención opera en el contrato mismo", dice el fallo. No compartimos esa apreciación. El constituyente quiere que el Estado ejerza el control de las tarifas sin limitaciones, de acuerdo sólo con el ordenamiento del legislador. El poder de éste para la revisión y fiscalización es permanente y se realiza según los intereses sociales de cada época. Ese poder del legislador es una función que da e impone el derecho público y que no se constriñe o reduce por las exigencias del derecho privado. Su naturaleza indica no estar subordinado a estipulaciones que en convenios consagren el modo como tal control haya de hacerse. Las circunstancias que en un momento dado hacen conveniente o aconsejable una tarifa, o un criterio para fijarla, son mudables, sujetas naturalmente a los cambios que la vida económica y social impone. El Congreso no cumpliría cabalmente su función reguladora de las tarifas en empresas de servicio público si comprometiese por anticipado su criterio y declinase, por así decirlo, su función, autorizando la celebración de contratos que le impidiesen sucesiva y permanentemente intervenir por medio de leyes en la fijación de aquéllas, atendiéndose en cada momento a las razones de conveniencia y justicia que rodean las situaciones que confronte el legislador.

Es cierto que la Constitución no prohibe el contrato como medio para intervenir; dice así que debe hacerse la intervención por medio de leyes, y es obvio que no podría legislarse autorizándose a celebrar contratos en que se comprometiera el Estado a no intervenir por medio de las leyes en la revisión y fiscalización de las tarifas. Cualquier contrato que garantice un sistema o criterio para fijarlas, si ha de respetarse, constituye una limitación a la acción del Estado, en la forma en que ella debe razonablemente realizarse.

Dice la sentencia que el Gobierno puede intervenir para fijar tarifas que consulten el interés colectivo y la moral comercial. Ello es así. Lo malo e inconveniente es que tal intervención del Gobierno, una vez celebrado un contrato con el concesionario del servicio público, y según los presupuestos consagrados en el decreto número 5 de 1940, no puede ejercerse libremente, sino que **habrá de estar subordinada a las bases** señaladas en el convenio. Esas bases, posiblemente aceptables y justas en el momento en que se celebra, pueden resultar inequitativas más adelante, con el correr del tiempo, y perjudiciales para los asociados. Un examen breve de las condiciones previstas en el artículo 5º del decreto confirman esta aseveración. Expresa dicho artículo que no podrá considerarse que las tarifas exceden los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial, cuando ellas se limitan a cubrir los gastos de explotación **fijados en el contrato,** un porcentaje sobre el capital invertido, **que será objeto** de acuerdo entre el Gobierno y el contratista, una cuota de amortización anual **convenida,** sobre el valor de la empresa. Con el progreso que van alcanzando las industrias, los gastos de explotación, inicialmente calculados en una cantidad, pueden reducirse considerablemente; la utilidad que se estipuló para el capital invertido, ser excesiva; y lo mismo la cuota de amortización calculada. Como estos factores económicos de costo influyen para la fijación de las tarifas, puesto que ellas se calculan después de sacar de la utilidad bruta las partidas necesarias para atender al pago de las erogaciones y amortizaciones reconocidas como legítimas al contratista.

es muy claro que una modificación de esos factores inicialmente previstos en el contrato, que reduzcan el costo de la explotación, beneficiarían exclusivamente al concesionario, y obligarían al mantenimiento de unas tarifas más altas que las que corresponderían en un momento dado para que con ellas obtuviese el empresario una ganancia justa. El perjuicio de sus clientes consumidores sería inevitable, pues ellos tendrían que pagar según esas tarifas altas, no modificables por la intervención que ejerciera el Gobierno, ya que ésta tendría que estar subordinada a **las bases** acordadas en el contrato.

Este extremo a que se llega o puede llegarse fácilmente si la intervención para fijar las tarifas se limita por medio de contratos, está indicando que una interpretación racional de los textos pertinentes, inspirada en los principios jurídicos que aconsejan atender principalmente a la finalidad de las normas, conduce a la desestimación, por inadecuado y contrario a la Carta, del procedimiento de los contratos o convenios entre el Estado y los concesionarios de un servicio público, en cuanto contengan estipulaciones limitativas de la facultad de intervenir que la Constitución le confiere al Estado para la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos.

Por todo ello, y lo demás que dejamos observado, es inconstitucional a nuestro juicio, el decreto número 5 de 1940 en sus artículos 4º y 5º que autorizan ese género de convenciones. Así lo debió declarar la Corte Suprema de Justicia.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Jordán Jiménez — Alvaro Leal Morales. Gabriel Rodríguez Ramírez—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 3º, 4º Y 5º DE LA LEY 67 DE 1943

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez le pide a la Corte que declare como inexequibles los artículos 3º, 4º y 5º de la ley 67 de 1943, por ser contrarios al artículo 164 de la Constitución.

Dichos artículos establecen que el conocimiento de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos o más y que en los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor; que en los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos, y que habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos o más; y que tanto los funcionarios con jurisdicción coactiva, como los tribunales administrativos y el Consejo de Estado procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el código judicial y demás leyes sobre la materia.

Pero el señor Procurador observa, al contestar el traslado, que la Corte no puede proferir un nuevo fallo, porque esta misma entidad, en sentencia de 26 de julio de 1944, ya decidió sobre otra demanda de inexequibilidad presentada contra esos mismos preceptos.

Y así, es, en efecto, porque esta Sala Plena, en el fallo que lleva la fecha indicada y mediante acusación del doctor Mauricio Mackenzie, decidió lo siguiente:

"Primero. Es exequible el artículo 5º de la ley 67 de 1943.

"Segundo. Los artículos 3º y 4º de la mencionada ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º **a incidentes de excepciones** cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funde en un acto de gestión de la administración; y 2º **a tercerías,** cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares". (G. J. Tomo LVII, Nros. 2010-14, págs. 330 a 344).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador, y en Sala Plena, decide:

Estése a lo resuelto en sentencia de 26 de julio de 1944, de esta corporación.

Notifíquese.

Hernán Salamanca — Germán Alvarado—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales — Luis Robles. Gabriel Rodríguez Ramírez—Domingo Sarasty M. Eleuterio Serna R.—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Pedro León Rincón, Srio.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 4º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE AUMENTAN UNAS ASIGNACIONES Y SE NIVELAN OTRAS", ORIGINARIO DEL SENADO DE LA REPUBLICA

El artículo 112 de la Constitución de 1936, que es el mismo de la Constitución de 1886, rige con plenitud y obliga actualmente al Legislador. Tiene ese artículo un carácter especial puesto que prohibe que se beneficien del aumento de dietas o viáticos los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado, con lo cual no viene a tener efectividad el aumento sino para el período legislativo subsiguiente.

La prohibición constitucional de que se haga efectivo un aumento durante el período de las funciones de los parlamentarios que lo votaron no menciona sino dietas y viáticos como objeto del aumento de que no pueden beneficiarse aquéllos, y por otro lado los gastos de representación son distintos de esas dotaciones; mas no por esas circunstancias se podría dejar de concluír que estos gastos también están comprendidos en la prohibición contenida en el artículo 112 de la Carta.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

La Presidencia de la República ha enviado a la Corte, para los fines del artículo 90 de la Constitución Nacional, el expediente relativo al proyecto de ley "por la cual se aumentan unas asignaciones y se nivelan otras", el cual fue parcialmente objetado por el Gobierno; las objeciones versan sobre el aumento de sueldo de los Ministros del Despacho, y sobre el aumento de los gastos de representación correspondientes a los parlamentarios; la segunda de estas objeciones se funda en razones de inconveniencia, como la primera, y, además, en inconstitucionalidad; el Congreso declaró infundados tanto los dos reparos por el primer motivo, como el que se funda en la inconstitucionalidad, por lo cual corresponde a la Corte decidir sobre el último.

En tal virtud la tarea de esta Corporación se circunscribe y limita a desatar la discrepancia surgida entre el Parlamento y el Gobierno a propósito de los gastos de representación relativos al primero.

Delimitado así el radio de actividad propio de la Corte en este caso, y en orden a solucionarlo, se considera:

El artículo del proyecto materia de la objeción gubernamental es del tenor siguiente:

"Artículo 4º—Desde la iniciación de la presente Legislatura, los gastos a que se refiere el artículo 47 de la Ley 7ª de 1945, serán permanentes y diarios, en la cantidad de cuarenta pesos ($ 40) durante las sesiones del Congreso, y de veinte pesos ($ 20) durante el receso".

No sobrará advertir que el artículo 47 de la Ley 7ª de 1945 decía:

"Mientras esté reunido el Congreso, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones tendrán derecho a veinte pesos ($ 20.00) diarios como gastos de representación. El Gobierno efectuará las operaciones presupuestales y traslados necesarios para darle cumplimiento a esta disposición".

Esta norma fue reproducida literalmente en la parte final del artículo único de la Ley 33 del mismo año de 1945, y fue declarado exequible por esta Sala en fallo proferido el cuatro de julio del año próximo pasado, por cuanto consideró que ese artículo era el punto de partida de una nueva reglamentación de los emolumentos parlamentarios, necesaria por la derogación de la remuneración anual como norma constitucional, y que así el mismo artículo no era simplemente sucesivo de otro, respecto del cual decretara un aumento de las dietas parlamentarias.

La objeción de inconstitucionalidad está concretada en los siguientes apartes del mensaje del Gobierno a las Cámaras Legislativas:

"El Gobierno considera que el aumento de los gastos de representación de los miembros del

Congreso, decretado en el artículo cuarto del proyecto, con retroactividad a la fecha en que se inició la presente legislatura, es violatorio de lo dispuesto en el artículo 112 de la Constitución Nacional, que dice: 'Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Congreso se hará efectivo sino después de que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado'.

"La Constitución habla de 'dietas' y 'viáticos' y la ley de 'gastos de representación', lo que a juicio del Gobierno constituye diferencia en las palabras pero no en los hechos, porque es claro que, cuando la Constitución prohibe que los miembros de una legislatura se beneficien con el aumento de sueldos o viáticos que ellos mismos decreten, no lo prohibe por el hecho de que esas asignaciones sean llamadas sueldos o viáticos, sino por cuanto se trata de un aumento de la remuneración de los congresistas, del cual considera el constituyente, por razones obvias, que no pueden aprovecharse los mismos que lo decretan. Y es evidente que ese aprovechamiento se realiza lo mismo cuando a la remuneración se le da el nombre de sueldos, dietas o viáticos, gastos de representación o cualquiera otro más o menos adecuado.

"No importa, pues, que se trate de gastos de representación, porque la prohibición constitucional subsiste. Es claro que el constituyente no puede prever todas las denominaciones que, en un momento dado, pueda darle el legislador a ese aumento y, por lo mismo, es necesario atender a los hechos que constituyen el aprovechamiento y no sólo a las palabras con que se les designe".

El apoyo de la objeción coloca fuera del debate las nociones sobre irretroactividad de la ley, concepto que sólo tiene sentido ante los llamados derechos adquiridos, según el artículo 30 de la Carta, el cual nó ha sido invocado en la presente controversia.

Oído el señor Procurador General de la Nación, se expresó así:

"Se dice que la prohibición se refiere exclusivamente a dietas y viáticos, y que ni aquéllas ni éstos son gastos de representación.

"Es cierto que la palabra 'dietas' viene del latín **dies**, que significa día; que, en consecuencia, la palabra dietas incluída en el artículo constitucional que se estima violado, quiere decir remuneración diaria, o por cada día de servicio. De modo que por este aspecto los gastos de representación de que trata el artículo 4º del proyecto quedan evidentemente comprendidos dentro de la prohibición, puesto que deben pagarse por cada día del año, en una cuantía, durante las sesiones, en otra durante el receso.

"Los gastos de representación en Colombia se han decretado a favor de ciertos funcionarios que por razón de su categoría se presume que deben efectuar erogaciones a que no están obligados los demás empleados. Así, el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los diplomáticos, el Contralor, devengan además del sueldo sumas fijas que reciben el nombre de 'gastos de representación'. Como estas sumas las reciben sin obligación previa ni posterior de rendir cuentas comprobadas, ellas constituyen, a mi modo de ver, sobresueldos o partes del sueldo total. Así, cuando se dice que un diplomático tendrá $ 1.200 de sueldo y $ 800 por gastos de representación, entiendo yo que el sueldo total es de $ 2.000, ni más ni menos".

Y para terminar este alto funcionario concluyó así:

"En resumen, conceptúo que el artículo 4º objetado es inconstitucional, por cuanto en él se dispone que a los llamados gastos de representación tendrán derecho los actuales miembros del Congreso, desde el principio de las sesiones del presente año, no en cuanto el alza decretada rija para los miembros de la Cámara de Representantes a partir del 20 de julio próximo y para los miembros del Senado a partir del 20 de julio de 1951. Así pido que lo declareis".

Procede investigar si, según se expuso en la ponencia adoptada por la H. Cámara de Representantes a propósito de estas objeciones, el precepto constitucional invocado para ellas ha sido en realidad sustituído por otras reglas perdiendo consecuencialmente su imperio.

Es cierto que el artículo 112 de la actual codificación constitucional era el 112 de la expedida en 1886; es también verdad que en el año de mil novecientos treinta y seis (1936) el constituyente reemplazó la remuneración fijada por días a los congresistas, desde mil ochocientos ochenta y seis (1886) por la anual; es también evidente que la reforma de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) facultó al legislador para la determinación de la forma de remuneración de Senadores y Representantes absteniéndose, como venía haciéndolo desde mil novecientos treinta y seis (1936), de

mencionar los viáticos a que se refiere la norma que ahora trae a cuento la rama ejecutiva.

Pero esas diferentes reglas constitucionales, si bien modifican la forma del estipendio parlamentario, en nada pugnan entre sí en cuanto a la prohibición que es medula y sustancia del artículo 112 citado; ésta, con base en las dietas previstas en mil ochocientos ochenta y seis, mantiene su sentido en frente de la anualidad prescrita en mil novecientos treinta y seis, y de la mensualidad establecida por el legislador en mil novecientos cuarenta y cinco; a falta de la derogación expresa sólo se entiende la tácita ante ordenamientos que no puedan conciliarse, y como el origen y forma de la remuneración no son óbice para que pueda seguirse cumpliendo la norma de moral administrativa sobre cuya vigencia se discurre, ha de concluírse necesariamente que el artículo 112 de la Constitución rige con plenitud y obliga actualmente al legislador.

Tiene ese artículo un carácter especial puesto que prohibe que se beneficien del aumento de dietas o viáticos los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado, con lo cual el aumento no viene a tener efectividad sino para el período legislativo subsiguiente. Como toda ley, la prohibición tiene su razón en un principio jurídico o de equidad del cual viene a ser un desarrollo, y busca la consecución de un objeto concreto y práctico que es su finalidad. Los legisladores son mandatarios de la Nación y hay un principio de razón natural que prohibe el ejercicio del mandato en provecho del mandatario. Uno de los constituyentes de 1886 comentando esta prohibición dice que si respecto de ciertos empleados, como los Magistrados y los Consejeros, es conveniente la prohibición de que se les alteren sus sueldos durante el tiempo de su servicio, "más grave aún es la necesidad de prohibir a los miembros del Congreso que se aumenten sus propios emolumentos. Si en justicia consideran que deben tener mayor dotación los Legisladores, que lo decreten así para los que han de sucederles, mas no para sí mismos". — (José María Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", pág. 238, tomo II). Otros fines prácticos también pueden señalarse a la prohibición, como la defensa del tesoro público contra posibles abusos de los legisladores, y el mantenimiento del prestigio del parlamento, según lo han anotado ya autores de ciencia constitucional.

El artículo 4º del proyecto objetado dispone un aumento de los gastos de representación de los Senadores y Representantes puesto que los hace permanentes y diarios cuando en la actualidad no tienen derecho a ellos sino "mientras esté reunido el Congreso", según la Ley 7ª de 1945 (artículo 47) subrogada por la Ley 33 del mismo año, con lo cual la totalidad de lo que han de recibir los parlamentarios en el lapso de un año por este concepto sube con relación a la que ahora reciben por el mismo lapso por ese título; y también porque eleva de veinte a cuarenta pesos diarios los gastos de representación mientras esté reunido el Congreso. Y ese aumento se hace efectivo no sólo para los futuros legisladores sino para los miembros de la actual legislatura, antes de que hayan cesado en sus funciones, como que el artículo 4º del proyecto le da a dicho aumento efecto retroactivo al 20 de julio de este año, y puesto que el artículo 5º manda abrir créditos adicionales para el cumplimiento de la ley y dispone que ésta regirá desde su sanción.

Esta Corporación admitió en fallo del 28 de febrero de 1935, sobre inexequibilidad de la Ley 3ª de 1933 la distinción entre dietas, viáticos y gastos de representación cuando dijo lo que se transcribe a continuación:

"Es indiscutible que los vocablos **viáticos** y **dietas** y la expresión **gastos de representación** indican cosas esencialmente distintas: por viáticos se entiende lo que se da en dinero o en especie, para su sustento y movilización a quien hace un viaje; por dietas, lo que se paga por cada día de servicio a quien trabaja. Los gastos de representación expresan lo que se suministra a individuos que desempeñan ciertos cargos para que atiendan a 'desembolsos originados por atenciones y consideraciones hacia personas y entidades extrañas, más que por las de su propia familia' ". (G. J. Tomo XLI, pág. 145).

La prohibición constitucional de que se haga efectivo un aumento durante el período de las funciones de los parlamentarios que lo votaron, no menciona sino dietas y viáticos como objeto del aumento de que no pueden beneficiarse aquéllos, y por otro lado los gastos de representación son distintos de esas dotaciones; mas no por esas circunstancias se podría dejar de concluír que estos gastos también están comprendidos en la prohibición contenida en el artículo 112 de la Carta. Conocidos los principios jurídicos y de equidad que el constituyente se propuso desarrollar o aplicar, sabidos los objetos prácticos o fines

de bien público que se propuso alcanzar, hay que admitir que la expresión de algunos casos en la fórmula del artículo 112 fue insuficiente por no abarcar la totalidad de su intención, y entonces se debe extender la prohibición, de acuerdo con las enseñanzas de la hermenéutica jurídica, a todos los casos en que, como sucede respecto a los gastos de representación, existan los motivos o causas que tuvo el constituyente para dictarla. En el año de 1886 los legisladores tenían dietas y viáticos, pero no gozaban de gastos de representación, a lo menos diarios y temporales como en la forma vigente, o diarios y permanentes como lo dispone el proyecto objetado, y por eso es explicable y natural que entre las aplicaciones de los principios en que se inspiraba y los efectos que se proponía, no expresara el artículo 112 sino las dietas y viáticos y callara sobre los gastos de representación. No por esto la enumeración de dos especies de emolumentos fue limitativa, pues la afirmación de esta limitación sería contraria a la generalidad de aquellos principios y de éstos fines.

Respecto de los gastos de representación existen los mismos motivos de la prohibición constitucional contenida en el artículo 112 que habla de dietas y viáticos, o sea la misma razón y la misma finalidad, pues con el aumento de esos gastos desde una fecha anterior y para el resto del período legislativo en curso y los períodos subsiguientes, se vienen a beneficiar los mismos parlamentarios que lo decretaron, cuando la Constitución ha querido impedir que los congresistas se aumenten sus propios emolumentos como las dietas o los viáticos. Razón tiene el mensaje gubernamental de objeciones cuando expresa la idea de que lo prohibido es el aprovechamiento del aumento por los mismos que lo decretan y que ese aprovechamiento se realiza lo mismo cuando se trata de dietas o viáticos que cuando se refiere a gastos de representación; en todos estos casos el hecho es el mismo cualquiera que sea la especie y el nombre del emolumento. Si así no fuera la prohibición del constituyente se haría ineficaz porque bastaría que la ley tendiente a beneficiar a los mismos legisladores durante el período de sus funciones, aumentara una de las dotaciones de que gocen, distintas de dietas para que ya no fuera aplicable la disposición.

Llega la Sala a la conclusión de que el artículo 4º del proyecto de ley por la cual se aumentan unas asignaciones y se nivelan otras es parcialmente inexequible y para ello se ha servido hasta ahora de la interpretación extensiva, fundada en el aforismo latino **ubi eadem est legis ratio, eadem legis dispositio esse debet,** interpretación que tiene lugar cuando aunque el texto de una ley particular, considerada aisladamente, sea claro y preciso, se encuentre impropio por la deficiencia con que expresa la razón de la ley y la mente del legislador, por lo cual corrige el defecto del elemento gramatical para completar el derecho existente. No hubiera tenido cabida en esta investigación sobre el alcance de una norma prohibitiva o excepcional, el empleo de la interpretación analógica que es diferente de la extensiva-comprensiva, pues la analógica no tiene lugar sino cuando falta disposición legal para un caso concreto y entonces llenando el vacío existente en todo un sistema jurídico hace progresar el derecho, creando nuevas aplicaciones, de una regla perfecta en sus elementos gramatical e intelectual, a casos no previstos, pero que son semejantes, para llenar así la laguna del instituto jurídico de que aquéllos forman parte.

Dos antecedentes jurisprudenciales vienen en apoyo de la conclusión sacada anteriormente sobre el fundamento de la objeción de inconstitucionalidad presentada por el Gobierno a las Cámaras Legislativas con relación al proyecto de ley que es objeto de esta providencia:

a) Cuando los gastos de representación de los parlamentarios que asistieran a las sesiones extraordinarias subsiguientes a unas ordinarias, no eran sino de ochenta pesos, el Congreso dispuso en el inciso 2º del parágrafo del artículo 2º de la Ley 23 de 1926 que "los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, tienen derecho a percibir como gastos de representación la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales" y en el artículo 3º de la misma Ley 23 se dijo que esta Ley regiría desde su sanción. Acusada la Ley como inconstitucional, la Corte encontró que los gastos de representación decretados en el artículo 2º como cualquier otro emolumento, llámese como se quiera, estaban comprendidos en la prohibición establecida en el artículo 112 de la Constitución, de que el aumento de dietas y viáticos pueda aprovechar a los miembros de la legislatura en que haya sido votado, porque respecto del aumento de los gastos de representación existen los mismos motivos que informan

la prohibición respecto del aumento de dietas y viáticos; y fundada la Sala Plena en la conclusión dicha, derivada de una interpretación extensivo-comprensiva, en providencia del 23 de agosto de 1927, declaró inexequible solamente el artículo 3º de la citada Ley 23 de 1926, en lo referente a gastos de representación de los Senadores y Representantes, ya que era en virtud de la vigencia inmediata que disponía este artículo 3º como podían aprovecharse del aumento los legisladores que lo habían dictado.

Son de ese fallo estos apartes: "Ahora, respecto de dietas y viáticos, el artículo 112 de la Constitución de 1886 expresamente prohibe al Congreso disponer que cualquier aumento de ellos se haga efectivo para los miembros de la legislatura que lo decrete... Si, pues, respecto de los emolumentos llamados dietas y viáticos existe la prohibición expresa de que el aumento de ellos no puede aprovechar a los miembros de la legislatura en que se decreten, implícitamente está también prohibido que cualquiera otro emolumento, llámese como se quiera, tenga la misma efectividad, porque existe el mismo motivo que informa el principio establecido en el artículo 112 de la Constitución encaminado a evitar el abuso en que pudieran incurrir las Cámaras al decretar emolumentos o aumento de ellos en provecho propio".

Salvó entonces la Sala de la conclusión de inexequibilidad los gastos de representación de cada una de las Cámaras, como corporaciones, por medio de comisionados de su seno o por comisionados extraños, salvedad que reitera ahora la Corte copiando el siguiente párrafo del fallo ya citado: "No comprende esta conclusión la facultad que tienen las Cámaras, conforme al numeral 7º del artículo 103 de la Constitución (subrogado hoy por el artículo 22 del Acto Legislativo número 1 de 1945) para decretar gastos en los casos en que hayan de hacerse actos de presencia como corporación y valerse de comisionados suyos o extraños que las representen, porque entonces no ocurre el motivo en que se apoya el precepto prohibitivo del artículo 112 de la Carta Fundamental". (G. J. Tomo XXXIV, págs. 50, 51).

b) El Decreto Legislativo número 202 del 8 de febrero de 1932 dispuso que desde el primero de ese mes las dietas y gastos de representación de los Senadores y Representantes quedaban fijados en la suma de $ 15.00 diarios. En esta situación el artículo 1º de la Ley 3ª de 1933 (8 de septiembre) adicionó el mencionado Decreto disponiendo lo siguiente: "Desde el 20 de julio del presente año en adelante, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, tienen derecho a percibir, como gastos de representación, la cantidad de cinco pesos ($ 5.00) diarios"; y el artículo 2º dispuso que la Ley regiría desde su sanción. Acusada la Ley como violatoria del artículo 112 de la Constitución, esta Sala Plena en fallo de 28 de febrero de 1935 declaró inexequible la Ley 3ª de 1933 en cuanto por ella se hace efectivo el aumento de los emolumentos de los Senadores y Representantes antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que fue votado dicho aumento; se fundó en que el propósito de la Ley era aumentar en cinco pesos diarios la partida de representación y hacer efectivo el aumento antes de que cesaran en sus funciones los miembros de la legislatura en que fue votada, lo que era abiertamente violatorio de la Constitución porque admitiendo que el Congreso pueda señalar los gastos de representación a sus miembros, no puede aumentarlos en favor de los que hayan decretado el aumento puesto que existe el mismo motivo que informa el principio establecido en el artículo 112. (G. J., XLI, 147 y 148).

Aunque la interpretación doctrinal de la Corte es bastante para sostener la conclusión de inexequibilidad parcial o relativa del aumento de gastos de representación, no puede la Sala dejar de invocar el siguiente antecedente legislativo. Desde la vigencia del artículo 27 del Acto Legislativo número 1º de 1936 (agosto 5) las dietas de los congresistas, mencionadas en el artículo 112, fueron sustituídas por una remuneración anual que debía ser fijada y reglamentada por la ley. Esta la fijó en seis mil pesos anuales y suprimió los viáticos (artículos 1º y 5º, Ley 157 de 1936, noviembre 10). La sustitución de remuneración para los Congresistas, fijada y reglamentada por la ley, subsistió después de la reforma constitucional del 16 de febrero de 1945, la que se limitó a suprimir el calificativo de anual a la remuneración. En esta situación, el legislador dictó el artículo único de la Ley 33 de 1945 (diciembre 12) que dice: "En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 113 de la Constitución, se fija la remuneración de los Congresistas así: quinientos pesos ($ 500.00) mensuales como sueldo; y mientras esté reunido el Congreso, los Senadores y

Representantes que asistan a las sesiones tendrán derecho a veinte pesos ($ 20.00) diarios como gastos de representación". De donde se deduce que estos gastos de representación son parte de la remuneración a la cual debe referirse desde el 5 de agosto de 1936, el artículo 112 de la Constitución por haber venido a substituír a las dietas mencionadas en esta disposición. Por consiguiente, los gastos de representación están comprendidos en la prohibición establecida por la citada disposición constitucional.

Según ella el Congreso sí puede aumentar los emolumentos de los parlamentarios, de manera que no limita la facultad legislativa sobre el punto; lo que prescribe es que el aumento no se haga efectivo inmediatamente que la ley entre a regir, que no se cumpla sino en el futuro, cuando hayan cesado en sus funciones los que la dictaron, o sea para los futuros legisladores; con lo cual impide que los miembros de la legislatura en que haya sido votado hagan efectivo el aumento, lo cobren y se aprovechen del ejercicio de cargo representativo.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la función que le atribuye el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA: Que es inexequible por inconstitucional el artículo cuarto (4º) del proyecto de ley "por la cual se aumentan unas asignaciones y se nivelan otras"; originario del Senado de la República, en cuanto por él se manda hacer efectivo el aumento de los gastos de representación de los Senadores y Representantes desde la iniciación de la presente legislatura y antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que ha sido votado.

Cópiese, notifíquese al señor Procurador, insértese en la **Gaceta Judicial** y en su oportunidad devuélvase el expediente de formación de la ley mencionada por el señor Presidente de la Corporación a la Presidencia de la República con nota de estilo.

Hernán Salamanca—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales—Luis Rafael Robles — Gabriel Rodríguez Ramírez — Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R. — Angel Martín Vásquez—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES RICARDO HINESTROSA DAZA, PEDRO CASTILLO PINEDA, ALVARO LEAL MORALES Y LUIS RAFAEL ROBLES

La Corte aceptó sin reservas la diferencia sustancial entre dietas y gastos de representación, basándose en que aquéllas corresponden al concepto de remuneración parlamentaria, mientras que los últimos están destinados a mantener el decoro externo de ciertas funciones de especial jerarquía, entre las cuales se destacan las del Congreso. La sola circunstancia, advertida por el señor Procurador General, de que altos funcionarios del Estado hayan venido disfrutando de ambas asignaciones, sin que pueda entenderse quebrantado el artículo 64 de la Constitución ni deslustrada la austeridad republicana de nuestros gobernantes, ha sido bastante para poner de relieve esa fundamental y necesaria distinción. Sobre esta base, no se justifica la invocación de jurisprudencias anteriores que consideraron el problema en su faz cuantitativa de identidad meramente aritmética, dejando de lado el punto de vista jurídico, que es el que corresponde a la Corte.

Sentada la diferencia dicha, la Sala admitió también que los gastos de representación decretados ahora por el Congreso no pueden entenderse sino dentro de su calidad específica, pues lo contrario equivaldría a imputarle al Parlamento el designio de eludir la prohibición contenida en el artículo 112 de la Constitución Nacional. Hubo acuerdo, pues, en que la Corte no puede presumir en el Legislador el fraude, como sería el valerse de subterfugios o juegos de palabras para alcanzar ciertos fines. Semejante presunción no es de recibo en actividad jurisdiccional alguna, y menos en ésta de control legislativo, porque sería proyectar sobre el ambiente democrático del país un grave e infundado sentimiento de malestar.

Convinieron igualmente los magistrados mayoritarios en que los preceptos excepcionales como el artículo 112, limitativo de las facultades generales del Congreso y de la especial consignada en el artículo 113, no son susceptibles de interpretaciones analógicas, y hubo fuerte duda en la Sala sobre si sería analógica o extensiva la que se pudiera utilizar para hacer regir los gastos de representación por el texto en que se apoyan las objeciones gubernamentales.

Sin embargo de estos antecedentes, que lógicamente han debido concluír en el reconocimiento de que el artículo objetado es exequible, la mayoría de la Corte desvió la aplicación de los conceptos anteriores para llegar a la decisión adoptada, mediante el empleo de un criterio extensivo.

Hemos creído que para el funcionamiento adecuado de las instituciones es necesaria gran cautela en relación con las normas prohibitivas, sobre todo cuando forman parte de la Constitución. En el título tercero de la Carta, destinado, como es bien sabido a los derechos civiles y garantías sociales, abundan los mandamientos prohibitivos en orden a proteger los fueros humanos. Nos parece extremadamente peligroso para el mantenimiento de lo que se ha venido conociendo como parte dogmática de la Constitución, aplicar al entendimiento jurisdiccional de sus preceptos, como lo ha hecho la mayoría, una hermenéutica complaciente que siembra precedentes de relajamiento en la aplicación del Estatuto, introduciendo en él prohibiciones tácitas al amparo de un inadmisible sistema extensivo.

Y no se diga que el sentido estricto en la aplicación de los preceptos excepcionales conduce a impedir el desarrollo racional del principio querido por el Constituyente, estorbando su operancia respecto de fenómenos que debieran reputarse regulados por la misma prohibición, ya que la inteligencia extensiva de un precepto constitucional que restringe las atribuciones del Congreso en relación con dos tipos concretos de erogaciones fiscales, apenas tendría cabida si los fines de la norma aparecieran expresamente contenidos en ella. No siendo tal el caso, al entrar la Corte por propia iniciativa a determinar la finalidad del mandamiento prohibitivo está realmente elaborando el alcance de la prohibición, y por tanto, desplazando al Constituyente para fijarle al Congreso pautas y limitaciones que no encuen-

tran apoyo sino en la arbitraria hipótesis de finalidades calladas por la Constitución. El alcance del precepto prohibitivo ya no proviene de ésta sino de la Corte, contra el principio de la separación de los poderes públicos.

En la Teoría General del Estado expresa Carré de Malberg los siguientes conceptos que por entero se ajustan al caso en estudio:

"El Juez puede efectivamente innovar, para las necesidades de la solución de los litigios, mientras éstos no conciernan sino a los particulares, pero no le está permitido convertirse en el árbitro de las dificultades que suscita el ejercicio de la potestad pública o que comprometen directamente un interés del Estado; por lo menos, no puede resolverlas por su propia potestad y sin la ayuda de un texto legal, del cual su decisión sea la pura y simple explicación".

La interpretación extensiva implica algo más que un simple proceso de interpretación, constituyendo verdadera y propia integración de normas, de tal suerte que cualquiera que sea la conveniencia o inconveniencia del artículo objetado, su oportunidad o su impopularidad, tales factores nunca han debido ser bastantes para que la Corte, con su ejemplo, invite a todos los funcionarios del país al uso de una hermenéutica que se desentiende del contenido claro de los textos constitucionales y legales.

Si los eminentes penalistas que suscriben la tesis de mayoría, para ser lógicos, aplican a los preceptos represivos el mismo criterio de interpretación de que han hecho uso en este caso, nos veremos ante la posibilidad inquietante de que por vía jurisprudencial se complete el Código Penal, introduciendo en él regulaciones no previstas por los textos legales.

En resumen, nuestra discrepancia con los Magistrados de mayoría estriba en que no compartimos la tesis de que pueda acudirse a la interpretación extensiva de un precepto constitucional claro, introduciendo prohibiciones tácitas en la Carta por tan irregular camino, y mucho menos cuando se trata de restringir las atribuciones del Congreso.

Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cuarenta y ocho.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alvaro Leal Morales — Luis Rafael Robles. Pedro León Rincón, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. HERNAN SALAMANCA

Aun aceptando que existe completa incompatibilidad entre la disposición del artículo 112 de la Constitución Nacional y la del artículo 4º del Acto Legislativo objetado por el Gobierno, considero que la resolución de la Corte ha debido ser simplemente denegatoria de la inexequibilidad propuesta, porque dado el alcance y significación de la incongruencia constitucional aducida, referente no a la sustancia de la ley sino a una simple modalidad de su ejecución, no da base ni puede ser materia para una acción de inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia.

Voy a recordar brevemente las razones que ampliamente expuse en el curso de las discusiones en defensa de mi punto de vista que a la vez que presenta una solución práctica es una tesis doctrinariamente respaldada.

La naturaleza jurídica de la inexequibilidad, no exactamente equivalente al fenómeno de la derogación legal y constitutiva más bien de una nulidad de derecho público de efectos especiales, se refiere esencialmente a la vida misma de la norma, a su poder de perduración como regla dentro del ordenamiento jurídico-positivo del Estado. Exequible, etimológicamente, quiere decir lo que puede producir efectos, lo que se puede cumplir. Inexequible, por consiguiente, significa lo que es jurídicamente estéril, sin valor en derecho, es decir, nulo. Con este entendimiento consagró el constituyente la acción de inexequibilidad en el artículo 214 de la Carta. Al estatuír que corresponde a la jurisdicción constitucional de la Corte "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales", inequívocamente está expresando que se trata de un fallo de viabilidad o existencia del acto objetado, cuya finalidad no puede ser otra que permitir que viva o impedir el nacimiento del imperio de la norma vetada. Es una de las maneras como el Gobierno concurre a la **formación** de las leyes (artículo 117, numeral 7º). De ahí por qué la Constitución manda o establece en su artículo 90 que "el fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto", esto es, no tuvo existencia de ley. No caben, pues, soluciones intermedias entre ser y no ser inexequible. **Ser ley** y **no llegar a ser ley,** son los dos términos ineludibles del dilema decisorio que constitucionalmente se le plantea a la Corte en estos casos. Toda la dificultad para la adopción de la fórmula resolutoria depende del olvido de estas nociones, que ya dan base para concluír lógicamente que no es cualquier desajuste con la Constitución lo que da procedencia a la acción de inexequibilidad contra los proyectos de ley, sino solamente los que equivalgan a una imposibilidad de llegar a ser leyes. Si fuera cualquier inconsonancia transitoria, o simple aplazamiento de ejecución, como si se dijera proyectos de ley sometidos constitucionalmente a una condición suspensiva, resultaría absurdo que pudiera llegarse a la solución del archivo del proyecto, como si se tratara de un vicio congénito irremediable que hiciera imposible el nacimiento de la norma legislativa. La guarda de la Constitución se hace con el instrumento o el arma de la inexequibilidad, que sirve para matar las leyes incompatibles con la Carta Fundamental o para impedir que nazcan las que no van a poder convivir nunca con ella. Las sentencias que dicte la Corte en ejercicio de su atribución política de guardiana de la Constitución deben ceñirse estrictamente a la naturaleza de esta función, y es injurídico y hasta violador del principio de la separación funcional de los poderes públicos aprovechar tales fallos para hacer declaraciones de índole diferente, como sería, por ejemplo, hacer indicaciones sobre la manera o forma de aplicación de una ley o un artículo de una ley de carácter administrativo, lo que sería coadministrar; o hacer simplemente interpretaciones o explicaciones del sentido jurídico de las leyes o proyectos de ley, lo que sería colegislar.

Se puede pensar en dos clases o especies de incongruencia constitucional de los proyectos de ley: una relacionada con el funcionamiento que va a tener la ley, con su aplicación, que puede traducirse en aplazamiento de su ejecución, en problema de su vigencia inicial; y otra de naturaleza sustantiva, esencial, que afecta su viabilidad, como si se tratara de un vicio de nulidad absoluta. Sólo las de esta última especie pueden ser materia de la jurisdicción constitucional de la Corte en las acciones de inexequibilidad. Las otras deben ser remediables por las autoridades a quienes corresponde su ejecución o cumplimiento

haciendo uso de la facultad de guardar la Constitución, que también es deber ineludible, según el artículo 215 de la Carta. Dentro del sistema mixto colombiano para el control constitucional de las leyes ésta es la solución que mejor consulta el concepto orgánico del Estado. A todas las autoridades corresponde la guarda de la Constitución Nacional, como se dice en el mensaje de objeciones. La Constitución es también un sistema de administración.

Dentro de este orden de ideas podría decirse que el derecho de veto que tiene el Gobierno para atajar las leyes que no armonicen con la Constitución, concurriendo a su formación, deben operar de diversa manera según la índole del motivo fundamental de las objeciones. Y así, cuando se trate de una cuestión de incongruencia vinculada simplemente al modo administrativo de aplicar determinado artículo, o dicho de otra manera, a un desajuste constitucional administrativamente remediable, quizá lo indicado y procedente es un mensaje al Congreso con la invitación al acato de la Carta y la correspondiente advertencia de que, si no se ajusta a la norma fundamental, el Gobierno hará uso del veto administrativo como consecuencia de la aplicación preferencial que deberá darle a la Constitución Nacional. Así se concurre más eficazmente a la formación adecuada de las leyes, y la sanción que debe darle, el ejecútese y cúmplase, nada tendría de contradictorio ni sorpresivo porque de ese modo quedaría condicionado con el cumplimiento de la obligación imperativa de dar preferente aplicación a las normas constitucionales. El veto político, función de puro derecho, un poco académica, está destinado a remediar, a través del juicio de inexequibilidad de la Corte, aquellas incongruencias constitucionales que conllevan cuestiones de fondo o sustanciales capaces de paralizar la vida en formación de un proyecto de ley.

El artículo 4º del proyecto de ley, concretamente objetado por el Gobierno, de índole predominantemente administrativa aunque merezca el concepto de ley formal, porque no estatuye nada impersonal y general, como debe ser el contenido de las leyes, no ha sido vetado por ninguna razón de sustancia que pueda impedir su culminación imperativa como acto de expresión de la voluntad nacional, sino por una cuestión transitoria y accidental de su aplicación, por una circunstancia **intuitu personae,** como es la prohibición de hacer efectivo el pago en ella decretado a determinados colombianos conocidos por su nombre y apellido en una nómina oficial que forma y maneja el Gobierno. En nada afecta esta modalidad de aplicación la viabilidad misma de la ley. Su incompatibilidad constitucional a este respecto es subsanable, y debe serlo, por las autoridades administrativas a quienes normalmente compete pagar sus asignaciones a los funcionarios del Estado, supervigilar la correcta inversión de los dineros públicos, o a los que tienen la función de vigilar fiscalmente el tesoro nacional. Pero esto, desconectado de la viabilidad de la ley proyectada, es impertinente como veto de inexequibilidad ante la Corte. Purgada la iniciativa legislativa de la aludida incongruencia constitucional por el mero transcurso del tiempo, o decretados los gastos a que se refiere sin indicación de la fecha en que deben hacerse, la ley es perfecta y constituye simplemente el ejercicio de una expresa potestad parlamentaria. Es lo mismo que ocurre con el control constitucional de los impuestos, que el Consejo de Estado ha considerado como materia extraña a la inexequibilidad de la norma que manda cobrar uno indirecto antes de los seis meses que señala la Constitución; o como lo sería la incongruencia consistente en el desacato de las reglas administrativas que la Carta establece para las modificaciones del arancel aduanero en su artículo 205. El aumento se hará efectivo después de que hayan cesado en sus funciones (112); ninguna contribución indirecta empezará a cobrarse sino seis meses después (204); toda variación en la tarifa de aduanas comenzará a ser ejecutada noventa días después de sancionada la ley (205), todas estas reglas de mera administración, cuya guarda compete a los funcionarios que deben cumplirlas, por efecto de la aplicación preferente que les corresponde según el artículo 215 de la Constitución Nacional, no pueden ser materia de una acción de inexequibilidad ante la Corte, cuyo objeto, como ya lo he repetido muchas veces, no puede ser purificar indiscriminadamente de todo defecto así sea simplemente transitorio o adjetivo, los proyectos de ley, sino decidir sustantivamente sobre la existencia misma de la norma objetada.

Por estas buenas razones mal escritas, respetuosamente pongo a salvo mi voto en la anterior sentencia de la Corte.

Noviembre 10 de 1948.

Hernán Salamanca

Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

REIVINDICACION

La acción de dominio de que trata el artículo 1325 del Código Civil, que natural y lógicamente ha de ser posterior a la de petición de herencia de que trata el capítulo de que hace parte el artículo citado, puesto que la calidad de heredero debe estar establecida en firme, tiene por objeto obtener la restitución para la sucesión de las cosas hereditarias que no pudieron obtenerse del heredero vencido en el juicio de petición de herencia por haberlas enajenado o deteriorado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

A los pocos días de ocurrida la defunción de Paulino Rentería (marzo 3 de 1934), se abrió en el Juzgado 1º del Circuito de Roldanillo su sucesión intestada, y en ella, previas las diligencias de inventarios y demás del juicio sucesorio, se decretó la posesión efectiva de la herencia en favor de Carolina Rentería en su calidad de heredera única como madre natural del extinto (mayo 21 de 1934). Cumplidas las formalidades del registro, se protocolizó el juicio en la Notaría de Roldanillo bajo la escritura pública número 92 del 28 de mayo de 1934.

El 20 de septiembre de 1934, por medio de la escritura pública número 187 otorgada ante el Notario de Roldanillo, Carolina Rentería, representada por su apoderado general, vendió a Dolores Ortiz Beltrán una casa en construcción con su solar y los materiales existentes en la obra, alinderada como allí se expresa, por el precio de $ 950.00, y adquirida como heredera de Paulino Rentería.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo se siguió un juicio ordinario por Belarmina Pradilla contra Carolina Rentería y el Agente del Ministerio Público para obtener la declaración de que los menores hijos de la demandante —Tulio Hernán, Mario y Diofanor Padilla— son hijos naturales de Paulino Rentería. Este juicio, en que los demandados "coadyuvaron la acción", terminó con la sentencia definitiva de primer grado, de fecha 27 de junio de 1940, en que se declara la filiación natural demandada.

Ante el mismo Juzgado del Circuito de Roldanillo, los tres declarados hijos naturales de Paulino Rentería demandaron a Carolina Rentería en acción de petición de herencia como herederos preferentes de su padre natural. Este juicio, adelantado también con la aceptación y acuerdo de la demandada, terminó con sentencia definitiva de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de fecha 22 de marzo de 1943, en que se decidió: "Condénase a la señora Carolina Rentería, de las condiciones civiles ya conocidas, a restituir a los señores Tulio Hernán, Mario y Diofanor Padilla los bienes que le fueron adjudicados como de la sucesión de su hijo Paulino Rentería por sentencia de 21 de mayo de 1934 del mismo Juzgado del Circuito de Roldanillo, pero sólo en la parte que a ellos corresponda, según la regla contenida en el artículo 19 de la ley 45 de 1936, y los deterioros que las cosas hayan sufrido por culpa de la demandada. Dicha condenación se extiende a los bienes que la demandada o su mandatario traspasaron antes y después de la sentencia de adjudicación".

Con apoyo en estos antecedentes, los tres Padillas, por medio de apoderado y ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, en libelo de fecha 31 de julio de 1944, demandaron a Dolores Ortiz de Duque en juicio ordinario de reivindicación para que se declare que la casa, su solar correspondiente y los bienes muebles que compró a Carolina Rentería por escritura 187 de 20 de septiembre de 1934, de la Notaría de Roldanillo, pertenecen a la sucesión de Paulina Ren-

tería, representada por sus tres hijos demandantes, y debe, por consiguiente ser restituída por la demandada a ellos, junto con sus frutos naturales y civiles desde cuando entró en posesión, y el valor de las utilidades que los actores hubiesen obtenido con el capital producido por los frutos civiles, o, en subsidio, los frutos a partir de la notificación de la demanda hasta el día de la restitución.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que las sentencias aducidas por los actores no la perjudican aunque fueron producidas en juicios adelantados con el manifiesto deseo de lucrarse en perjuicio de terceros, y que posee la finca como dueña por haberla adquirido a título de venta de su legítimo propietario y de acuerdo con las leyes.

A su vez y dentro de la oportunidad procesal la demandada propuso demanda de reconvención para que se declare que son nulas, como violatorias de la ley colombiana, las sentencias proferidas por el Juez Civil del Circuito de Roldanillo de fecha 27 de junio de 1940 sobre filiación natural de los demandantes Padillas, y la proferida por el Tribunal Superior de Buga el 16 de diciembre de 1943 en el juicio de petición de herencia propuestos por los Padillas contra Carolina Rentería.

Se funda esta contrademanda, a la cual se opuso el apoderado de los demandantes directos, en que la sentencia declarativa de la filiación natural de los Padillas fue pronunciada sin audiencia de legítimo contradictor y estando coludidos demandante y demandado y la de petición de herencia, fruto también de entendimiento entre las partes, fue pronunciada muchos años después de que ella poseía por virtud de legítima adquisición el bien que se quiere reivindicar.

Agotada la tramitación del grado, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva de fecha 21 de abril de 1945, declaró "nulas, de nulidad absoluta", las referidas sentencias sobre filiación natural y petición de herencia, y como consecuencia declaró probada la ilegitimidad de la personería de los demandantes y absolvió a la demandada Dolores Ortiz de Duque de los cargos de la demanda principal.

Sentencia acusada

La segunda instancia a que dio lugar la apelación de la parte demandante se surtió cabalmente en el Tribunal Superior del Distrito de Buga y terminó con sentencia definitiva de fecha 17 de diciembre de 1946, en que se revocó la recurrida y en su lugar se decretó la reivindicación pedida al tenor de la demanda, condenando a la poseedora Ortiz de Duque a restituír a la sucesión de Paulino Rentería, representada por los demandantes, los bienes singularizados en la demanda, con sus frutos naturales y civiles, reconociendo a favor de la demandada los gastos ordinarios invertidos en su producción y expensas necesarias de conservación de las cosas reivindicadas, y para garantía del saldo que pueda resultar a su favor de la liquidación de los frutos que debe y las prestaciones que se le reconocen, se le declara el derecho de retención de los bienes reivindicados. Sin costas.

Considera el Tribunal en primer término y en relación con los pedimentos de la demanda de reconvención que la demandada Ortiz de Duque carece de acción y personería para pedir la nulidad de las referidas sentencias sobre filiación y petición de herencia porque en el actual procedimiento civil no hay disposiciones que permitan alegar la nulidad de sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios, por vicios esenciales, tomándolos aisladamente del juicio en que se produjeron, y porque no habiendo ella intervenido en ninguna forma en tales procesos carece de personería para alegar las nulidades referentes a ellos.

Otra cosa es el alcance de tales fallos con su autoridad de cosa juzgada con respecto a la demandada y en relación con la acción reivindicatoria de que se trata, que es la concedida al heredero por el artículo 1325 del C. C. Por lo que hace a la sentencia que decidió el juicio sobre petición de herencia, en nada puede obligar ni afectar a la demandada Ortiz de Duque que no fue parte en él, por virtud del principio de la relatividad de la cosa juzgada. "Este fallo —dice el Tribunal— es de los que en la técnica jurídica se denominan de condena, y esta condena de restitución en nada puede afectar a la actual demandada Ortiz de Duque, aunque su título de adquisición provenga de Carolina Rentería, porque dicho título es anterior a ese fallo en muchos años, y la sentencia en este caso no puede tener efecto retroactivo'.'

No sucede lo propio, en concepto del Tribunal, respecto de la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo en que se declaró que los demandantes Tulio Hernán, Mario y Dio-

fanor Padillas son hijos naturales de Paulino Rentería, porque aparece que en ese juicio intervino como demandada Carolina Rentería, quien aceptó los hechos de la demanda y no se opuso a ella, y quien a la sazón tenía la calidad de heredera única del presunto padre natural, de tal modo que habiéndose pronunciado esa sentencia contra legítimo contradictor tiene efectos absolutos o generales obligatorios para todas las personas, aunque no hayan intervenido en el litigio. Dentro de este orden de ideas, y partiendo de la base de que el inmueble que se trata de reivindicar perteneció al causante, en cuya sucesión fue inventariado, "se llega a la conclusión —dice el Tribunal— que fueron los hijos naturales de Paulino Rentería, quienes por causa de la muerte de éste y con un título que les da la ley, adquirieron la propiedad del inmueble, y que siendo ellos los únicos herederos tienen capacidad y personería para reivindicarlo para la sucesión". Es con este razonamiento, expuesto por el Tribunal en capítulo titulado "Alcance de la sentencia de filiación natural en relación con la propiedad del inmueble que se reivindica", como el sentenciador concluye que tal fallo es prueba suficiente del dominio de los actores sobre el bien singularizado en la demanda y que con su aducción por parte de los actores han satisfecho su obligación de probar que son dueños.

No se alude a otras cuestiones que trae la extensa motivación de la sentencia acusada porque las que se dejan compendiadas son las únicas que se relacionan con los puntos de examen y decisión del recurso.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, sintetizada en lo atinente, la parte demandada interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

De las cuatro acusaciones que con apoyo en la primera de las causales legales de casación formula el recurrente, la Sala, después de examinarlas todas confrontándolas con el fallo acusado, y en uso de la facultad que le confiere el artículo 538 del C. J., circunscribe su estudio y consideración a la planteada en el cargo tercero por estimarla fundada y bastante para producir la infirmación de la sentencia recurrida.

La acusación de ilegalidad que prospera se hace consistir en que el Tribunal violó el artículo 946 del C. C., directamente y como consecuencia del error de derecho en la estimación probatoria, al decretar una reivindicación en favor de quien no ha probado ser dueño de la cosa reivindicada. El recurrente lo formula así: "Como los demandantes pretenden la reivindicación de inmuebles para la sucesión de Paulino Rentería, es claro que lo primero que estaban obligados a demostrar era que Paulino Rentería, hubiera sido dueño del inmueble poseído por la demandada", y después de transcribir los apartes de la sentencia en que el Tribunal cree hallar la prueba de ese dominio sucesoral en la sentencia declarativa de la filiación natural de los demandantes, agrega: "Con lo anterior que dejo transcrito y con algo más pero menos imperante que dice la sentencia puede apreciar la Honorable Corte que el Tribunal de Buga hizo grandes esfuerzos por encontrar la prueba de que Paulino Rentería fuera dueño del inmueble y demás objetos cuya reivindicación se declara o se decreta en la sentencia. No estando acompañada al juicio la prueba por virtud de la cual pueda afirmarse que la sucesión de Paulino Rentería fuera dueña de lo que pretende reivindicarse, al decretarse tal reivindicación violó el fallador de segunda instancia el artículo 946 del C. C. por haber hecho una declaración a favor de una sucesión que no acreditó su condición de dueña. Y hubo error de derecho en la sentencia que recurro porque se atribuye a la sentencia de filiación que antes combatí, el carácter de prueba del dominio, cuando la ley no le da o no le atribuye ese carácter...".

Las restantes acusaciones, cuyo examen se omite, se refieren a preferencia entre los pretendientes a la herencia de Paulino Rentería y a la calidad de legítimo contradictor de la demandada en el juicio de filiación, cosas éstas que fueron materia de exclusiva decisión en las correspondientes sentencias y que están fuera del ámbito jurisdiccional de esta controversia.

Se considera el cargo.

Como acertadamente lo advierte el Tribunal, aquí se trata de la acción de dominio consagrada en el artículo 1325 del C. C., por medio de la cual el heredero puede reivindicar las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos. Esta acción reivindicatoria contra terceros poseedores de bienes relictos, que natural y lógicamente ha de ser posterior a la de petición de herencia de que trata el capítulo de que hace parte el artículo citado, puesto que la calidad de heredero debe estar es-

tablecida en firme, tiene por objeto obtener la restitución para la sucesión de las cosas hereditarias que no pudieron obtenerse del heredero vencido en el juicio de petición de herencia por haberlas enajenado o deteriorado.

Dentro de estas condiciones y finalidades la reivindicación de que se trata está sometida a las reglas comunes u ordinarias de las acciones de su especie, y se configura con la coexistencia de los tres elementos esenciales, que la Corte ha llamado axiológicos de la reivindicación; esto es, dominio del reivindicante sobre la cosa singular reivindicable de que está en posesión el demandado.

En el caso de estudio, el Tribunal, siguiendo la orientación y las tesis de los demandantes al respecto, al examinar la prueba de la propiedad de Paulino Rentería sobre las cosas determinadas que se demandan para su sucesión, se limitó a estudiar y determinar, con los resultados ya conocidos, el alcance de las sentencias de filiación natural y de petición de herencia con respecto a la demandada Dolores Ortiz de Duque y en relación con la propiedad del inmueble que se reivindica. "Lo primero que se debe estudiar —dice el Tribunal— es si las personas que ejercen esta acción son real y legalmente dueños de la cosa que se trata de reivindicar. Para comprobar su derecho de dominio sobre el inmueble, el apoderado de los actores acompañó algunas copias de juicios fenecidos y archivados...", aludiendo así a los citados fallos, de los que dice que a pesar de carecer de efectos en relación con extraños, sí pueden presentarse en juicio por la parte favorecida como prueba de su derecho oponible contra terceros que lo discuten y que conservan su fuerza demostrativa mientras no se contraponga prueba de mejor mérito.

Al resumir los motivos de la sentencia recurrida se dejó visto que en concepto del Tribunal la demandada Ortiz de Duque está al margen de los efectos y fuera del alcance de la sentencia que decidió la acción de petición de herencia de Paulino Rentería. Acertada conclusión, porque la decisión de tal juicio, en que se controvierte la calidad de heredero preferencial, nada tiene que ver en relación con terceros que no fueron parte ni podían serlo dada la naturaleza del litigio y que no son poseedores a título de heredero. En ese juicio se discutió el derecho a la herencia como universalidad, pero no el dominio sobre cosas singulares comprendidas en ella. En la petición de herencia se discute la calidad de heredero, y en la reivindicatoria del artículo 1325 del C. C. la calidad de dueño en el difunto sobre las cosas que pretende reivindicar su heredero. En sentencia de esta Sala (G. J. número 194, pág. 156) se anotaron minuciosamente las características jurídicas que singularizan y a la vez diferencian estas dos clases de acciones del heredero. La juridicidad del fallo sobre petición de herencia de que aquí se trata, sobre la cual podrían hacerse a simple vista serios reparos, no es cuestión para examinar y decidir en este caso, como lo pretende el recurrente en varios pasajes de su demanda que la Sala ha dejado de lado.

La otra sentencia, la de filiación natural, en que el Tribunal, como se vio al revisar las razones del fallo acusado, fundó sus conclusiones sobre el dominio de la sucesión reivindicante, en manera alguna puede tenerse por sí sola como prueba de que las cosas reivindicadas pertenecieron al causante Rentería, por la propia naturaleza jurídica de la cuestión controvertida en acción de esa especie. Tal fallo, que de estar **sub judice** habría que corregir en la equivocada interpretación que da al sentido y alcance del legítimo contradictor, es prueba del estado civil de hijos naturales de los tres Padillas, que les sirvió, con ayuda de su abuela, para vencerla en la acción de petición de herencia; pero nada tiene que ver en este juicio, ni nada significa como prueba la propiedad de un bien determinado de la herencia de Paulino Rentería. Ningún efecto interesante puede producir, en el plano de este pleito, contra la demandada Ortiz de Duque, que **no fue parte** en la litis en que se pronunció, ni podía serlo en un juicio de filiación natural que no procede sino contra el presunto padre, si vive, o contra sus herederos, si ya ha muerto.

De modo general alude la sentencia a que en el proceso se ha demostrado que el inmueble determinado en la demanda "perteneció, entre otros bienes, al causante Paulino Rentería", pero no se cita ni señala concretamente ninguna prueba que legalmente acreditara tal derecho real de propiedad en el **de cujus** para cuya sucesión se reivindica. Parece que en concepto del sentenciador es bastante al efecto la circunstancia de haberse inventariado los referidos bienes como relictos en el juicio sucesorio de Paulino Rentería, según resulta de la copia del inventario correspondiente expedida por el Notario de Roldanillo en cuya oficina fue protocolizada, porque es la

única referencia documental que se hace en torno a la propiedad del difunto Rentería. Y apenas hay que decir que en juicio de dominio contra un tercero esa mera referencia carece de todo valor probatorio. La parte actora, en su réplica a la demanda de casación, se refiere a este cargo sobre improbación de su dominio, pero no hace nada distinto de lo que hizo el Tribunal, porque se limita a afirmar, sin cita de elemento probatorio ninguno, que está completamente probada la propiedad de Paulino Rentería sobre la edificación inconclusa de la Plaza de Roldanillo, y para desnaturalizar el cargo dice que no es de recibo en casación por ser constitutivo de medio nuevo, puesto que la demandada no había expuesto tal punto de vista a lo largo del litigio. Huelga casi decir que no puede tener tal calidad la consideración jurídica y el examen probatorio de uno de los elementos esenciales y básicos de la acción incoada.

De las consideraciones que anteceden se desprende la conclusión de que está fundado el cargo de que el Tribunal decretó la reivindicación sin que se hubiera probado en forma legalmente adecuada que el causante fue dueño del bien que el heredero reivindica para la sucesión. Y faltando la base principal de la acción de dominio no hay objeto ni lugar para el examen y calificación del título que la demanda ha opuesto a las pretensiones del reivindicante y que ella considera firme y legítimo.

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 Buga el 17 de diciembre de 1946, revoca la de primer grado dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo de fecha 21 de abril de 1945, y falla este pleito así:

Absuélvese a la demandada Dolores Ortiz de Duque de todos los cargos de la demanda de reivindicación.

Absuélvese a Tulio Hernán, Mario y Diofanor Padillas de los cargos de la demanda de reconvención.

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.

Gabriel Rodríguez Ramírez—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Las acciones resultantes de las letras de cambio prescriben, según el principio general sentado en el artículo 894 del C. Co., en el término de cuatro años contados desde el día de su vencimiento; pero esa regla general tiene las excepciones previstas en el artículo 897 ibídem, entre las cuales está comprendido el caso de las acciones del librador contra el aceptante que tuviere provisión de fondos; las cuales prescriben en el lapso de tiempo que señala el artículo 2536 del C. C., o sea en el término de diez años para la acción ejecutiva y en el de veinte, para la ordinaria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antonio J. Cassab demandó por la vía ordinaria ante el Juez 2º Civil del Circuito de Cali a Jorge Cassab a efecto de que se le condene a pagarle la suma de $ 3.000.00, moneda corriente; los intereses legales de esa cantidad, en la forma como se precisa en la súplica segunda de la demanda, más las costas del juicio.

En los fundamentos de la acción afirmó el actor que con fecha 3 de julio de 1930 giró las letras de cambio señaladas con los números 91, 92 y 93 por valor de $ 1.000.00 cada una, con fechas distintas de vencimiento, pagaderas en Cali, a cargo de Jorge Cassab, quien las aceptó según constancias que obran en su texto y quien, a pesar de estar vencidas desde hace mucho tiempo, no ha cubierto su importe. Al libelo acompañó las tres letras mencionadas.

El curador **ad litem** que en virtud de lo dispuesto en el artículo 317 del C. J. se nombró al demandado, contestó la demanda como aparece del escrito que obra al folio 29 del cuaderno principal, y el apoderado que con posterioridad constituyó el último, en el alegato de fondo propuso, con apoyo en el artículo 894 del C. de Co., la excepción de prescripción de la acción incoada.

En la debida oportunidad el Juez del conocimiento desató la litis en sentencia de 7 de febrero de 1945, por medio de la cual declaró probada la mencionada excepción, y absolvió, en consecuencia, al demandado de los cargos que se le formularon.

Al actor se le concedió el recurso de apelación que falló el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en sentencia de 15 de noviembre de 1946, que confirmó la apelada.

El fundamento central de esa decisión lo hace consistir el sentenciador en que cuando se entabló la demanda había transcurrido con exceso el lapso de cuatro años que para la prescripción de las acciones procedentes de la letra de cambio determina el artículo 894 del C. de Co. en casos como el de autos, el cual consideró que debía regirse por esa disposición, y no por el inciso 2º del 897 ibídem, por cuanto que ni en la demanda se afirmó ni en el curso del juicio se probó que el aceptante tuviese provisión de fondos cuando fueron hechos los correspondientes giros.

Al demandante se le concedió recurso de casación, y apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia sosteniendo que el Tribunal incurrió en doble error de hecho evidente al haber pasado por alto la prueba que resulta del primer hecho de la demanda, aceptado por el demandado, y el texto de las letras que aparecen a los folios 1 a 3 del cuaderno número 1, donde existe esta anotación: "valor recibido que anotará usted en cuenta según aviso de S. S. S. J. Cassab"; que en consecuencia, aplicó indebidamente el artículo 894 del C. de Co. Terrestre; que interpretó erróneamente el 129 de la Ley 46 de 1923; que aplicó indebidamente esa misma disposición, y que violó directa e indirectamente los artículos 2536, 1757, 1760, 1764, 1768 y 66 del C. C., 4º, 54 y 64 de la citada Ley 46 y 761, 803 y 897 del C. de Co.

En la sustentación del cargo se detiene el recurrente en hacer la demostración del doble error de hecho que alega y en explicar cómo, por consecuencia de ese error, se ha incurrido por el Tribunal en el quebranto de los textos que que-

dan citados, con base en los cuales sostiene que la acción ordinaria no está prescrita, por cuanto aparece demostrado con el propio texto de los instrumentos referidos que el aceptante tenía en su poder provisión de fondos del librador.

Se considera:

En el hecho primero de la demanda se afirmó que "con fecha 3 de julio de 1930 giró el señor Antonio J. Cassab las letras de cambio señaladas con los números 91, 92, 93 por valor de un mil pesos ($ 1.000.00) cada una de ellas, y con vencimientos escalonados así: la número 91 venció el 3 de julio de 1932; la número 92 venció el 4 de julio de 1933 y la número 93 venció el 5 de julio de 1934". Esas letras fueron acompañadas al libelo, y obran a los folios 1 a 3 del proceso, y en su texto está insertada bajo la firma del girador y con la aceptación del girado la siguiente frase: "Valor recibido que anotará usted en cuenta...".

Citados en esa forma y habiendo sido acompañados a la demanda desde el momento mismo de su iniciación, el texto de esos instrumentos debe lógicamente considerarse incorporados entre los hechos fundamentales de la litis, pues aquel proceder está indicando con toda claridad que la intención del demandante no ha podido ser otra que la de plantear la controversia sobre la integridad de los extremos que ellos acreditan. Mediando aquellas circunstancias, sería incurrir en superfluo e injustificable formalismo requerir también, para que el anotado efecto llegara a producirse, que el actor copiara literalmente en el libelo los aludidos instrumentos.

Partiendo de la base precedente, cabe observar lo que sigue:

Las firmas de las partes que intervinieron en esas letras de cambio, se reputan auténticas y no necesitan ser previamente reconocidas para ejercitar las acciones que de ellas surgen, por fuerza de la presunción especialmente consagrada en el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, la cual ha venido a quedar confirmada por la que se deriva del hecho de haber figurado esos mismos instrumentos en los autos del juicio con conocimiento de la parte demandada, sin que ésta haya hecho objeción alguna sobre su contenido (artículo 645 del C. J.). En dichas letras consta que ellas fueron aceptadas por el girado, y como de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134 de la citada Ley 46, la aceptación es la expresión del asentimiento del girado a la orden dada por el girador, es preciso estimar como demostradas y obligatorias entre las partes las estipulaciones que ellas contienen, para deducir los consiguientes efectos jurídicos.

En el texto de esos instrumentos está incorporada, como ya se vio, la cláusula "Valor recibido..." y ésta supone —por virtud de lo prescrito en el inciso 2º del artículo 761 del C. de Co.— que "el valor ha sido entregado en dinero efectivo", por lo cual debe admitirse como legalmente demostrado que el aceptante tenía en su poder fondos suficientes del librador para atender al pago.

Las acciones resultantes de las letras de cambio prescriben, según el principio general sentado en el artículo 894 ibídem, en el término de cuatro años contados desde el día de su vencimiento; pero esa regla general tiene las excepciones previstas en el artículo 897 ibídem, entre las cuales está comprendido el caso de las acciones del librador contra el aceptante que tuviere provisión de fondos, las cuales prescriben en el lapso que señala el artículo 2536 del C. C., o sea en el término de diez años para la acción ejecutiva y en el de veinte, para la ordinaria.

La presente demanda se presentó en 5 de julio de 1943 y se notificó al representante del demandado el 27 de octubre siguiente y como las tres letras de cambio en que esa acción se funda se vencieron, la número 91, el 3 de julio de 1932, la número 92, el 4 de julio de 1933 y la número 93 el 5 de julio de 1934, claramente se ve que para la fecha de la notificación de la demanda aún no había transcurrido el tiempo necesario para que se consumara la prescripción de la acción ordinaria aquí incoada.

De todo lo anterior se desprende que cuando el sentenciador consideró que ni el demandante afirmó en la demanda ni en el curso del juicio probó que el aceptante tuviese provisión de fondos para atender al pago de las aludidas letras y cuando con base en esa consideración declaró prescrita la acción aquí propuesta y absolvió al demandado de los cargos que se le formularon, incurrió en doble error de hecho evidente al no apreciar ni lo que resulta sobre el particular del hecho primero de la demanda, admitido por el demandado. ni la prueba que suministran aquellos tres instrumentos, y como consecuencia de ello quebrantó el artículo 894 del C. de Co., por aplicación indebida, y directamente los artículos 761, 897 ibídem y 2356 del C. C. y 64 de la Ley 46 de 1923, por lo cual debe casarse la sentencia

recurrida, no sin que antes se advierta que, por resultar demostrado del texto mismo de los mencionados instrumentos y por haberse planteado el recurso sobre la base misma de esa precisa demostración, la Sala no se ha detenido a esclarecer el punto de si hoy, conforme a las disposiciones pertinentes de la Ley 46 de 1923, y tomando en cuenta para su adecuada interpretación el criterio y antecedentes que la inspiraron, la aceptación de una letra de cambio implica o no la presunción legal de que el aceptante tenía provisión de fondos para atender oportunamente a su pago, por lo cual la presente decisión no debe entenderse como repudiación o aceptación implícita de una u otra tesis.

Finalmente, para proferir la decisión de instancia la Sala se apoya en las razones ya expuestas, a las cuales se agregan las siguientes:

La letra de cambio es uno de los principales instrumentos negociables, conforme a lo estatuído en el artículo 1º de la citada Ley 46, y las que sirven de base al pleito reúnen la totalidad de los requisitos previstos en los artículos 5º y 128 ibídem para ser considerados como tales. Además en el texto de esos instrumentos consta que fue excusado el protesto, el aviso de rechazo y la presentación para el pago, como así lo autorizan expresamente los artículos 111, 112, 113 y 160 de la ley citada, y el tenedor de ellos puede —conforme a lo prescrito en el artículo 54 ibídem— exigir judicialmente el pago del aceptante, quien está obligado a hacerlo de acuerdo con el tenor de la aceptación.

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 de fecha quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el presente negocio, y revocando la de primera instancia, falla el pleito así:

1º Declárase no probada la excepción de prescripción invocada por la parte demandada;

2º Declárase que Jorge Cassab es deudor de Antonio J. Cassab de la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente, cantidad que pagará a su acreedor dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta sentencia;

3º Jorge Cassab pagará a Antonio J. Cassab los intereses a la rata del seis por ciento (6%) anual de la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente, desde el tres (3) de julio de mil novecientos treinta y dos (1932) hasta el día del pago total; sobre un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, desde el cuatro (4) de julio de mil novecientos treinta y tres (1933) hasta el día del pago total; sobre un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente desde el cinco (5) de julio de mil novecientos treinta y cuatro (1934) hasta el día del pago total. Los intereses hasta ahora causados los pagará también dentro del término de ejecutoria de esta sentencia.

4º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

RECONSTRUCCION DE PROCESOS — JURAMENTOS ESTIMATORIO, SUPLETORIO Y DECISORIO.—DOCTRINA SOBRE EL CARACTER DEL JURAMENTO DECISORIO

Dentro de la técnica probatoria es inusitado el régimen recogido por el artículo 626 del Código Judicial y desarrollado ahora en el Decreto número 1683 de 1948. Los doctrinantes no catalogan ese sistema de juramento que es un producto híbrido de la prueba así llamada y de la confesión, como se destaca con claridad ante el tratamiento que le dan tanto la ley procesal permanente como el estatuto transitorio.

La teoría de las pruebas reconoce, discrimina y regula tres clases o tipos de juramento: a) el estimatorio, gobernado por el artículo 625 del C. J.); b) el supletorio, y c) el decisorio. Consiste el juramento supletorio en el poder jurisdiccional para deferir el oficio a una de las partes, en orden a suplir la deficiencia probatoria, la verdad de ciertos hechos condicionando a la prestación del juramento la decisión de la causa del litigante a quien se defiere. Así configurado el instituto ha suscitado numerosos reparos que pueden sintetizarse en la observación que al respecto hace Mattirolo sobre que "no es tan fácil arriesgarse a demostrar lógicamente cómo el Juez, a quien no incumbe la facultad de disponer sino la de estatuir sobre derechos controvertidos, pueda nada menos que por propia iniciativa remitir la decisión del pleito a la afirmación jurada por una de las partes litigantes, la cual, sin duda, raramente tendrá el valor de condenarse a sí misma: "No obstante, el juramento supletorio fue admitido por el Derecho romano, acogido por el canónico, aceptado por casi todas las legislaciones contemporáneas, y previsto por el artículo 1770 de nuestro Código Civil, sin que el Judicial lo desarrollara regulando dentro de la tarifa legal algún elemento probatorio de las características esenciales que corresponden al aludido. En la legislación de emergencia de cuya aplicación se trata no se configuró tampoco este tipo de juramento en el gobernado por sus preceptos.

El juramento decisorio es el que una parte defiere a la otra haciendo depender de su prestación el desenlace de la litis; en esta actividad jurídica se evidencian características más propias de la decisión definitiva de la controversia que de un simple medio probatorio; por ello, desde el jurisconsulto Paulo, la doctrina encuentra que participa de la naturaleza de la transacción, contrato al que universalmente se atribuye el mismo mérito que a la cosa juzgada. (Artículo 2483, C. C.) (1).

Anejos a su naturaleza, los requisitos necesarios para que el juramento decisorio sea de recibo son: 1º Ha de ser deferido por una parte, en la acepción procesal del vocablo (artículo 202 del C. J.), con lo cual se elimina la posibilidad de que sea propuesto por coadyuvantes simples o por otros géneros de intervinientes que no sean litis-consorciales o principales; 2º Las partes entre quienes se verifica han de ser plenamente capaces (artículo 1502, C. C.); 3º Debe reu-

---

(1) No era desconocida entre los romanos la institución jurídica del juramento decisorio, como se deduce del siguiente paso de Quintiliano, el cual dice sobre el punto lo siguiente: "El que exige el juramento de su contrario, da a entender en cierto modo que obra con comedimiento; pues le constituye por juez de la causa, exonerando de este cargo molesto a aquel a quien incumbe; el cual querrá seguramente deferir al juramento de otro, antes que a su propio dictámen. "Is, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat, et eum, cujus cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari, quam suo malit. (QUINT., Inst. Orat. Lib. V).

(Nota del RELATOR DE LA CORTE)

nir las condiciones necesarias para resolver la controversia en la misma medida en que podría hacerlo la sentencia; 4º Ha de versar sobre un hecho específico propio de la parte a quien se defiere, o sobre la noticia que de uno ajeno tenga; 5º No puede versar sobre hechos punibles conforme al ordenamiento legal. De las notas esenciales y vistas y de las condiciones de admisibilidad procesal que de ella surgen, el juramento contemplado por el Decreto número 1683 no comporta sino la de ser deferido por una de las partes a la otra; en caso alguno tiene como fin la decisión del litigio ni, por tanto, puede equipararse a un pacto transaccional.

El artículo 1770 del Código Civil dio cabida en nuestra legislación al juramento decisorio pero abandonando su ordenación rituaria y probatoria a la ley procesal, en cuyos preceptos no vino a destacarse realmente. La prueba de que trata el Decreto mencionado, idéntica a la instituída en los artículos 626 a 629 del C. J. se acerca más a la confesión provocada que a cualquiera de las dos especies de juramento ya descritas; no puede ser deferido de oficio como acontece con el supletorio o pargativo, ni participa de la naturaleza del decisorio por estar concebido como una prueba sujeta a la ulterior apreciación judicial y no como un medio de solucionar la controversia.

Estos particulares, de necesario examen para determinar el tratamiento que la jurisdicción ha de impartir en casos singulares al elemento demostrativo en cuestión, si bien restan a éste la nitidez necesaria en la conformación de las instituciones jurídicas, no impiden, por otra parte, su adecuada calificación para imprimirle individualidad y asignarle consecuencias; se trata, según se dijo, de una confesión provocada que defiere de las demás reconocidas por nuestro sistema en que tanto quien la plantea ya como el que la satisface proceden bajo la gravedad del juramento, y en que éste ha de ser rendido por el apoderado sin intervención alguna de la parte misma; esta última calidad es apenas consecuencia de la ordenación constitucional sobre comparecencia en juicio. Tales circunstancias reflejan de inmediato en el aspecto represivo del poder jurisdiccional del Estado, y consecuente con esa modalidad el Decreto incluye en sus artículos 18 y 19 las normas punitivas correspondientes.

Así determinada la esencia del juramento que, para reconstruír procesos ha de prestarse conforme al Decreto 1683, surge con claridad el contenido del artículo 2º del mismo: el procurador del demandante al formular su petición comunica a los hechos que en él narra el ánimo de confesar para los efectos civiles y, por obra de la promesa jurada, cualidades apreciables en el aspecto penal; por tanto, cada afirmación ha de ser clara, precisa, concisa, en una palabra, susceptible de ser confirmada o negada para el doble efecto mencionado; la sola enunciación de los hechos implica ya el juramento de ser ciertos, pues el apoderado por sí mismo, espontáneamente, sin intervención jurisdiccional alguna, debe ratificarla por ese medio "en el acto de su presentación", haciendo de los dos actos una inseparable gestión procesal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Para resolver el recurso de reposición que en el escrito precedente se interpone contra el auto de fecha trece de los corrientes, se considera:

El precepto contenido en el artículo 2º del Decreto 1683, regulador de la reconstrucción de los procesos civiles, se funda en la eficacia del juramento de los apoderados de las partes; esta norma no es sino un ordenamiento de emergencia trazado sobre el principio que informa, desde un punto de vista general, el texto del artículo 626 del C. J.

Reside la naturaleza de este medio probatorio en que al concurrir el juramento de ambos personeros sobre un mismo hecho que admita la prueba de confesión éste queda demostrado si hay acuerdo, y, si discrepan las respectivas aseveraciones, se abre el campo a la intervención de las normas represivas; sobre estas bases se pretende comprobar el estado en que se hallaban los procesos destruídos no sólo en cuanto a sus ritualidades, sino también respecto de las posiciones probatorias o de otros géneros que en ellos hubieran alcanzado a lograr las partes.

Dentro de la técnica probatoria es inusitado el régimen de que se trata recogidó, como ya se dijo, por el artículo 626 del C. J. y desarrollado ahora en el Decreto que se menciona; los doctrinantes no catalogan ese sistema de juramento que es un producto híbrido de la prueba así llamada y de la de confesión, como se destaca con claridad ante el tratamiento que le dan tanto la ley procesal permanente como el estatuto transitorio.

La teoría de las pruebas reconoce, discrimina y regula tres clases o tipos de juramento: a) el estimatorio, gobernado por el artículo 625 del C. J. y del cual no se trata en el caso presente; b) el supletorio, y c) el decisorio.

Consiste el juramento supletorio en el poder jurisdiccional para deferir el oficio a una de las partes, en orden a suplir la deficiencia probatoria, la verdad de ciertos hechos condicionando a la prestación del juramento la decisión de la causa del litigante a quien se defiere.

Así configurado el instituto ha suscitado numerosos reparos que pueden sintetizarse en la observación que al respecto hace Mattirolo sobre que "no es tan fácil arriesgarse a demostrar lógicamente como el Juez, a quien no incumbe la facultad de disponer sino la de estatuír sobre derechos controvertidos, pueda nada menos que por propia iniciativa remitir la decisión del pleito a la afirmación jurada por una de las partes litigantes, la cual, sin duda, raramente tendrá el valor de condenarse a sí misma".

No obstante, el juramento supletorio fue admitido por el Derecho romano, acogido por el canónico, aceptado por casi toda las legislaciones contemporáneas, y previsto por el artículo 1770 de nuestro C. C., sin que el Código Judicial lo desarrollara regulando dentro de la tarifa legal algún elemento probatorio de las características esenciales que corresponden al aludido.

En la legislación de emergencia de cuya aplicación se trata no se configuró tampoco este tipo de juramento en el gobernado por sus preceptos.

El juramento decisorio es el que una parte defiere a la otra haciendo depender de su prestación el desenlace de la litis; en esta actividad jurídica se evidencian características más propias de la decisión definitiva de la controversia que de un simple medio probatorio; por ello, desde el jurisconsulto Paulo, la doctrina encuentra que participa de la naturaleza de la transacción, contrato al que universalmente se atribuye el mismo mérito que a la cosa juzgada. (Artículo 2483 del C. C.).

Anejos a su naturaleza, los requisitos necesarios para que el juramento decisorio sea de recibo son: 1º Ha de ser deferido por una parte, en la acepción procesal del vocablo (artículo 202 del C. J.) con lo cual se elimina la posibilidad de que sea propuesto por coadyuvantes simples o por otros géneros de intervinientes que no sean litis-consorciales o principales; 2º Las partes entre quienes tiene lugar han de ser plenamente capaces (artículo 1502 del C. C.); 3º Debe reunir las condiciones necesarias para resolver la controversia en la misma medida en que podría hacerlo la sentencia; 4º Ha de versar sobre un hecho específico propio de la parte a quien se defiere, o sobre la noticia que de uno ajeno tenga; 5º No puede versar sobre hechos punibles conforme al ordenamiento legal.

De las notas esenciales ya vistas, y de las condiciones de admisibilidad procesal que de ella surgen, el juramento contemplado por el Decreto 1683 no comporta sino la de ser deferido por la una de las partes a la otra; en caso alguno tiene como finalidad la decisión del litigio ni, por tanto, puede equipararse a un pacto transaccional.

El artículo 1770 del C. C. dio cabida en nuestra legislación al juramento decisorio pero abandonando su ordenación rituaria y probatoria a la ley procesal, en cuyos preceptos no vino a destacarse realmente.

La prueba de que trata el Decreto en mención, idéntica a la instituída en los artículos 626 a 629 del C. J. se acerca más a la confesión provocada que a cualquiera de las dos especies de juramento ya descritas; no puede ser deferida de oficio como acontece con el supletorio o purgativo, ni participa de la naturaleza del decisorio por estar concebido como una prueba sujeta a la ulterior apreciación judicial, y no como un medio de solucionar la controversia.

Estos particulares, de necesario examen para determinar el tratamiento que la jurisdicción ha de impartir en casos singulares al elemento demostrativo en cuestión, si bien restan a éste la nitidez necesaria en la conformación de las instituciones jurídicas, no impiden, por otra parte, su adecuada calificación para imprimirle individualidad y asignarle consecuencias; se trata, según se dijo, de una confesión provocada que difiere de las demás reconocidas por nuestro sistema en tanto quien la plantea ya como el que la satisfa-

ce proceden bajo la gravedad del juramento, y en que éste ha de ser rendido por el apoderado sin intervención alguna de la parte misma; esta última calidad es apenas consecuencia de la ordenación constitucional sobre comparecencia en juicio.

Tales circunstancias reflejan de inmediato en el aspecto represivo del poder jurisdiccional del Estado, y consecuente con esa modalidad el Decreto incluye en sus artículos 18 y 19 las normas punitivas correspondientes.

Así determinada la esencia del juramento que, para reconstruír procesos ha de prestarse conforme al Decreto 1683, surge con claridad el contenido del artículo 2º del mismo: el procurador del demandante al formular su pedimento comunica a los hechos que en él narra el ánimo de confesar para los efectos civiles y, por obra de la promesa jurada, cualidades apreciables en el aspecto penal; por tanto cada afirmación ha de ser clara, precisa, concisa, en una palabra, susceptible de ser confirmada o negada para el doble efecto mencionado; la sola enunciación de los hechos implica ya el juramento de ser ciertos pues el apoderado por sí mismo, espontáneamente, sin intervención jurisdiccional alguna, debe ratificarla por ese medio "en el acto de su presentación" haciendo de los dos actos, una inseparable gestión procesal.

Bien puede comprenderse que un escrito formulado en las condiciones del propuesto por el recurrente, es decir, de cuya lectura nadie concluye el estado en que se hallaba el trámite del recurso de casación porque en él se callan todos los hechos a ese respecto relativos, en cuyo texto se omiten afirmaciones circunstanciadas susceptibles de recibir confirmación o negación por el representante de la otra parte, que apenas contiene el simple pedimento de reconstrucción, no se arregla a la complejidad del fenómeno que se pretendió poner en movimiento con olvido de su naturaleza, ni a la forma ordenada para obtener su funcionamiento normal.

Lo dicho basta para denegar, como se hace, la reposición pedida.

No se dispone el trámite del recurso de súplica interpuesto en subsidio porque él es de la misma naturaleza que el de reposición, y, por tanto, no puede proponerse como subsidio de éste último. (Artículo 489 del C. J.).

Notifíquese.

Alvaro Leal Morales—Pedro León Rincón, Secretario.

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

1.—Si la indignidad es PRONUNCIADA COMO PENA, para significar que es una sanción que la ley establece para el sucesor que ha ejecutado ciertos actos, como sanción que es no puede aplicarse sino mediante un juicio previo en que se compruebe plenamente que aquél se ha hecho acreedor a ella, por haber incurrido en algunas de las faltas que la ley enumera como causales de indignidad. (Artículo 1031 del C. C.).

De la simple lectura del ordinal 2º del artículo 1025 del C. C. se observa que la ley requiere para la declaración de indignidad que allí se contempla la demostración de la situación jurídica por el atentado grave a las personas, honor y bienes de quienes en tal precepto se detallan, con tal que dicho atentado se pruebe de una manera especial, o sea, con SENTENCIA EJECUTORIADA. Según el artículo 601 del C. J. las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado. Como se observa, en el caso de indignidad a que se contrae el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., es decir, cuando la causal sea el atentado grave en los términos allí establecidos, se ha exigido una prueba especial, que no puede ser sustituída por otra, y es la de que el atentado se establezca por medio de sentencia ejecutoriada, y si la sentencia en cuestión ha de presentarse como único medio de prueba en el respectivo juicio de indignidad por tal causa lógico es pensar que ha de producirse en juicio anterior del en que se persigue tal objeto. Hay que recordar que siendo la declaración de indignidad una sanción impuesta al asignatario por la comisión de ciertos hechos, debe interpretarse con criterio restrictivo.

2.—Dos son los aspectos de los cuales deduce la ley motivo de indignidad para heredar en relación con la causal tercera del artículo 1025 del Código Civil: a) Cuando siendo demente el causante, el consanguíneo dentro del sexto grado, inclusive, no lo socorrió, pudiendo; b) Cuando en estado de destitución, es decir, en el de abandono o pobreza, no le dio la ayuda requerida. A pesar de que la obligación legal de alimentos sólo pesa sobre los colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad legítima (artículo 411), el legislador estima que los demás parientes consanguíneos, hasta el sexto grado, tienen la obligación moral de socorrerse, cuando uno de ellos se encuentre en estado de destitución o de demencia. La infracción a esta obligación moral, al tenor del artículo citado, está penada con la indignidad. El socorro no puede entenderse exclusivamente en sentido de prestación material, puesto que puede ser más interesante la ayuda moral, la preocupación del consanguíneo para evitarle perjuicios de tal índole a su pariente, dentro del grado señalado.

3.—Del hecho de que contra un individuo se deduzcan cargos por los cuales se le llama a juicio no se puede concluír que contra él exista una sentencia en la cual se haya fallado una causa por determinados actos ilícitos que demuestren la existencia del atentado grave, de que habla el artículo 1025 del C. C. en su ordinal segundo. La sentencia, en materia penal, es la providencia con la cual se determina la responsabilidad del acusado y como consecuencia se impone una pena. Mal se puede equiparar, pues, tal decisión con el auto de proceder, en el cual solamente se le imputa al enjuiciado la comisión de una infracción penal que puede ser desvirtuada en el curso del juicio o causa, dejando sin efecto, en consecuencia, el auto de llamamiento a juicio; y como el artículo 1025, en su aparte señalado, habla de sentencia ejecutoriada, aquél no es la prueba pertinente para establecer el atentado grave, por carecer de los requisitos exigidos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

En escrito presentado al señor Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá, el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, Julia Argáez Williamson v. de Massey y otros, todos diciéndose mayores y vecinos de Bogotá, promovieron demanda contra el señor Pablo Argáez Valenzuela, para que mediante los trámites del juicio ordinario, se hicieran en la sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera: Que el señor Pablo Argáez Valenzuela es indigno de suceder **ab intestato,** en su carácter de hermano legítimo del causante, al señor Julio Tomás Argáez, cuyo juicio de sucesión se adelanta en el Juzgado 3º Civil del Circuito.

"Segunda: Que por ser indigno, el señor Pablo Argáez Valenzuela, de suceder **ab intestato** al causante, Julio Tomás Argáez Valenzuela, y por no haber dejado éste descendientes, ascendientes, hermanos legítimos distintos al demandado, cónyuge sobreviviente, ni hijos naturales, debe adjudicarse a los demandantes como herederos de mejor derecho en la respectiva partición en proporción a su cuota hereditaria, todo el haber patrimonial de que se compone la sucesión del señor Julio Tomás Argáez.

"Tercera: Que como consecuencia de lo anterior, debe el demandado Pablo Argáez Valenzuela, hacerles entrega a los demandantes de los bienes que fueron relacionados por éste, en el respectivo juicio, como pertenecientes a la sucesión de Julio Tomás y también de cualesquiera otros bienes que a ella pertenecieren".

Se presentó con la demanda de declaratoria de indignidad una enumeración detallada de los bienes que constituyen el caudal hereditario dejado al morir por el referido causante.

"Los hechos considerados como generadores del derecho son:

"1.—Que los demandantes son primos hermanos legítimos del causante Julio Tomás, así como también de su hermano Pablo Argáez, estando por tanto para con ellos dentro del cuarto grado de parentesco en la línea colateral legítima.

"2.—Doña Dolores Valenzuela v. de Argáez, esposa de don Rafael Argáez Lozano, madre legítima de Pablo y Julio Tomás Argáez, otorgó testamento en Bogotá, que se protocolizó por escritura número 455 el 7 de mayo de 1914, Notaría Segunda.

"3.—En dicho testamento instituyó doña Dolores Valenzuela de Argáez como albacea con tenencia de bienes a su hijo legítimo Pablo Argáez Valenzuela; designó como curadores principal y sustituto de su hijo demente Julio Tomás, a los señores Ricardo Baraya y Francisco Valenzuela, y consignó expresamente su deseo de que el citado demente fuera puesto en interdicción judicial, dada su absoluta incapacidad para administrar sus bienes.

"4.—Con fecha 13 de marzo de 1915, Pablo Argáez Valenzuela pidió ante el Juez 6º Civil del Circuito, que se proveyera al nombramiento de **curador legítimo** de su hermano demente Julio Tomás.

"5.—Esta petición la hizo el señor Pablo Argáez con dolo y mala fe manifiestos; porque como se expresó en el punto tercero, doña Dolores Valenzuela de Argáez en el mismo testamento en que lo reconoció como a su heredero y lo instituyó como albacea con tenencia de bienes, designó a la vez como curadores testamentarios de su hijo Julio Tomás a los nombrados Ricardo Baraya y Francisco Valenzuela.

"6.—El Juez 6º Civil del Circuito con fecha 19 de julio de 1915, discernió a Pablo Argáez la guarda legítima de su hermano demente y lo facultó para ejercer el cargo.

"7.—Pablo Argáez Valenzuela en ejercicio de las funciones de curador legítimo de su hermano, incumplió todas y cada una de las obligaciones que la ley, en guarda de los incapaces, impone a los tutores y curadores.

"8.—A más de incumplir Pablo Argáez sus obligaciones de curador, procedió en forma dolosa a celebrar un contrato de arrendamiento de bienes de su pupilo con Guillermo Garay, el 8 de marzo de 1923, según escritura número 512 de la Notaría Primera, por medio de cuyo contrato redujo la renta de su pupilo de $ 395 a $ 170 por mes.

"9.—Cuatro meses después de celebrado el convenio que acaba de mencionarse el señor Argáez presentó en la Notaría 5ª y dio poder general amplísimo a Guillermo Garay según escritura número 783 de 12 de julio del mismo año, no sólo para administrar sus bienes propios, sino también los de su pupilo.

"10.—En virtud de lo anterior, por hechos personales de Pablo Argáez, Guillermo Garay que-

dó investido de **un triple carácter** con facultades incompatibles siendo a la vez apoderado de Argáez, representante de los derechos del incapaz y arrendatario de los bienes del mismo.

"11.—Días después de perfeccionado el mandato de que se ha hecho mérito, Pablo Argáez abandonó al interdicto, viajando al exterior.

"12. — Desde la época en que Pablo Argáez abandonó el país, dejó de socorrer, pudiendo haberlo hecho, a su hermano demente.

"13.—Siendo no solamente culpable sino dolosa la administración de Pablo Argáez como curador de su hermano, con fecha 17 de noviembre de 1923 el curador testamentario Ricardo Baraya, a fin de impedir la ruina de los intereses del demente Julio Tomás, se vio en la necesidad de pedir al Juez 6º Civil del Circuito, que se pusiera término a la guarda detentada, en contra de la ley, por el señor Pablo Argáez, y que se le reconociera como **curador testamentario** del dicho incapaz.

"14.—La petición de Baraya fue atendida por el Juez 6º, quien procedió de acuerdo con lo solicitado.

"15.—Ricardo Baraya convencido de que Pablo Argáez, durante el tiempo en que contra la ley, ejerció el cargo de curador de su hermano, había incurrido en la comisión de varios delitos, presentó denuncia al respecto al señor Procurador General de la Nación, y por tal motivo se procesó tanto a Pablo Argáez como a su apoderado Guillermo Garay.

"16.—Habiéndo encontrado el Juez 2º Superior comprobados los elementos del cuerpo de delito de "abuso de confianza" perpetrado en los bienes de Julio Tomás Argáez por parte de su curador legítimo Pablo Argáez Valenzuela, y del apoderado general de éste, Guillermo Garay, dictó auto de prisión contra ambos el día 2 de junio de 1925, y de proceder, el 3 de los mismos mes y año, autos que fueron confirmados por el Tribunal con fecha 13 de julio y 10 de agosto del mismo año.

"17.—Pablo Argáez Valenzuela fue declarado reo ausente por la justicia y de haberse encontrado en territorio colombiano, antes de que prescribiera la pena, las autoridades correspondientes lo hubieran aprehendido y puesto a disposición del Juez de la causa".

La razón de la demanda se sintetizó en que, de acuerdo con la ley, con la justicia y con las normas de la moral, las personas que atenten contra la vida, la honra y los bienes de otra, no pueden sucederle por causa de muerte. Los fundamentos de derecho se apoyaron en los artículos 1024 a 1029 del C. C., 1387 ibídem, y en los artículos 152, 737 a 763, 968 y 969 del C. J.

Sentencia de primera instancia

Con fecha seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Juez del conocimiento falló el juicio absolviendo al demandado de los cargos de la demanda. Sin costas.

La sentencia recurrida

Apelada tal providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló el pleito el siete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, confirmando en todas sus partes la providencia del inferior. También sin costas.

El juzgador de segundo grado, luego de considerar que, tanto la capacidad como la dignidad para heredar se presumen, y que la incapacidad y la indignidad para tal efecto, constituyen excepción que debe demostrarse, agrega que según la causal segunda del artículo 1025 del C. C., para declarar la indignidad por el motivo expresado, se requiere la existencia de un atentado grave contra la persona, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualesquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, **con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.**

Luego agrega:

"En el presente caso, el sentido de la ley es claro, en cuanto establece que el atentado sólo se puede probar por medio de una sentencia ejecutoriada: no hay otro medio; y ello conduce lógicamente, a la conclusión de que en el juicio declarativo de indignidad, los hechos que producen la indignidad no pueden esgrimirse para configurarla, a intento de que en la respectiva sentencia se declare la indignidad, sino que, precisamente, esos hechos han debido previamente discutirse ampliamente en un juicio lógicamente anterior e independiente, que haya **culminado** con una sentencia en que se declare que el pretenso indigno, cometió el hecho o los hechos que, más adelante, en el juicio de indignidad, producirán la declaración de indignidad, al ser aquí probados por sentencia ejecutoriada.

"Debe preceder una sentencia conforme a la cual, el pretenso indigno cometió un hecho que lo hace indigno, al tenerse en el proceso subsi-

guiente sobre declaración de indignidad, la prueba de la comisión de ese hecho.

"De otra parte, si la ley es expresa, y totalmente clara en cuanto a que el atentado grave sólo puede demostrarse por medio de una sentencia ejecutoriada, los jueces no podrían pretermitir ese único medio de prueba, para acogerse a otros medios que, aunque legalmente admitidos para casos generales, están expresamente excluídos en el caso aquí examinado: porque violarían ostensiblemente la ley, y ello les podría hacer responsables penalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 168 del C. P."

Luego hace un estudio de la copia del auto de proceder dictado en las diligencias sumarias adelantadas contra Pablo Argáez y otro, por estafa, para concluír que tal providencia no puede tenerse como la sentencia ejecutoriada de que trata el inciso 2º del artículo 1025 del C. C.

En cuanto a la causal tercera de indignidad determinada en el nombrado artículo, también alegada, el Tribunal declaró que desde el fallecimiento de la madre hasta el del hijo, el período de la vida de éste se podía dividir en dos etapas: la primera, desde 1915 a 1923, lapso en el cual el demente estuvo a cargo de su hermano Pablo Argáez, y el resto, hasta su fallecimiento en 1942, durante el cual permaneció al cuidado de su hermana.

En el primer período no hay prueba de que el incapaz careciera de lo necesario; antes, por el contrario, se adujeron declaraciones de testigos para demostrar que el señor Argáez veía de él, teniéndole un asistente y proveyendo a sus necesidades.

Con respecto al segundo período, el incapaz estuvo al cuidado de su hermana, la señora Argáez de Hederich, quien lo atendió hasta su muerte.

Se alega que para el tiempo en que don Pablo tuvo la administración de los bienes de su hermano, sólo enviaba para sus gastos la suma de setenta pesos ($ 70.00), con respecto a lo cual comenta el sentenciador, que no está establecido que tal suma fuera insuficiente, y que en todo caso, la ley ha querido buscar como motivo de indignidad una causa grave, que no encuentra demostrada.

En desacuerdo los actores en el pleito con el proveído del Tribunal, interpusieron recurso de casación para ante la Corte. Ante ella, el expediente ha tenido la tramitación debida. Se formalizaron en tiempo las demandas, y por parte del representante del demandado, se adujeron las réplicas del caso. El proceso, pues, ha llegado al término de dictar la sentencia de fondo, la cual procede la Sala a pronunciar, teniendo en cuenta las consideraciones que en seguida se expresan.

Los demandantes se han dividido para el efecto de sustentar sus pretensiones, en un grupo encabezado por la señora Julia Argáez Williamson v. de Massey y otros, y por el señor Luis Tanco Argáez, coadyuvante en el pleito, a quien se le desconoció por el Tribunal la personería sustantiva para intervenir en el juicio.

Acusación del representante de los interesados admitidos como parte en el juicio, señora Julia Argáez Williamson v. de Massey y otros.

Cargo a)

Luego de hacer una exposición sobre algunos temas relacionados con la cuestión debatida, el mandatario de los referidos recurrentes, sintetiza su reparo, así:

"Acuso el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, por ser violatorio de la ley sustantiva consagrada en los artículos 1025, inciso primero y numeral 2º, y 1031 del Código Civil. artículo 87 de la ley 153 de 1887, 205, 209, 593 del C. J. Es decir, acuso la sentencia por la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del C. J."

Encuentra que el sentenciador ha confundido la "situación jurídica" denominada "atentado grave", a que se refiere el inciso segundo del artículo 1025, con el "hecho jurídico ilícito", generador de aquélla. Esa confesión lo llevó —dice— a exigir una sentencia ejecutoriada "para probar el hecho jurídico en sí mismo y no la situación jurídica", lo cual, a su entender, es torcer el sentido de la disposición mencionada, pues en ella claramente expresa el legislador: "con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada". Como se observa claramente, la ley exige la prueba del atentado grave y no la del hecho ilícito.

Violó también — agrega — el mismo precepto, en cuanto el juzgador lo hace aparecer diciendo que tal sentencia se debe proferir en juicio anterior.

De sus términos, no puede inferirse tal cosa, y el mandato ha de interpretarse en conformidad con las reglas procesales que establecen las normas a que ha de sujetarse el Juez, al proferir su decisión.

Sostiene que el artículo en estudio prescribe que el "atentado grave" debe demostrarse por providencia originada en un proceso penal. Que lo mismo puede lograrse también mediante demostración en juicio ordinario civil, y que siendo también juicio de igual naturaleza, el requerido para obtener la declaratoria de "indignidad para heredar", no ve inconveniente de orden legal, en que se sigan esos dos procesos acumulados: el en que se busca la calificación de atentado de los hechos ilícitos del heredero con respecto a su causante, y el que se encamina a lograr que se le declare indigno, como consecuencia de tal atentado. Que al exigir el fallo **sentencia previa** sobre las circunstancias o hechos que determinan el atentado grave, el juzgador viola el artículo 1025, por interpretación errónea, e infringe, de igual manera, el artículo 209 del C. J., que establece el derecho de acumulación de acciones, disposición que no se tuvo en cuenta al fallar y no se aplicó, debiendo aplicarse.

Cree que la sentencia viola también los artículos 205 y 593 del C. J., "preceptos —a su entender— sustantivos que determinan las normas que han de guiar al juzgador en el pronunciamiento de sus fallos", porque conforme a las reglas allí prescritas, la demanda debe interpretarse en su conjunto, en todas y cada una de sus partes, en busca de la verdadera intención del proponente. Como así no se hizo, y se concluyó que este litigio versaba únicamente sobre la indignidad, sin hallar que se había fundado precisamente en la acción declaratoria de atentado grave, se llevó de calle el artículo 593 del C. J., por no haberse apoyado en los hechos de la demanda y de su contestación, cuando esos hechos están debidamente establecidos.

Dice:

"El Tribunal ha debido buscar a qué eran conducentes todos los hechos de la demanda referentes al hecho ilícito constitutivo del atentado grave y fallar sobre ese extremo, no en forma expresa sino tácita, mental, al declarar probada la indignidad de Pablo Argáez".

Que como resultado de tan errada interpretación, no se declaró la indignidad pedida, con todas sus consecuencias civiles, violando el inciso primero del artículo 1025 del C. C., por no haberle dado aplicación al caso del pleito, debiendo aplicarlo, lesionando así el derecho que tenían los actores a heredar a Julio Tomás, conforme al artículo 87 de la ley 153 de 1887, también infringido.

Se considera:

En general, se llama indignidad a la falta de mérito para alguna cosa; pero en el derecho civil se aplica especialmente esta expresión a los que, por faltar a los deberes con su causante, cuando éste estaba vivo o después de su muerte, desmerecen sus beneficios, y no pueden conservar la asignación que se les había dejado, o a que tenían derecho por la ley.

Es, pues, una exclusión del todo o parte de la asignación a que ha sido llamado el asignatario por el testamento o por la ley, pronunciada como pena contra el que se ha hecho culpable de ciertos hechos limitadamente determinados por el legislador, como causales de indignidad. La indignidad es una exclusión de la sucesión; el efecto natural de ella consiste en que el interesado indigno es privado de lo que le hubiera correspondido en la mortuoria, sin esa circunstancia.

Se dice que la indignidad es **pronunciada como pena,** para significar que es la sanción que la ley civil establece para el sucesor que ha ejecutado ciertos actos, y como sanción que es, no puede aplicarse sino mediante un juicio previo, en que se compruebe plenamente que aquél se ha hecho acreedor a ella, por haber incurrido en algunas de las faltas que la ley enumera como causales de indignidad. (Artículo 1031 del C. C.).

Nuestro código civil señala como norma general que "será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz e indigna". (Artículo 1018 del C. C.).

La regla, es, pues, la capacidad y la dignidad. La indignidad sucesoral es una excepción, es una pena, como ya se expresó, netamente civil, establecida en el interés privado del **de cujus** y de sus herederos, y no en el interés social, como sucede con las penas propiamente dichas. Es, por otra parte, independiente de la sanción penal que pueda merecer el acto de donde resulta la indignidad.

Las causales no son otras que las limitativamente consignadas como tales en los preceptos sustantivos que las configuran. La persona que pretenda que se declare indigno a un asignatario debe, pues, demostrar que se ha ejecutado determinado hecho, que configura cierta situación jurídica, la cual está señalada en la ley como causal de indignidad. Exigiendo, a la vez, el legislador, para ciertos casos (ordinal 2º del artículo

1025 del C. C.), determinada clase de prueba, la situación jurídica correspondiente ha de establecerse en la forma prescrita.

Las causales de indignidad están contenidas, entre otros, en los artículos 1025, 1026, 1027, 1028 y 1029 del Código Civil.

La primera la señala el artículo 1025 que, a su vez, comprende varias circunstancias que pueden dar lugar a ella.

Interesa estudiar, en lo que se refiere al cargo aducido, el motivo de indignidad que se desprende de la situación contemplada en el ordinal segundo del artículo 1025 del C. C., que dice:

"Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: .....

"2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

El artículo 1031 del mismo código dispone:

"La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno".

Como se observa de la simple lectura del ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., la ley requiere para la declaratoria de indignidad que allí se contempla, la demostración de la situación jurídica por el atentado grave a las personas, honor y bienes de quienes en tal precepto se detallan, con tal que dicho atentado se pruebe de una manera especial, o sea, con **sentencia ejecutoriada.**

Según el artículo 601 del C. J., las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales, cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado.

Como se observa, en el caso de indignidad a que se contrae el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., es decir, cuando la causal sea el atentado grave en los términos allí establecidos, se ha exigido una prueba especial, que no puede ser sustituída por otra, y es la de que el atentado se establezca por medio de sentencia ejecutoriada, y si la sentencia en cuestión ha de presentarse como único medio de prueba en el respectivo juicio de indignidad por tal causa, lógico es pensar que ha de producirse en juicio anterior del en que se persigue tal objeto.

Hay que recordar que, siendo la declaración de indignidad, una sanción impuesta al asignatario por la comisión de ciertos hechos, debe interpretarse con criterio restrictivo.

Alega el recurrente que la interpretación errónea del numeral segundo del artículo 1025 del Código Civil, depende de que el sentenciador confundió la "situación jurídica" denominada en la precitada disposición "atentado grave", con el hecho jurídico ilícito generador de aquélla, confusión que llevó al Tribunal a exigir una sentencia para probar el hecho jurídico en sí mismo, y no la situación jurídica.

Cabe argüir que, según los términos de la sentencia, como puede verse al folio 164 del cuaderno respectivo, el Tribunal considera como cuestión indispensable para decretar la indignidad, la prueba de la situación jurídica que entraña la calificación del "atentado grave", y no los simples hechos que pudieran llevar a deducir aquella conclusión. Textualmente, allí se dice: **"Causal del numeral segundo del artículo 1025 del C. C.** Según esta causal se requiere, para que una persona no pueda suceder, o mejor, para que pueda ser excluída por cualesquiera de los interesados como herederos o legatarios en la sucesión, del respectivo causante, que haya cometido atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada. Esta causal impone de consiguiente la determinación de lo que constituye legalmente un atentado, para efectos civiles; la de su carácter de grave, para los mismos efectos; la del concepto jurídico de la palabra sentencia; y la de ejecutoria de dicha sentencia".

En otro pasaje del fallo, se expresa así: "Gravedad del atentado. Cuando el atentado cae bajo la sanción penal por configurar delito, puede decirse que la falta ha sido grave, en efecto, dentro de la doctrina penal, el delito es el hecho ilícito que, por salirse de las faltas comunes y corrientes, adquiere una marcada gravedad que determina la necesidad de erigirlo en delito y de sancionarlo como tal: la sociedad se perjudica notablemente con la infracción o falta, y entonces la erige en delito".

Pero, por sobre todo concepto, el Tribunal echó de menos la **sentencia ejecutoriada,** requerida por mandato expreso de la ley para declarar la in-

dignidad por atentado grave, en los términos de la disposición comentada.

El doctor José María González Valencia, al comentar este artículo, expresa:

"Conviene fijar la atención en los términos de los ordinales 1º y 2º del artículo 1025, con el fin de advertir una diferencia sustancial que hay entre los dos casos a que se refieren los mencionados ordinales. El ordinal 2º establece la indignidad respecto del que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada. En los casos de este ordinal se exige sentencia ejecutoriada anterior a la declaración de indignidad, es preciso que antes de declarar la indignidad respectiva se haya seguido un juicio que haya terminado por una sentencia condenatoria y que esta sentencia esté ejecutoriada. No se admite otra prueba del hecho en que consista la indignidad sino la sentencia, etc., etc." (Conferencias públicas. Revista Jurídica, año de 1915, número 61, pág. 5).

El doctor Hernando Carrizosa Pardo, en su libro "Las Sucesiones", pág. 131, dice:

"En la causal primera del artículo 1025, la ley no ordena que previamente se obtenga sentencia probatoria del homicidio; pero en esta segunda causal, es preciso probar el atentado por sentencia".

Del mismo parecer es don Fernando Vélez, según puede leerse en la pág. 51, Tomo IV, sobre "Derecho Civil Colombiano".

En sentencia de mayo 17 de 1946, dijo esta Sala:

"En algo tan trascendental, a la vez que excepcional como es esta sanción, el juzgador no puede ir más allá que el legislador, como iría si prescindiera de las exigencias que éste hace para que se pueda llegar a ese resultado. La ley no acepta como base el mero concepto o apreciación directa que de los aludidos hechos o conducta hagan los interesados o el mismo juez civil, sino que precisamente requiere para la declaración de indignidad, que es lo del resorte de éste, la prueba del atentado en sentencia ejecutoriada, en forma que sin el lleno previo de este requisito, no obrando en el proceso civil sobre indignidad ese preciso comprobante, ella no se puede declarar porque, legalmente hablando, la causal no se ha producido". (**Gaceta Judicial**, Tomo LX, página 460).

En sentencia de julio cinco del corriente año, aún no publicada, la Sala se reafirma en los mismos conceptos.

No se puede equiparar este caso al señalado en el artículo 1746 del C. C., como lo pretende el recurrente, porque allí se contemplan los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato que tiene como consecuencia legal, el derecho de las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, mediante las restituciones recíprocas que deben decretarse por el Juez oficiosamente en la sentencia que reconozca y declare la nulidad, cosa muy distinta de lo establecido en el ordinal segundo del artículo 1025 en cuestión, donde se exige un medio de prueba especial, consistente en la sentencia ejecutoriada, en que previamente se haya hecho la declaración requerida.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo segundo

El segundo reparo aducido por el recurrente, se encamina a acusar la sentencia por indebida apreciación del libelo de demanda, donde no encontró el Tribunal una acción también incoada en él, acumulada a la de indignidad, que se sometió a la justicia para su decisión, en un solo fallo.

Presenta como violados por tal circunstancia, los artículos 205, 209, 630 y 632 del Código Judicial, y los artículos 1025 y 1031 del Código Civil, y 87 de la ley 153 de 1887.

Se considera:

Para desechar el cargo, bastarían las consideraciones hechas y los principios jurídicos en que se apoya la refutación del cargo anterior, en que la Sala ha sentado la tesis de que, para declarar la indignidad por atentado grave a la persona, al honor o los bienes del difunto, o de su cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos, se requiere la prueba de dicho atentado, por sentencia ejecutoriada.

Sobra, pues, entrar a considerar, si de una manera implícita ha de entenderse, al interpretar la demanda, que por el hecho de haber pedido la declaración de indignidad y señalar los hechos que se encaminan a demostrar la comisión de un atentado grave, y citar las disposiciones legales que lo sancionan con respecto al derecho de heredar, habrá de entenderse que el demandante se propuso buscar ante el Juez Civil, la calificación del atentado y, como consecuencia, la declaración de indignidad impetrada, porque como ya se dijo, y se dejó ampliamente estudiado, para decretar

la indignidad por el motivo segundo de los señalados en el artículo 1025 del C. C., se requiere la calificación previa del atentado, y la decisión definitiva, con fuerza de ejecutoria, en que tal cosa se defina.

Como puede observarse con la simple lectura de las peticiones de la demanda, la acción se encamina, clara y exclusivamente, a obtener la declaratoria de indignidad para heredar, con respecto a don Pablo, y las naturales consecuencias de tal declaración, como son la radicación de su derecho en los demandantes, por ser los parientes inmediatos llamados a suceder, a falta del señor Argáez, y lo relativo a la devolución de los bienes que constituyen el haber herencial.

Verdad es que en los hechos fundamento de la acción, se señalan los que los demandantes consideran como causales de indignidad, por constituír, a su juicio, atentado grave contra los bienes y abandono del consanguíneo, a quien se debió socorrer, pudiendo hacerlo, pero como ya se dijo, la circunstancia del atentado debe demostrarse por sentencia ejecutoriada, en el proceso de indignidad.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

Capítulos tercero y cuarto de la acusación

En estos apartes de la demanda, ataca el recurrente la providencia en estudio, por violación directa, por interpretación errónea y por falta de aplicación de determinados preceptos sustantivos; y por violación indirecta de las mismas disposiciones, por errores de hecho y de derecho en la estimación de ciertas pruebas, que detalla.

Considera violados por los dos aspectos que se dejan marcados, los artículos 630, 632, 687 del Código Judicial, y los artículos 1025, inciso 3º, 1031 del C. C., y 87 de la ley 157 de 1887.

Hace depender la violación de la disposición sustantiva consagrada en el inciso tercero del artículo 1025 del C. C., por interpretación errónea del precepto, consistente en reducir la extensión de la obligación de socorro consagrada por el legislador, limitándolo sólo a los casos de ayuda económica, tratándose de dementes.

Al entrar a examinar las pruebas que considera no apreciadas, o indebidamente estimadas, que se adujeron para demostrar la falta de socorro de Pablo Argáez para su hermano Julio Tomás, ve que el Tribunal distingue dos períodos: uno referente al tiempo durante el cual Argáez fue el guardador, y otro en que lo fueron Baraya y don Francisco Valenzuela. Este último se refiere —dice— a la época en que el demandado abandonó el país y huyó de la justicia.

El Tribunal no encontró que se hubiera establecido en el juicio que el demente necesitara de socorro, por cuanto se probó que tenía bienes de fortuna suficientes para atender a sus propias necesidades, con los frutos de los mismos. Critica tal opinión, que llevó al juzgador a interpretar erradamente el inciso tercero del artículo comentado, porque el socorro —a su entender— no debe considerarse simplemente desde el punto de vista material, de suministro de dinero para subvenir las necesidades. Que esto dio base para que el sentenciador no apreciara otras pruebas, como son la petición de Argáez para obtener la guarda legítima de su hermano, a pesar de conocer plenamente que la madre de ambos, en su testamento, designó como guardadores del demente, a los señores Baraya y Valenzuela; que no apreció los contratos dolosos llevados a cabo con Garay, en perjuicio del demente; que no estimó los documentos que acreditan que al demandado se le siguió un proceso penal por atentado contra los bienes de su hermano; que se le llamó a juicio; que se ordenó encarcelarlo; que huyó del país y que se le emplazó como a reo ausente.

Que estas pruebas llevan al ánimo de cualquier juzgador la evidencia de que el hermano, que se hizo, por otra parte, nombrar ilegalmente guardador, no prestó al demente el socorro oportuno y necesario. Que no solamente el demandado no dio la ayuda requerida por el impedido, sino que lo despojó de sus bienes, huyó del país, abandonó la guarda, y ni siquiera avisó al juez para que se hubiera previsto lo del caso.

Dice que el Tribunal, al comentar la segunda época, analiza las declaraciones de Valenzuela y Hederich, para concluír que, como ambos testigos están acordes en que el demente se encontraba al cuidado del último de ellos y de su esposa, hermana de Julio Tomás, no necesitaba de la ayuda del demandado, ni aparece probado que en alguna forma le fuera indispensable.

Insiste en que, de los citados testimonios, se deduce claramente que Pablo Argáez jamás se preocupó de su hermano. Que por ello, el demente estuvo a cargo de Hederich, quien lo sostenía, aun empleando dinero de su bolsillo.

Que, debido a la errada interpretación del inciso tercero del artículo 1025, sobre el concepto de socorro, no tuvo en cuenta las pruebas que se

dejan analizadas, violando, en consecuencia, las disposiciones que atrás se enumeran.

Se considera:

Dos son los aspectos de los cuales la ley deduce motivo de indignidad para heredar, en relación con la causal tercera del artículo 1025 del Código Civil: a) cuando siendo demente el causante, el consanguíneo dentro del sexto grado, inclusive, no lo socorrió, pudiendo; b) cuando en estado de destitución, es decir, en el de abandono o pobreza, no le dio la ayuda requerida.

A pesar de que la obligación legal de alimentos, sólo pesa sobre los colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad legítima (artículo 411), el legislador estima que los demás parientes consanguíneos, hasta el sexto grado, tienen la obligación moral de socorrerse, cuando uno de ellos se encuentre en estado de destitución o de demencia. La infracción a esta obligación moral, al tenor del ordinal tercero del artículo en estudio, está penada con la indignidad.

El socorro no puede entenderse exclusivamente en sentido de prestación material, puesto que puede ser más interesante la ayuda moral, la preocupación del consanguíneo para evitarle perjuicios de tal índole a su pariente, dentro del grado señalado.

Mas en el caso en estudio, examinando las dos etapas de la vida del demente Julio Tomás, la primera cuando fue colocado bajo la guarda de su hermano, y la segunda, cuando por la ausencia de éste, quedó al cuidado de la señora Inés Argáez de Hederich, también hermana legítima del incapaz, se observa lo siguiente:

En relación con el lapso en que la administración estuvo a cargo de don Pablo, no se presentó por los actores en el litigio, prueba alguna para establecer que éste dejara de pasarle al demente lo necesario para su subsistencia. Por el contrario, abundan las declaraciones que permiten considerar que Julio Tomás disfrutaba de lo requerido para su vida. Por otro lado, tenidas en cuenta sus condiciones mentales y las actividades que podía ejercitar, no se ve que le fuera indispensable ayuda de otro orden.

En la segunda época, aparece suficientemente establecido que nada pudo faltarle al demente en casa y bajo la protección de su hermana. Con las declaraciones de Francisco Valenzuela y Herman Hederich, se demostró que Julio Tomás, al partir don Pablo para Europa, quedó en casa de su hermana, la señora Inés, y con tales testimonios y otros que obran en el juicio, se constató que, al amparo de tal miembro de familia, tuvo las atenciones y miramientos del caso.

Mas es de hacer notar que, si existió abandono del demente en alguna ocasión, era de cargo de los actores demostrarlo, y no se hizo.

En el caso de autos, está probada la incapacidad absoluta congénita del demente, de ahí que la protección que sus parientes podían dispensarle debía tener un preponderante carácter material, circunscrita a su persona y a sus bienes. Esta consideración movió al Tribunal, a no dudarlo, en la dilucidación del problema, a ubicarlo de preferencia en el aspecto de protección material. Con un numeroso grupo de testimonios, no atacados por el recurrente, se estableció que el demente estuvo bajo la vigilancia y compañía de un cuidandero, persona de confianza que se encargaba de vestirlo, sacarlo a pasear, entretenerlo con cosas infantiles, dado su deficiente desarrollo mental, y que en ocasiones era conducido al campo para distraerlo.

No ataca el recurrente la apreciación hecha por el Tribunal a estos testimonios. El juzgador encontró demostrada la protección y ayuda al incapaz, sin que el recurrente objetara las disposiciones que lo establecen, ni considerara que hubo en su apreciación error de hecho. Por eso, el concepto del sentenciador de segundo grado, deducido de la copiosa prueba, de que al demente se le socorrió y prestó la ayuda que necesitó, carece de reparo. De otro lado, la prueba que el demandante en casación cita como dejada de apreciar por el fallador de segunda instancia, se encamina a demostrar dolo en el manejo de los bienes del demente, pruebas que hacen referencia al atentado grave, señalada como causal segunda de indignidad en el artículo 1025 del C. C., para cuya demostración, la ley exige una prueba especialísima y única, que no la constituyen ninguna de las que el recurrente mostró como mal apreciadas, o no tenidas en cuenta; de consiguiente, esta simple omisión no tiene incidencia alguna en el fallo.

El atentado grave, que cree configurado con las pruebas presentadas, lo aduce en esta causal el demandante, como demostración de la falta de protección de los bienes del incapaz, mas de nuevo surge el escollo: tal atentado no está establecido, porque para estarlo, requiere o exige el código una prueba determinada e insustituíble: la sentencia ejecutoriada.

Pero hay algo más. Por su esencia, la demanda es una petición fundada del demandante al Juez, para que éste emita un fallo contra el demandado. Ella, además de la designación del Juez y las partes, debe expresar, de un lado, la resolución que se pide; de otro, los fundamentos por los cuales se pide. Los fundamentos de la demanda están formados por la totalidad de los hechos sobre que el actor basa su pretensión. Se debe, pues, alegar y precisar las circunstancias de hecho, que han de originar la condena.

Al concretarse, entre los hechos de la demanda del presente litigio, la época en la cual dice que el demente Julio Tomás fue abandonado por su hermano, y no le prestó la ayuda requerida, pudiendo, los actores circunscriben tal omisión, simplemente, al tiempo en que don Pablo salió del país, y no a otra ocasión, ni a otros motivos. Así se desprende de los hechos undécimo y duodécimo, que de nuevo se insertan.

"Undécimo.—Días después de perfeccionarse el mandamiento de que se ha hecho mérito Pablo Argáez abandonó al interdicto, viajando al exterior.

'Duodécimo.—Desde la época en que el señor Pablo Argáez abandonó el país, dejó de socorrer, pudiendo haberlo hecho, a su hermano demente Julio Tomás Argáez Valenzuela".

Estos y no otros fueron los fundamentos o hechos para demandar la indignidad, por abandono del demente. No fue, como se ha pretendido en casación, porque don Pablo cometiera dolo en el manejo de los intereses del interdicto, o porque no le prestara la ayuda necesaria para el mejor manejo de sus intereses, y antes, por el contrario, por haberlos arrendado en malas condiciones, sino porque se ausentó del país y dejó en esa época, y no en otra, de socorrer a su hermano.

De tal manera, que el abandono lo hacen depender los demandantes de la época en que don Pablo salió de Colombia para radicarse en el exterior. O sea, del año de mil novecientos veintitrés en adelante. Pero, como se demostró suficientemente en el proceso, en ese lapso, el menor quedó al cuidado de su hermana, la señora Inés de Hederich y de su esposo, don Herman Hederich. El guardador pasaba a éstos una pensión, y dejó como su apoderado, con facultad de administrar los bienes del interdicto, al señor Garay.

Es decir, en tal tiempo, el menor no estuvo desamparado, ni necesitó la ayuda o socorro de su hermano, por encontrarse en las condiciones señaladas.

Poco tiempo después, fue reemplazado en la guarda, el señor Argáez, y vino a ejercerla el señor Baraya, conforme a la voluntad de la madre de Julio Tomás, teniendo éste ya el disfrute del total de sus haberes y continuando bajo el solícito cuidado de su hermana, hasta su fallecimiento.

Se dice que Argáez, para huír de la justicia, abandonó el país y que dejó acéfala la guarda de su hermano. Con un certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores, se probó que entonces salió de Colombia a ejercer un cargo diplomático, **ad honorem,** y que instituyó un representante para el manejo de los bienes de su pupilo, aun cuando tal persona había tomado en arrendamiento algunos de los bienes del mismo.

Es de notar que Argáez rindió cuentas judiciales de la administración de los bienes del demente, y que éstas fueron aprobadas, reconociéndosele los emolumentos de la ley, cosa que no hubiese sucedido, si se hubiera demostrado la culpa en su gestión. (Artículos 614, 621, C. C.).

No encontrándose error de hecho en la apreciación de las pruebas y no habiendo influído en la decisión acusada una falsa interpretación de la disposición legal invocada, se declara sin fundamento el cargo.

Cargo quinto

Dice el recurrente, al sustentar este reparo, que para el caso en que la Corte considere, al interpretar el artículo 1025, en su ordinal segundo, necesaria la sentencia ejecutoriada, como la prueba del atentado grave, ella, a su juicio, resulta del auto de proceder pronunciado en el sumario seguido contra Argáez y su apoderado Garay, y de otros documentos que obran en el proceso, entre ellos, las escrituras que contienen los contratos celebrados por aquél, como curador, que perjudicaron al incapaz; los documentos que establecen esa calidad; las copias de las providencias proferidas en el proceso contra Argáez y Garay, y la que declaró a aquél como reo ausente.

Sostiene que la prueba del atentado grave se puede deducir del **auto de proceder** y de la declaratoria de reo ausente.

"Para que sea procedente dictar auto de proceder —agrega— es siempre necesario que el cuerpo del delito esté plenamente comprobado. Y se entiende por cuerpo del delito, a términos de la ley, los elementos constitutivos del delito, seña-

lados en la respectiva definición penal. De suerte que para que pueda dictarse auto de tal clase, es necesario que se haya cometido un delito; que se haya incurrido en el ilícito determinado en sus elementos en la respectiva disposición penal. De lo contrario no puede haber auto de proceder."

El recurrente resume su pensamiento en los siguientes apartes de su demanda, que se incluyen textualmente:

"Acuso la sentencia por la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 520 del C. J. por cuanto el Tribunal al proferir su fallo incurrió en errores evidentes de hecho consistentes en la pretermisión de elementos probatorios conducentes a la demostración de uno de los extremos procesales. Incurrió también en error de derecho al estudiar la naturaleza del auto de proceder y desconoció su fuerza de sentencia para definir determinadas situaciones jurídicas, como es la cuestión referente al establecimiento del cuerpo del delito.

"A consecuencia de esos errores violó el artículo 632 del C. J. que le asigna valor de plena prueba a esos instrumentos públicos; el artículo 467 del C. J. que define que los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a determinada situación de un proceso. Viola los artículos 272, 429 y 434 del C. P. P. que definen el cuerpo del delito, cuándo puede dictarse auto de proceder y señalan los efectos de este auto una vez ejecutoriado. O sea, que queda calificado el delito.

"Viola indirectamente los artículos 1025 numeral 2º, y 1031 del C. C. y 87 de la ley 153 de 1887 por cuanto no los aplicó al caso del pleito debiendo aplicarlos, para reconocer los derechos de los actores en el presente negocio".

Se considera:

Sostiene el demandante en casación, al sustentar este nuevo ataque a la sentencia, que la prueba exigida por el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., o sea, la sentencia ejecutoriada, se puede establecer, o puede desprenderse de la copia del auto de proceder pronunciado contra Argáez, en que se le llamó a juicio por el delito de abuso de confianza en el manejo de los bienes de su hermano, complementada tal prueba con la providencia que lo declaó reo ausente y ordenó suspender la causa, según el antiguo Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular, la Sala observa que el auto de proceder se pronncia con base en las pruebas del sumario para llamar a juicio al sindicado, siempre y cuando por otro lado, esté demostrado el cuerpo del delito.

El auto de proceder equivale a la demanda formulada por el Poder Público, en contra del reo; es el pliego de cargos que la sociedad hace a un acusado, a fin de que éste sepa en qué sentido debe orientar su defensa, y para que no se quebrante la norma constitucional, de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Tal providencia contiene, pues, simplemente los motivos de inculpación que se desprenden del informativo, y con respecto a los cuales, es llamado el sindicado a responder.

Del hecho de que, contra un individuo se deduzcan cargos por los cuales se le llama a juicio, no se puede concluír que contra él exista una sentencia en la cual se haya fallado una causa por determinados actos ilícitos, que demuestren la existencia del atentado grave, de que habla el artículo 1025 del C. C. en su ordinal segundo.

La sentencia, en materia penal, es la providencia con la cual se determina la responsabilidad del acusado, y como consecuencia se impone una pena. Mal se puede equiparar, pues, tal decisión con el auto de proceder, en el cual, solamente se le imputa al enjuiciado la comisión de una infracción penal, que puede ser desvirtuada en el curso del juicio o causa, dejando sin efecto, en consecuencia, el auto de llamamiento a juicio; y como el artículo 1025, en su aparte señalado, habla de sentencia ejecutoriada, aquél no es la prueba pertinente para establecer el atentado grave, por carecer de los requisitos exigidos.

Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio, que precisamente no es el caso, en lo que se refiere al auto de proceder, pues con éste se inicia apenas la causa. (Artículo 467 del C. J.).

Siendo esto así, no habrá para qué estudiar si fueron mal apreciados los otros elementos de prueba, que a juicio del recurrente, complementan la del auto de proceder, si como ya se dijo, se echa de menos la prueba especial señalada por la ley: la sentencia ejecutoriada.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Recurso del señor Luis Tanco Argáez

En cuanto al recurso sustentado por el representante de don Luis Tanco Argáez, es de obser-

var que, no progresando los cargos propuestos por los demás recurrentes contra la providencia en cuestión, sobra estudiar si ha debido reconocérsele como parte en el juicio, máxime si se tiene en cuenta que sus alegaciones no presentan un aspecto distinto de los contemplados en el fallo. Siendo, por otro lado, la sentencia absolutoria, no es del caso estudiar la causal de incongruencia presentada por este recurrente.

Sentencia

Por las razones que se dejan consignadas, 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 en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha siete de octubre de mil novecientos cuarenta y seis.

Con costas a cargo de los recurrentes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Gabriel Rodríguez Ramírez — Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza — Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR TRABAJOS PUBLICOS

El conocimiento de estas acciones corresponde, de manera privativa, a la jurisdicción especial de los Tribunales Administrativos (artículos 34, ordinal 2º, 54. ordinal 7º, y 261 a 270 de la Ley 167 de 1941), a pesar de haber sido incoada la demanda antes de la vigencia de la citada ley.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 31 de enero de 1939, repartido al Juzgado 3º Civil de este Circuito, la "Sociedad Constructora, S. A.", por medio de su representante, demandó al Municipio de Bogotá en juicio ordinario para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el Municipio de Bogotá está obligado a pagar a la Compañía demandante el valor del edificio destruído por consecuencia de las inundaciones de 1932, que existía dentro del terreno descrito al principio de esta demanda; este edificio lo estimo en la suma de $ 50.000.00, o la cantidad que se fije por peritos en el curso de este juicio;

"b) Que el Municipio está obligado a pagar el valor de los frutos civiles que la sociedad hubiera percibido si el edificio no hubiera sido destruído, en el tiempo transcurrido desde que el edificio fue arruinado o quedó inutilizado por consecuencia de las inundaciones hasta el día en que se verifique el pago total de la indemnización. El valor de estos frutos debe calcularse a razón de $ 320.00 mensuales, contados desde el año de 1932 hasta el día del pago o la cantidad que se fije por perjuicios en el curso del juicio".

Los daños cuya reparación se persigue se hacen provenir de los trabajos de construcción del colector del río San Francisco, como se ve de los hechos fundamentales de la demanda, en que se afirma que la ruina total del edificio, ocurrida con ocasión de los desbordamientos e inundaciones del año de 1932, fue la culminación de la obra pública del colector. "El Municipio de Bogotá —dice la demanda— al construír ese colector en la forma como lo hizo, causó la ruina de algunos edificios, y entre otros el mencionado atrás, haciéndose responsable de la indemnización de los perjuicios causados".

"Desde la fecha en que se principió la construcción del colector del río San Francisco, de la carrera 9ª hacia occidente, fecha que se determinará en el término de prueba de este juicio, empezaron las inundaciones y con ellas el deterioro del edificio. (Hecho 8º).

"Al hacerse la excavación dentro de la cual debían construírse los cimientos y el colector mismo, no se tuvo el cuidado de limpiar el curso del río de las piedras, tierra y demás materiales extraídos, lo que motivó la formación de terraplenes o murallas que obstruían el libre curso de las aguas, haciéndolas subir de nivel y buscar su camino por entre los edificios situados a uno y otro lado del antiguo cauce, determinando la ruina de éstos. El Municipio hubiera podido impedir la causa de inundación a que se refiere el hecho anterior transportando fuera del cauce, y a una distancia conveniente y a medida que se los extraía los materiales removidos para verificar la construcción del colector, pero no lo hizo." (Hechos 11 y 12).

A estos hechos fundamentales de su demanda se refiere el demandante en su alegato de bien probado en primera instancia para decir: "También está demostrado plenamente con las declaraciones acordes de todos los testigos que el edificio quedó inservible a consecuencia de las inundaciones que tuvieron lugar en el mes de noviembre de 1932 e igualmente se inundó porque no se tomaron las medidas necesarias para evitar ese hecho, tales como poner rejas o tanques de decantación a fin de impedir que las aguas arrastraran basuras, piedras y demás materiales que debían atascar los trayectos construídos del colector, porque no se retiraron oportunamente los materiales extraídos del cauce del río a medida

que se verificaba la obra...", a pesar de las repetidas peticiones y reclamos que al efecto y oportunamente, hicieron los interesados ante la Dirección de Obras Públicas del Municipio.

Se opuso formalmente el Personero Municipal de Bogotá a las pretensiones del actor, porque el Municipio procedió en la construcción del colector con el cuidado que era menester en obras de esa clase; porque las inundaciones a que alude la demanda provinieron de causas que el Municipio no podía prever ni remediar, y porque según conocimiento de la Personería la edificación que se dice destruída no lo fue a consecuencia de las inundaciones sino por voluntad de sus dueños, para reemplazarla por un moderno edificio cuando por efecto de las obras públicas del colector, aquel sitio, antes inhabitable, se convirtió por su enorme valorización en lugar de explotación comercial.

Trabada sobre estas bases la litis, el Juzgado del Circuito la sentenció en primer grado el 9 de noviembre de 1944 negando las peticiones de la demanda y absolviendo, en consecuencia, al Municipio demandado.

Sentencia acusada

El negocio subió al Tribunal de este distrito judicial por efecto de la apelación de la parte demandante contra la sentencia del Juzgado. Terminó la segunda instancia con fallo definitivo de 29 de marzo de 1947, en el cual se revocó el recurrido y en su lugar, después de declarar inexistente la excepción perentoria de prescripción de la acción, se declaró que el Municipio de Bogotá está obligado a pagar a la "Sociedad Constructora, S. A." la suma de $ 23.515.62 como valor del edificio destruído de propiedad de la Compañía demandante, situado en la actual Avenida Jiménez de Quesada, antes en la calle Junín o Ronda del Río San Francisco, alinderado en la forma que expresa la demanda, más la suma de $ 9.715.26 por concepto de frutos o lucro cesante de la aludida edificación. Sin costas.

Considera el Tribunal que se trata de una acción común sobre responsabilidad extracontractual por daño ocasionado por mala construcción del colector imputable a culpa de la Administración Municipal, o de sus agentes, por falta de vigilancia o mala vigilancia, culpa **in vigilando,** o por mala elección, culpa **in eligendo,** y después de analizar probatoriamente el proceso concluye que están demostrados los elementos jurídicos necesarios para declarar la responsabilidad municipal, pues se halla plenamente acreditado el derecho del actor sobre el inmueble que sufrió el daño; el hecho que lo ocasionó; la realidad del perjuicio sufrido, la culpabilidad de la Administración municipal de Bogotá, y la relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño.

El recurso

El Municipio demandado y condenado ha interpuesto el recurso de casación que hoy se decide. En la demanda fundamental, suscrita por el Procurador Delegado en lo Civil, se acusa el fallo del Tribunal, en primer término, por la causal sexta del artículo 520 del C. J. La Sala circunscribe su estudio a esta causal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil.

"Afirmo —dice el recurrente— que se ha incurrido en la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción (numeral 1º del artículo 448 del C. J.) porque en este juicio se pretende obtener una indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos, caso en el cual la competencia del negocio corresponde a la justicia de lo contencioso administrativo y no a la justicia ordinaria. En efecto, dice el artículo 54 de la ley 167 de 1941 que los Tribunales Administrativos conocen. privativamente en primera instancia, de las indemnizaciones a cargo de los Departamentos o Municipios, por causa de trabajos públicos cuando el valor de lo reclamado ascienda a más de mil pesos (numeral 7º). En el caso de autos se demanda indemnización mayor de mil pesos a cargo del Municipio y por causa de un trabajo público, como es la construcción del colector del río San Francisco, de modo que el numeral transcrito del artículo 54 del Código Administrativo es estrictamente aplicable a este negocio".

Considera la Sala:

En pleito análogo a éste, decidido en el año de 1939, estudió esta Sala la cuestión de incompetencia de jurisdicción, propuesta por el representante legal del Municipio de Bogotá con base en que tratándose de indemnización de daños ocasionados por un servicio público creado por providencia administrativa no correspondía su conocimiento y decisión a la justicia ordinaria sino a la contenciosa-administrativa por la naturaleza del acto generador del daño. Estimó en-

tonces la Corte que el caso debatido no encajaba dentro de la jurisdicción organizada por la ley 130 de 1913 porque no correspondía a ninguna de sus finalidades ni daba objeto para ninguna de sus acciones principales, la pública o popular encaminada a preservar el orden legal y constitucional abstractamente, ni la privada, procedente sólo para la revisión de los actos administrativos inconstitucionales o legales en el concepto de ser lesivos de derechos civiles en los casos y dentro de las condiciones señaladas en esa ley orgánica: Igualmente consideró impertinente como base de la nulidad invocada la ley 38 de 1918, por inaplicabilidad de sus disposiciones a un caso que nada tenía que ver con las expropiaciones ni daño con aprovechamiento de propiedad particular, que constituía la materia gobernada por ese estatuto legal. Se concluyó entonces, sobre el planteamiento de hecho de la controversia, que se trataba de una acción privada de orden civil en que se buscaba establecer el derecho de un particular que alegaba haber sufrido perjuicios causados por culpas y errores cometidos por el Municipio en la construcción de la obra del alcantarillado público, en ejercicio del derecho común que corresponde a todo el que ha sufrido un daño para pedir que se lo repare su causante y cuya competencia se hallaba determinada en el numeral 1º del artículo 109 del C. de O. J. "Aunque nuestra organización jurisdiccional —se dijo en esa ocasión— está estructurada sobre el sistema de la pluralidad de jurisdicciones, como la francesa, de donde se tomó, y en donde unos litigios son decididos por los tribunales administrativos y otros por las autoridades judiciales ordinarias, a diferencia del sistema de unidad de jurisdicción en que todos los procesos, cualesquiera que sean, se juzgan por unos mismos Tribunales, sin embargo la ley que ha determinado especialmente las competencias no ha realizado todavía plenamente la tendencia del derecho moderno que quiere asignar de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el estudio y decisión de todos los casos originados en actos de administración ejecutados por las entidades de derecho público, por los Gobernantes, "como gerentes de los servicios públicos". "Nuestra legislación sobre jurisdicción contencioso-administrativa —como ya lo ha dicho la Corte— no responde exactamente a esos principios, pues, por una parte sustrae del conocimiento de los Tribunales Administrativos los litigios y conflictos originados en contratos administrativos celebrados en nombre del Estado, y, por otra parte, somete al conocimiento de tales Tribunales cuestiones que no se relacionan con la noción considerada hoy fundamental y decisiva de servicio público. Las leyes esenciales que regulan nuestro régimen administrativo no dan lugar a las teorías que sobre incompetencia de jurisdicción en casos como éste expone el recurrente, con fundamento y citas jurisprudenciales del Consejo de Estado de Francia, en donde se han delimitado, en consideración a la naturaleza jurídica diversa de los asuntos, los campos de la competencia de la justicia ordinaria y de la contencioso-administrativa, reservando privativamente para ésta todas las controversias que se originan en el funcionamiento, mal funcionamiento o falta de funcionamiento de los servicios públicos, o relativos a éstos..." (G. J. Tomo XLVIII, pág. 659).

Distinta es hoy la situación legal que se plantea con la invocación de la causal sexta de casación con base en la incompetencia de jurisdicción, a la luz de la ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción contencioso-administratieva, en que avanzando un poco en el camino de la diferenciación de las jurisdicciones por razón de la naturaleza de los hechos originarios de las acciones ha adscrito privativamente a la jurisdicción especial de los Tribunales Administrativos el conocimiento de las controversias que se susciten por la ocupación o daño de propiedades inmuebles con causa en trabajos públicos, dentro de las condiciones y con las características que ha ido determinando la jurisprudencia. (Artículos 34, ord. 2º, 54, ordinal 7º y 261 a 270 de la ley 167 de 1941). El nuevo código de lo contencioso-administrativo ha configurado, pues, en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su capítulo XXII, que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil dándoles una naturaleza esencialmente objetiva y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general.

Ninguna duda cabe sobre la aplicación que corresponde darle a esta nueva norma en el caso de estudio a pesar de haber sido puesto **sub judice** con anterioridad a su vigencia, porque tratándose de una ley relativa a la organización judicial y a la competencia de los Tribunales su aplicación es inmediata y sin recortes cuando la ley misma no establece otra cosa o da normas

especiales para regir los fenómenos de su tránsito. Es la solución que se ajusta a los principios que regulan la aplicación de las normas procesales en el tiempo, según los cuales, las referentes a la competencia, como concernientes que son al orden público, operan inmediatamente produciendo el efecto inevitable de hacer desaparecer la facultad que tenía un juez o Tribunal para ejercer, como dice el artículo 143 del C. J., por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. La aplicación inmediata que compete a esta especie de leyes es consecuencia de la introducción de la idea del orden público en el problema de la retroactividad de la ley, que permite diferenciar sustancialmente el efecto inmediato del efecto retroactivo. No es actualizable para el caso la excepción que en su segunda parte trae el artículo 40 de la ley 153 de 1887 por referirse ella solamente a la sustanciación y ritualidad de los juicios, a la actuación judicial, o proceso, o expediente, o autos (artículo 197 del C. J.), es decir, al procedimiento propiamente dicho y en manera alguna a la organización y competencia de los Tribunales. La garantía constitucional se refiere es al juzgamiento ante Tribunal competente.

En sentencia del 27 de septiembre de 1947, visible a páginas 281 y siguientes del Tomo LXIII de la G. J., la Sala de Negocios Generales de esta Corte, estudió espaciosamente la noción jurídica de los trabajos públicos en que puede generarse la querella indemnizatoria especial, reglamentada en el capítulo XXII del C. C. A. que con privativa competencia está atribuída a los Tribunales Administrativos. De esa exposición de doctrina, reproducida en posteriores decisiones, se prohijan y copian los siguientes apartes:

"La ley colombiana no ha definido lo que debe entenderse por trabajos públicos, expresión que sólo se incorporó al léxico jurídico nacional con la expedición del vigente Código de lo Contencioso Administrativo. Los antecedentes inmediatos de la institución referente a la reparación por vía administrativa de los daños sufridos por particulares a causa de trabajos públicos del Estado y las entidades políticas inferiores se encuentran en la ley 38 de 1918, pero este texto no consagra en ninguna parte la expresión de que se trata, ni indica cuáles sean los elementos que estructuran el estatuto. Por su parte el actual Código, que modificó fundamentalmente la anterior legislación sobre la materia y organizó sobre bases más racionales y técnicas el procedimiento para ventilar jurisdiccionalmente las indemnizaciones sobre toda especie de trabajos de la administración, tampoco dice en qué consisten éstos; por lo que a falta de una norma positiva deberá la Sala investigar el contenido de la noción generalmente adoptada por los expositores del derecho público y por la jurisprudencia nacional para fijar luego el alcance de las reglas que gobiernan el sistema en referencia, según la ley vigente (ley 167 de 1941).

"Bonnard se expresa así: 'Puede definirse el trabajo público: un trabajo de construcción, arreglo, reparación o mantenimiento provocado o dirigido por la administración, ejecutado sobre un inmueble afectado a un servicio público, y esto no solamente si el inmueble hace parte del dominio público, sino igualmente si es de propiedad privada'. Pero el mismo autor conviene en que esta noción ha sido considerablemente extendida por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, el cual concibe el trabajo público independientemente de la idea de afectación de un bien al servicio público administrativo para referirla al simple interés de la comunidad. La concepción doctrinaria del Consejo quedó resumida en el siguiente pasaje de la sentencia del 10 de enero de 1921, y reiterada luego en pronunciamientos posteriores: 'El trabajo público es todo trabajo ejecutado sobre un inmueble afectado no solamente a un servicio público sino a toda otra empresa que persiga un fin de interés social'. Igualmente Hauriou adopta el contenido de la doctrina formulada por la misma alta entidad a propósito de la estructura jurídica de la obra pública: 'Todo inmueble construído o reparado (o en reparación) por cuenta de una administración pública y en vista de un uso público o de un servicio público tiene el carácter de **obra pública** (C. E. 10 de junio de 1921, Moutségur, Cas. 25 de abril de 1923)'.

"Explica Rolland que la definición del trabajo público es de trascendente importancia y de extrema delicadeza, ya que en ella entran en juego reglas jurídicas especiales que le son aplicables, y que sin embargo esta definición no ha sido dada por ningún texto sino simplemente creada por obra de la jurisprudencia, de lo cual se desprende en el estado actual de las cosas que 'es trabajo público todo trabajo de construcción o de conservación de un inmueble ejecutado por

cuenta de una persona moral de derecho público en interés público'.

"Estas nociones doctrinarias han permitido determinar los elementos constitutivos del trabajo público como institución jurídico-administrativa; y al efecto los autores citados, lo mismo que Mestre, Waline y demás que se ocupan del tema, han llegado a coincidir —con más o menos diferencias en la apreciación de los factores adjetivos o circunstanciales— en que para que haya trabajo público deben reunirse las siguientes tres condiciones esenciales:

"1º El trabajo debe ser hecho por cuenta de una persona administrativa;

"2º Debe responder a un objeto de interés general, o con mira a un servicio público;

"3º Debe necesariamente recaer sobre la construcción o reparación de un inmueble.

"La ley colombiana vigente incorpora estos tres elementos fundamentales en el régimen de los trabajos públicos administrativos para los efectos de regular las acciones indemnizatorias a que pueden dar lugar por parte de los particulares, cuando una propiedad privada es ocupada por un trabajo de esta índole o con motivo de las operaciones de construcción o reparación se causa un daño en la misma. Así pudo verse en el Capítulo XXII del Código que sólo los trabajos que realizan las entidades de derecho público dan origen a la administración por la vía contencioso-administrativa que allí se consagra (artículos 261 y 262). De la misma manera, la ocupación que origina la acción indemnizatoria debe recaer sobre inmuebles de propiedad privada (artículo 269). Sobre el particular, trae la exposición de motivos del proyecto adoptado por el Congreso en 1941 (ley 167) el párrafo explicativo que se copia:

"De otro lado, y en oposición a la aplicación que se ha dado a la ley vigente, la acción sólo se endereza contra las **ocupaciones de hecho** de la propiedad inmueble y no de los bienes de otra naturaleza". Y finalmente, en lo que respecta al objeto de la obra —vinculación a un servicio público o de interés social— está implícitamente contenido en el objeto a que se destina pues sólo en el caso en que las entidades de derecho público construyen o reparan un inmueble determinado perteneciente a su dominio privado, dejan de aplicarse las regulaciones propias de los trabajos públicos, y la acción respectiva se desplaza a la justicia ordinaria.

"Aunque del anterior examen del cuerpo de disposiciones que gobiernan la institución se infieren todos los elementos necesarios que deben concurrir para atribuír a un trabajo dado el carácter de público y aplicarle el régimen especial del C. de lo Contencioso Administrativo no sobra agregar que el mencionado capítulo de esta obra, si bien reemplaza el ordenamiento anterior contenido en la ley 38 de 1918, eliminó los otros factores que según esta última norma concurrían a formar la noción jurídica del trabajo público en cuanto exigía para la prosperidad de la acción reparatoria que la expropiación o el daño se produjera por órdenes o providencias administrativas y que hubiera un provecho de parte del Estado o de la entidad pública correspondiente. Lo que permite observar, desde luego, que bajo el régimen anterior —el de la ley 38— el damnificado debía demostrar plenamente la existencia de una providencia u orden de la autoridad administrativa como fuente del daño, y de otra parte el beneficio o provecho que con el trabajo público hubiera recibido el Estado, el Departamento o Municipio por cuya cuenta aquéllos se realizaban. En cambio, desde la expedición del Código actual basta que se compruebe la ocupación o el daño para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias sin que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con éstos reciba ella beneficio de algún género. Tampoco la noción delictuosa o culposa juega papel ninguno en el ejercicio de esta acción como no sea para determinar la responsabilidad de los funcionarios o agentes autores materiales del daño en los casos de infracción de carácter penal".

"... ... ...

"En primer lugar habrá de afirmarse, frente a la literalidad de los preceptos del C. de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil y a la esencia de los principios en que éstos se inspiran, las siguientes reglas generales que dominan la compleja materia de la competencia:

"1º La jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados uno u otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 2º, 54,

ordinal 7º, y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

"2º La competencia para el reconocimiento de perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponde a la jurisdicción común.

"... ... ...

"3º Completa la regla general expuesta la circunstancia de que la acción contencioso administrativa que mueve la atención de la Corte sólo opera en relación con los hechos de ocupación de una propiedad o daño de la misma en cuanto ocurran en el transcurso de los trabajos públicos, entendiéndose por éstos el conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo público concluído— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte de la judicatura común. Un ejemplo aclarará mejor la diferencia: Si en el transcurso de las labores de construcción de un ferrocarril nacional o de las que se ejecutan para conservar o reparar la vía se ocupa de hecho una propiedad ajena, o si la misma en alguna forma se daña, el perjudicado tiene la acción indemnizatoria abierta ante la justicia administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querella, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio si una locomotora del mismo ferrocarril ya construído produce un incendio en la zona privada que atraviesa o por defecto de la construcción en la vía acaece daño —siendo indiferente que recaiga sobre las personas o las cosas— la controversia para la indemnización de los perjuicios sólo puede suscitarse ante las autoridades judiciales comunes, las cuales retienen privativamente la competencia para dirimir el contencioso de la culpa extracontractual provocada por las obras públicas de toda clase".

El caso descrito en la demanda inicial de este juicio configura a cabalidad una querella indemnizatoria con causa en trabajos públicos, de procedimiento y competencia especiales, según acaba de verse.. La causalidad del daño cuya indemnización se persigue se vincula directamente al proceso de la construcción de la obra pública del alcantarillado municipal según el planteamiento de hecho que se hace en la demanda y de acuerdo con las afirmaciones perentorias del demandante en sus alegatos de instancia, como se hizo ver al comienzo de esta providencia. El desarrollo probatorio del proceso reafirma la conclusión de que se demanda una reparación con causa en trabajos públicos, como lo hace notar el señor Procurador Delegado en lo Civil. Así, por ejemplo, el testigo Julio C. Pedraza, dice: "Por habitar en el lugar mencionado, me consta que desde que se iniciaron las obras del colector dicho, se principiaron las inundaciones en el edificio y lugares cercanos lo cual fue agravándose día a día, hasta dejarlos inhabilitados para habitarlos.... Igualmente me consta que las personas encargadas de construír los tramos del colector dejaban las piedras, tierra y materiales amontonados, cosa que contribuía a agravar las inundaciones". Israel Acosta, otro de los testigos, afirma que la inundación "tuvo por causa la construcción del colector del río San Francisco", y explica que "desde el momento en que comenzó la construcción del colector se principiaron las inundaciones de las casas que quedaban sobre el río, lo que fue agravándose hasta terminar con casi todas ellas". En su declaración testimonial afirma el testigo Isaías Alemán que la inundación "tuvo por única causa la construcción del colector del río San Francisco" y que "desde que se inició la construcción del colector del río San Francisco empezaron las inundaciones, las cuales fueron agravándose día por día hasta producir el deterioro del edificio del doctor Zapata y no sólo éste sino los demás que quedaban sobre el colector que se estaba construyendo". En igual sentido sobre la causalidad de los hechos determinantes del daño declaran Jenaro Pedroza y Sildana Torres y a esta concomitancia de los trabajos de construcción con el deterioro del edificio se refiere también el propio perito de la parte demandante cuando dice que "evidentemente el hecho de no estar totalmente terminado el colector, es una causa para que las aguas se represaran en las partes bajas, ocasionando un gasto pleno en

el colector, que obstruía, por decirlo así, los desagües de las casas vecinas".

Con apoyo 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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de marzo de 1947, y anula todo lo actuado a partir del 1º de abril de 1942, fecha en que entró a regir el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo.

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

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

1.—La jurisprudencia y la doctrina aceptan la posibilidad jurídica de que el heredero de quien pereció en un accidente ocurrido en la ejecución de un contrato de transporte ejercite cualquiera de las dos acciones: la indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, emanada de éste, colocándose en el lugar y posición del contratante muerto, a cuyo patrimonio había ingresado, y demandando como sucesor y para la sucesión de la víctima, las reparaciones a que haya lugar dentro de los límites del contrato, o la indemnizatoria por culpa aquiliana, colocándose por fuera del contrato, con desvinculación de toda relación jurídica preexistente, demandando directamente y en propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro. El mismo hecho puede dar lugar a las dos acciones según sea el carácter y posición con que se presente la víctima en la acción indemnizatoria, y desde luego con las consecuencias diferentes que cada caso comporta en lo concerniente a la extensión y naturaleza de las pretensiones del actor y la manera de establecerlas en juicio. Lo que es improcedente es la acumulación y yuxtaposición de estas dos acciones diferenciadas de responsabilidad porque de ese modo se llegaría a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio, como lo ha dicho la Corte.

2.—Los artículos 328, 329, 332, 335, 342 y 343 del Código Judicial son adjetivos y no pueden alegarse como fundamento del recurso de casación por la causal primera cuya base insustituible no es sino la violación de ley propiamente sustantiva, por cualquiera de los medios a que alude el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 11 de septiembre de 1944, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Andes, Leonidas Lopera G. y Marta Quiceno R., en su propio nombre y por medio de apoderado, demandaron a la Flota Salgar, sociedad colectiva de comercio de responsabilidad limitada, con domicilio en Salgar, representada por sus dos socios gestores, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se la declare civilmente responsable por la muerte de su hija legítima Fabiola Lopera, acaecida en el accidente automoviliario ocurrido en la carretera que conduce de Salgar al Barroso, el 28 de noviembre de 1943, y que, en consecuencia se condene a la sociedad demandada a pagar a los demandantes la suma de $ 8.000.00 en que estiman el valor de los perjuicios materiales y morales que se les causaron por el hecho referido, o la cantidad que pericialmente se fijare en el juicio o en el incidente de ejecución de la sentencia con los intereses legales correspondientes a partir de la contestación de la demanda, más las costas del juicio.

El suceso en que se genera la responsabilidad demandada, extractándolo de los hechos fundamentales de la acción, pueden compendiarse así: invitada por su abuelo Tiberio Quiceno a un paseo en automóvil, en las horas del medio día del 28 de noviembre de 1943, salió de Salgar en un coche de propiedad de la Flota Salgar, conducido por el chofer Antonio Aragón, empleado de la empresa de transporte. Cuando regresaban Fabiola y sus compañeros a eso de las seis y media de la tarde en sitio distante aproximadamente dos kilómetros del punto de Bocas del Barroso, el automóvil se salió del camino y rodó a un precipicio causando la muerte de numerosos pasajeros, entre ellos Fabiola Lopera, a consecuencia de la falta de cuidado producida por la embriaguez en que se hallaba el chofer Aragón. La muerte trágica de la hija a sus 17 años, a más del dolor que les causó, privó a sus padres de su cooperación y ayuda en las tareas domésticas causándoles así valiosos perjuicios de orden material, que deben ser reparados por la sociedad demandada a cuyo servicio estaba el conductor

ébrio culpable del accidente, según las normas del derecho positivo.

Como fundamentos de derecho se citan en la demanda, entre otros, los artículos "2070 y siguientes" y "2341 y siguientes" del C. C.

La sociedad demandada enfrentó el litigio como si se tratara de responsabilidad civil por culpa contractual. Se opuso en la contestación de la demanda, que suscriben los dos socios gestores, a que se hagan las declaraciones impetradas manifestando que Tiberio Quiceno contrató con la Flota Salgar el transporte de algunas personas a la finca Santa Ana por la suma de $ 3.00, viaje que se le confió al chofer Aragón, conductor de irreprochable manejo y gran habilidad. Que en cumplimiento de este contrato fue transportada la familia Quiceno al punto convenido; pero que una vez allí, este señor, que era muy dado al abuso del licor, se embriagó y no sólo obligó al chofer a prolongar el viaje hasta el Barroso sino que hizo subir al vehículo hasta trece personas, violando de esta manera las estipulaciones del contrato. De tal modo que el accidente ocurrió en estado de violación contractual por parte de Quiceno, y fuera del control de la sociedad y cuando su empleado obrando en su propio nombre y bajo su responsabilidad personal, se había colocado fuera del alcance de la sociedad para impedir su irregular proceder. Por lo cual considera que no se puede deducir ninguna responsabilidad contra la compañía por el suceso acaecido con ocasión de servicios no contratados.

Desenvuelta sobre esta base la litis, fue decidida en primera instancia por sentencia definitiva de fecha 27 de julio de 1945, en que declaró probada la excepción de petición de modo indebido, consistente, en concepto del sentenciador, en que "hay tanta perplejidad en la demanda, que el Juez no puede saber a qué atenerse respecto de si la voluntad del demandante ha sido la de orientar el pleito por el aspecto de la culpa contractual, la aquiliana o una acción híbrida así denominada por los doctrinantes y tan repudiada por la doctrina. Si el actor ha involucrado las dos especies de responsabilidad, no queda duda que la acción así entablada es improcedente".

Sentencia acusada

En la sentencia que finalizó la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la parte demandante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó la del Juzgado de Andes y en su lugar declaró a la sociedad demandada civilmente responsable de la muerte de Fabiola Lopera, ocurrida en la fecha y circunstancias ya conocidas, y la condenó, en consecuencia, a indemnizar a los padres demandantes los perjuicios morales o de afección en cuantía de $ 500 a cada uno, y los materiales en el monto que se determine por el procedimiento del artículo 553 del C. J. Nada se dijo sobre costas.

Para el Tribunal es visiblemente equivocada la razón aducida por el Juzgado para decidir la acción de responsabilidad civil, o mejor, para no decidirla; porque "la involucración apuntada por el señor Juez de primera instancia no existe en los hechos fundamentales de la acción ni tampoco en las súplicas de ésta, pues únicamente aparece al citar los cánones legales con que respalda su demanda, cita que se extiende también a la culpa aquiliana". No hay duda de que lo que se ha planteado es un caso de responsabilidad por culpa extracontractual. Con este entendimiento se hace el estudio probatorio del proceso y se hallan plenamente establecidos los elementos estructurales del caso previsto y gobernado por el inciso 4º del artículo 2347 del C. C., concerniente a la responsabilidad de empresarios y empleadores por daños resultantes a terceros por virtud de actos culposos de sus subordinados con ocasión de los servicios que prestan.

En esta breve síntesis se comprenden todas las cuestiones que son materia de acusación en el recurso.

El recurso

Preparado legalmente, se decide hoy el recurso de casación interpuesto por la parte demandada con apoyo en las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del C. J.

Por razones lógicas se examinan los cargos en orden inverso al en que los trae la demanda.

Causal sexta.—Afirma el recurrente que se ha incurrido en este caso en nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada, porque aunque desde la contestación de la demanda los socios demandados "excepcionaron perentoriamente sobre la ilegitimidad de personería sustantiva para representar a la entidad" en razón de que ellos han representado a "Flota Salgar, Limitada" pero no han sido socios gestores ni liquidadores de 'Flota Salgar, compañía de comercio de responsabilidad limitada", y aunque el Tribunal desechó esta ilegitimidad, al no reconocerse

esta nulidad equivaldría a tener como demandada una entidad que nunca ha existido.

Se considera:

La ilegitimidad a que se refiere esta acusación, sin calificar la seriedad jurídica de sus razones, no es la simplemente adjetiva, que es la que induce nulidad procesal, sino cuestión de fondo relativa a lo sustancial de la acción como vinculada que es a la existencia misma de la sociedad demandada, como se dice en la formulación del cargo. Esta acusación, pues, por la índole de sus razones fundamentales, no encaja dentro del concepto de nulidad a que alude la causal 6ª incoada. Por eso se rechaza.

Causal segunda.—Se hace consistir la pretendida inconsonancia en que se funda esta causal, en el mismo insignificante juego de palabras aducido como base de la nulidad, esto es, en que los demandantes pidieron que se condenara a la "Flota Salgar, sociedad de comercio limitada" y la sentencia condena a la "Flota Salgar" en liquidación, sociedad de comercio de responsabilidad limitada", y en que se demandó la indemnización de perjuicios materiales y morales, pero no los de orden afectivo que son distintos de los morales. Por esto, dice el recurrente, el Tribunal condenó a más de lo pedido.

La sola enunciación de estos fundamentos de la acusación por incongruencia, jurídicamente hueros e intrascendentes desde el punto de vista de la causal de casación invocada, pone a la vista la sin razón de la pretendida incongruencia. Ninguna desarticulación ni desajuste advierte la Sala entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes en este juicio de responsabilidad y las resoluciones de la sentencia que le puso fin en segunda instancia, en el sentido y con el alcance que corresponde a la causal segunda del artículo 520 del C. J., destinada a guardar la ordenación formal de los procesos a efecto de que las sentencias decidan cabalmente sobre todas las cuestiones que son materia de la controversia y solamente sobre ellas.

Causal primera.—Por infracción de ley sustantiva se formulan los siguientes cargos:

a) Violación directa por aplicación indebida de los artículos 2341 y 2347, inciso 4º del C. C., por haber deducido de ellos el Tribunal "el fundamento de la culpa nacida de responsabilidad extracontractual" declarada contra la compañía demandada. Defiende el recurrente en este cargo la tesis del Juzgado del Circuito de Andes de que la indemnización está mal pedida porque en la demanda se involucraron improcedentemente las dos acciones de responsabilidad, la aquiliana y la contractual; y sostiene además que la acción que se ejercitó en este caso es y tiene que ser la de responsabilidad nacida de una culpa contractual, vinculada irremediablemente al contrato de transporte como se deduce de la descripción de los hechos que trae la demanda, de sus peticiones y de las citas legales en que se apoya, a pesar de lo cual el sentenciador falló como si se tratara de una culpa extracontractual.

Se considera:

Lo primero que se advierte al entrar en la consideración de este cargo es el defecto técnico de su formulación, consistente en la imputación de quebranto directo de la ley, cuando de haberlo sería como consecuencia de errónea interpretación de la demanda y de las pruebas del proceso, pues fue del examen interpretativo de los términos y citas del libelo y de los elementos probatorios de donde el Tribunal dedujo la conclusión de que la demanda indemnizatoria tiene su fuente en culpa extracontractual.

La jurisprudencia y la doctrina aceptan la posibilidad jurídica de que el heredero de quien pereció en un accidente ocurrido en la ejecución de un contrato de transporte ejercite cualquiera de las dos acciones: la indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, emanada de éste, colocándose en el lugar y posición del contratante muerto, a cuyo patrimonio había ingresado, y demandando como sucesor y para la sucesión de la víctima, las reparaciones a que haya lugar dentro de los límites del contrato. O la indemnizatoria por culpa aquiliana, colocándose por fuera del contrato, con desvinculación de toda relación jurídica preexistente, demandando directamente y en propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro. El mismo hecho puede dar lugar a las dos acciones según sea el carácter y posición con que se presente la víctima en la acción indemnizatoria, y desde luego con las consecuencias diferentes que cada caso comporta en lo concerniente a la extensión y naturaleza de las pretensiones del actor y la manera de establecerlas en juicio. Lo que es improcedente es la acumulación y yuxtaposición de estas dos acciones diferenciadas de responsabilidad porque de ese modo se llegaría a una injusta e injurídica dualidad en la

reparación del perjuicio, como lo ha dicho la Corte.

El Tribunal entendió que en esta posición completamente al margen del contrato de transporte celebrado por Tiberio Quiceno con la Flota Salgar, se han colocado los padres de Fabiola Lopera quienes demandan directamente la reparación de los daños causados por un hecho que los hiere personalmente en su afección y en su patrimonio, sin consideración ninguna a la preexistencia de relaciones contractuales. Fuera de la simple cita de los artículos "2070 y siguientes" relacionados con el contrato del arrendamiento de transportes, cosa por sí sola intrascendente, nada se encuentra en la demanda, en sus hechos fundamentales ni en sus pedimentos, que pueda dar base para afirmar que la indemnización que se pide se hace derivar del incumplimiento de las obligaciones correspondientes al transportador, o que se han ejercido conjunta y simultáneamente las dos acciones, de que se ha hecho mención. Ningún reparo merece el emplazamiento que a este respecto dio el Tribunal a la controversia, considerándola, como se vio, dentro del campo correspondiente a la responsabilidad proveniente de culpa extracontractual.

Los argumentos que en esta parte de su demanda hace el recurrente sobre prolongación del viaje, que era hasta la finca de Santa Ana y no hasta las Bocas del Barroso y sobre la imposibilidad jurídica del chofer Aragón para pactar modificaciones al itinerario convenido, como todas las demás referentes al cumplimiento de las estipulaciones del contrato de transporte, están, pues, fuera de lugar y son inconducentes porque la sentencia para nada se refiere al contrato como fuente de la responsabilidad declarada. En casación sólo son considerables y útiles los ataques que se enderecen contra los fundamentos jurídicos del fallo y dentro del planteamiento dado por el Tribunal a la cuestión controvertida.

La sentencia acusada no ha sido dada con aplicación del artículo 2341 del C. C., de modo que el cargo de quebranto de este precepto por indebida aplicación es inane. La responsabilidad que el Tribunal halló configurada no es directa y personal, sino indirecta por la culpa de otro en el caso contemplado en el artículo 2347 del Código citado, a cuya aplicación no cabe hacer observación alguna. A ese respecto se lee en la sentencia:

"...La relación de causalidad entre la culpa y el daño en el presente caso, es ineluctable, pues la embriaguez del conductor del carro, el sobrepeso que admitió para éste, el haber admitido a su lado un número de personas superior al que podía recibir con previsión para quedar en condiciones de accionar el vehículo, son todos hechos que ocasionaron de la manera más natural y más imprudente a la vez la volcada del automotor que fue el que produjo la muerte de la señorita Fabiola Lopera, de su abuelo, del conductor del vehículo y de la mayor parte de los ocupantes del carro.

"En un caso semejante al presente, por las circunstancias en que ocurrieron los hechos, dijo la Corte Suprema de Justicia: "El planteamiento que exactamente corresponde a esta controversia sobre responsabilidad civil, teniendo en cuenta la demanda y las pruebas producidas, es del caso previsto y gobernado en el inciso 4º del artículo 2347 del C. C., una de las disposiciones citadas como fundamentos de la acción, concernientes a la responsabilidad de empresarios y empleadores por daños resultantes a terceros por virtud de actos de sus subordinados con ocasión del servicio que prestan. En estas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador o empresario quien así resulta por disposición de la ley sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia.

"Está demostrado, y no lo niegan los demandados, que el chofer Aragón era su dependiente en el manejo de los carros de la flota de transporte citada, luego la responsabilidad de sus empleadores por la culpa de aquél es innegable por mandato de la disposición que se cita en la doctrina que acaba de transcribirse, o sea el inciso 4º del artículo 2347 del C. C."

b) Dice el recurrente que hay que entender, por la forma como fue contestada la demanda, que los demandados Jiménez y Arango alegaron desde entonces la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva para representar a la sociedad demandada, pues ellos aceptan que fueron socios gestores y liquidadores de la sociedad denominada "Flota Salgar, Limitada", como aparece de la escritura correspondiente, pero en manera alguna lo han sido de la denominada "Flota Salgar, compañía de comercio de responsabilidad limitada", que es la demandada y que no ha existido nunca. El Tribunal, al no darle cabida a esta excepción, violó por aplicación

indebida los artículos 328, 329, 332, 335, 342 y 343 del C. J.

Se considera:

Sin parar mientes en la ya descalificada razón insustancial consistente en el empleo de más o menos palabras para referirse a la sociedad demandada, es bastante para rechazar este cargo la mera consideración de que los textos legales que se señalan como violados, concernientes a la clasificación de las excepciones, a la oportunidad de su alegación y al trámite para decidirlas, son de incuestionable naturaleza procedimental o adjetiva cuyo quebranto no puede alegarse como fundamento del recurso de casación por la causal primera cuya base insustituíble no es sino la violación de ley propiamente sustantiva, por cualquiera de los medios a que alude el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

c) Acusa aquí el recurrente la sentencia por errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras, de lo cual deduce, con un entendimiento equivocado de lo que son los errores de hecho y de derecho en el mecanismo de la casación, el quebranto de algunas disposiciones legales sustantivas. Como mal apreciadas cita las siguientes declaraciones testimoniales: la de Hernán González, que afirma que la empresa de transporte no llegó a llamarle la atención a sus choferes por el hecho de aumentar el cupo de los carros, porque es cosa que todo chofer debe saber, y sin embargo el Tribunal consideró que el hecho de que Aragón hubiese permitido un cupo excesivo era una culpa de él que repercutía sobre la empresa, siendo que tal conducta era violatoria del contrato y que así se colocaba Aragón fuera del control de la compañía. Los testimonios de Agustín Restrepo, Eduardo García y Carmelina Montoya, de los cuales resulta que una vez el chofer Aragón no quiso aceptar el licor que le ofrecía Quiceno, quien estaba ebrio, a pesar de los cuales el Tribunal "no habla sino de la embriaguez del chofer y no de la de don Tiberio Quiceno". Estas por mal estimadas y otras declaraciones testificales que el recurrente cita como omitidas en la sentencia — las de Julio Orozco, Jorge Castro, Avelino Osorio, Delia Quiceno y otras, sobre las buenas condiciones personales del chofer Aragón, el excelente estado del vehículo, la patente que autorizaba para conducir al chofer, llevaron al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 2341 y 2347 y a dejar de aplicar el 2349, todos del C. C., pues conforme a esas pruebas resulta que el hecho acaeció en estado de violación del contrato por parte del contratista Quiceno y el chofer Aragón, de modo que la responsabilidad debe recaer sobre estos dos, "mas como ellos desaparecieron debía haberse eximido y absuelto a la empresa demandada, como era lo jurídico".

Se considera:

El cargo, como se ve, es de difícil tratamiento por la circunstancia de que en sus consideraciones fundamentales se entretejen de manera improcedente los conceptos, diferentes y muchas veces diferenciados por la Corte, de culpa contractual y de culpa aquiliana. Es desde luego inaceptable el ataque que se hace en el terreno de la violación contractual, aspecto éste, como ya se vio, completamente extraño al en que fue planteada y decidida por el Tribunal la cuestión de responsabilidad.

La acusación, pues, hay que entenderla vinculada y reducida al punto de la estimación que el Tribunal dio a la prueba que debe suministrar el amo o empresario con el fin de desvirtuar la presunción de culpabilidad que establece la ley por el hecho dañoso de sus dependientes o empleados. A este respecto ha dicho la Corte en sentencia del 12 de mayo de 1939 (G. J. número 1947, pág. 27), después de concluír que en la legislación colombiana es aceptable que la presunción de culpa por el hecho de los empleados o dependientes se desvanece demostrando la ausencia de culpa por parte del superior: "Pero la ausencia de culpa no consiste en un hecho aislado y único de previsión, como el del empresario o dueño del vehículo cuyo chofer comete con su coche un atropello en la vía pública, que se disculpa alegando haber elegido para ese cargo a persona provista por las autoridades de la debida licencia. La patente es apenas uno de los diversos y múltiples factores que en una situación determinada constituyen en la realidad objetiva la noción de vigilancia. No obstante la expedición de la patente, que apenas acreditará la habilidad técnica del chofer, quedan por saber, porque de eso no da razón la patente, sus condiciones personales, la prudencia y cuidado con que frecuenta conducir, el estado normal de la máquina cuando emprendió la marcha, etc. Es decir, toda una gama de circunstancias especiales en relación con el accidente, de las cuales fluya en el Juez la convicción de que el dueño se comportó como hombre avisado y diligente, que no omitió preocupa-

ción ni cuidado en orden a garantizar el mejor servicio de su subalterno o empleado".

Con este criterio judicial de apreciación objetiva de las especiales circunstancias que rodearon el acaecimiento en cada caso particular, que es el acertado y aplicable en el estudio de todo problema de responsabilidad extracontractual, no hay duda de que el Tribunal procedió con visible acierto en la estimación de las pruebas sobre el siniestro del 28 de noviembre de 1943. De los reparos a que se refiere el recurrente en el cargo que se examina no es posible deducir en manera alguna la configuración de ningún error en el análisis probatorio del proceso, que de modo evidente pusiera a la vista la realidad de que la Flota Salgar, sus directores como empresarios de transportes, procedieron con toda diligencia y prudencia en la elección y vigilancia del empleado que causó con su culpable conducta el siniestro en que perecieron siete personas. Por el contrario, el proceso contiene pruebas, que no son objeto de ataque directo en la casación, que demuestran completamente que en la escogencia de este chofer, reconocidamente aficionado al licor, reside la causalidad de todo lo ocurrido. En el minucioso estudio probatorio de la sentencia se hace resaltar más de una vez la afirmación de que la causa inmediata y determinante del accidente fue la embriaguez de Aragón, que el Tribunal no estima como simplemente excepcional o de casación sino como una costumbre viciosa en él, de público conocimiento. Y por este motivo vincula la responsabilidad de la empresa, a base de **culpa in eligendo.** "Debe tenerse presente también —escribe el Tribunal después de analizar otros aspectos culpables— que la elección hecha en el señor Aragón por los dueños de la Flota Salgar para conducir el carro que produjo el siniestro, fue imprudentemente hecha, pues era contraindicado que yendo como jefe del paseo una persona manifiestamente inclinada al licor como era don Tiberio Quiceno, se le diera para conducirlo a un chofer también aficionado al licor como lo atestiguan los señores Jorge Castro, Fernando Arango, Hernán González Restrepo y Gustavo González".

En un cargo final, que apenas merece la mención, dice el recurrente que el Tribunal violó por aplicación indebida los artículos 482 del C. de Co. y 2133 del C. C. porque la sociedad que aparece como condenada es distinta, según su razón social, de la que fue demandada, y porque respecto de ésta no se tiene noticia en los autos de que esté en liquidación. Hasta de falta de seriedad podría tacharse esta última acusación que en realidad no contiene materia de estudio con incidencia en la solución del recurso.

Por lo 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 Medellín el 15 de octubre de 1946, 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.

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

ACCION REIVINDICATORIA.—PERSONERIA DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Las sociedades anónimas tienen personalidad jurídica desde que se ha celebrado el contrato de sociedad por escritura pública, siempre que dentro del término legal se cumplan los requisitos de registro del extracto notarial de la escritura en la Cámara de Comercio respectiva, y el de publicación de tal extracto registrado en el periódico correspondiente. Así resulta de los artículos 2079 del C. C., 465, 469 a 472, 550 a 552 del C. de Co. y 2º de la Ley 42 de 1898. El permiso que estas sociedades deben obtener de la Superintendencia no se lo exigen los artículos 9 y 10 de la Ley 58 de 1931 sino, como lo dicen esas disposiciones, "para empezar a funcionar", si se trata de una sociedad fundada el 1º de noviembre de 1939, o después, como dice el artículo 3º del decreto ejecutivo que en cumplimiento de dicha ley estableció la Superintendencia (número 1894 de 1939), o para "continuar ejerciendo su objeto social", si se trata de una sociedad existente antes de aquella fecha, como determinó el citado artículo 3º del Decreto. Y el cumplimiento de esa exigencia no puede ser requisito para la adquisición de la personalidad jurídica tanto porque es lógico que este efecto se realice antes del funcionamiento o ejercicio de la actividad social, como porque según el tenor literal de los citados artículos 9 y 10 el Superintendente tiene que conceder el permiso para empezar a funcionar o continuar ejerciendo su objeto social cuando la sociedad anónima solicitante compruebe que ha cumplido todas las formalidades legales para su constitución.

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

(Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Como apoderado de la Compañía Ganadera de "El Medio, S. A." demandó Luis Escobar Cruz a Jesús María Potes, el 6 de abril de 1942, ante el Juez del Circuito de Tuluá, para que en juicio ordinario se declarara que la Compañía es dueña de un globo de tierra ubicado en Zarzal y determinado por ciertos linderos, y dueña también por consecuencia de cierto lote que dijo situado dentro de aquel globo y para que se condenara a Potes a restituír el lote a la Compañía con el valor de los frutos naturales y civiles, como poseedor de mala fe, sin derecho al pago de mejoras.

Potes se opuso y alegó la prescripción adquisitiva de cinco años establecida por el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y la prescripción adquisitiva ordinaria basada en posesión regular de diez años, con justo título y buena fe. Y por separado formuló demanda de reconvención para que se declarara que por prescripción adquisitiva ordinaria es dueño del terreno sobre que está plantada una finca agrícola denominada Portobelo, situada en el corregimiento de Vallejuelo en el municipio de Zarzal, y determinada por linderos diferentes de los linderos del lote reivindicado en la demanda principal. A esta petición se opuso el apoderado de la Compañía contrademandada.

Cumplidos los trámites de la primera instancia el Juzgado en sentencia de 3 de julio de 1944, declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y en consecuencia absolvió al demandado de los cargos de la demanda principal y con base en la misma excepción negó las peticiones de la contrademanda.

Ambas partes apelaron al Tribunal Superior de Buga, donde se siguió la segunda instancia, a la que puso fin el fallo del 24 de agosto de 1945, en que se confirma la sentencia del Juzgado.

Solamente el apoderado de la Compañía demandante interpuso el recurso de casación que le fue concedido de hecho por esta Sala, donde ha sido sustanciado debidamente y debe ser resuelto en esta providencia.

Como Potes no interpuso el recurso de casa-

ción, no está sujeta al estudio de esta Sala la citada sentencia del Tribunal de Buga en cuanto confirma la del Juzgado en su segundo punto de la parte resolutiva, que es el que niega las peticiones de la demanda de reconvención presentada por el demandado. Por eso las consideraciones de este fallo no deben versar sino sobre la confirmación del fallo que reconoce la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva de la Compañía demandante y absuelve en consecuencia a Potes de los cargos de la demanda principal.

El Juzgado fundó la excepción que declaró en su fallo, sobre la consideración de que como el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Buga, sobre la constitución y existencia de la compañía demandante, presentado por ella con el libelo, no contenía las indicaciones de los numerales 1, 2, 3, 4, 6, 9 y 11 del artículo 552 del C. de Co., sobre profesión de los socios fundadores, domicilio de la sociedad, negocios que se proponía, capital, número y cuota de las acciones, duración de la compañía, déficit que debiera causar la disolución, nombre, apellidos y domicilios del Gerente y sus suplentes, no reunía los requisitos previstos por el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, y por eso no servía para acreditar la personalidad jurídica de la entidad demandante.

El Tribunal anotó que en la segunda instancia se había llevado al expediente copia de la escritura de constitución de la compañía demandante, o sea la número 242 de la Notaría de Tuluá, del 22 de julio de 1931 y un nuevo certificado de la Cámara de Comercio de Buga, destinado a llenar las deficiencias señaladas por el Juzgado a la primera certificación; luego dice que sin el lleno de ciertos requisitos legales la sociedad anónima no puede nacer a la vida jurídica; que de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Ley 58 de 1931, a partir de 1940 —año en que entró a funcionar regularmente la Superintendencia de Sociedades Anónimas— para acreditar la personería de dichas sociedades es necesario presentar el certificado en que conste que la Superintendencia les ha concedido permiso para ejercer su objeto social, certificado que se echa de menos en este negocio, a donde ha debido traerse porque la demanda fue presentada el 6 de abril de 1942; y que según el artículo 3º del Decreto número 1984 de 1940 las sociedades anónimas existentes el 1º de noviembre de 1939 deben cumplir los requisitos probatorios enumerados en el artículo 10 de la Ley 58 en el término de un año, a partir de la posesión del Superintendente, para obtener el permiso de continuar ejerciendo su objeto social, y que como en este caso ese término está más que vencido y no se ha traído a los autos el permiso, hay falta de personería sustantiva de la sociedad demandante.

El recurrente acusa este fallo de segunda instancia por interpretación errónea o aplicación indebida de los artículos 9 y 10 de la Ley 58 de 1931; por falta de aplicación de los artículos 1740 y 1741 del C. C.; y por violación de los artículos 1º y 2º de la Ley 42 de 1898, 40 de la Ley 28 de 1931 y 472 del C. de Co. por consecuencia del error de hecho consistente en no haber apreciado como pruebas la escritura social y la certificación producidas por su parte en segunda instancia. Como fundamento de esta acusación alega que la ley no ha dicho que sea nula la sociedad anónima que no haya obtenido de la Superintendencia autorización para ejercer su objeto social; que si los artículos 9 y 10 de la citada Ley 58 ordenan solicitar tal autorización, la omisión de cumplir esa formalidad no quedó sancionada con la nulidad del contrato social y que la compañía demandante cumplió los requisitos necesarios para la constitución válida de la sociedad como aparece demostrado en autos con la copia de la escritura social y la última certificación de la Cámara de Comercio de Buga. Añade que la sociedad anónima tiene existencia legal como persona jurídica desde el momento en que los contratantes llenan los requisitos necesarios para asociarse y las formalidades externas requeridas como solemnidad, por lo cual la Superintendencia no puede negarle el permiso para principiar su funcionamiento, y así el permiso es una consecuencia de la existencia jurídica de la sociedad.

En otro capítulo el recurrente afirma que sería absurda la aplicación de los artículos 9 y 10 de la Ley 58 de 1931, que empezó a regir el 1º de septiembre de 1937, a las sociedades anónimas disueltas y en estado de liquidación, pues esas disposiciones presuponen que esas sociedades no se hallan en este estado; alega que aunque el artículo 3º del Decreto 1984 de 1939 dispone que las sociedades anónimas existentes el 1º de noviembre de 1939 debían cumplir el citado artículo 10 de la Ley 58 en el término de un año a partir de la fecha de esta posesión, no puede decirse que la compañía demandante hubiera incurrido en

mora culpable de obtener el permiso para continuar ejerciendo su objeto social antes de haberse disuelto y de haber entrado en liquidación; y sobre la base de que la compañía demandante se disolvió el 25 de julio de 1941 por expiración del plazo pactado para su duración, y desde esa fecha entró en el período de liquidación, acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas mencionadas, o sea la escritura social y la certificación de la Cámara de Comercio de Buga y consecuencial violación de los artículos 590 y 541 del C. de Co., según los cuales en caso de disolución de una sociedad anónima, los administradores harán por sí la liquidación, y como liquidadores representan en juicio a los asociados, activa y pasivamente.

Se considera:

Las sociedades anónimas tienen personalidad jurídica desde que se ha celebrado el contrato de sociedad por escritura pública, siempre que dentro del término legal se cumplan los requisitos de registro del extracto notarial de la escritura en la Cámara de Comercio respectiva, y el de publicación de tal extracto registrado en el periódico correspondiente. Así resulta de los artículos 2079 del C. C., 465, 469 a 472, 550 a 552 del C. de Co., y 2º de la Ley 42 de 1898. El permiso que estas sociedades deben obtener de la Superintendencia no se lo exigen los artículos 9 y 10 de la Ley 58 de 1931 sino, como lo dicen esas disposiciones, "para empezar a funcionar", si se trata de una sociedad fundada el 1º de noviembre de 1939, o con posterioridad, como dice el artículo 3º del decreto ejecutivo que en cumplimiento de dicha ley estableció la Superintendencia (número 1894 de 1939), o para "continuar ejerciendo su objeto social", si se trata de una sociedad existente antes de aquella fecha, como determinó el citado artículo 3º del decreto. Y el cumplimiento de esta exigencia no puede ser requisito para la adquisición de la personalidad jurídica, tanto porque es lógico que este efecto se realice antes del funcionamiento o ejercicio de la actividad social, como porque según el tenor literal de los citados artículos 9 y 10 el Superintendente tiene que conceder el permiso para empezar a funcionar o continuar ejerciendo su objeto social cuando la sociedad anónima solicitante compruebe que ha cumplido todas las formalidades legales para su constitución.

Por consiguiente, al entender que la persona jurídica de la compañía demandante no quedaba acreditada sin el permiso del Superintendente para continuar funcionando, el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 9 y 10 de la Ley 58 de 1931, y al no dar a la certificación de la Cámara de Comercio de Buga, traída en segunda instancia, el valor de prueba bastante para acreditar la constitución y existencia de la sociedad demandante, valor que tiene según el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, violó indirectamente los artículos 1º y 2º de la Ley 42 de 1898, que hablan de los requisitos necesarios para la constitución válida de una sociedad anónima.

Siendo fundado este cargo, se prescinde de los demás y para resolver en instancia se considera:

La sociedad demandante sostiene que es dueña de un globo de terreno situado en Zarzal y que, hecha excepción de las partes transferidas por ella mediante escritura número 1456 de la Notaría 4ª de Bogotá, del 25 de mayo de 1940, está limitado así: "Por el Norte, el río de Las Cañas y los terrenos de Vallejuelo; por el Occidente, la carretera central que va de Cali a Cartago; por el Sur, con el río de La Paila, el Guabito y las propiedades de José Antonio Caicedo y Manuel Millán; y por el Oriente, terrenos de Burila, en la Cordillera Central o Cordillera del Pijao"; afirma que de ese globo es parte integrante el lote de terreno cuya restitución pide del demandado Potes; y dice que el dominio del globo de terreno lo adquirió la compañía por virtud de la escritura de constitución.

Como única prueba del dominio trajo a los autos copia registrada de esta escritura que es la número 242 de la Notaría del Circuito de Tuluá, del 23 de julio de 1931, sobre constitución de la 'Compañía Ganadera de El Medio, S. A." Consta en ella que en pago de las acciones que suscribieron, o sea a título de aporte, los señores Carlos, Luis y Enrique Echeverri Cortés transfirieron a la Compañía el dominio de varios inmuebles, entre ellos la hacienda llamada "El Medio", situada en Zarzal y compuesta de varios lotes, uno de los cuales es el terreno de la primitiva hacienda llamada "El Medio" y que linda así: "Por el Norte, con el río de Las Cañas, lindando arriba con terrenos de Vallejuelo, y del paso público para abajo, su conocido antiguo cauce entre El Chárco y La Palma, hasta dar con el zanjón Mulato; por el Sur, con el río de La Paila, del paso llamado El Guamal, aguas abajo, hasta el río Cauca, y de ese mismo paso una línea al Oriente que se prolonga hacia la cima de la ca-

dena de segundo orden, o sea la cuchilla de La Cabrera, que es el límite oriental de este lote, y linda por allí con tierras de Burila; por el Occidente, con el citado zanjón Mulato".

Para que este título traslaticio de dominio pudiera probar la propiedad de la compañía sobre el globo general, delimitado en la súplica primera y en el hecho primero de la demanda, como el resto de los terrenos de la antigua hacienda de "El Medio", y por consiguiente, sobre el lote reivindicado, sería preciso que la parte demandante hubiera acreditado: a) que aquel globo general estaba comprendido dentro de los linderos que para estos terrenos trae la escritura de constitución de la compañía porque unos y otros linderos son diferentes, como se ve con una simple comparación, y así tenían que serlo desde que según aseveración de la misma demanda el globo sería parte de la antigua hacienda; b) que dentro de los linderos que la demanda da al globo sobrante, estaba comprendido el lote de terreno reivindicado por linderos especiales. Y esa comprobación era necesaria para el éxito de la acción, no sólo por la declaración de dominio que solicita la primera parte de la súplica primera, sino pórque en la segunda parte se pide la declaración de dominio a favor de la compañía, respecto del lote que se dice poseído por el demandado, en cuanto este lote es parte integrante del globo mencionado.

Pero esas comprobaciones no las hizo la compañía, por lo cual quedó sin eficacia probatoria el único título que adujo como prueba del dominio que pretende. En primera instancia se practicó por comisionado una inspección ocular que pidieron ambas partes, mas en ella ni siquiera se identificaron los terrenos de la antigua hacienda de "El Medio", alinderados en la escritura social, ni el globo sobrante determinado en el hecho primero de la demanda, y solamente se hizo la identificación del lote poseído por el demandado. Los dictámenes periciales, sobre los resultados de la inspección no traen las comprobaciones que se echan de menos, ni podrían ser estimados como prueba por no aparecer cubiertos o arreglados los honorarios de los peritos, lo que era necesario por contener avalúos (artículo 60 de la Ley 63 de 1936). Y la inspección ocular solicitada por la parte demandante en segunda instancia, no fue llevada a efecto.

Faltando la comprobación de uno de los elementos esenciales de la acción reivindicatoria, como es el dominio del actor sobre la cosa reivindicada, la demanda tiene que fracasar, así en su petición primera, que es la declaración del dominio pretendido, como en sus demás peticiones que son consecuenciales de aquélla. Y el fracaso de la acción hace inútil el estudio de las excepciones de prescripción adquisitiva del dominio, tanto la de cinco años, prevista por la ley de tierras, como la ordinaria de diez años, con justo título y buena fe, ambas alegadas por el demandado.

En fuerza de estas consideraciones, 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, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 24 de agosto de 1945, en la parte sujeta al recurso, o sea en cuanto confirma el numeral 1º de la resolutiva del fallo del 3 de julio de 1944 del Juzgado Civil del Circuito de Tuluá; REVOCA el numeral 1º de este fallo y en su lugar absuelve al demandado Jesús Ma. Potes de los cargos que le deduce la demanda de la Compañía Ganadera de El Medio, S. A.

Sin costas en el recurso.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO

1.—Lo que sucede en el caso del proceso es que la demanda no ejerce sino la acción de simulación, a lo que no se opone el hecho de que ponga presente circunstancias que, como la falta de precio y la intención de transferir el supuesto vendedor y la de adquirir el aparente comprador, determinen, en su caso, nulidad absoluta. Es frecuente que detalles de esta clase se traigan a cuento para reforzar el concepto de simulación solamente. Pero el aducir esas circunstancias lleva con frecuencia a vacilar sobre cuál de las dos acciones se ejerce y aun a creer que se ejercen ambas.

2.—La generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del C. J., la secuela del juicio con la claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de aquella solución.

3.—Cuando quiera que el heredero ataca un acto dispositivo del causante, su pretensión se encamina a que los bienes respectivos vuelvan a la sucesión o, mejor dicho, a que se reconozca que a ella pertenecen por no haber salido del dominio del difunto que sólo en apariencia figura enajenándolos. En esa pretensión puede asumir el heredero una de dos situaciones distintas, según ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción lo haya privado indebidamente el causante del todo o parte de su herencia, caso en el cual ese heredero es un tercero ante el contrato que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo, el heredero obra PER SE y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del DE CUJUS y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejercido el DE CUJUS por sí mismo contra el adquirente fingido. Esa diferencia, trascendental desde el punto de vista de la libertad o de las limitaciones probatorias, tiene suma importancia también en la determinación de la acción misma, puesto que hay que considerar el puesto en que el demandante se coloca para saber cuál es la fuente de la acción que ejerce y, así, saber si ésta le asiste o no. Ya se dijo que cuando ella proviene de la lesión que el acto dispositivo del DE CUJUS ha causado a su heredero, éste se enfrenta como tercero a ese acto y a sus ejecutantes. Es claro que cada acción le asistirá, en principio, en cuanto comience por comprobar que tenía un derecho que ha sido quebrantado con ese acto. Ese derecho es el de herencia. Ahora bien, lo tendrá la persona a quien el causante estaba legalmente obligado en forma que, por ejemplo, no habría podido testar mermándole su haber y si así hubiera testado sus disposiciones habrían tenido que ceder ante las de la ley en favor de tal heredero, vale decir, asignatario forzoso. No así cuando el heredero meramente pudo serlo por circunstancias independientes de esa vinculación legal, como la de que lo instituyera heredero un testamento, aun siendo extraño al difunto, o éste muriera intestado sin asignatarios forzosos y aquél tuviese con él parentesco que le diera vocación. Las simples conjeturas no son un derecho legalmente hablando, como del propio modo no basa una queja ni motiva el concepto de agravio

o de lesión el acto dispositivo que tronche ilusiones de quien creyó quedar de heredero.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá cursó la primera instancia del presente juicio ordinario que Rosalbina Ulloa de Téllez, como heredera de su finado hermano legítimo Tulio Enrique Ulloa, contra Faustino Ariza, para que se declare simulada la venta que en escritura número 105, ante el Notario 2º de esa ciudad, el 10 de septiembre de 1943 dijo Ulloa hacer a Ariza, y se le condene a entregar a la sucesión de aquél los bienes allí expresados y a pagarle sus frutos y deterioros como poseedor de mala fe y a las costas del juicio. Esa demanda inicial se adicionó con la súplica subsidiaria de rescisión del contrato por lesión enorme.

El Juzgado absolvió por carecer la demandante de las acciones incoadas, en sentencia de 8 de junio de 1945, de que ella apeló.

El Tribunal Superior de Tunja, tramitada la segunda instancia, falló el 24 de julio de 1946 revocando la sentencia del Juez y denegando dichas súplicas, así: la principal, por estar probada la excepción de modo indebido, y la subsidiaria por no haber lugar a ella.

Preparado debidamente el recurso de casación que la demandante interpuso, hoy se decide.

El Tribunal estima que se ejercen a la vez como principales dos acciones distintas, la de simulación y la de nulidad absoluta. De ahí su solución expresada. Y en cuanto a la lesión enorme, la halló improcedente por no tratarse de compraventa de determinado predio, si bien a él se alude, sino de los derechos herenciales que había adquirido el vendedor en sucesión a que ese inmueble corresponde, y en las ventas de derechos hereditarios de esa acción no cabe.

Varios cargos formula la demanda de casación. Prosperando uno de ellos, se prescinde de los restantes en obedecimiento del artículo 538 del C. J. El es el de error en la interpretación de la demanda y consecuencial aplicación indebida del artículo 343 de ese Código.

Opina el Tribunal que a la vez ejerce la actora como principales dos acciones distintas que se excluyen: la de simulación y la de nulidad absoluta, y en esto halla la petición de modo indebido que declara como excepción suficiente para su negativa. Y lo que sucede es que la demanda no ejerce sino la de simulación, a lo que no se opone el hecho de que ponga de presente circunstancias que, como la falta de precio y la de intención de transferir el supuesto vendedor y la de adquirir el aparente comprador determinen, en su caso, nulidad absoluta. Es frecuente que detalles de esta clase se traigan a cuento para reforzar el concepto de simulación solamente. Pero el aducir esas circunstancias lleva con frecuencia a vacilar sobre cuál de las dos acciones se ejerce y aún a crer que se ejercen ambas.

Es de reconocerse que la demanda judicial del presente juicio es caótica y ambigua. Baraja las peticiones con sus fundamentos, entremezcla los de hecho con los de derecho y hasta impone duda sobre la forma y calidad con que la demandante se presenta, según adelante se verá. Esto hace explicable la opinión del Tribunal que aquí se corrige.

De resto, cabe advertir que la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del C. J., la secuela del juicio con la claridad que arrojen las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de aquélla solución.

La acogida del supradicho cargo y consiguiente invalidación del fallo recurrido conducen a que la Sala dicte el que ha de reemplazarlo. Al proceder a esto debe indagar ante todo si al actor asiste la acción incoada.

Cuandoquiera que el heredero ataca por simulado un acto dispositivo del causante, su pretensión se encamina a que los bienes respectivos vuelvan a la sucesión o, mejor dicho, a que se reconozca que a ella pertenecen por no haber sa-

lido del dominio del difunto que sólo en apariencia figura enajenándolos. En esa pretensión el heredero puede asumir una de dos situaciones distintas, según ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción el causante lo ha privado indebidamente en todo o parte de su herencia, caso en el cual ante el contrato ese heredero es un tercero que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo, el heredero obra **per se** y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del **de cujus** y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejercido el **de cujus** por sí mismo contra el adquirente fingido.

Esa diferencia, trascendental desde el punto de vista de la libertad o de las limitaciones probatorias, tiene suma importancia también en la determinación de la acción misma, puesto que hay que considerar el puesto en que el demandante se coloca para saber cuál es la fuente de la acción que ejerce y, así, saber si ésta le asiste o no.

Ya se dijo que cuando ella proviene de la lesión que el acto dispositivo del **de cujus** ha causado a su heredero, éste se enfrenta como tercero a ese acto y a sus ejecutantes. Es claro que cada acción le asistirá, en principio, en cuanto comience por comprobar que tenía un derecho que ha sido quebrantado con ese acto. Ese derecho es el de herencia. Ahora bien, lo tendrá la persona a quien el causante estaba legalmente obligado en forma que, por ejemplo, no habría podido testar mermándole su haber y si así hubiera testado, sus disposiciones habrían tenido que ceder ante las de la ley en favor de tal heredero, vale decir, asignatario forzoso. No así cuando meramente el heredero pudo serlo por circunstancias independientes de esa vinculación legal, como la de que lo instituyera heredero un testamento, aun siendo extraño al difunto, o éste muriera intestado sin asignatarios forzosos y aquél tuviese con él parentesco que le diera vocación. Las simples conjeturas no son un derecho legalmente hablando, como del propio modo no basa una queja ni motivo el concepto de agravio o de lesión el acto dispositivo que troncha ilusiones de quien creyó quedar de heredero.

Tal el caso en el presente juicio. La demandante se presenta afirmando que Ulloa murió intestado sin dejar cónyuge, ni descendiente alguno, ni ascendientes, por lo cual son herederos suyos sus hermanos legítimos, de ellos la actora, y pide se declare simulada la venta que su hermano hizo a Ariza fundándose en que "tuvo por objeto ilícito favorecer gratuitamente al demandado desheredando injustamente a sus legítimos herederos, v. gr., a la suscrita, hermana legítima".

Obrando en esta forma, la demandante carece de interés jurídico, lo que basta para que su acción de simulación no se acoja.

La distinción de que aquí se ha hablado la expuso la Sala detenidamente y con suma claridad en su sentencia de 9 de junio de 1947 (G. J. Tomo LXII, págs. 432 a 537). Allí se lee: "El concepto ético-jurídico con que la ley y la doctrina aceptan 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 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 de 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.

"Otra situación sustancialmente distinta es la que corresponde a los herederos no forzosos respecto del interés jurídico necesario para legiti-

mar 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, traducida 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 viola 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 hacer 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".

Es de citarse también la sentencia de 15 de febrero de 1940 (G. J. Tomo XLIX, págs. 68 a 73) y la de 22 de agosto de ese año (págs. 843 a 849 ibídem), pertinentes a lo antedicho sobre interés jurídico en relación con el daño de que el actor se queje por un acto dispositivo lesivo de su derecho y en relación, por tanto, con la necesidad para ello de que tal derecho le asista, como fundamento primordial de la acción, sin el cual ella no se produce.

En suma: no es por petición indebida surgida de la errónea acción o formulación de la demanda por lo que ha de negarse lo demandado como acción principal en forma de excepción temporal, que en realidad no la decide, sino por carencia de interés jurídico en la demandante, lo que implica una decisión definitiva y de fondo.

Cuanto a la acción rescisoria por lesión enorme, se encuentra que efectivamente, como observa el Tribunal, la compraventa atacada no tuvo como objeto un cuerpo cierto, sino derechos hereditarios, por más que la respectiva escritura indique un cuerpo cierto para decir que a él están vinculados. El recurrente en su demanda de casación, refiriéndose a esa escritura con el fin de analizar su registro, confirma que ella trasfiere derechos y acciones en una sucesión, según se ve en la página 6 del cuaderno de la Corte. Un contrato de ésta clase se halla ante contingencias que le dan la calidad de aleatorio, pues aun tratándose de comunidad singular se ignora qué se adjudicarán en su día en pago de ciertos derechos dentro de un inmueble dado; y con más veras ello es así en comunidad universal, pues se ignora con cuál o cuáles fincas en todo o parte vendrán a quedar pagados o radicados esos derechos el día de la partición, sin que a la incertidumbre obste el hecho de que en la escritura se haya señalado el inmueble en que sus otorgantes dicen que se vincularán. De ahí que en compraventas de esta clase no quepa aquella rescisión, cuya piedra de toque es el justo precio si se obtiene al contratar y surge de que éste pase de su duplo o baje de su mitad en relación con el acordado por los contratantes.

Estas reflexiones las ha expuesto la Sala en varias sentencias, de las cuales son de citarse la

de 17 de agosto de 1933 (G. J. Tomo XII, págs. 493 a 502, la de 9 de abril de 1940 (G. J. Tomo XLIX, págs. 226 a 235) y la de 11 de marzo de 1942 (G. J. Tomo LIII, págs. 112 a 116).

Esto indica de la acción subsidiaria que, ella sí, asistiría a la demandante como heredera del causante, continuadora de la persona de él que, en su caso, podría haberla ejercido en vida y que ahora la ejercería por medio de la persona de su heredero, no puede despacharse favorablemente tampoco, no ya, como acaba de verse por las razones expresadas sobre la acción principal, sino por la de que no cabe la acción rescisoria por lesión enorme en una compraventa como la de que aquí se trata.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y seis, y reformando la del Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá de ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, falla así: no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas como principales en la demanda inicial ni la solicitada en la adicional como subsidiaria. Se absuelve al demandado de los cargos de una y otra.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO.—PRESUPUESTOS PROCESALES

Ya había dicho la Corte que el "fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar es una de las condiciones de la acción o sean los requisitos indispensables para obtener sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (meritae causae) se llaman así en frente de los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que sobrevenga en el proceso un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones.... La identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción, condición de aquella llamada 'LEGITIMATIO AD CAUSAM', y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo...".

Los presupuestos procesales no son sino tres, juez, actor y reo, y en relación con ellos es necesario considerar numerosas circunstancias que confluyen a formar cada presupuesto y cuya quiebra induce la inexistencia de éste obstaculizando el advenimiento de la sentencia estimatoria del fondo controvertido. De estos fenómenos es necesario distinguir otros que no se refieren a la existencia del proceso sino a la del derecho de acción en el demandante; se conocen como condiciones de la acción y miran no a que sobrevenga un fallo que solucione la relación procesal, sino una decisión favorable a las súplicas de la demanda; no es posible discriminar y sistematizar las condiciones de la acción como se hace con los presupuestos procesales porque mientras éstos reflejan en el fenómeno público y general llamado proceso, aquéllas inciden en el funcionamiento de cada derecho subjetivo de cada acción condicionado por las circunstancias individuales de quien lo ejerce y del fin con el cual lo hace; las condiciones de cada acción difieren como los sujetos de cada una, y como las situaciones singulares que cada acción contiene o revela; no obstante en esta multiplicidad hay un fenómeno constante que siempre recoge una buena suma de condiciones de la acción llamado interés jurídico o, en un sentido procesal más exacto, legitimación para obrar; ésta no es susceptible de confundirse con presupuesto procesal alguno porque sin ella puede constituírse el proceso aunque sin éxito para el actor, ni con la personería sustantiva, la cual reside en los particulares que se dejaron vistos ya; la falla de los presupuestos procesales apareja, por regla general, nulidades; la de la legitimación en causa el insuceso de la gestión actora. Cuando deja de realizarse alguno de aquéllos no puede hablarse con propiedad de excepción, salvo en el aspecto dilatorio de forma que reconocen los numerales 1º y 2º del artículo 330 del C. J.; fuera de esa oportunidad singularísima la inexistencia de los presupuestos conlleva la del proceso,, excluyendo la posibilidad de examinar la acción o la excepción que no hallan virtualidad jurídica sino dentro de aquél, presuponiéndolo, por tanto. A propósito de acción y de excepción se observa que este último fenómeno, sea de fondo o de forma, no opera sino en frente de una acción cuyo examen procede previamente al de cualesquiera medios defensivos que tiendan a enervarla, y que, por tanto, también por este aspecto resulta exótico y jurídicamente imposible declarar probada una excepción consistente en la ausencia de algún presupuesto procesal.

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

(Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales)

El testamento de Urías Sabogal quedó consignado en la escritura número ciento ochenta (180)

que otorgó ante el Notario de Calarcá el veintisiete (27) de abril de mil novecientos treinta y nueve (1939); en él instituyó a sus hermanas Raquel y Amancia legatarias de un inmueble que forma parte del denominado "Combia", en la comprensión municipal de Calarcá; la escritura pública número setecientos noventa y seis (796) pasada el treinta (30) de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (1939) recogió el contrato de compraventa pactado entre el testador y Manuel Sabogal relativo a una fracción del predio ya nombrado, la cual a su vez comprende la que había sido materia del legado a que ya se aludió.

En estos hechos fundamentales hallaron las dichas hermanas del testador, quien falleció el treinta (30) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940), base suficiente para demandar, con audiencia de Manuel Sabogal, la declaración de ser simulado el contrato de compraventa que con éste había celebrado el primero; los demás hechos que a juicio de las demandadas configuran la causa de su petición no se relatan por carecer de toda incidencia en la solución del recurso.

El Juez del Circuito de Calarcá, quien conoció del primer grado del litigio así promovido, en sentencia que dictó el veintiseis (26) de enero de mil novecientos cuarenta y seis (1946) absolvió a la parte demandada por no hallar acreditada la calidad de legatarias invocada por las demandantes; éstas apelaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, entidad que al cabo de la segunda instancia le puso término revocando lo decidido por el Juez para declarar probada la excepción de "ilegitimidad de personería sustantiva de la parte actora, sentido en el cual se absuelve al demandado".

Amancia y Raquel Sabogal han recurrido ante esta Corte pretendiendo la casación del fallo pronunciado por el Tribunal, y a darle evasión a dicho medio extraordinario se procede.

La sentencia acusada

Se funda en los apartes que de su motivación se transcriben: "Bien sabido es que para poder obtener una sentencia de fondo deben reunirse determinados requisitos denominados presupuestos procesales que están integrados por tres elementos, a saber: la calidad para ser parte, la capacidad procesal o para comparecer en juicio, y la legitimación en la causa. De estos elementos, los dos primeros aparecen reunidos aquí, pues las partes son hábiles para comparecer en juicio y para contraer obligaciones por tratarse de personas naturales mayores de edad. Mas no pasa lo mismo con la legitimación en la causa, que en síntesis viene a equivaler a lo que ha venido llamándose personería sustantiva de las partes, y de la cual carecen las demandantes porque como se ha podido comprobar, ellas no son titulares del derecho invocado en el libelo, desde luego que demandan como legatarias adoleciendo de ese carácter ya que la asignación que les fue hecha por el testador Urías Sabogal P. quedó revocada por un acto de disposición suyo posterior a tal asignación. "Como se trata de resolver sobre el interés jurídico en el pleito originado de la personalidad de una de las partes y vinculado al éxito de las pretensiones de la demanda, se concluye que el reconocimiento de la falta de personería sustantiva en los demandantes es cuestión que sólo puede tomarse en la sentencia y no en otra oportunidad".

El recurso

Contra tal solución propone la parte recurrente tres motivos de casación fundados el uno en la causal segunda, y los restantes en la primera; el orden natural del fallo impone que el cargo por inconsonancia se estudie preferentemente.

Se hace consistir la dicha acusación en que habiendo pedido la parte actora se declarara simulado un contrato, la sentencia se abstuvo de fallar lo demandado; evidentemente la sentencia acusada se limita a declarar una excepción perentoria temporal que por su naturaleza no solucionó sino aplaza el desenlace de la relación jurídico procesal; con todo el cargo carece de base por lo que en seguida se expone:

De los apartes del fallo recurrido ya transcritos aparece nítidamente que el sentenciador de segundo grado sentenció como lo hizo por hallar que no se reunían los presupuestos procesales, condición que la doctrina exige para que pueda proveerse en el fondo sobre las súplicas de una demanda. El presupuesto ausente, según el Tribunal, es el denominado "legitimación en causa", locución cuyo contenido equipara al de "personería sustantiva" empleada frecuentemente por la jurisprudencia para designar la falta de identidad entre el actor y el titular del derecho de acción o entre el demandado y el titular de las posiciones pasivas exigidas por el proceso.

Ha ido tomando cuerpo en el ambiente jurídico

del país la idea sostenida alguna vez por esta Sala, y propiciada con apoyo en ello por algunos expositores nacionales, de que la legitimación para obrar es un presupuesto procesal, noción rectificada ya por la Corte en sentencia de casación civil fechada en treinta y uno (31) de enero de mil novecientos treinta y siete (1937), en la cuale se afirmó: "el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar es una de las condiciones de la acción o sean los requisitos indispensables para obtener sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (meritae causae) se llaman así en frente de los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones... La identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción, condición de aquella llamada "legitimatio ad causam", y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo..." (G. J. Tomo LXI, pág. 712).

Ya en otras sentencias de esta Sala se ha destacado cuáles son en realidad los presupuestos procesales; ellos no son sino tres: juez, actor y reo, y a respecto suyo es necesario considerar numerosas circunstancias que confluyen a formar cada presupuesto y cuya quiebra induce la inexistencia estimatoria del fondo controvertido. "Respecto de la persona del Juez, una vez determinado que en realidad está investida de jurisdicción, se atiende a su capacidad objetiva y subjetiva, es decir, a su competencia y a su disposición moral para conocer de un pleito determinado por no estar peronalmente impedido; .....Respecto de las partes, demandante y demandado, surge la base previa de lo que con propiedad puede llamarse personería sustantiva, o sea la circunstancia de que la parte esté constituída por un sujeto de derecho, es decir, que exista física o jurídicamente según se trate de una persona natural o de una moral; hecha tan necesaria comprobación, el presupuesto versa sobre la capacidad civil y procesal de la persona entendiendo por la primera el poder de adquisición y de goce, y por la segunda una forma de ésta última, denominada por algunos **jus postulandi**". (Casación, sept. 30-1947, G. J. Tomo LXIII, págs. 43 y 44).

De estos fenómenos, llamados y configurados según se deja visto, es necesario distinguir otros que no se refieren a la existencia del proceso sino a la del derecho de acción en el demandante; se conocen como condiciones de la acción y miran no a que sobrevenga un fallo que solucione la relación procesal sino una decisión favorable a la súplica de la demanda; no es posible discriminar y sistematizar las condiciones de la acción como se hace con los presupuestos procesales porque mientras éstos reflejan en el fenómeno público y general llamado proceso, aquéllas inciden en el funcionamiento de cada derecho subjetivo de cada acción condicionado por las circunstancias individuales de quien lo ejerce y del fin con el cual lo hace; las condiciones de cada acción difieren como los sujetos de cada una, y como las situaciones singulares que cada acción contiene o revela; no obstante en esta multiplicidad hay un fenómeno constante que siempre recoge una buena suma de condiciones de la acción llamada interés jurídico o, en un sentido procesal más exacto, legitimación para obrar; ésta no es susceptible de confundirse con presupuesto procesal alguno porque sin ella el proceso puede constituírse aunque sin éxito para el actor, ni con la personería sustantiva la cual reside en los particulares que se dejaron vistos ya; la falla de los presupuestos procesales apareja, por regla general, nulidad; la de la legitimación en causa el insuceso de la gestión actora.

Cuando deja de realizarse alguno de aquéllos no puede hablarse con propiedad de excepción, salvo en el aspecto dilatorio de forma que reconocen los numerales 1º y 2º del artículo 330 del C. J.: fuera de esa oportunidad singularísima la inexistencia de los presupuestos conlleva la del proceso, excluyendo la posibilidad de examinar la acción o la excepción que no hallan virtualidad jurídica sino dentro de aquél, presuponiéndolo, por tanto.

A propósito de acción y de excepción se observa que este último fenómeno, sea de fondo o de forma, no opera sino en frente de una acción cuyo examen precede previamente al de cualesquiera medios defensivos que tiendan a enervarla, y que, por tanto, también por este aspecto resulta exótico y jurídicamente imposible declarar probada una excepción consistente en la ausencia de algún presupuesto procesal.

Dentro de este orden de ideas se observa cómo el Tribunal cuando halló a las actoras carentes de interés jurídico, esto es, sin legitimación para

obrar, ha debido proferir el fallo correspondiente a una acción en tales condiciones ejercida, y que, al creerse erróneamente ante un proceso orgánicamente incompleto por falta de uno de sus presupuestos esenciales, y al proferir la decisión inhibitoria que comporta declarar probada una excepción temporal, erró en la técnica de la decisión aunque sin eludir la sentencia resolutoria de la regulación procesal, ya que la motivación de la sentencia no abandona las posiciones jurídicas controvertidas por las partes a futuros eventos judiciales que tropezarían con la absolución pronunciada del medio exceptivo declarado.

No dejó el Tribunal, por consiguiente, de fallar sobre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, y, en consecuencia, el cargo no puede prosperar.

Si errado anduvo el fallador de segunda instancia al revocar la sentencia absolutoria del Juez, para acoger una excepción de anómalo recibo en este juicio, no lo estuvo al reputar que las demandantes carecen de interés para promoverlos; su calidad de legatarias, pendiente de la muerte del causante a términos del artículo 1013 del C. C., no llegó a configurarse en la realidad porque cuando ocurrió el evento que da eficacia al testamento en sus previsiones patrimoniales, ya el testador había dispuesto de la cosa legada. Que fuera real o simulada la enajenación en nada afecta al hecho material de haber extraído voluntariamente de sus bienes el objeto de la asignación, y no es ciertamente un legatario malogrado quién sobre tan exigua calidad puede pretender subrogar con la suya la voluntad del frustráneo causante.

Si como sucesor suyo se sitúa es obvio el fracaso de su actividad comoquiera que los legatarios según el artículo 1162 del C. C. "no representan al testador", y carecen, por tanto, del poder jurídico suficiente para quitar validez o vigencia a los actos de voluntad concluídos por aquél si como demandante en su propio interés se colocan, la suerte de su acción no será mejor porque no habiendo llegado a ser legatarios no pueden ejercer las acciones propias de éstos.

En tal virtud las acusaciones que de la sentencia recurrida se intentan por violación de los artículos 1193, 740, 742, 743, 744, 1013, 1162, 1894, 1847, 1740 y 1155 del C. C. y 598, 594, 601, 598, 632, 663, 665 y 696 del C. J. caen en el vacío porque aun en el supuesto de que el Tribunal los hubiera transgredido, tal circunstancia será impotente para general en las demandantes un poder jurídico de que nunca han estado provistas, como se deja dicho.

Con base en estas 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 materia del presente recurso o sea la proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el día once (11) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

Las costas del recurso a cargo de quien lo propuso. Tásense.

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

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

REIVINDICACION

El carácter de dueño exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de propiedad prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o ERGA OMNES. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. (Casación, G. J. Tomo 43, pág. 339).

En la prueba del derecho de propiedad pueden contemplarse varias situaciones que interesa estudiar: a) Las dos partes presentan títulos de propiedad para comprobar sus derechos. Si éstos emanan de la misma persona se resolverá en principio, según la prioridad de la inscripción del título en la oficina de registro. Si emanan de personas distintas el demandado debe ser mantenido en la posesión por la presunción de dueño que ésta establece, a menos que el reivindicador logre demostrar que su autor le hubiera ganado al título del demandado, en caso de que el litigio se hubiera entablado entre ellos; b) Como segunda hipótesis se presenta el caso en que una sola de las partes tiene título. Si esta parte es el demandado permanecerá naturalmente en posesión. Si es el actor, obtendrá la restitución de la cosa reclamada, a condición de que su título sea anterior a la posesión del demandado.

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

(Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El señor Luis Felipe Patrón, mayor y vecino de Tolú, en el Departamento de Bolívar, adquirió por compra al señor Rogelio A. Támara, el inmueble que se determina en la escritura pública número 433, otorgada en la Notaría de Sincelejo el 30 de diciembre de 1941.

En este instrumento, registrado conforme a la ley, declara el vendedor que el doctor Edmundo Pizarro viene ocupando el inmueble y deja establecido que la venta que hace no comprende las mejoras que éste haya realizado, dejando a cargo del comprador entenderse con el tenedor del bien raíz.

Con fundamento en la memorada escritura, y con la razón de derecho de que, habiendo adquirido la propiedad del predio y careciendo de la posesión, por tenerla sin justo título Pizarro, el nombrado Patrón demandó a éste para que fuera condenado a restituírselo, por los linderos que señala, junto con los frutos civiles o naturales de la cosa, no sólo los percibidos, sino los que su dueño hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder, desde la fecha de la compra. Demandó igualmente costas, si se hiciere oposición a las declaraciones impetradas.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Sincelejo, falló la controversia con fecha veintidós de abril de mil novecientos cuarenta y seis, condenando al demandado a devolver al actor el inmueble materia del pleito; a cubrirle los frutos civiles y naturales, desde la fecha en que obtuvo la cosa que demanda, y para los efectos de las otras prestaciones mutuas a que hubiere lugar, se consideró al demandado como poseedor de mala fe. Sin costas.

Sentencia de segunda instancia

Apelada por el demandado la providencia en cuestión, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, donde cumplida la tramitación de rigor, se puso término a la instancia, por sentencia de fecha treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y siete,

revocando la apelada, y en su lugar, absolviendo al demandado de todos los cargos contra él propuestos.

El recurso

Este fallo, a su turno, fue recurrido en casación por el actor en el pleito. En la Corte, el expediente ha tenido la actuación requerida. En la oportunidad procesal, se entregaron los autos al recurrente, para fundar su recurso, quien presentó la demanda que luego se estudia.

Los fundamentos de la sentencia recurrida

Examina el Tribunal si en el asunto a su conocimiento, se encuentran reunidas las condiciones requeridas para que la acción de dominio sea viable. Halla que se trata de una cosa singular, determinada claramente por linderos, en los cuales no existe contradicción y ha venido siendo poseído por el demandado con anterioridad a la fecha de la adquisición por el demandante. Al estudiar el título que determina la propiedad de éste, o sea la escritura número 433, tantas veces mencionada, expresó lo siguiente:

"No puede decirse lo mismo del dominio del actor, quien se ha limitado a presentar la escritura número 433 ya mencionada, para oponérsela a la posesión del demandado, descuidando demostrar que dicho título es anterior a la última, único modo de que éste prevalezca sobre ella. Antes, en dicha escritura se reconoce, como arriba se ha dicho, que a la fecha del otorgamiento ya el demandado estaba ocupando la casa, en términos que llevaron al comprador, hoy demandante, a echar sobre sus hombros cualquier convenio sobre mejoras, que con el demandado, tercero con relación al contrato de que la escritura trata, hubiere lugar a hacer. Es decir, en el propio título que para demostrar su dominio presentó el demandante se reconoce que la posesión del demandado es anterior a él. Así las cosas, el actor para triunfar debió presentar el título de su causante y demostrar que éste es de fecha anterior a la posesión. Por no haberlo hecho, debe absolverse al demandado, previa revocatoria de la sentencia recurrida, en donde se olvidaron las condiciones que preceden en relación con la prueba del dominio".

Es decir, para el Tribunal, el demandado poseía el bien materia del pleito, con anterioridad a la compra del demandante Patrón.

Contra el fallo en cuestión, que hoy revisa la Corte, aduce el querellante un único cargo, por errores de hecho y de derecho evidentes en la apreciación del instrumento público número 433 de 30 de diciembre de 1941, de la Notaría de Sincelejo, en virtud de la cual, Luis Felipe Patrón compró a Rogelio Támara el inmueble que se reivindica, situado en el Municipio de Tolú, y por haberse incurrido en los mismos errores en la apreciación de la prueba de confesión que resulta de las terminantes declaraciones, hechas en el juicio por el demandado, en relación con el carácter de simple tenedor, como venía ocupando éste el inmueble.

Señala como pruebas no apreciadas, o indebidamente estimadas, las manifestaciones hechas por el propio demandado en varios de sus memoriales de pruebas, de donde se desprende —dice— la confesión de que Pizaro posee la cosa demandada a virtud de una simple promesa de venta pactada con el señor Támara, vendedor de Patrón.

En memorial de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, el doctor Pizarro dice en su interrogatorio, que corre en el cuaderno de pruebas del demandado, en la petición para que Julio C. Corena depusiera como testigo:

"2º Que diga el mismo señor Corena si sabe y le consta, por haber actuado en ello, que él me insinuó comprara al señor Rogelio A. Támara una casa de techo de palma, paredes de bahareque, con todas sus anexidades, inclusive el lote de terreno o solar donde estaba construída, ubicada en esta ciudad en la calle Bolívar, individualizada por los linderos siguientes: por el frente, calle en medio, con propiedad que fue del finado Agustín D. Hernández, hoy de sus herederos; por la derecha, con propiedad de la señora Zoraida Cumplido v. de Támara; por la izquierda, con propiedad de Antonio Campo, y por el fondo, con propiedad de Juan Cuello.

"4º Que diga el mismo señor Corena si es o no cierto que una, vez que hube visto la casa, me puse a la voz con el propietario de ella señor Rogelio A. Támara, y celebré con éste el contrato de compraventa, el cual se verificó por medio de un documento privado de promesa de venta que me otorgara el señor Rogelio A. Támara a mi favor, y me hizo entrega real y material de la referida casa, el día 7 de agosto del año de 1940, por medio del señor Efraín Villadiego, quien ocupaba la referida casa, y desde entonces estoy en posesión real y material de ella, en mi condición de dueño de buena fe.

"7º Diga el mismo señor Corena si sabe y le consta que de conformidad con las cláusulas contractuales celebradas con el señor Rogelio A. Támara, yo verificaba los pagos de las cuotas mensuales y sus intereses, de la manera más religiosa que podía, hasta que desgraciadamente me atrasé en el pago de esas cuotas, y en vista de ello el señor Rogelio A. Támara procedió a demandarme en juicio de lanzamiento, en el cual no pude ser vencido porque probé en dicho juicio que yo ocupaba la casa no como arrendatario sino como dueño de ella".

En el interrogatorio que el mismo demandado pidió que absolviera el señor Rogelio A. Támara, expresa:

"2º Que diga el mismo señor Támara si es o no cierto que en el curso de los primeros días del mes de agosto del año de 1940 celebró conmigo el contrato de compraventa de una casa de techos de palma, paredes de bahareque, con todas sus anexidades, inclusive el lote de terreno o solar donde está construída, ubicada en esta ciudad en la calle de Bolívar, individualizada por los linderos siguientes: (aquí ellos).

"9º Diga el mismo declarante si és o no cierto, que en vista de que yo había verificado mejoras en la casa en referencia, él al otorgar la escritura contentiva del contrato de compraventa a favor del señor Luis Felipe Patrón por insinuación mía, por convenir así a mis intereses, declaró en dicho instrumento público **que no vendía** las mejoras que yo había hecho, sino que éstas quedaban a opción de un arreglo amigable entre el comprador señor Patrón y yo. Hecho éste que consta en el texto de la referida escritura pública.

"Para complemento de todo lo antes expuesto, pido al señor Juez muy respetuosamente se sirva pedir al señor Juez Municipal de este Distrito que a mis costas decrete el desglose del documento privado contentivo del contrato de promesa de venta que me otorgara el señor Rogelio A. Támara, el cual consta de autos en el juicio de lanzamiento que el mencionado señor Támara me adelantara ante dicho funcionario municipal".

Menciona el propio recurrente, entre otros elementos de prueba de la misma naturaleza, que no fueron tenidos en cuenta al fallar, el memorial en que él mismo solicita la atestación del señor Támara, vendedor de la casa a Patrón y su promitente vendedor, donde le inquiere si es verdad que al otorgar la escritura de venta a Patrón, dejó a salvo las mejoras que Pizarro había realizado en la casa, a virtud del contrato de promesa de venta que tenía con el mismo Támara.

Cita también la solicitud elevada por Pizarro al mismo Juez, pidiendo se librara despacho al Juez Municipal de Tolú, sobre el desglose y remisión al presente proceso del documento privado que contiene la promesa de venta hecha por Támara al poseedor de la finca, señor Pizarro, documento que obra en autos en el juicio de lanzamiento seguido allí, infructuosamente, por Támara contra el propio demandado.

Estas declaraciones coinciden con la constancia consignada por Támara en la escritura de venta a Patrón, donde le promete pagarle a Pizarro las mejoras que hubiere puesto en la finca.

Las declaraciones que se mencionan constituyen —dice el recurrente— otras tantas confesiones del demandado, que hacen plena prueba contra él, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1769 del Código Civil y 603 y 606 del Código Judicial, preceptos que el recurrente considera violados, por no haberse tenido en cuenta las manifestaciones hechas sobre la forma como el demandante ejerció la tenencia del inmueble, cuya reivindicación se pide.

Señala de igual manera violados los artículos 669, 740, 756, 946 y 950 del Código Civil, por no haberse aplicado al caso del pleito. Que la escritura pública número 433 citada, es título suficiente para que acredite al actor como propietario del bien que detenta el demandado, y del cual aspiraba a ser poseedor regular mediante la adquisición del dominio de parte de su dueño.

Se considera:

La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título de la oficina de registro de instrumentos públicos, según el artículo 756 del C. C. Quien adquiere el dominio de una finca raíz, por los medios que indica la ley, tiene todos los derechos de dueño, entre los cuales está el de ejercitar la acción reivindicatoria.

La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que se pretende propietario. Se funda, pues, sobre la existencia del derecho de propiedad, y ella tiene por objeto la obtención de la posesión.

El poseedor tiene a su favor la presunción de propiedad. El poseedor es reputado dueño, mientras por su contendor no se demuestre lo contrario. (Artículo 762, C. C.).

La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño, o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

La posesión puede ser regular o irregular.

Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. El justo título es constitutivo o traslaticio de dominio. Son constitutivos de dominio, la ocupación, la accesión y la prescripción. Son traslaticios de dominio, los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, etc. (Artículos 762, 764, 765 del C. C.).

El carácter de **dueño**, exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de **propiedad**, prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor, y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicador un dominio absoluto o **erga omnes**. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. (Casación, G. J. Tomo 43, pág. 339).

En la prueba del derecho de propiedad, pueden contemplarse varias situaciones que interesa estudiar: a) las dos partes presentan para acreditar sus derechos, títulos de propiedad. Si éstos emanan de la misma persona, se resolverá en principio, según la prioridad de la inscripción del título en la oficina de registro. Si emanan de personas distintas, el demandado debe ser mantenido en la posesión, por la presunción de dueño que ésta establece, a menos que el reivindicante logre demostrar que su autor le hubiera ganado al título del demandado, en caso de que el litigio se hubiera entablado entre ellos; b) como segunda hipótesis, se presenta el caso en que una sola de las partes tiene título. Si esta parte es el demandado, permanecerá naturalmente en posesión. Si es el actor, obtendrá la restitución de la cosa reclamada, a condición de que su título sea anterior a la posesión del demandado.

Aplicando estos principios al caso del pleito, se tiene lo siguiente:

a) Que por escritura pública, debidamente inscrita, Rogelio Támara vendió la finca materia del pleito, a Felipe Patrón;

b) Que en el instrumento aludido, se hizo constar que el bien estaba en poder del doctor Edmundo Pizarro, quien había ejecutado en él mejoras que no entraban en el negocio, las que debía reconcer el comprador;

c) Que en la demanda se afirma que el doctor Pizarro es el actual poseedor de la finca que Támara vendió a Patrón y que éste reivindica, situación que acepta Pizarro en diversos memoriales presentados en el juicio, firmados por él, como se observa de las transcripciones hechas atrás, reproducidas por el recurrente;

d) Que en los mismos memoriales de pruebas, ya en el que Pizarro solicita el testimonio de Corena, o ya en el que pide la atestación de Támara, su promitente vendedor, reconoce Pizarro que el nacimiento de su posesión, no es otro que el haberla obtenido de tal señor, a virtud de la referida promesa de venta, que no pudo realizarse. Es decir, tanto el demandante como el demandado alegan un mismo origen: Pizarro, el de su mera posesión, y Patrón el de su derecho de dominio, conferidos ambos por Támara. Por consiguiente, no era necesario, dada esta circunstancia, que Patrón hubiera demostrado, para vencer en el litigio, el título de su vendedor, porque ambas posesiones, la inscrita del actor y la material del demandado, proceden de la misma fuente, tienen un mismo principio: el señor Támara; sobre ello están acordes los litigantes. Se enfrenta, pues, título contra mera posesión, y en tal situación ha de triunfar quien tiene a su favor la inscripción en que consta el traspaso del dominio que el dueño anterior hizo de su propiedad al demandante.

Las razones que se dejan consignadas, son el fundamento, a la vez, del fallo de instancia. La Sala encuentra, al revisar la sentencia de primer grado, que erradamente, el Juez tuvo al demandado como poseedor de mala fe, siendo así que existe una razón justificativa para retener el inmueble, por parte del doctor Pizarro, por cuanto, con motivo de la promesa de venta, el propietario anterior, señor Támara, le dio la posesión y lo autorizó para establecer mejoras que luego, al traspasar la misma finca a Patrón, excluyó de una manera expresa. Además, el demandado tie-

ne el derecho de continuar en tal situación, mientras no se le paguen las dichas mejoras, o se le asegure su valor. (Artículos 966, 970 del C. C. Artículo 10, ley 95 de 1890).

Sentencia

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, con fecha treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, y reformando la de primera instancia, falla este pleito así:

Primero. — Condénase al demandado, doctor Edmundo Pizarro, a entregar al demandante, Luis Felipe Patrón, dentro de los seis días siguientes al en que el Juez de primera instancia ordene cumplir lo resuelto por el superior, la finca materia del pleito, determinada en la demanda inicial.

Segundo. — Condénase igualmente al demandado, a pagar al demandante, dentro de los seis días mencionados, los frutos civiles y naturales del bien en cuestión, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, no sólo los percibidos, sino también los que el actor hubiere podido percibir con mediana diligencia y cuidado, estando la cosa en su poder. Su valor se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

Tercero.—El actor cubrirá al demandado el valor de las mejoras puestas por éste en el bien aludido, antes de la referida fecha de la contestación de la demanda, cuya estimación se hará en los términos del artículo 553 del C. J., ya mencionado.

El demandado podrá retener el bien hasta que se le pague o asegure el valor de sus mejoras. (Artículos 970 del C. C. y 10 de la Ley 95 atrás citada).

Sin costas en las instancias, ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Gabriel Rodríguez Ramírez — Conjuez, **Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

ACCION DE INEFICACIA LEGAL DE UNA SENTENCIA Y DE REIVINDICACION.—CESION DE DERECHOS DE HERENCIA

En la cesión a título oneroso de un derecho de herencia, sin especificación de los bienes de que se compone, cuyos efectos jurídicos están determinados y reglamentados en el capítulo 2º del título 25 del libro 4º del C. C., el objeto de la transferencia es el derecho real de herencia, cuya peculiaridad esencial es su universalidad, y no el derecho real singular de dominio sobre bienes específicamente determinados. Cuando el objeto de la enajenación es un cuerpo cierto que se paga en dinero se configura un contrato de venta común. Sólo cuando se reúnen los elementos previstos en el artículo 1967 del Código Civil se puede decir que el cesionario ocupa el lugar y puede ejercer los mismos derechos que el heredero cedente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Muerto Samuel Cortés (27 de agosto de 1937), en el juicio que se abrió en el Juzgado 5º Civil de este Circuito para liquidar su sucesión fue declarada como su única heredera, en su condición de madre legítima, Francisca Leguizamón de Cortés, en cuyo favor se decretó la posesión efectiva de la herencia en providencia de 30 de julio de 1938, legalmente registrada.

Dueña de poder dispositivo por efecto del citado decreto de posesión efectiva de la herencia, Francisca Leguizamón de Cortés, por medio de la escritura pública número 1761, otorgada el 27 de agosto de 1938 en la Notaría 2ª de este Circuito, vendió a Jesús Ramírez Piñeres, un solar con edificación no concluída, con cabida de 448,-437/00 varas cuadradas, ubicado en el barrio de San Victorino de esta ciudad, alinderado como allí se dice, adquirido por la vendedora por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su hijo Samuel Cortés.

Francisca Leguizamón de Cortés, una vez declarada heredera única de su hijo Samuel, fue demandada por Ana Dolores Triana como madre natural de sus menores hijos Blanca Lilia, Samuel y María, para que se les declarara como hijos naturales de Samuel Cortés. La sentencia que finalizó este juicio ordinario (26 de octubre de 1938, Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá), declaró la filiación demandada.

Apoyándose en estos antecedentes, que cita como hechos fundamentales de su acción, y considerando que la sucesión de Samuel Cortés está ilíquida por no aparecer que se hayan registrado la partición de sus bienes y su sentencia aprobatoria, en libelo de fecha 14 de abril de 1944, repartido al Juzgado 6º Civil de este Circuito, Jesús A. Ramírez Piñeres, en su condición de cesionario de la señora Francisca Leguizamón de Parra, antes de Cortés, demandó a los menores Blanca Lilia, Samuel y María Trianas, representados por su madre natural Ana Dolores Triana, para que se hagan las siguientes declaraciones:

1) Que no tiene valor legal ni efecto alguno, ni puede considerarse como cosa juzgada, por no haberse pronunciado contra legítimo contradictor, la sentencia del 26 de octubre de 1938, del Juzgado 7º de este Circuito, en que se declaró que los tres menores demandados son hijos naturales de Samuel Cortés;

2) Que la sucesión ilíquida del nombrado Cortés es dueña del solar y edificaciones vendidos por Francisca Leguizamón de Cortés al demandante en escritura pública número 1761 de 27 de agosto de 1938, de la Notaría 2ª de Bogotá, y que, en consecuencia, los menores demandados, poseedores en común y de mala fe del inmueble citado, deben restituírlo con sus frutos naturales y civiles a la sucesión ilíquida de Samuel Cortés, hoy a su representante cesionario, y

3) Que el demandante es cesionario de la señora Francisca Leguizamón de Cortés en el derecho de dominio de la finca que fue de su hijo y que ella adquirió como su heredera.

Sin contestación de la demanda y agotada la

tramitación legal correspondiente, el Juzgado del Circuito profirió sentencia definitiva el 9 de febrero de 1940 en la cual absolvió simplemente a los demandados en razón de los dos primeros pedimentos, y declaró probada la excepción de petición antes de tiempo respecto del tercero. Con costas a cargo del demandante.

Sentencia acusada

Por recurso de apelación llevó el actor el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, donde se sentenció el 24 de septiembre de 1946 la segunda instancia del juicio, confirmando la absolución de los demandados en cuanto a los pedimentos de ineficacia de la sentencia de filiación natural y reivindicación para la herencia, y reformándola respecto de la última petición de la demanda, en relación con lo cual declaró que el demandante es cesionario de los derechos transmisibles de Francisca Leguizamón, vinculados en la finca de que se trata y que perteneció a Samuel Cortés, con la advertencia de que "la concreción de estos derechos queda condicionada a los resultados de la partición con intervención de los menores demandados, y su registro". Se revocó la condena en costas.

De las razones y motivos usados por el Tribunal para fundamentar su decisión respecto de las cuestiones de fondo que fueron materia de la controversia, sólo es pertinente revisar las relacionadas con la reivindicación del inmueble pedida en favor de la sucesión de Samuel Cortés. Los demás aspectos del litigio carecen de todo interés en el recurso de casación. Al efecto, después de hacer notar el Tribunal que lo que el demandante Ramírez adquirió por compra a Francisca Leguizamón de Cortés fue el derecho de dominio sobre un bien singular determinado y no un derecho de herencia en la sucesión de su hijo Samuel Cortés, escribe el siguiente párrafo que contiene sobradamente la razón de su sentenciamiento en el particular: "Si el señor Ramírez —dice— no tiene el carácter de heredero, no puede representar al **de cujus** y, por lo tanto, carece de personería sustantiva para hacer la petición segunda que tiende a que se declare dueño del lote de que tratan los autos a la sucesión ilíquida de Samuel Cortés".

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia recurrieron en casación ambas partes. El recurso de la demandada fue declarado desierto por no haberse fundado oportunamente, de acuerdo con el artículo 532 del C. J. El interés de la casación está circunscrito, pues, por las cuestiones que plantea la demanda inicial de la parte actora, y dentro de éstas, ya por su expresa declaración como por el alcance del único cargo que formula, a la denegación de la acción reivindicatoria que propuso.

El cargo, en que antitécnicamente se afirma sin discriminación ninguna que el Tribunal ha incurrido en todas las maneras de violación legal contempladas en el artículo 520 del C. J., se puede sintetizar así:

"La señora Francisca Leguizamón de Cortés en la venta o cesión que hizo al señor Jesús A. Ramírez Piñeros por medio de la escritura pública número 1761 de fecha de agosto de 1938, pasada ante la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, comprendió el derecho de herencia que le corresponde por el fallecimiento de su hijo Samuel Cortés. Así debe entenderse porque ello no se presta a dudas". Por consiguiente, si el objeto de la venta fue el derecho de herencia, aunque no se haya transmitido la calidad de heredero, es obvio que el cesionario tiene en la herencia los mismos derechos de su vendedor y está sujeto a las mismas cargas, y puede, desde luego, intervenir en interés de la sucesión. Aunque los derechos herenciales vendidos se vinculen a un bien determinado de la sucesión no por eso deja de haber cesión del derecho de herencia. Al no ver el Tribunal que éste fue el caso ocurrido en el contrato celebrado por el demandante y la heredera de Samuel Cortés, "cometió error de derecho en la apreciación de la prueba que confronta la escritura pública, desconociendo el sentido claro que le corresponde. Por este concepto aparece, pues, que el sentenciador ha cometido un error de derecho al negarle al actor Ramírez Piñeros el derecho de reivindicar para la sucesión del causante Samuel Cortés el inmueble materia de la demanda. La violación de los artículos 669, 946, 950, 1155 y 1967 del Código Civil es palmaria".

Se considera:

En la cesión a título oneroso de un derecho de herencia, sin especificación de los bienes de que se compone, cuyos efectos jurídicos están determinados y reglamentados en el capítulo 2º del título 25 del libro 4º del C. C., el objeto de la transferencia es el derecho real de herencia, cuya peculiaridad esencial es su universalidad, y no el derecho real singular de dominio sobre bienes

específicamente determinados. Cuando el objeto de la enajenación es un cuerpo cierto que se paga en dinero se configura un contrato de venta común. Sólo cuando se reúnen los elementos previstos en el artículo 1967 del C. C. se puede decir que el cesionario ocupa el lugar y puede ejercer los mismos derechos que el heredero cedente.

En el contrato que recoge la escritura pública número 1761, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito el 27 de agosto de 1938, no hay nada distinto de una venta ordinaria en que el objeto fue la propiedad de un cuerpo cierto y determinado. De ninguno de sus términos ni de sus estipulaciones, escritos con claridad que excluye toda interpretación, puede deducirse que la cosa vendida fuera el derecho de herencia de Francisca Leguizamón de Cortés en la sucesión de su hijo Samuel. En tal instrumento se lee: "Que por medio de la presente escritura pública transfiere a título de venta y enajenación perpetua a favor del señor Jesús A. Ramírez Piñeros el derecho de dominio y posesión que ella tiene vinculado sobre una casa de ladrillo y teja metálica... Que el inmueble objeto de la presente venta lo adquirió la otorgante vendedora Francisca Leguizamón de Cortés, hoy de Parra, por su situación y linderos dichos, en el juicio de sucesión de su hijo señor Manuel Cortés Leguizamón levantado en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, según adjudicación como única heredera, el cual juicio fue registrado el día 30 de julio del año en curso de 1938 en la oficina de Registro del Círculo de Bogotá; esto en lo que se refiere al lote materia de la presente venta y a la mitad de la edificación, porque la otra parte de la edificación, la adquirió por haberla construído a sus expensas...".

En presencia de los términos en que está concebida la citada escritura se ve la falta total de fundamento con que se acusa al Tribunal de haberla apreciado erróneamente al no ver en ellos una cesión de derechos herenciales y no simplemente una venta de especie o cuerpo cierto. Fuera de que, en caso de haber ocurrido error en su estimación, no lo sería de derecho, que es el que le imputa el recurrente, pues ninguna falla se advierte en el justiprecio del valor probatorio que legalmente le corresponde a ese instrumento público. Nada hay, pues, valedero en la demanda fundamental del recurso contra la razón acertadamente aducida por el Tribunal para denegar la reivindicación pedida en nombre e interés de la sucesión, consistente, como se sabe, en que el demandante, por no ser heredero ni cesionario de heredero, carece de personería para demandar en nombre de la sucesión de Samuel Cortés con la cual ninguna relación de derecho lo vincula.

Por lo 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 24 de septiembre de 1946, 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.

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

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION.—TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.—CAUSAL 3ª

1.—La demanda de casación es la pieza capital de este recurso extraordinario en que se acusan las sentencias definitivas de segunda instancia; en ella se concentran todas las exigencias de forma y de sustancia que ineludiblemente exige la ley, y en nada se parece a un memorial de apelación o a un alegato de instancia. Del acierto con que se elabore esta demanda depende el éxito del recurso y el estilo e importancia de la decisión de la Corte, que no puede entrar por su cuenta al examen de la legalidad del fallo sino que tiene que limitarse a los temas y cuestiones que suscite el recurrente, en forma que cuando la demanda no da acceso, por fallas de orden técnico, a los problemas de fondo, ha de limitarse la Sala a advertir estos vicios que son ineptitudes sustantivas no subsanables oficiosamente, a riesgo de dar la impresión, ante personas que ignoran el mecanismo y la técnica del recurso, de que la Sala elude los estudios de fondo.

2.—La circunstancia de que un Tribunal se aparte de una doctrina de la Corte, en el supuesto de que eso haya ocurrido, no puede alegarse como motivo de casación, pues es bien sabido que los jueces no están obligados a seguir tales doctrinas, ni su aplicación es obligatoria a los casos concretos sometidos a su decisión.

3.—La causal 3ª se funda, tiene que fundarse, 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 la correspondente aclaración, en forma que hagan imposible la ejecución simultánea de todas las resoluciones de la sentencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 29 de febrero de 1940, repartido al Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, Rosendo Londoño L. con acción de simulación demandó en juicio ordinario a Isabel Londoño v. de Londoño y a Josefina Londoño para que con su citación y audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que es simulado, con doble simulación de interposición de persona y de medio con interposición de persona, el contrato de venta celebrado entre Raimundo Londoño y Josefina Londoño de que da cuenta la escritura pública 1542 de 2 de septiembre de 1921 de la Notaría 1ª del Circuito de Medellín;

2ª Que es igualmente simulado, con simulación relativa de naturaleza y de medio con interposición de persona, el contrato de venta celebrado entre Rosendo Londoño e Isabel L. de Londoño, cónyuges entre sí, y Josefina Londoño que consta en la escritura pública número 1570 del 24 de agosto de 1921, de la misma precitada Notaría;

3ª Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, adoptada a última hora por el Tribunal Superior de Antioquia, que constituye la doctrina legal más probable por expreso mandato de la misma ley, se declare la prevalencia de los contratos ocultos celebrados entre los susodichos Rosendo, Isabel y Josefina Londoño;

4ª Que los inmuebles vendidos por los precitados contratos pertenecen a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida, formada por Rosendo Londoño y su legítima esposa Isabel Londoño de Londoño y a la sucesión del mismo Rosendo Londoño representada por sus hijos legítimos Josefina, Evangelina, Carlota, Isabel, María y Rosendo Londoño.

5ª Que por razón de lo anterior, la demandada está en la obligación de restituír a las indicadas sociedad conyugal y sucesión los inmuebles objeto de las ventas junto con sus anexidades, mejoras y frutos a partir de la fecha de la demanda y los semovientes de que se habla en la escritura número 1570 o su valor correspondiente apreciado pericialmente;

6ª Que se cancelen las inscripciones de las citadas escrituras y se condene a la demandada al pago de las costas del juicio si a él se opusiere.

Notificada legalmente la demanda, la demandada Londoño de Londoño no la contestó. Josefina contestó manifestando que el contrato contenido en la escritura número 1642 es real y verdadero, y que el de que da cuenta la escritura número 1570 fue simulado, pero que ella ha considerado que el traspaso de la propiedad allí contenida fue una donación que le hicieron sus padres. Esta demandada, a su turno, presentó demanda de reconvención contra Rosendo Londoño —cuyos fundamentos negó éste— para que se declaren algunas obligaciones personales derivadas de la explotación y usufructo que el contrademandado tuvo de las fincas a que se refieren los aludidos contratos.

El Juzgado del Circuito sentenció el primer grado del juicio el 14 de agosto de 1942, declarando probada la excepción de petición de modo indebido en relación con las solicitudes de la demanda principal, y desestimando la acción instaurada por vía de reconvención. Sin costas.

Sentencia acusada

Ante el Tribunal Superior de Medellín se surtió la segunda instancia por apelación de ambas partes, instancia que terminó con la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1946 en que se reformó la recurrida así: se declaró probada la excepción de modo indebido en cuanto a las solicitudes relativas al contrato de la escritura 1642. Se declaró inexistente, por simulación, la venta recogida en la escritura 1570 de 24 de agosto de 1921 de la Notaría 1ª de Medellín. Se declaró que el inmueble allí vendido pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Rosendo Londoño e Isabel Londoño de Londoño, representada por la viuda y por la sucesión del cónyuge muerto, y se condena, en consecuencia, a la demandada Josefina Londoño a restituír el inmueble determinado en esa escritura con sus frutos desde la contestación de la demanda y los semovientes de que allí se hace mención, o su valor. En cuanto a la demanda de reconvención, fue desestimada, como lo había sido en la sentencia recurrida. Sin costas.

La excepción perentoria temporal que se declaró probada en lo tocante a la simulación de la venta celebrada por medio de la escritura 1642, se funda en que no fue demandado el vendedor Raimundo Londoño, ni sus herederos, y por tanto la demanda no se enderezó contra todos los que intervinieron en el contrato y que deben responder de él.

Respecto del otro contrato, el Tribunal halló la prueba de la simulación en la confesión de la demandada Josefina Londoño, contenida en la contestación de la demanda y en la absolución de posiciones. "Estas respuestas —dice la sentencia— como es fácil de advertirlo, delatan la convicción de la demandada de que sus padres no le traspasaron a título de donación, como ella lo dice, el dominio sobre el inmueble de que trata la escritura número 1570 y que, en consecuencia, su propiedad subsiste para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida del adquirente y de la señora Isabel Londoño de Londoño, como si no hubiera existido la escritura que acaba de citarse, que por propia confesión de la demandada Josefina Londoño, presenta un contrato que no se realizó, y que tampoco encubre el traspaso de la propiedad por causa de donación, precisamente por los reconocimientos y las confesiones aludidas y transcritas".

Por lo que hace a la demanda de reconvención de Josefina Londoño el Tribunal la considera y después de advertir la falta total de pruebas, escribe: "El demandado negó los hechos fundamentales. Nada acreditó la reconveniente, ni siquiera intentó hacerlo. En estas circunstancias la desestimación de esa demanda es su conclusión justa e indicada".

El recurso

El negocio ha venido a conocimiento de la Corte por el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Josefina Londoño, que por estar legalmente preparado se procede a decidir.

"El recurso de casación —ha dicho esta Sala— instituído en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo referente a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, ya a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación a la sentencia. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. es indispen-

sable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que se suponen infringidos y el concepto en que se consideren quebrantados. Cuando la acusación proviene de mala apreciación de pruebas, es preciso determinar las que se estimen mal apreciadas y el concepto del error cometido por el sentenciador, que puede ser de derecho, y en caso de serlo de hecho, debe aparecer de modo manifiesto en los autos". Admitido el recurso, el recurrente recibe traslado por 30 días, para que dentro de ese término perentorio formule **demanda de casación,** que no es otra cosa que el escrito de fundamentación de las causales aducidas y demostración de las acusaciones formuladas. Esta demanda es la pieza capital de este recurso extraordinario en que se acusan las sentencias definitivas de segunda instancia; en ella se concentran todas las exigencias de forma y de sustancia que ineludiblemente exige la ley, y en nada se parece a un memorial de apelación o un alegato de instancia. Del acierto con que se elabore esta demanda depende el éxito del recurso y el estilo e importancia de la decisión de la Corte, que no puede entrar por su cuenta al examen de la legalidad del fallo sino que tiene que limitarse a los temas y cuestiones que suscite el documento, en forma que cuando la demanda no da acceso, por fallas de orden técnico, a los problemas de fondo, ha de limitarse la Sala a advertir estos vicios que son ineptitudes sustantivas no subsanables oficiosamente, a riesgo de dar la impresión, ante personas que ignoren el formulismo y la técnica del recurso, de que la Sala elude los estudios de fondo.

En el caso presente la demanda que ha de servir de base al estudio de la Sala ofrece muy escaso material aprovechable porque ha sido redactada con prescindencia de los requisitos legales. Entiende el recurrente, según las propias explicaciones de su libelo, que primero se entabla una demanda como otra cualquiera, con fundamento de hecho y de derecho, para que se declare casada la sentencia, que debe ser admitida por la Corte, y que después viene el alegato, oportunidad procesal ésta para la que se reservó la ampliación y mandamiento de sus cargos contra la sentencia del Tribunal, limitándose en ese primer escrito a enumerar los motivos de derecho en que la funda.

Dentro de estas limitaciones y deficiencias se considera la demanda de casación.

Dice en primer término el recurrente que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por violación directa de la doctrina invariablemente sostenida por la H. Corte Suprema de Justicia, por la cual se ha establecido que para declarar la nulidad de un contrato se requiere que al pleito concurran, en calidad de partes todas las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes", porque la misma ausencia que el Tribunal anotó en relación con el contrato de la escritura número 1642 existe respecto de la venta que consta en la número 1570, que se declaró simulada.

Este primer reparo no da piso para nada porque con ocasión de él no se cita ni una sola disposición legal adjetiva ni sustantiva en torno de la cual pudiera hacerse alguna consideración sobre legalidad de la sentencia, y porque la circunstancia de que un Tribunal se aparte de una doctrina de la Corte, en el supuesto de que aquí haya ocurrido tal cosa, no puede alegarse como motivo de casación, pues es bien sabido que los Jueces no están obligados a seguir tales doctrinas, ni su aplicación es obligatoria a los casos concretos sometidos a su decisión.

"La sentencia recurrida es casable —dice la demanda en su segundo aparte—, por haberse abstenido el Tribunal de fallar la demanda de reconvención presentada por la demandada y aceptada por el Juez. Consta en el juicio la renuencia del Tribunal a dictar fallo cuando negó la petición que se le hizo al respecto en memorial presentado en oportunidad".

No dice el recurrente con apoyo en cuál de las causales legales de casación formula este reparo, y no resulta fácil su ubicación precisa en la forma en que está hecho. No es, desde luego en la primera, porque no se hace la cita de ninguna disposición legal. Parece aludir más bien a la séptima por la referencia que hace al memorial en que con posterioridad a la sentencia solicitó del Tribunal que fallara la contrademanda. En todo caso es una acusación improcedente y se funda en la aseveración inexacta de que la sentencia no decidió sobre la demanda de reconvención, cuando a ella dedicó un capítulo aunque fuera sólo para advertir su total y completa improbación, por lo cual la desestimó. Lo que quiere decir, en

la acepción forense equivalente, que fue denegada por ausencia de pruebas.

En el parágrafo tercero de su libelo dice el recurrente, refiriéndose a los parentescos que se han probado en el juicio, que es absurdo pretender que el actor, sin poder de ninguna clase, pueda demandar a su madre como otorgante en la escritura de venta, y al mismo tiempo representarla en su calidad de dueña de la mitad de los bienes relictos, lo mismo que demandar a Josefina Londoño como compradora en la venta de la escritura número 1570 y representarla al mismo tiempo en su calidad de heredera. El reconocimiento que el Tribunal hizo expresamente de la personería del actor, a pesar de la excepción oportunamente opuesta y de la insistencia con que esto se ha allegado, "constituye una irregularidad que hace a la sentencia violatoria directa de las disposiciones sobre mandato contenidas en el Título 28 del C. C., especialmente del artículo 2149, erigido en motivo de casación por el ordinal 1º del artículo 520 del C. de P. Civil".

Este cargo, en que no es fácil discernir la especie de personería, sustantiva o adjetiva, en cuya pretendida ilegitimidad quiere fundarse, está también completamente desplazado de sus posibles bases legales. Si a la primera quiere referirse, el cargo por la causal primera es inepto y carente de sujeta materia de estudio en casación porque la única disposición que se cita como infringida y que describe los modos como puede conferirse el encargo que es objeto del mandato no tiene lazos de conexidad e incidencia con la cuestión planteada. Y si de personería adjetiva se quiso tratar, la vía conducente y adecuada era la causal sexta, como que las irregularidades de este linaje se resuelven en problema de nulidad procesal.

Afirma el recurrente en el aparte 4º de su escrito, que "no está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante, lo que la hace casable por el motivo 2º de los enumerados en el artículo 520 del C. J." En su esfuerzo inútil por explicar la inconsonancia dice el recurrente que la demanda pide se declare simulado el contrato de venta contenido en la escritura número 1570 de 24 de agosto de 1921, y consecuencialmente se declare la prevalencia de los contratos ocultos celebrados por los otorgantes; añade en seguida que no aparece en el expediente prueba alguna de que haya habido contratos ocultos fuera del reconocimiento que hace la demandada de que sus padres le traspasaron la propiedad a título de donación pero sin compromiso alguno de hacer pasar los bienes a otras personas, y concluye así: "Por lo mismo no era posible para el Tribunal hacer las declaraciones pedidas, por lo cual hizo otras distintas en la sentencia acusada y que no son las pedidas en la demanda. No hay contrato alguno oculto cuya prevalencia pueda reconocerse sobre el de venta o donación, que contiene la escritura número 1750".

Al comienzo de esta decisión quedaron enunciadas tanto las peticiones de la demanda principal como las resoluciones que concretamente recayeron a cada una de ellas en la sentencia definitiva de segunda instancia. No es posible, dentro del sentido lógico y formal que corresponde a la causal de que se trata, hallar ninguna incongruencia decisoria en la sentencia del Tribunal de Medellín. Se demandó la simulación y la simulación se declaró. Eso de los contratos ocultos, cuya alegación, en la forma en que se hace, no resulta bien congruente con el interés de la parte recurrente, carece de sentido dentro del planteamiento de la inconformidad que sirve de base a la causal segunda.

Como reparo final dice el recurrente que la sentencia acusada, al negar los pedimentos respecto de la venta contenida en la escritura número 1642 reconoció la propiedad que sobre la finca vendida tiene la demandada Josefina Londoño, sin embargo de lo cual y a pesar de ser un complemento obligatorio, no ordenó el Tribunal la cancelación del registro de la demanda que puso esa propiedad fuera del comercio, para que pudiera ser efectiva la sentencia. Se pidió en término hábil que se hiciera tal declaración y el Tribunal la negó. Por lo cual se ha incurrido en la causal del ordinal 3º del artículo 520 del C. Judicial.

Sin dejar de advertir la inocuidad sustancial de la circunstancia a que se alude, basta, para rechazar esta acusación el recuerdo de que la

causal 3ª se funda, tiene que fundarse, 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 la correspondiente aclaración, en forma que hagan imposible la ejecución simultánea de todas las resoluciones de la sentencia.

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 12 de diciembre de 1946, 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.

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

REIVINDICACION

La Corte Suprema —en Sala Plena— en ejercicio de la función que le otorga el artículo 214 de la Constitución, mediante sentencia del 2 de febrero de 1948 declaró que es exequible la ley 68 de 1946, y estimó que ésta constituye una interpretación o aclaración auténticas y no una modificación o reforma de la ley 28 de 1932. De ese mismo parecer había sido la Sala de Casación, según se ve en fallos de julio y octubre de 1947. De consiguiente, al tenor de los artículos 14 del C. C. y 51 del C. P. y M., los preceptos de la ley 68 deben considerarse incorporados a la ley 28 interpretada, vigentes desde cuando ésta empezó a regir y aplicables a la regulación de hechos o situaciones jurídicas consumadas durante el imperio de la última, sin que, no obstante ello, puedan afectar en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas que se hayan pronunciado en el tiempo intermedio en que una y otra ley fueron expedidas. Hay, pues, necesidad de admitir que el contenido de la voluntad legislativa expresada en la ley 28 no es otro que el declarado y fijado por vía de interpretación auténtica en la ley 68.

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

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda)

Abel Perlaza, casado católicamente con Rosa Aura López de Perlaza desde el 26 de febrero de 1921, por medio de la escritura pública número 230 de 21 de marzo de 1939, de la Notaría 3ª del Circuito de Cali, dio en venta a Tránsito Collazos el inmueble en ese instrumento descrito, que fue adquirido por el primero de los nombrados en el año de 1927, durante la vigencia de la aludida sociedad conyugal.

Fundada en esos antecedentes Rosa Aura López de Perlaza demandó por la vía ordinaria a Tránsito Collazos para que se declare que dicho inmueble pertenece a la sociedad conyugal Perlaza-López y que la demandada está obligada a restituírselo.

Esta, después de denunciarle el pleito al vendedor, y éste, a su vez, se opusieron a que se hagan las declaraciones solicitadas, y aquélla propuso además demanda de reconvención para que se declare que la sociedad conyugal está obligada al saneamiento de la cosa vendida.

Tramitado el juicio doble con las ritualidades de la ley, el Juez de conocimiento, que lo fue el 2º Civil del Circuito de Cali, dictó la sentencia de 15 de septiembre de 1944, por la cual declaró no probada la excepción de prescripción de la acción invocada por el denunciado Perlaza, despachó favorablemente las súplicas de la demanda principal y no accedió a las de la de reconvención.

Por recurso de apelación concedido a los demandados, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en donde se falló la litis en sentencia de 21 de junio de 1947, que reformó la apelada absolviendo a los demandados de los cargos que se le formularon en la demanda principal y la confirmó en lo demás.

En esa decisión el Tribunal, apoyándose en lo estatuído en el artículo 1º de la Ley 68 del año de 1946, que interpretó la 28 de 1932 dijo:

"El inmueble motivo del pleito fue un bien social, adquirido por la sociedad conyugal Perlaza-López a partir del 8 de febrero de 1927 y fue traspasado a la demandada Collazos, a título de compraventa, por el jefe de la sociedad conyugal, Abel Perlaza, el 21 de marzo de 1939, como consta en la escritura pública número 230 de esa fecha, debidamente registrada.

Fue, pues, traspasado el inmueble por quien tenía facultad legal para enajenarlo, y la demandada Tránsito Collazos lo adquirió de buena fe. Se impone, por tanto absolverla de todos y cada uno de los cargos que se le dedujeron en el libelo de demanda.

Habiendo llegado el Tribunal a esta conclusión, es innecesario afrontar el estudio de los problemas relativos al saneamiento de la cosa evicta y demás súplicas de la contrademanda, y, especialmente, de lo referente a la aptitud legal de esa contrademanda".

El demandante recurrió en casación, y apoyado en las causales 1ª y 2ª del artículo 250 del C.

J. acusa la sentencia sosteniendo en síntesis lo siguiente:

1º El Tribunal aplicó indebidamente la Ley 68 de 1946 e infringió el artículo 26 de la Constitución pues aquélla no es interpretativa sino reformatoria de la Ley 28 de 1932, y no podía por tanto ser aplicada habiéndose cerrado cuando ella se expidió las oportunidades en el juicio para probar si se había decretado la liquidación provisional de bienes, punto que no pudo ser establecido por tal motivo por la parte actora, por la cual se dictó, en cierto modo, una condena pretermitiendo las formas propias de cada juicio;

2º Por la indebida aplicación de los citados textos que quebrantaron los artículos 946 a 960 del C. C., pues estando probada la propiedad del bien reivindicado por parte de la sociedad conyugal, y la identidad del mismo, lo procedente era decretar la restitución demandada.

3º La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues la demandada no ha apoyado su defensa en que falte la liquidación de bienes de la aludida sociedad ni en la Ley 68 de 1946, por lo cual el Juzgado al decidir como lo hizo se salió de los extremos trazados por la litis.

Sobre los cargos precedentes la Sala considera:

La Corte Suprema —en Sala Plena— en ejercicio de la función que le otorga el artículo 214 de la Constitución, mediante sentencia de 2 de febrero último declaró que es exequible la Ley 68 de 1946, y estimó que ésta constituye una interpretación o aclaración auténticas y no una modificación o reforma de la Ley 28 de 1932. De ese mismo parecer había sido esta Sala de Casación, según se ve en fallos de julio y octubre del año próximo pasado. De consiguiente, al tenor de los artículos 14 del C. C. y 51 del C. P. y M. los preceptos de la Ley 68 deben considerarse incorporados a la Ley 28 interpretada, vigentes desde cuando ésta empezó a regir y aplicables a la regulación de hechos o situaciones jurídicas consumadas durante el imperio de la última, sin que, no obstante ello, puedan afectar en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas que se hubieren pronunciado en el tiempo intermedio en que una y otra ley fueron expedidas. Hay, pues, necesidad de admitir que el contenido de la voluntad legislativa expresada en la Ley 28 no es otro que el declarado y fijado por vía de interpretación auténtica en la Ley 68.

De allí que tratándose en el caso de autos de una sociedad conyugal preexistente a la primera de dichas leyes, sobre la cual no obra prueba de que se hubiere liquidado, deba entenderse que está gobernada por las disposiciones del Código Civil en cuanto a los bienes adquiridos por ella antes del 1º de enero de 1933, por disponerlo así el artículo 1º de la Ley 63 mencionada. Conforme al régimen del citado código el marido es el jefe único de la sociedad conyugal; administra libremente los bienes sociales y es considerado respecto de terceros, dueño de esos bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios, formasen un solo patrimonio. (Artículo 1805 y 1806 del C. Civil).

Por consiguiente, siendo el inmueble materia de este pleito un bien social que fue adquirido con anterioridad al 1º de enero de 1933; no estando demostrado que en la aludida sociedad se hubiese liquidado, y habiendo sido traspasado ese bien a título de compraventa a Cándida Collazos por Abel Perlaza, quien por lo dicho tenía capacidad y facultad legal para disponer de él libremente, es evidente que la sociedad carece en absoluto, como lo dedujo el Tribunal, del derecho de dominio en que fundamenta la acción que se ha incoado por medio del presente pleito.

De allí que el sentenciador no haya quebrantado ninguna de las disposiciones a que el recurrente se refiere.

Por último, en relación con el cargo de inconsonancia es suficiente anotar que la sentencia es absolutoria y que, de acuerdo con lo sostenido por la Corte en reiterada jurisprudencia, contra una decisión de esa naturaleza no es procedente la causal 2ª de casación, y mucho menos cuando los demandados se oponen —como en este caso ha ocurrido— expresa y tácitamente a que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de veintiuno de junio del año de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior de Cali.

Condénese en costas al recurrente.

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

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

ACCION PRINCIPAL PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS.—PERSONERIA JURIDICA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE INSTRUCCION PUBLICA.—ADQUISICION PROCESAL. — POLICITACION U OFERTA

1.—La ley reconoce personería jurídica a los establecimientos de instrucción pública, los cuales por su sola existencia se incorporan dentro de dicho aspecto de la personalidad moral; la circunstancia de que un instituto se dedique a la enseñanza pública u oficial, es decir, que sea el vehículo por medio del cual el Estado presta este servicio público, lo inviste de individualidad jurídica por ministerio de la ley sin que le sean menester para obtenerla trámite o gestión algunos. Cuando el título 36 del C. C. admite y reglamenta en nuestro derecho la presencia de personas jurídicas individualiza el fin perseguido por la entidad particularizada, y es en atención a dicho objetivo como autoriza su individualización ante el derecho. Sobre esta base reconoció inicialmente el Código como personas jurídicas a las corporaciones y a las fundaciones de beneficencia, entidades que para la obtención de su personería deben someter sus estatutos a la aprobación del Gobierno (artículo 636 del C. C.) o ajustarse a los que éste dicte en el caso del artículo 630 ibidem. Más tarde introdujo la ley dentro de esta especie de personalidad moral a la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública, a las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, y a las intendencias y comisarías. Estas nuevas personas jurídicas, en atención a su origen, asumen tal calidad desde su creación, siendo de advertir que los establecimientos de beneficencia a que el nuevo precepto se refiere no son susceptibles de confusión con las fundaciones de la misma clase por razón de su naturaleza y del acto que les da existencia; la ley 57 de 1887 reconoció personería jurídica a las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica, pero al paso que las primeras la obtienen por ministerio de la ley, en virtud de su sola existencia, y se reputan representadas por los prelados diocesanos o por quienes éstos designen, para las segundas es indispensable el reconocimiento del Gobierno previo el de la correspondiente autoridad eclesiástica.

Se puede, en consecuencia, sistematizar la adquisición de la personería jurídica conforme a nuestra ley de la siguiente manera: a) El sistema llamado del privilegio legal rige para la Nación, los departamentos, los municipios, las intendencias y comisarías, los establecimientos oficiales de beneficencia o de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, la Iglesia católica y las particulares de la misma Iglesia; b) El sistema conocido como del privilegio administrativo o gubernamental se aplica para las fundaciones y las corporaciones particulares, y para las asociaciones religiosas.

2.—La ley en parte alguna vincula la admisibilidad de los medios de prueba a su origen personal, sino que estatuye simple y llanamente los cauces por los cuales deben llegar al informativo para que puedan ser estimados. Dentro de los principios elementales que condicionan el desarrollo del litigio civil se halla el conocido bajo el nombre de adquisición procesal, en cuya virtud se reputa que el material de decisión pertenece por entero, en primer lugar, a las partes en cuanto en él pueden fundar sus pretensiones y hallar la convicción de los hechos que en su concepto configuren la acción o la excepción y, en seguida, al Juez, quien al referir las pruebas a la CAUSA PETENDI no ha de discriminar si se produjeron como satisfacción de una carga procesal predeterminada o como aporte legítimo a la normal constitución del juicio o a su recta decisión.

3.—La doctrina señala como períodos precontractuales aquellos que se consideran necesarios para la formación del consentimien-

to y que se conocen bajo los nombres de policitación u oferta y aceptación. Sobre el alcance y obligatoriedad de la primera los sistemas teóricos y legales se dividen según sigan la escuela francesa, calcadas en el viejo aforismo "ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur", o que militen bajo la noción germana; dentro de la primera la oferta caduca por muerte o incapacidad del oferente, y éste puede retractarse con libertad antes de la aceptación. Conforme a la segunda, emitida la oferta asume caracteres de obligatoriedad para quien la formula, cuya muerte o incapacidad, por otra parte, no conllevan la caducidad de la oferta. Difieren, pues, los dos sistemas en el valor que otorga cada uno al acto unilateral constituído por la simple policitación.

Nuestro Código Civil, a ejemplo del chileno, no incluyó preceptos reguladores de estos estados o períodos precontractuales, haciéndose así necesaria en el campo de las obligaciones civiles los preceptos que el Código de Comercio contiene sobre estas materias; el artículo 8 de la ley 153 de 1887 hizo y hace todavía forzosa tal regulación analógica. Este último estatuto incorporó una noción ecléctica según la cual las modalidades que el mismo oferente imprima a su gestión hacen o no obligatoria la oferta, pero imponiéndole siempre la carga de indemnizar al destinatario en caso de retractación (artículos 186 y 187, C. C.); el artículo 23 de la ley 51 de 1918, reglamentario de la opción, siguió de cerca este ordenamiento aunque callando respecto del resarcimiento. En lo que sí están de acuerdo las teorías que se dejan nombradas es en que la aceptación de la oferta por parte del destinatario perfecciona el vínculo contractual cuando para ello se requiere el ánimo de las voluntades abriéndose así el campo a nuevas discrepancias teóricas y legales para la determinación del instante en que se forma el consentimiento; ellas se recogen en cuatro criterios principales, a saber: a) el de la declaración, según el cual al ser aceptada la oferta por el destinatario sucede dicho fenómeno; b) el de la expedición, o sea, el que acude, para determinar ese momento, al envío o expresión adecuada de la aceptación; c) el de la información que se refiere a la hora en que el oferente conoce que el destinatario aceptó; y d) el de la recepción que se coloca sobre el hecho del recibo de la respuesta por el oferente aunque no se haya enterado de su contenido. Esta discrepancia se justifica por la importancia que desde todo punto de vista tiene la exacta fijación cronológica de la formación del consentimiento que es la del contrato. Nuestra ley acoge la teoría de la expedición, según aparece del artículo 188 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales)

Era el Municipio de Pasto propietario de un inmueble situado dentro de los límites del Distrito, y cuya tenencia cedió a Pedro Vallejo Peláez por un término de cinco años, a trueque de que lo acondicionara para prestar los servicios propios de un teatro; durante el expresado lapso el Municipio vendió el inmueble a la Universidad de Nariño estipulando el respeto por parte del adquirente al contrato en curso con Vallejo; cuando el término de este último pacto se acercaba a su expiración Pedro Vallejo propuso por escrito a la Universidad un contrato de arrendamiento destinado a reemplazar el convenio cuyo fin se acercaba; la entidad propietaria del inmueble en cuestión por medio de un oficio se declaró dispuesta a estudiar una oferta concreta del proponente, y éste, en carta del diez de junio de mil novecientos cuarenta y tres, sometió al Consejo de la Universidad una propuesta de arrendamiento sobre el teatro, llamado Ariel, por un término de cinco años, y un precio mensual de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), quedando autorizado para hacer reparaciones necesarias por un valor no excedente de doscientos pesos ($ 200); agregó el oferente que, en caso de aceptación, se le comunicara telegráficamente para no definir otro contrato con persona distinta. La Universidad respondió a Vallejo con un mensaje telegráfico del siguiente tenor: "Gustoso comunícole: Consejo estudió su oferta sobre Ariel. Resolvió aceptarla. Sírvase enviar póliza..." A pesar de esto la Universidad arrendó el teatro a Luis Jiménez, hecho del cual Vallejo afirma haber derivado numerosos perjuicios.

Para el reconocimiento y pago de éstos el presunto damnificado demandó a la Universidad ante el Juzgado segundo civil del Circuito de Pasto; el demandado reconvino al actor por los perjuicios que la demanda principal causa a la entidad demandada y para que, en su caso, se declare resuelto el posible contrato de arrendamiento celebrado entre los dos extremos de las recíprocas acciones.

El Juez le puso término a la primera instancia del pleito mediante fallo proferido el once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco solucionando el pleito en forma absolutoria para las partes demandadas tanto en el libelo principal como en el de reconvención, con costas a cargo de Vallejo Peláez; ambos contendientes apelaron de lo así decidido y el Tribunal Superior del Distrito, en sentencia que lleva fecha del veinte de septiembre del año subsiguiente, reformó lo resuelto por el inferior "en el sentido de declarar, como declara, improcedentes tanto la demanda principal como la de reconvención".

La sentencia recurrida

El fallo inhibitorio dictado por el Tribunal se sustenta en que Vallejo no demostró la existencia de la Universidad como persona jurídica, ni que el citado como Rector de ella lo sea realmente, aunque esta última circunstancia la acreditó en segunda instancia la parte demandada con las copias de los instrumentos correspondientes, ellas no son eficaces por haberlas pedido el demandado, quien "no puede suplir los deberes del demandante" y porque éste no puede utilizarlas ya que obran en papel común cuyo uso dentro del pleito está reservado a la Universidad.

Desde otro punto de vista estima que "propiamente no ha existido ni podido existir contrato de arrendamiento perfecto" entre las partes porque para ello sería necesario "acuerdo de voluntades sobre puntos concretos y determinados", a lo cual se añade que "se ignora quién tenía facultad de representar a la Entidad en estipulaciones de esta naturaleza, o era el Consejo Directivo, o era el Presidente, o era el Rector, o era el Tesorero, y qué condiciones se exigían para la celebración; podían celebrarse verbales y hasta qué cantidad, o escritos y quién los aprobaba, etc., pues es claro que cualquiera que quiera contratar con esa persona jurídica debe conocer estos requisitos, como debe conocerlos la justicia para deducir si una estipulación se ajusta o no a esas normas".

Respecto de la demanda de reconvención trae la sentencia consideraciones similares a que no se alude concretamente por cuanto el recurso de casación no gira sobre ella; fue interpuesto sólo por el apoderado del actor Vallejo, de tal suerte que la actividad de la Corte está limitada a la demanda principal.

El recurso

El demandante Vallejo formula contra la sentencia entre otros cargos el de ser violatoria del artículo 80 de la Ley 153 de 1887 por falta de aplicación; como esta acusación se encuentra valedera la Sala prescinde de examinar las demás propuestas.

Se considera:

Como lo observa el recurrente la ley reconoce personería jurídica a los establecimientos de instrución pública, los cuales por su sola existencia se incorporan dentro de dicho aspecto de la personalidad moral; la circunstancia de que un instituto se dedique a la enseñanza pública u oficial, es decir, que sea el vehículo por medio del cual el Estado presta este servicio público, lo inviste de individualidad jurídica por ministerio de la ley sin que le sean menester para obtenerla trámite o gestión algunos. Cuando el título 36 del C. C. admite y reglamenta en nuestro derecho la presencia de personas jurídicas individualiza el fin perseguido por la entidad particularizada, y es en atención a dicho objetivo que autoriza su individualización ante el derecho; sobre esta base el Código reconoció inicialmente como personas jurídicas a las corporaciones y a las fundaciones de beneficencia, entidades que para la obtención de su personería deben someter sus estatutos a la probación del Gobierno (artículo 636 del C. C.), o ajustarse a los que éste dicte en el caso del artículo 650 ibídem. Más tarde la ley introdujo dentro de esta especie de personalidad moral a la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública, a las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, y a las intendencias y comisarías; estas nuevas personas jurídicas en atención a su origen asumen tal calidad desde su creación, siendo de advertir que los establecimientos de beneficencia a que el nuevo precepto se refiere no son susceptibles de confusión con

las fundaciones de la misma clase por razón de su naturaleza y del acto que les da existencia; la Ley 57 de 1887 reconoció personería jurídica a las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica, pero al paso que las primeras la obtienen por ministerio de la ley, en virtud de su sola existencia, y se reputan representadas por los prelados diocesanos o por quienes éstos designen, para las segundas es indispensable el reconocimiento del Gobierno previo el de la correspondiente autoridad eclesiástica.

Se puede, en consecuencia, sistematizar la adquisión de la personería jurídica conforme a nuestra ley de la siguiente manera: a) el sistema llamado del privilegio legal rige para la Nación, los departamentos, los municipios, las intendencias y comisarías, los establecimientos oficiales de beneficencia o de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, la Iglesia católica y las particulares de la misma Iglesia; b) el sistema conocido como del privilegio administrativo o gubernamental se aplica para las fundaciones y las corporaciones particulares, y para las asociaciones religiosas.

Bien puede evidenciarse que un establecimiento como la Universidad de Nariño originado en un acto de la voluntad soberana expresada en el año de mil novecientos tres, se gobierna en cuanto a su personería jurídica por el privilegio legal, lo cual rechaza la exigencia que el Tribunal hizo de otra prueba de su existencia y de su aptitud ante el derecho, bastando esta simple reflexión para destacar que dicha entidad se abstuvo de aplicar, violándolo así, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

Esta circunstancia es suficiente para pronunciar la casación del fallo comoquiera que se proyecta sobre todos los extremos del litigio hasta el punto de que con ella hubiera podido finalizar el Tribunal sus reflexiones para llegar a la misma equivocada conclusión a que llegó.

En orden a proferir la sentencia de instancia, la Sala se funda en las siguientes razones que rectifican los demás sustentos que el Tribunal prestó a la suya los cuales, si bien son materia de la demanda de casación, no se examinan dentro del ámbito del recurso por haber quedado decidido con la prosperidad del cargo visto ya.

La personería adjetiva de la Universidad cuya prueba no admitió el Tribunal se halla plenamente acreditada como el mismo sentenciador lo reconoce; si niega toda eficacia a su demostración se funda para hacerlo en que fue la entidad demandada la productora de la probanza correspondiente, lo cual halla irregular el sentenciador de segunda instancia porque "el demandado no puede suplir los deberes del demandante".

Este concepto se resiente de un inaceptable empirismo; la ley en parte alguna vincula la admisibilidad de los medios de prueba a su origen personal, sino que estatuye simple y llanamente los cauces por los cuales deben llegar al informativo para que puedan ser estimados. Dentro de los principios elementales que condicionan el desarrollo del litigio civil se halla el conocido bajo el nombre de adquisición procesal, en cuya virtud se reputa que el material de decisión pertenece por entero, en primer lugar, a las partes en cuanto en él pueden fundar sus pretensiones y hallar la convicción de los hechos que en su concepto configuren la acción o la excepción, y, en seguida, al Juez quien al referir las pruebas a la **causa petendi** no ha de discriminar si se produjeron como satisfacción de una carga procesal predeterminada o como aporte legítimo a la normal constitución del juicio o a su recta decisión.

Estando, pues, establecido que quien asumió la representación de la Universidad demandada como Rector suyo ejerce en verdad dicho empleo, procede el examen de fondo sobre la materia controvertida:

La doctrina señala como períodos precontractuales aquellos que se consideran necesarios para la formación del consentimiento, y que se conocen bajo los nombres de policitación u oferta y aceptación; sobre el alcance y obligatoriedad de la primera, los sistemas teóricos y legales se dividen según sigan la escuela francesa, calcada en el viejo aforismo **"ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur"**, o que militen bajo la noción germana; dentro de la primera la oferta caduca por muerte o incapacidad del oferente, y éste puede retractarse con libertad antes de la aceptación; conforme a la segunda emitida la oferta asume caracteres de obligatoriedad para quien la formula, cuya muerte o incapacidad, por otra parte, no conllevan la caducidad de la oferta; difieren pues los dos sistemas en el valor que otorga cada uno al acto unilateral constituído por la simple policitación.

Nuestro Código Civil, a ejemplo del chileno, no incluyó preceptos reguladores de estos estados o períodos precontractuales, haciéndose así necesaria la aplicación en el campo de las obligaciones

civiles de los preceptos que el Código de Comercio sobre estas materias contiene; el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 hizo y hace todavía forzosa tal regulación analógica. Este último estatuto incorporó una noción ecléctica según la cual las modalidades que el mismo oferente imprima a su gestión hacen o no obligatoria la oferta, pero imponiéndole siempre la carga de indemnizar al destinatario en caso de retractación (artículos 186 y 187 del C. C.); el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 reglamentario de la opción siguió de cerca este ordenamiento aunque callando respecto del resarcimiento.

En lo que sí están de acuerdo las teorías que se dejan brevemente nombradas es en que la aceptación de la oferta por parte del destinatario perfecciona el vínculo contractual cuando para ello sólo se requiere el acuerdo de las voluntades abriéndose así el campo a nuevas discrepancias teóricas y legales para la determinación del instante en que se forma el consentimiento; ellas se recogen en cuatro criterios principales, a saber: a) el de la declaración según el cual al ser aceptada la oferta por el destinatario sucede dicho fenómeno; b) el de la expedición, o sea el que acude para determinar ese momento al envío o expresión adecuada de la aceptación; c) el de la información que se refiere a la hora en que el oferente conoce que el destinatario aceptó; y d) el de la recepción que se coloca sobre el hecho del recibo de la respuesta por el oferente aunque no se haya enterado de su contenido.

Esta discrepancia se justifica por la importancia que desde todo punto de vista tiene la exacta fijación cronológica de la formación del consentimiento que es la del contrato.

Nuestra ley (artículo 188 del C. de C.) acoge la teoría de la expedición: "En el acto de expedida la respuesta, pura y simplemente aprobatoria de la propuesta el contrato queda perfeccionado, y produce todos sus efectos legales...".

Siendo el arrendamiento un pacto consensual, característica que sólo puede alterarse por convenio de ambas partes, a primera vista pudiera estimarse que cuando la Universidad aceptó telegráficamente la policitación de Vallejo Peláez quedó perfeccionado un contrato cuyo objeto (cosa y precio) y cuyo término estaban claramente determinados; con todo, el hecho de que conforme al texto de la aceptación misma la Universidad reclamara una póliza, locución con que impropiamente se pretende designar el proyecto o a la minuta del escrito que ha de recoger las estipulaciones contractuales, da base para examinar si en el caso de autos se realizaron las previsiones del artículo 1979 del C. C.

De autos aparece que Vallejo Peláez al presentar su propuesta exigió a la Universidad que en caso de aceptación se le comunicara telegráficamente "para no cerrar un negocio con don José María Navarrete"; no es difícil deducir que por parte del pretenso arrendatario la simple adhesión del plantel a la oferta era suficiente para comunicar a sus condiciones tal fuerza vinculante que descartaba la posibilidad de celebrar otro contrato con fines semejantes a los perseguidos con el ofrecido a la Universidad.

Esta, sabedora de tales particulares, aceptó pura y simplemente la oferta; no condicionó la eficacia de su declaración de voluntad a que fuera recogida en instrumento alguno; si bien es cierto que pidió una "póliza" las voces que empleara no sólo no dan base para deducir condición moratoria o suspensiva del consentimiento, sino que contienen apenas el propósito de hacer constar por escrito el contrato ya perfeccionado; bien sabido es que no todos los instrumentos destinados a captar los actos y declaraciones de voluntad se otorgan para comunicar a aquéllos validez y vigencia; esto apenas ocurre con los contratos solemnes pero no con aquellos cuyo perfeccionamiento no pende de solemnidad alguna; en éstos el escrito apenas tiene mérito **ad probationem** lo cual no incide en la existencia, validez y certidumbre de los derechos y obligaciones respectivos.

Estos puntos de vista no sufren alteración alguna porque los estatutos de una entidad moral preceptúen para sus gestores formalidades especiales en la contratación; esas previsiones reguladoras de la actividad interna de cada persona jurídica no tienen poder suficiente para transformar en solemnes los contratos consensuales como lo pretende el opositor al recurso; admitir ese punto de vista equivale a aceptar la derogatoria unilateral de normas que sólo un acuerdo de voluntades puede suplir; por otra parte de autos no aparece que la Universidad hubiera condicionado las expresiones de su voluntad a trámites internos singulares.

En tales condiciones la negativa del expresado plantel a conferir el uso y goce del Teatro Ariel a Vallejo, en los términos de la oferta que de él aceptó, y el arrendamiento que contratara en

cambio con Luis Jiménez, quebrantan la fe contractual, dando lugar a las indemnizaciones del caso. (Artículos 1892 y 1893 del C. C.).

Para la determinación del perjuicio y de su monto la Sala observa: El acervo probatorio no proporciona datos sobre daños concretos sufridos por Vallejo Peláez a causa de la culpa contractual de la parte demandada, salvo el representado en la privación del uso y goce del teatro arrendado por el término de cinco años desde el día siguiente al en que expiró el contrato celebrado por el actor con el Municipio de Pasto; de los demás desmedros de que se querella Vallejo no hay demostración en el proceso y bien sabido es que el perjuicio, para que sea sustento de una condena a la indemnización, ha de ser cierto e inmediato, directo, es decir, que la relación entre su ocurrencia y la culpa que lo origina sea tan estrecha que entre ellos no se interponga ningún otro factor que desplace de la culpa la causalidad del daño.

Sobre este segundo aspecto se anota que las circunstancias de orden material y moral de que se duele Vallejo, excepto la privación de la cosa arrendada, aunque se hubiera probado no darían margen para la prosperidad de la acción indemnizatoria por no encontrar su fuente y origen necesario y exclusivo en el incumplimiento de la Universidad.

Como la cuantía del único daño demostrado y susceptible de resarcimiento no se acreditó en las instancias, su liquidación ha de operarse en la ejecución de este fallo sobre las bases que para ello se dejan establecidas.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA, en la parte sujeta al recurso, la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior de Pasto con fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, REVOCA el numeral primero del fallo que con fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, dictó el Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto, y en su lugar DECLARA que la Universidad de Nariño incumplió el contrato de arrendamiento celebrado por ella con Pedro Vallejo Peláez a que la demanda se refiere, y la CONDENA al pago de los perjuicios sufridos por el arrendatario Vallejo a causa del incumplimiento, y cuyo monto se fijará mediante el trámite del artículo 553 del C. J., siguiendo las bases que para ello se dejan sentadas.

Sin costas en las instancias.

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

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

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS.—CONTRATO DE TRANSPORTE

El contrato de transporte está regulado por las disposiciones del Código Civil sobre arrendamiento de transporte, que se deben observar sin perjuicio de las especiales para los mismos objetos contenidas en las leyes particulares relativas a cada especie de tráfico, y en el Código de Comercio, el cual tiene un título especial sobre el transporte por tierra, lagos, canales o ríos navegables cuyas disposiciones son aplicables no sólo a los empresarios públicos o particulares de conducciones que ejercen la industria de conducciones, sino a las personas que ocasionalmente se obligan a conducir pasajeros o mercaderías. (Artículos 2078, C. C., 261, 270, 318, C. Co.). Esas disposiciones del transporte se distinguen por su gran amplitud en cuanto a la celebración, prueba y ejecución del contrato pues establecen que es meramente consensual y aun puede perfeccionarse por cualquier medio probatorio y que el porteador puede encargar la conducción a un tercero, bajo su responsabilidad. (Artículos 263, 266, 276, 265, C. Co.)

La industria del transporte puede ejercerse por el empresario mismo o por medio de sus criados asalariados, pero en este segundo caso es responsable el empresario de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea. Como todo acarreador o porteador el empresario responde no sólo por su propio hecho sino por el de sus agentes o sirvientes (artículos 2071, 2072, C. C., 261, C. Co.). Y en la industria del transporte público los conductores de vehículos pueden recibir pasajeros y efectos durante el viaje y obligan al empresario al cumplimiento de las prestaciones que deben los porteadores. (Artículo 321, C. Co.).

Según el numeral 4º del artículo 322 del C. Co. los pasajeros tienen derecho a indemnización del daño que sufran en sus personas por culpa del empresario o la de sus conductores o postillones; siendo la culpa del mismo pasajero es claro que no tendrá derecho a indemnización.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Alejandro Castro Delgado demandó a la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente, Ltda., para que se la declarara responsable por culpa contractual, y en subsidio extracontractual, del accidente ocurrido el 1º de enero de 1944, en una de las calles de Villavicencio, en un vehículo de propiedad de la Cooperativa, y para que consecuencialmente se condenara a la Cooperativa a pagarle los perjuicios materiales y morales que le causó el accidente mencionado, los que estimó en más de quince mil pesos.

Los fundamentos de hecho y de derecho invocados en el libelo, fueron estos:

"Primero. La Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente adquirió personería jurídica por Resolución número 222 de 10 de marzo de 1942, dictada por el Ministerio de la Economía Nacional y que fue autorizada para funcionar e iniciar operaciones por Resolución número 12 del 17 de marzo del mismo año, dictada por la Superintendencia de Cooperativas; y por lo tanto es una entidad capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

"Segundo. El día primero de enero del presente año, siendo las seis de la tarde aproximadamente, en el sitio denominado Guatiquía, mi mandante Alejandro Castro subió como pasajero al bus mixto de placa número 153 de Villavicencio, de propiedad de la Cooperativa de Transportadores de Oriente, conducido por el chofer Demetrio Peña.

"Tercero. Al subir al bus Castro quedó colocado en el extremo derecho de la segunda banca y en ese sitio viajó hasta Villavicencio.

"Cuarto. Castro debido a la incomodidad producida por el exceso de pasajeros se vio obligado a recostar la mano sobre el borde de la ventanilla derecha del bus.

"Quinto. Al llegar a Villavicencio, a eso de las seis y media de la tarde el conductor del bus número 153 metió el vehículo por una calle cerrada con una cerca de alambre, y que no estaba al servicio de la circulación por hallarse pavimentando, y acto seguido golpeó violentamente el vehículo contra un riel que servía de poste a las cuerdas de la luz eléctrica.

"Sexto. Como consecuencia del golpe Castro sufrió el destrozo de la mano derecha, lo que le ocasionó de por vida una incapacidad absoluta para trabajar.

"Séptimo. Del examen practicado posteriormente por los médicos legistas aparece que Castro sufrió la limitación de los movimientos del codo, la pérdida de los movimientos de la mano derecha, la pérdida del dedo medio derecho, lo que constituye una perturbación funcional y una deformidad física permanentes.

"Octavo. Al día siguiente del accidente Castro fue conducido a la clínica del doctor Manuel Vicente Peña, donde permaneció hospitalizado por cuenta de la Cooperativa por espacio de 124 días.

"Noveno. Las causas del accidente que ocasionó tan graves perjuicios en la persona de mi mandante fueron principalmente:

"a) Error gravísimo, imprudencia y culpa del conductor del vehículo número 153, de propiedad de la Cooperativa de Transportadores de Oriente, señor Demetrio Peña, quien por conducir en estado de embriaguez se metió por una calle tapada atropellando la cerca de alambre que cerraba la boca-calle, llevaba exceso de pasajeros, y una mujer al lado. Error mucho más grave si se tiene en cuenta que la calle donde ocurrió el accidente es bastante amplia, pues tiene más de siete metros entre los dos andenes y pasada la cerca no había ningún motivo que justificara que el conductor se ladeara desmesuradamente hacia la derecha.

"b) Negligencia, descuido, culpa por parte de la Administración de la sociedad, al encomendar la conducción de uno de sus vehículos a un individuo que en circunstancias igualmente inexplicables ocasionó otro accidente de tráfico de bastante gravedad poco tiempo antes del que nos ocupa.

"Décimo. Los perjuicios sufridos por la víctima Alejandro Castro y a los que hago referencia en las peticiones de la demanda pueden ser determinados por los siguientes elementos:

"Perjuicios materiales. a) Castro ejercía en su taller de Villavicencio la profesión de mecánico, donde estaba bien acreditado y tenía bastante clientela.

"b) Ganaba con su taller y su trabajo un promedio de cuatro pesos diarios.

"c) Debe también tenerse en cuenta la edad de la víctima (29) años, su habilidad para el arte en que trabajaba y las posibilidades para mejorar.

"Perjuicios morales. Depresión causada por la deformidad física, dificultad para luchar adecuadamente por la vida, imposibilidad para subvenir a las necesidades de su familia, etc.

"En derecho me fundo en los artículos 1494, 1495, 2070 a 2078 del C. C.,; 295, 306, 308, 318, 393 y demás disposiciones concordantes del C. de Co.; Ley 134 de 1931, artículos 29, 2347, 2349 y 2356 del C. C."

El Gerente de la Sociedad demandada aceptó el hecho primero, negó los hechos 6º, 8º, 9º y 10º y dijo no constarle los hechos 2º a 5º y 7º; además alegó que el bus no había tenido choque alguno, que Castro iba en estado de embriaguez y había sacado la mano del bus, imprudentemente y que era un simple obrero que había trabajado en los oficios más variados, con quien ocasionalmente lo contratara.

En cuanto a las súplicas de la demanda el gerente se opuso dando estas razones: que la Cooperativa no era propietaria del bus número 153 por lo que no estaba obligada a pagar indemnización alguna por causa de culpa suya contractual o extracontractual; que la acción debía dirigirse contra el dueño del vehículo y no contra la Cooperativa, "ya que los véhículos no son de propiedad de ésta sino que únicamente le están afiliados para fines de protección social y económica de sus respectivos dueños"; que los vehículos son manejados por sus dueños o por los choferes y ayudantes que ellos libremente escogen; que movida por un sentimiento altruísta, y no por obligación, la Sociedad le pagó a Castro la clínica, parte por cuenta del señor Guillermo Piñeros, dueño del vehículo, y parte por cuenta propia, sin admitir por esto culpa suya de ninguna clase en el accidente.

Surtida la primera instancia, el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de julio de 1945, falló el pleito declarando la responsabilidad civil contractual a cargo de la Cooperativa, condenando a esta entidad a pagarle a Castro perjuicios materiales y perjuicios morales subjetivos, remitiendo a procedimiento separado

la fijación de aquéllos y señalando en cien pesos el valor de éstos, e imponiendo las costas del juicio a la parte demandada.

Por apelación de ésta se siguieron los trámites de la segunda instancia en el Tribunal Superior de Bogotá, el que pronunció sentencia definitiva el 18 de septiembre de 1946, donde revoca la de primera instancia y en su lugar absuelve a la Cooperativa de los cargos de la demanda.

El Tribunal, al estudiar la imputabilidad del hecho nocivo respecto de la Cooperativa, como elemento de la responsabilidad civil, de esta entidad, encontró que estaba probado que el camión número 153 no pertenecía en la fecha del accidente a la entidad demandada, pues apenas estaba afiliado a ella como de propiedad particular del señor Guillermo Piñeros, y que no se había esclarecido en forma alguna el vínculo jurídico que se constituye entre el propietario y explotante de un vehículo y la empresa a que se afilia, vínculo por el cual la empresa, como persona jurídica distinta del dueño del vehículo y del conductor del mismo, debe responder civilmente ante terceros de los daños que se causen a éstos por aquella explotación del dueño, por lo cual estimó el sentenciador que la acción de responsabilidad civil deducida contra la entidad demandada no presenta fundamentos atendibles en relación con el requisito de la imputabilidad y el del vínculo de causalidad del daño que deben concurrir a integrar la acción. Terminó el Tribunal anotando que si de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 134 de 1931 es en los estatutos constitutivos de la sociedad donde debe consignarse el objeto y propósitos de la Cooperativa, la clase y límites de la responsabilidad de los socios de la sociedad, los derechos y deberes de éstos, etc., el conocimiento de los estatutos por parte del sentenciador se imponía antes de dictar fallo condenatorio contra la Cooperativa demandada.

Contra esa sentencia absolutoria interpuso recurso de casación el apoderado del demandante y la Sala pasa a considerarlo.

Dos cargos contiene la demanda de casación. El primero es el de error evidente y consecuencial violación de los artículos 604, 606 y 607 del C. J., que definen la confesión y señalan el mérito probatorio de la judicial, los artículos 23 y 29 de la Ley 134 de 1931 que definen la sociedad cooperativa y reconocen su personalidad jurídica, y los artículos 2071, 2072 del C. C., 306 y 322 del C. de Co. sobre responsabilidad de los empresarios de transportes no sólo por su propio hecho sino por el de sus agentes o sirvientes.

Hace notar el recurrente que el Tribunal no paró mientes en que el Gerente de la sociedad demandada declaró en la contestación de la demanda que el propietario del vehículo, señor Guillermo Piñeros, es socio de la Cooperativa y que tiene en ella un fondo de garantía, de trescientos pesos, que tiene por objeto responder de los extravíos y deterioros de las mercancías transportadas; que si lo hubiera hecho habría concluído que el vehículo de Piñeros jugaba dentro de la organización de la Cooperativa, bajo su guarda y control o administración, comprometiendo por ende su responsabilidad; después de deducir del artículo 23 de la citada Ley 134 de 1931, las características de las sociedades cooperativas, según las entiende el recurrente, aplica sus deducciones al caso diciendo que si Piñeros era socio de la Cooperativa demandada y su vehículo estaba afiliado a la misma, tanto su actividad de transportador como su carro estaban incorporados en la organización y administración del servicio público de transportes de dicha Cooperativa, con el objeto de descargar en ésta todas las responsabilidades individuales que pudiera acarrearle su tráfico individual, las que así quedaron asumidas por la entidad, con lo cual surge en forma clara el vínculo jurídico que echó de menos el Tribunal; alega que si las cooperativas no fueran responsables de las operaciones que se ejecutan en esa organización común, serían inoperantes en la vida jurídica, a pesar de que el artículo 29 de la Ley 134 les reconoce personalidad jurídica y capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.

El segundo cargo es el de errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 134 de 1931, y falta de aplicación de los artículos 306, 322 y 482 del C. de Co., 2071 y 2072 del C. C., porque al decir del recurrente, el fallador, suponiendo la existencia de un vínculo entre el vehículo del accidente y la Cooperativa demandada, rechaza la responsabilidad contractual de ésta, por considerar que los estatutos de esta sociedad son los que pueden determinar su responsabilidad respecto de los que contratan con ella y que por eso sin conocerlos no puede deducirse la responsabilidad contractual que pretende la demanda.

Como, según va a verse, la Sala encuentra justificado el primer cargo, no tendrá que entrar a

considerar el segundo de acuerdo con el artículo 538 del C. J.

Se considera:

En la demanda la responsabilidad de la sociedad se hace derivar principalmente del incumplimiento de un contrato de transporte celebrado con ella por el demandante, como se ve en los hechos segundo y noveno, donde se dice que Castro subió como pasajero a un bus mixto de la Cooperativa manejado por Demetrio Peña, a quien la administración le había encomendado culpablemente la conducción del vehículo, y por cuyo error o imprudencia había tenido lugar el accidente.

El contrato de transporte está regulado por las disposiciones del código civil sobre arrendamiento de transporte, que se deben observar sin perjuicio de las especiales para los mismos objetos, contenidas en las leyes particulares, relativas a cada especie de tráfico, y en el código de comercio, el cual tiene un título especial sobre el transporte por tierra, lagos, canales o ríos navegables cuyas disposiciones son aplicables no sólo a los empresarios públicos o particulares de conducciones, que ejercen la industria de conducciones, sino a las personas que ocasionalmente se obligan a conducir pasajeros o mercaderías (artículos 2078, C. C., 261, 270, 318, C. Co.).

Esas regulaciones del transporte se distinguen por su gran amplitud en cuanto a la celebración, prueba y ejecución del contrato, pues establecen que es meramente consensual y aun puede perfeccionarse por el consentimiento tácito de las partes, que se puede acreditar por cualquier medio probatorio y que el porteador puede encargar la conducción a un tercero, bajo su responsabilidad (artículos 263, 266, 276, 265 del C. de Co.).

La industria del transporte puede ejercerse por el empresario mismo o por medio de sus criados asalariados, pero en este segundo caso el empresario es responsable de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea. Como todo acarreador o porteador el empresario responde no sólo por su propio hecho sino por el de sus agentes o sirvientes (artículos 2071, 2072, C. C., 261, C. de Co.). Y en la industria del transporte público, los conductores de vehículos pueden recibir pasajeros y efectos durante el viaje y obligan al empresario al cumplimiento de las prestaciones que deben los porteadores. (Artículo 321 del C. de Co.).

En la fecha del accidente que dio origen a este pleito, o sea el 1º de enero de 1944, el servicio público de transporte de carga y pasajeros no podía prestarse en el territorio nacional sino por personas naturales o jurídicas autorizadas para ello por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, previo el cumplimiento de las formalidades exigidas para tal efecto (artículo 5º del Decreto-ley 2312, del 26 de noviembre de 1943, decreto que subrogó el Decreto-ley número 400 del 14 de febrero de 1942. El señor Guillermo Piñeros, dueño del camión matriculado en Villavicencio, en junio de 1941, como vehículo destinado al servicio público de transporte de carga y pasajeros (C. 3, f. 12 v.) no tenía licencia para ejercer la industria del transporte público, como sí debía tenerla la Cooperativa de Transportes de Oriente según se desprende de los certificados de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas y de la Dirección de Circulación y Tránsito de Villavicencio, que obran en autos (C. 2, f. 46 v.; C. 1, f. 22 v.). Por eso, sin duda, Piñeros se había afiliado a la Cooperativa mencionada, sociedad transportadora que como empresaria pública de transportes debía tener esa licencia, por lo cual a ella podían afiliarse otros transportadores que no reunieran las condiciones exigidas para obtenerla individualmente. En calidad de afiliado a la Cooperativa, según Resolución número 25 del 30 de mayo de 1942, Piñeros había sido autorizado por Resolución número 85 del 5 de septiembre de 1942, para trabajar en la tercera línea o sea de Villavicencio a Puerto López e intermedias con el camión, chiva o bus mixto número 153 de la matrícula de Villavicencio. Y según la manifestación del Gerente de la Cooperativa que en verdad no tomó en cuenta el Tribunal, Piñeros era socio de la Cooperativa y tenía en ella un fondo de garantía por trescientos pesos para responder por los extravíos y deterioros de las mercancías transportadas.

Todas estas circunstancias de hecho permiten sacar la conclusión de que Piñeros trabajaba en el transporte con su bus mixto por cuenta de la Cooperativa demandada, como un agente de esta empresaria en el servicio público de transportes. La afiliación de dicho señor a la Cooperativa debe ser entendida, dados los antecedentes relatados, como la unión del primero a la segunda para ejercer la industria del transporte público bajo la dependencia, control o administración de la entidad. Y siendo esto así no es infundada la afirmación del demandante sobre la celebración del

contrato con la Cooperativa ni es obstáculo para estimarlo así que el vehículo no fuera de propiedad de esta entidad, como erróneamente lo creyó Castro Delgado, porque la persona del porteador en ese contrato de transporte no se podía determinar por la propiedad del bus mixto, ya que una conducción de pasajeros o carga se puede ejecutar en un vehículo ajeno con consentimiento y aun sin la voluntad de su dueño.

Por no haber tenido en cuenta la confesión del Gerente sobre la calidad de socio de la Cooperativa demandada, que tenía el dueño del bus mixto número 153 donde subió como pasajero el demandante, y sobre el fondo de garantía que aquél tenía depositado en la sociedad para que ésta respondiera a terceros por extravíos y deterioros que sufrieran las mercancías transportadas en ese bus, y por no haber sacado las consecuencias jurídicas que de esas circunstancias y de la afiliación de ese socio a la empresa pública de transportes se derivaban rectamente, el Tribunal infringió los artículos 2071 y 2072 del C. C., dejando de ver que sí existía un vínculo jurídico entre el dueño del bus y su conductor, por una parte, y la Cooperativa demandada, por otra parte, vínculo de tal naturaleza que colocaba a esta sociedad, por la celebración del contrato de transporte con el demandante, en la necesidad legal de responder por el hecho de un agente suyo en calidad de socio afiliado. En este sentido es fundamentado el cargo que se estudia.

No obstante esto, no podrá la Sala llegar a infirmar la sentencia acusada por cuanto la parte demandada ha de ser absuelta, al considerar el asunto en instancia, aunque por motivo distinto al que sirvió de fundamento al Tribunal.

En el contrato de transporte de personas, el transportador tiene la obligación de conducirlas a su destino en las mismas condiciones en que se hallaban al empezar el viaje y el incumplimiento de esta obligación lo hace responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al pasajero, según se desprende de los artículos 2092 del C. C. y 322 del C. de Co. Se presume que el incumplimiento se debe a culpa del empresario, pero él puede demostrar, para librarse de responsabilidad, que tomó la diligencia o cuidado suficientes y que el accidente se debió a fuerza mayor o caso fortuito, o que se debió a culpa de la víctima. Según el numeral 4º del citado artículo 322 los pasajeros tienen derecho a indemnización del daño que sufran en sus personas por culpa del empresario o la de sus conductores o postillones; siendo la culpa del mismo pasajero es claro que no tendrá derecho a indemnización.

El accidente de tránsito en que resultaron lesionados el demandante Castro Delgado y otras personas, dio origen a una investigación criminal contra el chofer Demetrio Peña por el delito de lesiones personales. Allí se hizo parte civil Castro Delgado y por medio de libelo que presentó el 12 de junio de 1944, pidió que el mencionado chofer de la Cooperativa de Transportadores de Oriente fuera condenado a indemnizarle los perjuicios que le ocasionó el delito investigado, los cuales estimó en veintiun mil pesos. La investigación terminó con auto de sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Bogotá pronunció el 4 de diciembre de 1945 a favor del conductor Peña y se funda en los considerandos que en seguida se transcriben:

"El accidente de tránsito de que se trata, realizado en las circunstancias que se dejan atrás narradas y demostradas, no envuelve, en concepto del Tribunal, culpabilidad, para el chofer del bus con el cual se ocasionó, señor Demetrio Peña, por cuanto es innegable que, hubiera tenido o no obstáculo en la vía hacia el lado izquierdo del vehículo, en su marcha normal, éste no tropezó en ningún momento por ninguno de sus costados y de consiguiente si el accidente se produjo se debió no a falta de previsión ni a imprudencia suyas, las cuales existieron, a no dudarlo, en las mismas personas lesionadas, por viajar en las condiciones que lo hicieron, en forma completamente descuidada y sin tomar las precauciones que la simple razón natural aconseja en estos casos, lo cual habría sido bastante para que no hubiera habido ningún lesionado por causa de la actividad lícita desarrollada por el procesado Demetrio Peña al conducir el vehículo en la forma que lo hizo. De consiguiente, estando como lo está, demostrada la inculpabilidad del chofer Demetrio Peña en el accidente de tránsito de que se viene hablando, forzoso es concluír que su situación jurídica debe ser resuelta en la forma prevista en el artículo 437 del C. de P. P., por medio de sobreseimiento definitivo en su favor y en manera alguna como se hace en el auto apelado puesto que no hay prueba de la responsabilidad en ningún grado para llamarlo a juicio de conformidad con el artículo 429 ibídem, y estar, por el contrario, establecida la inocencia de dicho procesado. En consecuencia, de lo expues-

to, el auto de proceder apelado debe ser revocado y en su lugar proferirse sobreseimiento definitivo en favor de Demetrio Peña por razón del cargo por el cual se le procesó e indagatorió...".

Esta providencia definitiva que vino en copia a estos autos, con todas las diligencias practicadas en la investigación criminal, tiene fuerza legal contra todos, pero también contra el demandante Castro, de una manera especial, por haber sido parte civil en el proceso donde fue dictada. Ella hace tránsito a cosa juzgada sobre estos dos puntos: que Peña, el conductor del bus, no tuvo culpa en el suceso y que las lesiones sufridas por los pasajeros, entre ellos el demandante Castro, se debieron a culpa de los mismos, por lo cual no resultó probada la infracción de la ley penal denominada lesiones personales, señalada como causa de los daños y perjuicios que sufrieron tales pasajeros.

La consecuencia que se deriva de esta decisión es que la acción de responsabilidad contractual no puede prosperar ya por estar demostrado que el daño de que se queja el demandante tuvo su causa en su propia culpa, ya por el efecto extintivo que sobre la acción civil tiene la cosa juzgada por la justicia penal, al tenor del artículo 28 del C. de P. P. que dice:

"La acción civil no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado...".

La demanda trata de hacer efectiva, en forma subsidiaria, la responsabilidad delictual de la Cooperativa demandada, lo que es injurídico, aun en esa forma, porque si existió un contrato de transporte entre las partes, como así fue en realidad según lo deducido atrás, no puede hablarse de responsabilidad delictual ya que ésta supone que entre la víctima y el autor del daño no mediaba un vínculo contractual.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dieciocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, y que fue motivo del presente recurso de casación.

Sin costas en el recurso.

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

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

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR PERJUICIOS

Es demasiado sabido que el error de hecho o de derecho en que se incurra en la estimación de las pruebas no es por sí causal de casación, desde luego que el motivo contemplado en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial no es otro que el de la violación de ley sustantiva.

El deber de citar el texto de la disposición sustantiva quebrantada no se llena con la cita que en general se haga de disposiciones del Código Civil por títulos o capítulos, sino con el señalamiento de un modo concreto del artículo especial que se supone infringido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo repartido al Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, José María Escovar Lotero demandó en juicio ordinario a José Tobón Uribe para que se le condene a indemnizarle los perjuicios materiales y morales que le causaron, según los hechos de la demanda, los actos ejecutados por el demandado tendientes a conseguir el descrédito y la consiguiente merma en el consumo del producto medicinal denominado "Elixir de Larga Vida", para el cual el primero había obtenido del Gobierno Nacional privilegio exclusivo por el término de diez años; actos que consistieron en la denuncia criminal puesta por el demandado en la Alcaldía de Medellín, en el decomiso del producto que a la sazón existía en las droguerías y boticas de la misma ciudad, y en la propaganda tendenciosa que llevó a cabo, tanto en la prensa hablada como en la escrita, en la cual hacía aparecer el producto del señor Escovar Lotero como una preparación peligrosa para la salud, que como tal era perseguida por las autoridades policivas.

El demandado dio contestación a la demanda negando algunos de los hechos fundamentales de ella. Dice que la propaganda a que se refiere el actor no la hizo con la intención de perjudicar a éste, pues al contrario el señor Escovar le ha causado graves perjuicios al usar fraudulentamente, en competencia desleal, una marca de fábrica que sólo el demandado puede emplear en todo el territorio de la República. Confiesa el hecho de haber elevado denuncia criminal contra el actor por el uso fraudulento de la marca en referencia, lo mismo que haber solicitado y obtenido el decomiso del producto que fabrica Escovar Lotero, y de que habla la demanda. Terminó oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas y propuso finalmente la excepción de inepta demanda.

Tobón Uribe instauró, a su vez, demanda de reconvención contra el actor Escovar. Adelantado el doble juicio, finalizó en segunda instancia con la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín, favorable a las pretensiones del contrademandante. Acusada en casación, la Corte, en proveído de 20 de noviembre del mismo año, casó ese fallo del Tribunal y dispuso que se tramitara y declarara la nulidad que observó, según la cual no ha debido admitirse, por falta de competencia, la demanda de reconvención, pues las declaraciones que allí se impetraron, sólo puede hacerlas, en primera instancia uno de los Jueces del Circuito de Bogotá según el artículo 9º de la Ley 94 de 1921, por tratarse de la cancelación de una marca o patente.

Anulado, pues, el proceso, volvió el expediente al Juzgado del conocimiento. Allí fue repuesta en forma legal la actuación invalidada, y se puso fin a la primera instancia con la sentencia de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio de la cual se desecharon las excepciones propuestas por el demandado; se declaró que el doctor José Tobón Uribe, mediante su campaña contra el producto patentado "Elixir de Larga Vida", el decomiso de ese artículo y el sumario que le hizo seguir a José María Escovar Lotero, le causó a éste perjuicios pecuniarios y morales que debe indemnizarle; se condenó al nombrado Tobón Uribe a pagar a Es-

covar Lotero la suma de tres mil ciento setenta y tres pesos con cincuenta centavos, como valor de los perjuicios morales y materiales causados, y se abstuvo de hacer condenación de costas.

Contra el fallo interpusieron apelación los apoderados de ambas partes, y el Tribunal Superior de Medellín, que conoció del recurso, lo decidió en sentencia de 27 de marzo de 1947, mediante la cual confirmó la apelada.

En la motivación de esa sentencia el Tribunal hizo un detenido y ponderado estudio sobre la índole de la acción ejercitada y sobre las numerosas pruebas aportadas al debate, y como resultado de ese análisis jurídico y probatorio llegó, en síntesis, a la conclusión de que la demanda debe prosperar por encontrar plena y legalmente comprobados los tres requisitos esenciales que configuran la presente acción de responsabilidad civil extracontractual, o sean, la culpa imputada al demandado, el daño ocasionado al actor y la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

Además, halló que existe en el expediente suficiente fundamento probatorio para mantener la condenación en concreto proferida por el Juez de primera instancia.

Al demandado se le concedió contra la decisión del Tribunal el recurso de casación que hoy se procede a decidir.

Apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. en el capítulo de la demanda titulado "Errada apreciación de la prueba aducida por el demandante para probar los perjuicios de orden moral y pecuniario que le causara el Dr. Tobón Uribe", el recurrente hace algunas consideraciones alrededor de la solicitud que hizo para que se decretara el decomiso de las existencias que había en las droguerías de Medellín del producto del demandante, enderezadas a sostener que si esa solicitud fue ilegal y la autoridad la decretó, no es él, sino ésta la responsable de la ilegalidad y de los perjuicios que sufrió el actor. De allí desprende que "siendo errada la apreciación de la prueba, consecuencialmente es errada la aplicación del artículo 1341 y siguientes del C. C., y en general, las disposiciones del título 34 del libro 4º del C. C."

A continuación dice el recurrente que el sumario a que dio lugar el denuncio criminal por él presentado, ante el Juez 2º del Circuito de Girardot contra el demandante no fue fenecido por auto de sobreseimiento pronunciado en favor del denunciado sino por virtud de una providencia, cuyos apartes transcribe, en que se dispuso el archivo del expediente por no constituír delito el hecho imputado, de donde desprende que de allí no aparece comprobada una falsa imputación que dé lugar a responsabilidad civil. Finaliza su acusación en los siguientes términos: "Queda demostrado que el Honorable Tribunal de Medellín incurrió en **error de derecho** con su errada apreciación de las pruebas en que fundó su sentencia. Aplicó indebidamente el artículo 1341 del C. C. y en general las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del C. C."

Se considera:

Por la sola síntesis que acaba de hacerse de la demanda presentada por el apoderado del recurrente se comprende sin mayor esfuerzo que ella no suministra en forma alguna base para un estudio en casación de la sentencia recurrida, pues ni siquiera se ha demostrado —como lo exige el numeral 1º del artículo 520 del C. J.— el error de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el recurrente, ya que éste no expresa qué mérito les atribuyó el sentenciador, en qué consiste el error en que se incurrió en tal apreciación, ni cuál es la valoración que conforme a la ley y en su concepto deben tener esas pruebas. Además, aunque se hubiera demostrado debidamente el error de que en abstracto se habla, también resulta improcedente circunscribir o limitar la acusación a esa mera alegación, pues demasiado sabido es que el error de hecho o de derecho en que se incurra en la estimación de las pruebas no es por sí causal de casación, desde luego que el motivo contemplado en el citado numeral primero del artículo 520 no es otro que el de la violación de la ley sustantiva. En el presente caso el recurrente por dos veces ha señalado como infringido el artículo 1314 del C. C. que ninguna relación tiene con las cuestiones controvertidas en el pleito y estudiadas y decididas en el fallo, ya que esa disposición trata de las obligaciones que incumben a los albaceas o ejecutores testamentarios, y la litis y la sentencia versan sobre una cuestión de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual. Además, ese deber de citar el texto de la disposición sustantiva quebrantada, tampoco se llena —como se ha sostenido en constante jurisprudencia— con la cita que en general se haga de disposiciones del Código Civil por títulos o capítulos, sino con el señalamiento de un modo concreto del artículo especial que se supone infringido.

De otro lado, la culpa que el sentenciador le deduce al recurrente no la desprende del sentido del auto con que terminó la investigación penal a que dio lugar el denuncio criminal presentado contra el demandante, sino del hecho mismo de haber propuesto ese denuncio, que para el Tribunal, dadas las circunstancias en que se presentó, constituye "una especie de abuso del derecho de dar denuncias criminales que tienen todas las personas". Y no solamente de ese hecho hace derivar la culpa, sino de otros igualmente demostrados en el expediente como la campaña adelantada por el recurrente por la prensa y la radio para lograr el descrédito del producto patentado de Escovar Lotero con el nombre de "Elíxir de Larga Vida" y las expresiones que contra éste y con el mismo fin usaba en la propaganda impresa de su producto.

La demanda de casación para nada se refiere a estas consideraciones esenciales de la sentencia, que por sí solas le suministran suficiente fundamentación, por lo cual ese silencio pone más de bulto, si cabe, la ineptitud de las acusaciones en orden a conseguir la invalidación del fallo.

Se rechazan de consiguiente los cargos propuestos.

En mérito de las precedentes razones, 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 de veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Medellín.

Condénase en costas al recurrente.

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

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

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS

La interpretación que se ha de dar al artículo 2356 del Código Civil no equivale ni con mucho a la admisión de la teoría del riesgo, acerca de la cual ha puesto presente repetidamente la Sala que nuestras leyes no la acogen, aunque sí ha dicho en todos los fallos por qué las actividades peligrosas llevan por su misma peligrosidad una presunción de culpa en los daños causados por su ejercicio y que el perjudicado tiene con ella la ventaja anexa a toda presunción de echar a su contrario la carga de la prueba. Claro es que lo que se presume es la culpa y no el daño y que quien demanda indemnización está obligado a probar que lo ha sufrido. Partiendo de la base de que un demandante de indemnización de perjuicios lo ha demostrado, sobre ese pie obra la presunción, no del daño repítese, sino de la culpa, si es que lo ha causado el ejercicio de una actividad peligrosa.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

María Soledad Restrepo viuda de Gómez por medio de apoderado demandó al Municipio de Armenia para que le indemnice los perjuicios que le ha causado la muerte de su marido Alejandro Gómez Hoyos, acaecida el 19 de abril de 1940 por electrocución.

El Juzgado Civil de ese Circuito, por ante el cual se surtió la primera instancia, sentenció el 26 de marzo de 1946 declarando probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora y adjetiva de la opositora, por no haberse comprobado el matrimonio de la demandante con el occiso ni la calidad de Personero Municipal de las personas que sucesivamente llevaron la voz del Municipio.

Cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Pereira y llenados durante ella esos vacíos, pudo él entrar en el fondo y así dictar, tras de la tramitación del caso, la sentencia de 11 de octubre de 1947. Revoca la del Juez y condena al Municipio a pagar a la viuda demandante dos mil pesos ($ 2.000.00) en concepto de perjuicios morales y también a pagarle los perjuicios materiales, cuya fijación ha de hacerse por los trámites del artículo 553 del C. J.

El Municipio interpuso casación, recurso que se decide después de recibir su sustanciación legal.

El Tribunal encuentra comprobado que el Municipio es el dueño de la empresa de energía eléctrica del mismo y que la descarga eléctrica que mató a Gómez se debió a descuido de la empresa que permitió que la caída de la torre que sostenía las líneas conductoras de corriente de alto voltaje se transmitiera a las líneas telefónicas y por inducción a las paredes metálicas de la tienda sobre las cuales o contra las cuales se recostó Gómez, sin que en estar él allí ni en recostarse pueda hallarse culpa suya.

Sobre esas bases y no hallando comprobado por el Municipio la fuerza mayor o caso fortuito o intervención de elemento extraño que infirmara la presunción de culpa que consigo llevan las actividades peligrosas ante el artículo 2356 del C. C., aplicando esta disposición, pronunció la condena expresada.

El recurrente acusa invocando el motivo primero del artículo 520 del C. J. y divide su demanda en dos capítulos, en el primero de los cuales el cargo es el de error de interpretación del citado artículo 2356, en cuanto no contiene tal presunción legal sino apenas —dice— una judicial "basada en la apreciación de hechos materiales establecidos en el respectivo proceso en combinación con la ley". Tales sus palabras. Agrega que una presunción legal ha de estar establecida por la ley y según el artículo 66 del C. C. presupone hechos y circunstancias predeterminados y conocidos; de modo que el Tribunal, al dar a una presunción judicial la calidad legal, confundiéndolas no sólo violó el artículo 2356 atribuyéndole una presunción que no establece, sino también, de este Código, el dicho artículo 66 y el 1768 que determinan las presunciones legales, el 1757 que

fija la lista de las pruebas, y el 27 que impone desatender el tenor literal de la ley cuando su sentido es claro, y violó además del C. Judicial los artículos 593, que exige estén demostrados los hechos en que se funda un fallo, y el 666 que requiere para una presunción que se hallen comprobados plenamente los antecedentes de que se deduce. Cierra este capítulo afirmando que el Tribunal al fallar como lo hace, acoge la teoría del riesgo creado, para lo cual sería preciso que el Código dijera, más o menos: "Se presume que todo hecho dañoso producido por el ejercicio de una actividad peligrosa es imputable a culpa de quien la ejercita", lo que está muy lejos de la redacción de dicho artículo 2356.

Se considera:

Estos reparos del recurrente a la tesis según la cual esta disposición contiene una presunción, establecida así por la ley, no puede menos de calificarse de legal y, sobre todo, que allí se contiene una presunción, no dan a la Sala motivo para recoger o alterar este concepto, a que obedeció su sentencia de 14 de marzo de 1938 (G. J. número 1934, pág. 211), sostenido en todas las posteriores sobre el mismo tema, como se ve por ejemplo en la que publica la G. J. en su número 2034, pág. 721. La interpretación que se ha de dar al artículo 2356 no equivale ni con mucho a la admisión de la teoría del riesgo, acerca de lo cual la Sala repetidamente ha puesto de presente que nuestras leyes no la acogen. Sí ha dicho en todos los fallos citados y aludidos cómo y por qué las actividades peligrosas llevan por su misma peligrosidad una presunción de culpa en los daños causados por su ejercicio, y que el perjudicado tiene con ella, la ventaja anexa a toda presunción, de echar a su contrario la carga de la prueba.

Claro es que lo que se presupone es la culpa y no el daño y que quien demanda indemnización está obligado a probar que lo ha sufrido. Partiendo de la base de que un demandante de indemnización de perjuicios lo ha demostrado, sobre ese pie obra la presunción, no del daño repítese, sino de la culpa, si es que lo ha causado el ejercicio de una actividad peligrosa.

Estas breves reflexiones impiden acoger el cargo de error de interpretación del artículo 2356.

El capítulo segundo comienza diciendo que la sentencia recurrida viola "la ley sustantiva por error de hecho manifiesto al no haber tenido para nada en cuenta las pruebas que favorecen al Municipio".

A continuación las relata: a) el informe del técnico electricista al Inspector que investigó la muerte de Gómez; b) la providencia de este funcionario que cerró esa actuación mandando archivar el expediente, y c) el dictamen pericial de la primera instancia. Formulada esta lista con indicación de cuadernos y páginas respectivos, cierra el capítulo el recurrente así: "El Tribunal sentenciador no apreció ninguno de esos elementos, incidiendo así en error de hecho evidente, que lo llevó a la violación de los artículos 593, 597 y 322 del C. J., que son sustantivos, en combinación con los artículos 1604 del C. C. y 1º de la ley 95 de 1890, que dejó de aplicar, en cuanto ellos contemplan el caso fortuito, cuya comprobación exime de responsabilidad civil, con lo cual también violó el artículo 343 del C. J."

Se considera:

El Tribunal no podía ajustar su decisión a la orden del Inspector de archivar las diligencias seguidas en averiguación de si hubo delito en la muerte de Gómez. Al respecto no hay duda en el presente juicio que, de otro lado, no versa en manera alguna sobre eso sino simplemente sobre los perjuicios causados por esa muerte. El Tribunal, partiendo de este hecho y de que la muerte ocurrió por electrocución, analizó las pruebas atinentes a como sobrevino ésta y halló que, si en lo general el informe del electricista y el dictamen de los peritos son favorables al Municipio como dueño de la empresa, no por eso se desvirtúan los comprobantes plenos de que en ella no hubo el cuidado obligado en este género de actividades para impedir la inducción de que ya se habló. De ese análisis se derivó la condena a indemnizar. No es verdad que el Tribunal pasara por alto esos elementos probatorios, acerca de los cuales, dicho sea de paso, el recurrente no presenta el estudio necesario para un cargo de esta clase.

Es de añadirse a lo antedicho que el artículo 593 del C. J. no puede señalarse como violado, en su caso, en la forma en que lo hace el recurrente, sino como resultado de la demostración de haberse incurrido en los descuidos, omisiones o excesos contra los cuales previene el sentenciador, y ello supone demostración de los errores pertinentes y quebranto consecuencial de disposiciones sustantivas.

El artículo 597 y el 322 son disposiciones adjetivas. Además aquél establece la forma y oportunidad en que las pruebas han de venir a los autos para que el sentenciador pueda apreciarlas y el 322 ordena la notificación personal de la primera providencia que se dicte en un juicio suspendido o paralizado por más de seis meses, por lo cual es del todo extraño a este juicio.

También lo es el 164 del C. C., pues aquí se trata de responsabilidad extracontractual. Y en cuanto al 1º de la ley 95 de 1890, se advierte que no es quebrantable de por sí, pues contiene una definición, y que si el recurrente cree que el Municipio demostró el caso fortuito, lo procedente era comenzar por demostrar el error de apreciación de las pruebas respectivas. Y ya se vio lo que hay a este respecto. Cuanto al 343 del C. J., se comprende se acuse por violarlo cuando de oficio se ha declarado o se ha dado por probada una excepción que no lo está. Dejar de acoger una que sí lo está determina acusación por error de apreciación de las correspondientes pruebas y de consecuencial quebranto de las pertinentes disposiciones sustantivas.

No prospera, por tanto, el cargo o conjunto de cargos formulados en el capítulo segundo de la demanda de casación.

Lo dicho indica que no se invalida la sentencia recurrida, a pesar de lo cual no hay condenación en costas, porque el recurrente es el Municipio. (C. J., artículo 576).

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 Pereira el once de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Gabriel Rodríguez Ramírez — Alvaro Leal Morales—Pedro Castillo Pineda—Hernán Salamanca. Ricardo Hinestrosa Daza — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE FILIACION NATURAL.—NULIDADES. SUSPENSION DE TERMINOS

En las cuestiones sobre nulidad en que es preciso, como se sabe, proceder con criterio restricto, sin aplicaciones extensivas ni analógicas, el fin justificativo y explicativo de cada caso autorizado de invalidación es circunstancia de influencia decisiva en la resolución de los problemas sobre validez de actuaciones judiciales. A este respecto conviene recordar que la ley sólo erige en causales de nulidad aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial o la violación del derecho de defensa.

En reiteradas decisiones de la Sala de Casación se ha sostenido que la causa de suspensión relativa o especial de términos a que se refiere el numeral 2º del artículo 370 del Código Judicial debe entenderse cuando el litigante que fallece no tiene apoderado judicial, caso que hoy no puede ocurrir sino cuando el abogado inscrito litiga en causa propia, porque si lo tiene debe el apoderado continuar actuando en representación de los herederos hasta que éstos le revoquen el poder o expire por alguna causa legal, según lo dispone el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de fecha 3 de diciembre de 1941 y representada por abogado titulado, Sofía Fajardo de Friedman demandó en juicio ordinario a Pedro J. Silva ante el Juzgado Civil del Circuito de Charalá para que se declare que el demandado es padre natural de la actora y que debe pagar las costas y gastos del juicio si se opusiere a la declaratoria de filiación natural.

Se funda la acción en que entre el demandado y Carmen Fajardo, madre natural de la demandante, existieron relaciones sexuales estables y notorias en la época en que ella fue concebida; en que el demandado Silva ha hecho confesiones escritas inequívocas de paternidad respecto de la actora, y en que ella ha tenido la posesión notoria del estado civil cuya declaración judicial reclama.

Corrido en forma legal el traslado al presunto padre demandado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora y negando sus hechos fundamentales. En el mismo escrito de contestación, "con el fin de estar debidamente representado en el juicio en las instancias a que haya lugar", confirió poder a un abogado titulado e inscrito.

Durante el desarrollo del primer grado del juicio falleció el demandado Pedro J. Silva. El Juzgado del Circuito en sentencia definitiva de 12 de abril de 1943, hizo la declaración de paternidad natural pedida y condenó en las costas de la instancia a la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, donde se surtió el segundo grado por apelación del apoderado del demandado Silva, en sentencia definitiva de 21 de junio de 1946, confirmó en todas sus partes la recurrida. Sin costas.

No es necesario, para los fines del recurso, que no versa sobre el problema de la filiación sino sobre validez de la actuación judicial, hacer referencia a las razones que sirvieron de fundamento a la declaratoria de filiación natural de la demandante que el Tribunal halló superabundantemente demostrada y que se funda "principalmente en la existencia de cartas autógrafas de su pretenso padre, contentivas de una confesión inequívoca de paternidad."

El recurso

Preparado legalmente, se decide el recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Con invocación de la causal sexta del artículo 520 del C. J. pide el recurrente que se case la sentencia por haberse incurrido en la nulidad de

que trata el numeral 1º del artículo 448 del C. J. y que en consecuencia se declare la invalidez de lo actuado desde el 15 de febrero de 1943 hasta que se inició este recurso extraordinario de casación. Cuando uno de los litigantes muere —argumenta el recurrente— los términos del juicio se suspenden (ordinal 2º, artículo 370, C. J.); cuando los términos no corren en un negocio determinado el Juez carece de facultad para administrar justicia en él, esto es, no tiene jurisdicción (ordinal 3º, artículo 147, C. J.). De modo que desde que murió el presunto padre demandado (15 de febrero de 1943) quedaron suspendidos los términos y todo lo que se ha actuado con posterioridad equivale a usurpación de jurisdicción según el artículo 148 del C. de O. J. que enseña que los jueces la usurpan cuando la ejercen sin tenerla legalmente. "Muerto el doctor Silva el actor ha debido traer al juicio la prueba de la defunción y ha debido pedirle al Juez que ordenara hacer saber al heredero que podía continuar interviniendo en el juicio. Hecha esa notificación con ese fin, el juicio podía continuar con el apoderado del muerto o con el que designara el heredero; omitida esa notificación, el Juez carecía de jurisdicción para actuar y si actuaba, como actuó en el caso de autos, su actuación adolece de nulidad por falta de jurisdicción, o por no tener facultad para administrar justicia en el negocio en virtud de la suspensión de términos, o para emplear la terminología del artículo 448 del C. J. "por incompetencia de jurisdicción".

Se considera:

Acerca de la muerte del demandado Pedro J. Silva, contradictor legítimo en la acción fallecido antes de la sentencia, dan fe los autos de lo siguiente:

El Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, al descorrer el traslado que se le dio para alegar en la segunda instancia, escribió: "En efecto, el doctor Pedro J. Silva, demandado, falleció en la población de Charalá el 15 de febrero de 1943 (partida de defunción, f. 6 del cuaderno de pruebas del demandado en segunda instancia), y el fallo de primera instancia fue dictado el 12 de abril del mismo año. Sin embargo, no se puede afirmar que exista una nulidad de la actuación, a juicio de la Fiscalía, ya que la disposición del artículo 404 del C. C. ni ninguna otra exige expresamente la citación de los herederos cuando falle el legítimo contradictor antes de la sentencia. Lo que ocurre es que el fallo pronunciado a favor o en contra de ellos, no aprovecha ni los perjudica en el evento de que no hayan sido citados, o no hayan comparecido al juicio por falta de citación. El doctor Pedro J. Silva confirió un poder para que lo representaran en el juicio, y este mandato no termina por la muerte del mandante, una vez notificada la demanda, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 264 del C. J.... Ahora bien, a fin de que el fallo produzca sus efectos, y no fijando la ley término alguno para citar a los herederos, como representantes del presunto padre natural, me permito solicitar, con el mayor respeto, que se cite a los herederos del doctor Silva, antes de decidir el recurso".

El apoderado de la actora coadyuvó este pedimento y manifestó que en el expediente obraba, en copia auténtica tomada del sucesorio del doctor Silva, la declaratoria de heredero universal hecha a favor de Manuel José Silva, cuya dirección en la ciudad de Bogotá dio para el efecto de que se le hiciera la notificación y el emplazamiento correspondiente. "En atención a las anteriores solicitudes hechas por los señores Fiscal del Tribunal y apoderado de la parte demandante —dijo el Tribunal en auto del 19 de septiembre de 1945— se dispone citar personalmente al señor Manuel José Silva, para que en su calidad de heredero universal del demandado doctor Pedro J. Silva, comparezca a estar a derecho en el presente juicio sobre filiación natural de la señora Sofía Fajardo de Friedmann". Citado y personalmente notificado el heredero por el Juez comisionado, manifestó: "...que no allana la nulidad de la actuación efectuada desde la muerte del doctor Pedro J. Silva hasta hoy".

Estos hechos u ocurrencias procesales han sido utilizados por la parte demandada para configurar con ellos dos causales distintas de nulidad; durante los grados del juicio la del ordinal 3º del artículo 448 del C. J. por falta de citación o emplazamiento de los herederos con base en el artículo 456 del C. J. y con fundamento analógico y citas de doctrina sobre el artículo 1434 del C. C. Este aspecto fue ampliamente tratado por el Tribunal como cuestión previa en su sentencia y expresamente rechazada la pretendida nulidad. Ahora ante la Corte, para dar pie a la invocada causal sexta de casación, se aducen los mismos antecedentes como constitutivos del caso de nulidad previsto en el ordinal 1º del citado artículo 448 del C. J., por incompetencia de jurisdicción, separando el asunto de la citación del heredero

y su presencia en el juicio, como cosa atinente sólo a los efectos de la sentencia, del hecho de la muerte del demandado como determinante del fenómeno de la suspensión de términos de donde se hace provenir la falta de jurisdicción.

En las cuestiones sobre nulidad, en que es preciso, como se sabe, proceder con criterio restricto, sin aplicaciones extensivas ni analógicas, la finalidad justificativa y explicativa de cada caso autorizado de invalidación es circunstancia de influencia decisiva en la resolución de los problemas sobre validez de actuaciones judiciales. A este respecto conviene recordar que la ley sólo erige en causales de nulidad aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial o la violación del derecho de defensa. El caso planteado en este recurso se vincula al último concepto, porque aunque se hable de jurisdicción, de lo que realidad se trata es de desamparo procesal de uno de los litigantes por el hecho de su muerte. No es otro el sentido y el alcance del numeral 2º del artículo 370 del C. J., aducido como base esencial del razonamiento del recurrente, esto es, la necesidad de que no se prosiga un juicio con ausencia de una de las partes cuyos intereses quedan absolutamente privados de asistencia y defensa.

De ahí por qué el fenómeno de la suspensión de términos a que se refiere la citada disposición no tenga lugar ni ocurra sino en el caso de que el litigante que fallece carezca de apoderado judicial. La ley de procedimiento civil no señala ni enumera los casos en que el mandato judicial termina, sino los en que no termina, en sus artículos 264 y 265. Esta especie de mandato, por disposición especial y de aplicación preferente de la ley que lo regula, no termina por la muerte del mandante si ocurre después de notificada la demanda, de tal modo que pasando al heredero los efectos del contrato, tienen completo valor contra el sucesor los actos de procedimiento ejecutados por el apoderado del causante o contra él cuando la muerte de éste ocurre después de estar trabada en firme la relación jurídico procesal. No se puede decir entonces que la muerte produce el desamparo procesal del litigante, y desaparece toda razón justificativa de la suspensión de términos. Y si los términos no se suspendieron en este caso, se desquicia toda la argumentación del recurso. La causal alegada, referente a la defensa de la parte demandada, queda así sin razón ni principio de doctrina en qué afirmarse, porque no ha carecido este litigante en ningún momento del desarrollo procesal de apoderado, que ha producido pruebas, alegado y tenido su representación ininterrumpidamente en el juicio, en forma que no se ve qué otra pudiera haber sido la situación si no hubiera ocurrido su muerte, ya que el demandado Pedro J. Silva, por efecto de la reforma constitucional de 1945, no habría podido tomar ninguna intervención personal en el litigio. Más fuerza da a estas elementales reflexiones la circunstancia de que el heredero del demandado, que ha estado a derecho en el juicio por virtud de emplazamiento legal, no ha revocado el mandato conferido por su causante, y antes bien los ha consentido con el hecho de usarlo para pedir la declaratoria de la nulidad de la actuación.

En reiteradas decisiones de esta Sala de Casación se ha sostenido que la causa de suspensión relativa o especial de términos a que se refiere el numeral 2º del artículo 370 del C. J. debe entenderse cuando el litigante que fallece no tiene apoderado judicial, caso que hoy no puede ocurrir sino cuando el abogado inscrito litiga en causa propia, porque si lo tiene debe el apoderado continuar actuando en representación de los herederos hasta que éstos le revoquen el poder o expire por alguna causa legal, según lo dispone el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil.

En sentencia de 25 de septiembre de 1935 (G. J. Tomo XLIII, pág. 128) dijo la Corte, interpretando la causal de suspensión aludida: "Lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 del C. J. no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte no puede 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. Si la parte no ha podido beneficiarse de la suspensión de los términos y se actuó sin que haya podido defenderse por haber fallecido y no haber tenido representación en juicio, lo procedente es brindarles a sus representantes el medio de que, o

ratifiquen lo actuado, o esto deje de perjudicarles mediante la declaración de nulidad...".

Y no siendo más las acusaciones formuladas contra el fallo 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 San Gil el 21 de junio de 1946, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

Pedro Castillo Pineda — **Ricardo Hinestrosa Daza**—**Luis F. Latorre**, Conjuez — **Alvaro Leal Morales**—**Hernán Salamanca** — **Manuel José Vargas**—**Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

FILIACION NATURAL

1—La pretensión de filiación natural puede proponerse contra el legítimo contradictor para producir un fallo ERGA OMNES, caso en el cual son de aplicación rigurosa los artículos 403 y 404 del Código Civil, pero también puede plantearse contra los herederos del padre no como representantes del contradictor legítimo, sino como simples continuadores de su personalidad jurídica llamados a afrontar todas las controversias que hubieran podido proponerse contra el causante a fin de generar en derecho determinados efectos. Este último aspecto de la acción no conlleva la consecuencia de generalizar los efectos de la sentencia, sino que hace tránsito a cosa juzgada apenas en relación con las personas que fueron partes en la litis.

2.—La acumulación objetiva de acciones prevenida en el artículo 209 del Código Judicial puede ser simple, condicional o subsidiaria; el segundo tipo de este triple aspecto reza con las acciones consecuenciales, o sea, con las que dependen en su prosperidad de la otra u otras que deben ser su obligado antecedente; los hechos de la demanda forman en estos casos la CAUSA PETENDI común a todas las acciones. Como obligado efecto de estos inconcusos principios la prueba de los hechos comunes ha de ser también común, pues de lo contrario se quebrantaría la unidad de la demanda y se incurriría en el ilógico e injurídico resultado de que un hecho se reputara dentro del mismo juicio plenamente probado respecto de una acción y no demostrado para la consecuencial a ella.

3.—Cuando entre dos herederos se disputa sobre el mejor derecho a recoger la herencia la decisión que sobrevenga apareja necesariamente la investidura de dueño de los bienes relictos en relación con la parte favorecida; es claro que dentro de ese concepto no puede entenderse que el representante a título universal vaya a ostentar ante terceros un dominio superior al que el causante tuviera, pero en frente de quien le disputó la calidad de heredero queda revestido de todos los poderes jurídicos del difunto sin que sea de recibo entre ellos controvertir, para el solo efecto de liquidar prácticamente la acción de petición de herencia, el verdadero dominio del causante sobre tal o cual especie de las que integran la universalidad.

4.—No es viable jurídicamente la confusión que hace el recurrente entre la acción de petición de herencia y la de reivindicación para concluír que como no se demostraron extremos propios de la última no es admisible la primera. Inaceptable es esa confusión porque en acciones como ésta no se establece controversia entre propietario y poseedor, o sobre prevalencia de títulos entre dueños, sino que la materia litigiosa es el mejor derecho al patrimonio del DE CUJUS y, consecuencialmente, a los bienes que lo forman según los inventarios practicados, o que lleguen a formarse dentro de las diligencias sucesorales.

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

(Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales)

Como madre natural de la menor Elba Eunice demandó Rebeca González por medio de abogado titulado a María, Marta y Alicia Lozano García, y a Berta Eulalia y Alfonso Amézquita, para que con audiencia suya, como herederos de Fortunato Lozano, se declare que la menor es hija natural de éste teniendo, por tanto, mejor derecho que los demandados a la herencia de aquél y el dominio de los bienes singulares que la constituyen, los cuales le deben ser restituídos.

El Juez Civil del Circuito de Tuluá, a cuyo conocimiento se propuso el pleito, lo solucionó en fallo fechado el veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y cinco por medio del cual declaró probada la excepción de "ilegitimidad

sustantiva de la personería" de la parte demandada y denegó, consecuencialmente, las peticiones del libelo de cuyos cargos absolvió a los demandados.

La parte actora se alzó en apelación contra tal sentencia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis la revocó despachando favorablemente para la demandante todas sus pretensiones.

Por haber propuesto los demandados recurso de casación contra el fallo del Tribunal, se procede a solucionarlo al cabo de su tramitación en la Corte.

La providencia recurrida

El Juez de primera instancia desató la litis sobre la doctrina que esta Sala sostuvo y rectificó luego según la cual muerto el padre antes de trabarse el juicio declarativo de filiación natural desaparece el contradictor legítimo frustrándose así irrevocablemente el ejercicio de la acción correspondiente; sobre esos pasos, a los que añadió la ausencia de comprobación legal respecto del deceso de Fortunato Lozano, declaró probado el medio exceptivo ya aludido.

El Tribunal hizo un análisis de la prueba testimonial surtida sobre las relaciones existentes entre el dicho Lozano y Rebeca González, y entre el primero y la menor Elba Eunice, así como de cartas cruzadas entre estas tres personas, para hallar satisfactoria la prueba de la filiación cuya declaratoria se reclama; en cuanto al punto de doctrina planteado por el Juez lo refutó con su rectificación por esta Sala.

"Por las razones anteriores considera el Tribunal que, si conforme a la ley que se deja citada, aparece de autos la prueba completa de la calidad de hija natural de Elba Lozano, debe ser declarada tal calidad en este juicio contra los herederos de su presunto padre señor Lozano"; dentro de este aparte se compendia todo el examen probatorio y teórico adelantado por el Tribunal.

El recurso

La parte demandada propone contra lo así sentenciado numerosos cargos que se examinarán en el mismo orden en que fueron propuestos a través de los diferentes capítulos de la demanda.

Capítulo primero. — Dentro de él se acusa la sentencia por violación de los artículos 346 y 347 del C. C., del 22 de la Ley 57 de 1887, reguladores del régimen probatorio del estado civil de las personas, y del artículo 632 del C. J., quebranto que origina error de derecho a consecuencia del cual se aplicaron indebidamente, violándolos también, los artículos 403 y 404 del C. C.

Además se acusa la sentencia por vulnerar, a causa de su aplicación indebida, los mismos artículos 403 y 404 del C. C. y los artículos 1º y 7º de la Ley 45 de 1936, como consecuencia de error en la apreciación probatoria con merma de los preceptos contenidos en los artículos 395, 1758 y 1759 del C. C. y 632 y 636 del C. J.

Se considera:

Antes de examinar si en realidad el Tribunal desatendió los mandamientos legales que gobiernan el sistema demostrativo de los hechos que ante la jurisdicción se alegan, es necesario establecer si los preceptos de naturaleza sustancial que se indican como transgredidos a consecuencia de error en la valoración de pruebas son aplicables a la presente causa; en caso negativo sobra cualquier investigación sobre aquéllas y la apreciación que les diera el juzgador de segundo grado, ya que el error en tal materia sólo es causal de casación cuando se proyecta sobre normas que nuestra ley aún denomina sustantivas.

La pretensión de filiación puede proponerse contra el legítimo contradictor en orden a producir un fallo **erga omnes**, caso en el cual son de aplicación rigurosa los artículos 403 y 404 del C. C. que el recurrente estima infringidos, pero también puede plantearse contra los herederos del padre no como representantes del contradictor legítimo, sino como simples continuadores de su personalidad jurídica llamados a afrontar todas las controversias que hubieran podido proponerse contra el causante en orden a generar en derecho determinados efectos; este último aspecto de la acción no conlleva la consecuencia de generalizar los efectos de la sentencia, sino que hace tránsito a cosa juzgada apenas en relación con las personas que fueron partes en la litis.

La Corte ha expuesto ya en numerosas oportunidades esta tesis y no se cree en el caso de rectificarla ahora por no hallar fundamento adecuado para hacerlo, ni de exponer en detalle sus fundamentos porque ellos corren en muchas decisiones publicadas ya en la **Gaceta Judicial** e incorporadas así al conocimiento general.

Como la acción ejercida en la presente controversia no fue propuesta en vida de Fortunato Lo-

zano, carecen de todo interés las referencias del recurrente a los preceptos sobre contradictor legítimo; ellos hubieran tenido actuación cierta si Lozano, demandado por la menor para obtener judicialmente la declaración de ser hija suya, muere después de la notificación de la demanda: no habiendo sucedido aquello tales mandamientos, por inaplicables al caso, no pudieron ser violados por el Tribunal en el sentido que indica el acusador.

Tampoco lo fueron, como consecuencia de error probatorio sobre la calidad que los demandados tengan o no de herederos de Fortunato Lozano, los artículos 1º, 4º y 7º de la Ley 45 de 1936 porque el último contiene una referencia a los artículos 401, 403 y 404 del C. C. excluídos por entero del debate, y a normas probatorias cuyo solo quebranto no induce casación, al paso que los dos primeros para nada pueden referirse al carácter con que actúan los demandados pues contienen la noción legal de hijo natural, y las circunstancias en que se admite la declaración judicial de dicho estado, tema éste que se trata en otros apartes de la demanda y del fallo.

Por tanto se rechaza el cargo.

Capítulo segundo. — En él se plantean también dos cargos, a saber:

I. El recurrente lo propone así: "El Tribunal cometió un evidente error de hecho al ver en la correspondencia que se acompañó a la demanda, folios 7 a 41 del cuaderno principal; en las declaraciones de los señores Salustio Lozano, José María Tejada, Efraím Lozano, David Varona y Joaquín Ramírez Johns; en los certificados de colegios que obran a folios 1 a 6 del cuaderno principal y de la Reverenda Madre Superiora del Colegio del Rosario de Bogotá (fs. 42) la prueba inequívoca de la filiación natural y de un estado civil de hija natural de Elba Eunice González, a consecuencia de los cuales violó las disposiciones que he de citar en este capítulo..." "En primer lugar las cartas que se presentaron con la demanda no pueden tener por este hecho de la simple presentación un valor superior al que ellas mismas otorgan, porque del hecho de que se tengan como pruebas las aducidas con la demanda, no quiere decir que se les pueda dar un valor o mérito mayor del que en realidad tengan en sí los documentos acompañados. Pensando en esto el abogado de la parte demandante pidió el cotejo de la firma de las cartas con la firma que Fortunato Lozano hubiera estampado en escrituras públicas. Del cotejo resultó, según los peritos, que las firmas de las cartas fueron puestas por la misma mano que estampó el nombre de Fortunato Lozano en varias escrituras públicas. Pero pregunto: ¿el Fortunato Lozano que escribió en las escrituras su firma es el mismo que aparece cargando con la supuesta paternidad de Elba González?..." "Ni en la enunciación de las palabras cariñosas que contienen las cartas, ni en su contexto, ni en las matrículas de los colegios, ni en el certificado de la monja Sor Inés de Jesús se encuentran elementos capaces de constituír una confesión. Pero si la hubiera, ¿qué clase de confesión sería? Indudablemente la extrajudicial si nos atenemos a la ley y a la siguiente doctrina de la Corte al estudiar la clase de confesión resultante del contenido de una correspondencia: "Es procedente advertir que el contenido de esa carta no puede tener el carácter de confesión judicial, por no haber sido hecha ante juez competente, en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones, sino en carta misiva no destinada a servir de prueba (artículo 604). Habría que aceptarla como confesión extrajudicial y tomarla en toda su integridad y su conjunto". (**Gaceta Judicial**, año 47, número 1943, pág. 445)... "Al ver el Tribunal en las cartas hechos constitutivos de una confesión y considerarlos como confesión, capaz de ser prueba inequívoca de paternidad, violó la ley, interpretando erróneamente los artículos 604 y 608 del C. J., interpretación errónea que lo llevó a darles una aplicación indebida".

Se prescinde para el estudio del cargo de fallas accesorias que a la prueba pericial señala el recurrente como el haberse estimado sin que medie la de haber remunerado a los peritos, o el haberse practicado el cotejo sin intervención de juez comisionado; estos extremos no fueron debatidos en las instancias y no es admisible que el recurrente pretenda transformar en tal el ámbito de este recurso extraordinario.

En cuanto a la parte medular del cargo bien puede observarse por la transcripción que de sus fundamentos se ha hecho que la indebida aplicación de que se querella el recurrente consiste en haber tenido por prueba inequívoca una confesión extrajudicial.

El texto del artículo 608 del C. J. basta para destruír el cargo no sólo porque a ese linaje de confesión reconoce hasta el mérito de plena prueba, sino porque la apreciación de su mayor o me-

nor poder de convicción lo abandona en manos del Juez, de tal manera que cuando éste apenas hace uso de esa facultad no puede señalarse yerro alguno a su proceder.

Los errores **in iudicando** originados en el examen del material de decisión no pueden aducirse para los fines de este recurso, como es bien sabido, sino sobre dos bases exclusivas: a) el error de hecho que presupone la actuación en el proceso de la evidencia contraria a la apreciada por el Tribunal; b) el error de derecho que no ocurre sino cuando se aprecian las pruebas en desacuerdo con su valor legal, o se admiten como tales medios no reconocidos por el derecho.

Ninguna de estas circunstancias se presenta en el caso de autos: no se contempla error de hecho alguno, y lo que se pretende señalar como de derecho no es sino la utilización por parte del sentenciador de un poder discrecional de apreciación que excepcionalmente le confiere la ley libertándolo de la tarifa, y defiriendo a su propio y personal juicio.

II. El otro cargo se endereza a demostrar quebrantos de la ley por equivocada apreciación de la prueba testimonial aducida para probar las relaciones habidas por el difunto Lozano con Rebeca González, y la posesión notoria del estado civil de hija natural de aquéllos, por parte de Elba Eunice.

Prescinde la Sala de estudiar este cargo pues su prosperidad, de alcanzarla, no implicaría la infirmación del fallo; en efecto: la sentencia reconoce los hechos que permiten declarar judicialmente la paternidad conforme a los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; la acusación enderezada contra la apreciación de la correspondencia de Fortunato Lozano con Rebeca González y con la menor Elba Eunice, vinculada exclusivamente a la causal reconocida por el numeral 3º, no prosperó y, por tanto, la apreciación de esos factores por parte del Tribunal permanece incólume, y basta para sustentar el reconocimiento que la sentencia contiene acerca del estado civil pretendido. En tales condiciones este nuevo cargo ante el fracaso del anterior resulta inoperante comoquiera que si el fallo recurrido flaqueara en su presencia, continuaría no obstante sosteniéndose.

Capítulo tercero. — En este otro aparte de la demanda de casación se formula un nuevo cargo respecto del cual son válidas exactamente las mismas razones que acaban de aducirse para no penetrar en el fondo del inmediatamente anterior: se endereza a destacar quebrantos de la ley sustancial por viciosa apreciación de las pruebas en cuanto al hecho de haber nacido Elba Eunice dentro del lapso contemplado en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45. Por ello se descarta su estudio.

Capítulo cuarto—El demandante vuelve a plantear el punto relativo al contradictor legítimo. alegando transgresiones de los artículos 403 y 404 del C. C. en relación con el 7º de la Ley 45, pero ya no desde el ángulo estrictamente probatorio en que lo emplazó dentro del Capítulo Primero; ahora ataca por violación directa de las dichas normas con fundamento en que a su ver no puede proponerse la acción después de la muerte del padre. En sustento cita apartes ya rectificados por la Corte del fallo en que esa tesis se adoptó.

No aduce el recurrente razones que enfrentadas al concepto acogido en forma unánime por esta Sala en torno del tópico aludido puedan inducirla a modificar su opinión, madurada a través de largos debates sostenidos por algo más de un lustro, y configurada sobre los diversos aspectos de índole jurídica, moral y social que inspiraron la expedición del estatuto de 1936; ciertamente la sola lectura de la doctrina rectificada no determina el regreso de la Sala a ella sino que, por el contrario, robustece los puntos de vista que motivaron su abandono.

Esta simple observación resta todo interés al cargo.

Capítulo quinto. — En esta parte final de la demanda los cargos no se refieren ya a la acción de estado sino a la de petición de herencia acumulada a ella; dentro de la profusión de conceptos en que ellos se contienen pueden sintetizarse así:

a) El Tribunal cometió evidente error de hecho a consecuencia del cual violó por aplicación indebida los artículos 1323, 1324 y 1325 del C. C. al dar por establecido que en autos existe prueba de la identidad de las cosas que componen la herencia, de la ocupación de ellas por los demandados, del dominio que sobre tales bienes tuviera el causante, y de "la identidad entre lo demandado, los títulos de dominio y lo ocupado".

b) Por haber dado valor probatorio a un certificado expedido por el Juez de Tuluá sobre declaratoria de herederos en el sucesorio de Fortunato Lozano, a unas copias de las providencias profe-

ridas al respecto, y a la respuesta afirmativa que uno de los demandados dio al hecho sexto del libelo relativo a tales extremos "violó los artículos 1321 y 1322 del C. C., que aplicó indebidamente y el artículo 1323 de la misma obra en relación con los artículos 963, 964 y 966 del mismo Código en cuanto se refieran a la mala fe en la posesión, que si los tuvo en cuenta, aplicó indebidamente; y los mismos artículos y el 965 en cuanto expresamente no consideró a los demandados como de buena fe violando directamente dichos artículos, al no aplicarlos. Y violó también los artículos 946, 950 y 952, el ordinal 1º del artículo 2637 y 756 y 759 del C. C. que no tuvo en cuenta".

El orden lógico requiere que se estudien en primer término los cargos agrupados bajo el aparte b) que antecede, y en relación con ellos se considera:

La impugnación de la prueba sobre la calidad que los demandados ostenten como herederos reconocidos de Fortunato Lozano fue presentada en el capítulo primero de las acusaciones a la sentencia recurrida, y desechada en tanto el recurrente la proyectó sobre preceptos sustanciales inaplicables a este pleito.

Esa calidad condiciona por igual la acción de estado y la de petición de herencia porque ambas militan necesariamente contra quienes se dicen sucesores universales de Lozano, en cuanto a la primera la legitimación en causa de los demandados permaneció intacta ante los cargos de ellos mismos por las razones indicadas, y esa firmeza alrededor del carácter con que obran los dichos demandados refleja definitivamente sobre la acción petitoria de herencia por las siguientes razones:

La acumulación objetiva de acciones prevenida en el artículo 209 del C. J. puede ser simple, condicional o subsidiaria; el segundo tipo de este triple aspecto reza con las acciones consecuenciales, o sea con las que dependen en su prosperidad de la de otra u otras que deben ser su obligado antecedente; los hechos de la demanda en estos casos forman la **causa petendi** común a todas las acciones respecto de las cuales el libelo presenta unidad completa y perfecta por la interdependencia de las acciones así ejercidas. Como obligado efecto de estos inconcusos principios la prueba de los hechos comunes ha de ser también común pues de lo contrario se quebrantaría la unidad de la demanda y se incurriría en el ilógico e injurídico resultado de que un hecho se reputara dentro del mismo juicio plenamente probado respecto de una acción y no demostrado para la consecuencial a ella.

De esta suerte la firmeza que mantiene la prueba cuya errada apreciación propuso sin éxito el recurrente en torno de la acción de estado incide en forma necesaria sobre la de petición de herencia, ya que apartarse de ella para ésta última aparejaría un grave error de lógica dentro del principio de la adquisición procesal.

No es el caso, por tanto, de establecer si el Tribunal erró como lo alegan los demandados para los efectos del cargo; la suerte de éste, en cuanto al punto probatorio aludido, está unida indisolublemente a la de los que, con el mismo fundamento de indebida aplicación por errores probatorios, se propusieron en el capítulo primero; el fracaso de éstos conlleva el del estudiado ahora.

Este punto de vista doctrinario no contradice, por otra parte, ninguna situación alcanzada por los demandados dentro del juicio a propósito de su legitimación para obrar como sucesores universales de Lozano; en parte alguna han denegado su calidad de herederos reconocidos ni propusieron excepción dilatoria sobre este punto, y aún más, su posibilidad de actuación dentro del pleito pende precisamente de serlo en realidad.

Por esto el cargo fundado en las bases ya vistas no puede prosperar.

En cuanto a las acusaciones contenidas en el aparte a) que antecede se considera:

Cuando entre dos herederos se disputa sobre el mejor derecho a recoger la herencia la decisión que sobrevenga apareja necesariamente la investidura de dueño de los bienes relictos en relación con la parte favorecida; es claro que dentro de ese concepto no puede entenderse que el representante a título universal vaya a ostentar ante terceros un dominio superior al que el causante tuviere, pero enfrente de quien le disputó la calidad de heredero queda revestido de todos los poderes jurídicos del difunto sin que sea de recibo entre ellos controvertir, para el solo efecto de liquidar prácticamente la acción de petición de herencia, el verdadero dominio del causante sobre tal o cual especie de los que integran la universalidad.

El recurrente pretende identificar la acción de petición de herencia con la reivindicatoria para concluír que como no se demostraron extremos propios de la última no es viable la primera; situado así, no encuentra demostración de propie-

dad, de posesión ni de cuerpo cierto, elementos que tradicionalmente integran la acción de dueño o reivindicatoria; tal confusión es inaceptable porque en acciones como ésta no se establece controversia entre propietario y poseedor, o sobre prevalencia de título entre dueños, sino que la materia litigiosa es el mejor derecho al patrimonio del **de cujus**, y, consecuencialmente, a los bienes que lo forman según los inventarios practicados, o que lleguen a formarse dentro de las diligencias sucesorales.

No interesa realmente explorar para los fines de esta acción el dominio que el causante tuviera o no sobre todo o parte de lo que se relacione en la diligencia de inventarios: los sucesores universales lo reemplazan y suceden en lo que efectivamente tuviera, sin que la sola referencia del acta a determinada cosa tenga el singular efecto de dotar al sucesor de lo que carecía su causante.

La sentencia que determina el mejor derecho de un heredero y la restitución a su favor como secuela de la prosperidad de este linaje de acciones, naturalmente recae sobre la universalidad misma y sobre los bienes individuales que como componentes suyos mantenga en su poder la parte vencida siendo indiferente, como ya se dijo, la verdadera propiedad del difunto sobre ellos; este extremo, en cuanto a terceros respecta, es claro que no sufre alteración jurídica alguna por el solo hecho del inventario, o de la adjudicación.

Dentro de este mismo orden de ideas la Corte ha venido estableciendo diferencias apreciables entre la acción reivindicatoria y la de petición de herencia que bastan para evidenciar la imposibilidad de identificarlas o de confundirlas, y que, cuando dentro del trámite de la última no se realizan los pormenores propios de aquélla, no se incurra en error de hecho o de derecho al despacharla favorablemente, porque sus temas y materias probatorias difieren radicalmente.

Todo lo anterior se opone a que el cargo en estudio pueda herir la firmeza de la sentencia acusada, comoquiera que los errores probatorios que se le imputan se refieren a circunstancias ajenas a la estructura de la acción deducida por la demandante.

Con base en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, y que es materia del recurso de casación decidido por la presente.

Las costas del recurso a cargo del recurrente (artículo 537 del C. J.). Tásense.

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

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

ACCIONES DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

1.—El artículo 520 del Código Judicial se refiere al error de derecho en la apreciación de determinada prueba, de donde se haya seguido la violación de una ley sustantiva; así, pues, el fundamento de este motivo de casación arranca de un vicio en la valoración de las pruebas, un error de utilización de las normas probatorias, y lo que la Sala de Casación puede determinar en caso tal es si el Tribunal hizo uso del material probatorio de acuerdo con las reglas legales que establecen su fuerza demostrativa respecto de la existencia y verdad de los hechos para pasar luego a examinar si a consecuencia del vicio de valoración probatoria que haya encontrado se produjo en el razonamiento del sentenciador una violación de la ley sustantiva aplicable en la solución de la controversia.

2.—La anterior jurisprudencia de la Corte, conforme a la cual la mujer podía reivindicar para la sociedad el inmueble vendido sin su autorización por el marido después de la vigencia de la ley 28 de 1932, ha sido abrogada por la interpretación contraria que con autoridad hizo de esa ley de régimen patrimonial el artículo 1º de la ley 68 de 1946, que debe entenderse incorporada en aquélla con efecto desde su vigencia, y según el cual las sociedades conyugales anteriores a la ley 28 de 1932, 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.

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

(Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

El 31 de julio de 1942 el apoderado de Dolores Rada de Toro demandó a Tulia, Concepción, Isabel y Juan Mejía Duque, para que se declarara la nulidad de la venta otorgada a los demandados por el marido de la poderdante, señor Juan Jaime Toro, respecto de un terreno con mejoras, situado en el municipio de Montenegro, debidamente determinado, y para que se condenara a éstos a restituír a la sociedad conyugal de los mencionados Rada de Toro y Toro la finca vendida y a pagar a la misma sociedad los frutos desde la fecha de la venta, cuya escritura ha de cancelarse, y el valor de los perjuicios y las costas.

Juan Mejía D. manifestó que había obrado en la compra como agente oficioso de Isabel Mejía D. y no como comprador directo y el apoderado de Tulia, Concepción e Isabel Mejía D. se opuso a la demanda, alegó que si bien sus poderdantes eran poseedoras inscritas de la finca, otra persona tenía la posesión material y a ella pertenecían las mejoras plantadas con posterioridad a la compra, y adujo las excepciones de petición de modo indebido, carencia de derecho para pedir e ilegitimidad sustantiva de la personería de uno de los demandados.

La controversia fue desatada por el Juez Civil del Circuito de Armenia (Caldas) en providencia del 23 de noviembre de 1945 absolviendo a Juan Mejía Duque de los cargos del libelo y haciendo las declaraciones impetradas en la demanda contra las señoritas Mejía Duque, menos en cuanto a perjuicios y costas.

Este fallo fue revisado por apelación que interpuso el apoderado de las mencionadas señoritas para ante el Tribunal Superior de Pereira, el que dictó su sentencia el 27 de septiembre de 1946 revocando la apelada y absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda, sin costas contra la demandante.

Se fundó el Tribunal en que no se había demandado al vendedor Jaime Toro cuya presencia era necesaria para fallar sobre la primera petición que trata de la ineficacia legal o nulidad de la venta que hizo a las demandadas; y en cuanto a la acción reivindicatoria estimó que no se había probado que las demandadas fueran las poseedoras materiales del terreno y mejoras reivindicados.

La parte demandante ha recurrido a la Corte en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal y como el recurso está sustanciado debidamente se pasa a definirlo mediante las consideraciones que siguen:

El recurrente alega la violación de ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas y se funda:

1º En que el Tribunal interpretó erróneamente la respuesta del apoderado de las señoritas Mejía Duque al hecho cuarto de la demanda porque "la manifestación expresa de ser poseedoras inscritas, con la adición complementaria de un poseedor material distinto, que ejercita actos sobre la misma finca de la reivindicación, hace concebir obviamente el concepto de que el actual ocupante —si existe— es un mero tenedor" y porque el verdadero sentido de la contestación es "el de que en la finca objeto de la reivindicación puede existir cualquier persona que planta mejoras o que ejercita actos materiales de posesión en nombre de los dueños"; y señala como violados a consecuencia de este error, que llama de derecho, los artículos 762 y 739 del C. C.; 214 y 215 del C. J.

2º En que el Tribunal no tuvo en cuenta para nada la referida respuesta, que es una confesión, ni la cláusula de la escritura de venta, donde se habla de la entrega, a las compradoras, del inmueble vendido; ni la manifestación de Juan Mejía Duque que, en su concepto debe ser el mismo Antonio Mejía Duque que ocupa materialmente la finca; ni las declaraciones producidas por la parte demandada; alega también el recurrente que si hay un título inscrito a favor de las demandadas, mal puede calificarse como poseedor material a un tercero, sobre todo mientras no exhiba algún título que haya cambiado la mera tenencia del ocupante, en posesión; y concluye que por todos esos errores de hecho en la apreciación de las pruebas se infringieron los artículos 762. 765, 767, 785, 789, 981, 1768 y 1769 del C. C., y los artículos 603, 604, 606, 607, 608 y 632, C. J.

En cuanto al error de derecho, a que se refiere el primer fundamento del cargo y que debe complementarse con la última alegación incluída de modo impertinente en el segundo fundamento, observa la Sala que la alegación expuesta por el recurrente no acusa un error de los que pueden dar lugar a la casación de un fallo por la causal primera del artículo 520 del C. J. Esta disposición se refiere al error de derecho en la apreciación de determinada prueba, de donde se haya seguido la violación de una ley sustantiva; así, pues, el fundamento de este motivo de casación arranca de un vicio en la valoración de las pruebas, un error de utilización de las normas probatorias, y lo que la Sala de Casación puede determinar en caso tal, es si el Tribunal hizo uso del material probatorio de acuerdo con las reglas legales que establecen su fuerza demostrativa respecto de la existencia y verdad de los hechos, para pasar luego a examinar si a consecuencia del vicio de valoración probatoria que haya encontrado se produjo en el razonamiento del sentenciador una violación de la ley sustantiva aplicable en la solución de la controversia. Pero en el presente recurso el demandante no demuestra que el Tribunal hubiera incurrido en violación de alguna norma probatoria al apreciar la contestación al hecho cuarto de la demanda y por eso no citó disposiciones legales sobre pruebas que hubieran sido desconocidas o mal aplicadas.

De la aceptación de que las demandadas eran poseedoras inscritas del inmueble reivindicado, deduce el recurrente que el actual ocupante es un mero tenedor, o sea que lo posee a nombre de los dueños; pero no afirma concreta y categóricamente que su aceptación sea la prueba plena de que las demandadas tuvieran la posesión material del terreno y mejoras al tiempo de la demanda, que fue el hecho que el Tribunal no encontró ciertamente establecido, conclusión que debía ser impugnada con la demostración de que la contestación al hecho cuarto sí probaba el hecho plenamente, para que así la acusación pudiera prosperar.

No se trata en ella propiamente de la apreciación errónea de una prueba, sino más bien de un supuesto error de interpretación de disposiciones relativas a la posesión de inmuebles por el registro; pero entonces la acusación ha debido consistir en la violación de la norma que señala el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, y no en el error de derecho en la apreciación de una prueba, con violación indirecta de aquellas disposiciones sobre posesión o accesión, como lo hizo el recurrente de modo desacertado desde el punto de vista de la técnica de este recurso extraordinario de casación.

Respecto del error de hecho consistente en la falta de apreciación de ciertas pruebas, observa

la Sala que el recurrente no demuestra que de esas pruebas resulte la evidencia contraria al motivo fundamental que tuvo el sentenciador para negar la reivindicación, o sea que las demandadas no tenían la posesión material de la finca objeto del pleito. Además, no puede ser exacto que la contestación del hecho 4º de la demanda no hubiera sido tenida en cuenta por el sentenciador, puesto que el mismo recurrente alega que entendió mal esa confesión; la cláusula de la escritura de venta donde se habla de **la entrega** a las compradoras no la mencionó el Tribunal, ni tenía para qué hacerlo desde el momento en que esa escritura es de fecha del 18 de enero de 1934 y lo que la demandante debía probar era que las compradoras tenían la posesión material de la finca comprada, al tiempo de la iniciación de la demanda de nulidad y reivindicación, o sea el 31 de julio de 1942, siendo posible que, como lo dicen las demandadas, entre esas dos fechas un tercero hubiera tomado la posesión material del terreno y mejoras; de la manifestación hecha por Juan Mejía Duque al tiempo de la notificación de la demanda nada se deduce sobre posesión material de ese inmueble por las demandadas, como que dicho señor se limitó a manifestar que él no había obrado en la compraventa del terreno y mejoras sino como agente oficioso de su hermana Isabel. Finalmente el sentenciador sí tuvo en cuenta las declaraciones producidas en segunda instancia por la parte demandada y que se refieren a la posesión de la finca en litigio por el señor Antonio Mejía Duque, hecho contrario al sostenido por el recurrente. No estando demostrado un error de hecho evidente en el fundamento de la sentencia no puede prosperar el cargo.

Ha examinado la Sala los cargos de la demanda en cumplimiento de su misión de uniformar la jurisprudencia. De ese examen resulta que no hay motivo legal para invalidar el fallo acusado. Pero al mismo resultado se habría llegado en caso que el recurso hubiera prosperado porque la razón de este pleito es que habiendo dispuesto el marido de la demandante, por sí solo o sin anuencia de la misma, con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, de un inmueble adquirido por la sociedad conyugal con anterioridad a esa vigencia, la mujer tenía acción propia y directa para reivindicar el inmueble ineficazmente enajenado, de manos del comprador o poseedor y para la sociedad, conforme a la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema en la interpretación y aplicación de la citada ley sobre régimen patrimonial en el matrimonio; ahora bien, esta interpretación jurisprudencial quedó sin aplicación por la interpretación contraria que con autoridad hizo de esa ley de régimen patrimonial, el artículo 1º de la Ley 68 de 1946, que debe entenderse incorporado en aquélla con efecto desde su vigencia, y según el cual las sociedades conyugales anteriores a la ley 28 de 1932, 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 fuerza de las anteriores consideraciones, 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 presente recurso y no casa la sentencia proferida en este juicio ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

El vicio IN IUDICANDO admitido por nuestra ley como causal de casación y consistente en el exceso o defecto del fallo respecto de la materia propuesta a la justicia en la acción o en la excepción, no puede ser jamás consecuencia de la apreciación probatoria.

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

(Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Rionegro el Presbítero Ismael de J. Muñoz obrando como albacea de María Monsalve Villa, y Antonio Villegas como Síndico del Asilo de Ancianos de Rionegro, demandaron al Excelentísimo señor Joaquín García Benítez, Arzobispo de Medellín, a Jaime González, a Roberto Pineda y a la esposa de éste María Zuluaga, para que por la justicia se declare nulo el testamento otorgado por María Monsalve el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, y que, en consecuencia, se declare que la última voluntad de aquélla es la recogida en la escritura pública número seiscientos noventa y ocho pasada el treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, ante el Notario Público de Rionegro.

Los hechos fundamentales de la acción pueden sintetizarse en el otorgamiento, por parte de la difunta María Monsalve, del testamento a cuya prevalencia aspiran los actores, en el cual, a más de disponer de sus bienes en favor del Asilo demandante, designó al Presbítero Muñoz como albacea; y en el posterior otorgamiento del acto cuya nulidad se demanda en el cual queda prácticamente al arbitrio del demandado González el patrimonio de la causante, salvo el importe de pequeños legados a la Capilla de San Francisco y a Roberto Pineda y a su cónyuge. Los demandantes afirman, además, que cuando testó por segunda vez la causante obró engañada por González.

A la notificación del libelo así resumido los demandados, a excepción del Excelentísimo señor García Benítez, reconvinieron a los actores para que se declare la validez del segundo testamento, que éste revocó al anterior, que el albacea no es el presbítero Muñoz sino Jaime González, y que Antonio Villegas carece de interés "en el juicio de sucesión de la expresada señorita María Monsalve Villa".

A la primera instancia del doble pleito trabado como queda dicho puso fin el Juez del conocimiento en sentencia que profirió el siete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, cuya parte decisoria dice: "...1º Se declaran NO PROBADAS las excepciones propuestas por el demandado Roberto Pineda en la contestación de la demanda; 2º Por falta de prueba, el Juzgado se abstiene de hacer las declaraciones contenidas en el libelo de la demanda principal; 3º Por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído, no hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones que contiene el libelo de reconvención, y 4º Sin costas".

De éste fallo apelaron los demandantes, como también González y los esposos Pineda-Zuluaga, aunque los tres últimos sólo "de la parte que niega las súplicas de la demanda de reconvención".

El Tribunal finalizó el segundo grado del procedimiento mediante fallo proferido el diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, por medio del cual se decidió: "...Es absolutamente nulo el testamento que se dice otorgado por la señorita María Monsalve Villa el trece de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro en la ciudad de Rionegro, cuyos términos se transcribieron en la parte motiva de esta providencia, por no llevar la firma de la testadora... En consecuencia, se tendrá como única voluntad de la causante Monsalve Villa el testamento abierto otorgado por escritura número 698 de 31 de agosto de 1943, de la Notaría de Rionegro. No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención. No están aprobadas las excepciones propuestas por el apoderado de los demandados González, Pineda G. y María A. Zuluaga. Sin costas. Queda así reemplazado, revocado en parte y en parte confirmado, el fallo de la primera instancia".

Para proveer así el sentenciador de última instancia hizo un dilatado examen del material demostrativo, especialmente de la prueba grafológica, del cual concluyó que el testamento de trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres no fue firmado por quien aparece otorgándolo"; de tal estimación probatoria dedujo la nulidad del testamento y el rechazo de las súplicas formuladas en la demanda de reconvención.

Los tres demandados que afrontaron la litis y que, además reconvinieron a los actores, interpusieron contra la sentencia del Tribunal recurso de casación, a solucionar el cual se procede.

El recurso

La demanda fundamental de éste carece aún de las condiciones formales exigidas por el artículo 531 del C. J.; en él se omite el obligado resumen de los hechos materia de la controversia, y en cuatro capítulos se discurre sobre violaciones genéricas de la ley por obra de errores de hecho y de derecho que se imputan al Tribunal enfrente del material probatorio, y sobre inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Procurando ajustar esas dispersas y desconcertadas acusaciones a las exigencias del recurso se deslindarán las quejas por quebrantos de la ley de las de inconsonancia apartándose la Sala de los capítulos de la demanda en que aparecen mezclados.

Causal 2ª—El recurrente dice que el Tribunal al apreciar la prueba grafológica que "no procedía por descoyuntada con los hechos y peticiones de la demanda"... "se salió de la pauta legal, cayendo en el error de fallar el juicio en forma que no se había pedido ni propuesto en la demanda".

Se considera:

El vicio **in judicando** admitido por nuestra ley como causal de casación y consistente en el exceso o defecto del fallo respecto de la materia propuesta a la justicia en la acción o en la excepción, no puede ser jamás consecuencia de la apreciación probatoria y por eso yerra el recurrente al vincular la inconsonancia que imputa a la sentencia con la prueba grafológica utilizada por el Tribunal.

El simple cotejo de las súplicas de la demanda con lo decidido no revela apartamiento alguno de la sentencia respecto de aquéllas comoquiera que demandada la nulidad de un testamento se declaró la invalidez en acuerdo perfecto con lo demandado; si a ello se llegó sobre pruebas inconducentes por extrañas a los hechos narrados en la demanda como fundamentales de la acción, ese anómalo cauce podría aparejar una aplicación indebida de la ley gobernada, para los efectos del recurso, por los caracteres técnicos y excluyentes de otra causal de casación diferente de la que viene invocándose.

El otro aspecto del mismo cargo que se hace residir en la ineficacia demostrativa concedida por el Tribunal a la escritura pública número novecientos noventa y cuatro otorgada el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual se hizo constar la presentación del testamento cerrado al Notario, sigue la misma equivocada senda del que acaba de examinarse y, de estar concebido en conformidad con la certeza procesal, configuraría una causal diferente de la invocada.

Se rechaza el cargo.

Causal 1ª—Dentro de ella se propone el quebranto, por no haberse aplicado al caso del pleito, de los artículos 1127, 1273 y 502 del C. C., 1º, 2º y 3º de la Ley 36 de 1931, 473 del C. J., 1080, 1602, 1618 y 1761 del C. C., y 11 de la Ley 95 de 1890; estas transgresiones se plantean sobre dos errores en la apreciación de las pruebas, a saber: en haber dado mérito a la prueba grafológica descoyuntada, según el recurrente, de los hechos de la demanda, y en haber omitido la estimación de la ya citada escritura número novecientos noventa y cuatro.

En cuanto al primer extremo se observa que el Tribunal expresamente vinculó la prueba surtida sobre la firma del testamento con los hechos de la demanda a virtud de la interpretación que de ella hizo, y que se contiene en el siguiente aparte del fallo: "...porque considera que aunque los demandantes Villegas y Presbítero Muñoz no dicen de manera expresa que la señorita Monsalve no fue quien firmó el testamento cerrado, implícitamente sí puede entenderse manifestado esto por el contexto de algunas frases...." De esta suerte, no se quebrantaron preceptos sustanciales por la vía que el recurrente señala pues debe concluírse que ésta, por sí misma, no era capaz de generar la violación de la ley comoquiera que estaba estrechamente unida a una interpretación de la demanda ya que sólo por ella admitió el Tribunal como prueba la grafológica y le otorgó

poder de convicción. Si anduvo errado en este proceder, las transgresiones legales invocadas obraron como consecuencia de la dicha interpretación sobre la cual no se formula cargo alguno, ya que cuando el recurrente se refiere a ella lo hace para encontrar inconsonancia entre lo pedido y lo fallado, como se dejó visto a propósito de la causal segunda de casación.

En cuanto al segundo tema probatorio que se propone como medio para haber dejado de aplicar mandamientos sustanciales, fácilmente se advierte que el Tribunal no omitió la estimación del instrumento público relativo a la presentación del testamento cerrado, sino que hallando la firma de éste mal podía conceder mayor eficacia a la escritura atinente apenas a la presentación de la cubierta al Notario, que a su certeza legal sobre la falsedad.

Siendo improcedentes las dos vías indicadas por el recurrente para llegar a la violación de la ley, se prescinde de examinar el contenido de las normas para tal efecto citadas, y se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, y que es materia del presente recurso de casación.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

ACCION PETITORIA DE RETIRO DE UNOS DESAGUES Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1. — La alcantarilla que, en el caso del proceso, produce los desagües que contaminan y en gran parte inutilizan las aguas de uso común está destinada a prestar un servicio público de higiene colectiva de un barrio de la ciudad, de modo que siendo éste uno de los deberes de la entidad distrital, no cabe en su enunciación y planteamiento el concepto jurídico de servidumbre, como fenómeno del derecho privado. La circunstancia de que la obra municipal obedeciera a la necesidad de la realización de uno de los fines sociales que le son propios, por carecer de otro medio o manera de conducir las aguas negras de la ciudad, aunque justificativa en el campo de las actividades estatales, no se puede estimar como exonerativa de la correspondiente obligación de reparar los daños que efectivamente se ha yan causado a los particulares. Así lo había dicho ya la Corte en sentencia de casación del 2 de octubre de 1947 (G. J. Tomo LXIII, pág. 479), al explicar la afirmación de que la noción jurídica del estado de necesidad no tiene operancia en las relaciones que se producen entre la administración y los particulares para efectos de la responsabilidad.

2—Las disposiciones del Acuerdo del Consejo Superior de Sanidad sobre higiene de las poblaciones no dan base a un cargo en casación, aun suponiendo que se hubieran ignorado, porque el artículo 520 del C. J. exige que la norma infringida sea constitutiva propiamente de ley sustantiva, carácter éste que no corresponde a estos preceptos de reglamentación administrativa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales y en libelo de fecha 25 de septiembre de 1940, los consortes Ricardo Londoño Mejía y Lelia de Londoño, demandaron en juicio ordinario al Municipio de Manizales, representado por su Personero, para que se declare:

"a) Que el Municipio de Manizales no puede ensuciar con las alcantarillas del servicio público de Manizales, las aguas de que se sirve la propiedad de Guamal de los señores Ricardo Londoño M. y Lelia Arango de Londoño; y en consecuencia, debe retirar esos desagües en el plazo que le fije la sentencia; y

"b) Que el Municipio de Manizales está obligado a pagar a los demandantes los perjuicios causados hasta ahora con los expresados desagües de aguas negras de los barrios dichos, por el precio que se fije por peritos en este juicio, o en juicio separado".

Los hechos fundamentales de la demanda son, en resumen: los demandantes son dueños de la finca Guamal, ubicada en paraje del mismo nombre, en las cercanías de la ciudad de Manizales, compuesta de tres lotes, cubierta de pastos naturales y artificiales, con excelente casa de habitación, destinada a engorde de ganados y negocios de lechería que por la vecindad ciudadana da muy buenos rendimientos. El Municipio, en los últimos años, ha construído el alcantarillado de servicio público de los barrios de Vélez, Lleras y Versalles y derrama las aguas negras que colecta en la quebrada del Cementerio, las de los dos primeros, y en la de Belén las del último, quebradas que recorren la finca y que proporcionan las únicas aguas de que dispone para su beneficio, causando los perjuicios consiguientes a su contaminación y fetidez que enferman los ganados y han obligado a suspender el negocio de la lechería, e impedido usar la casa como lugar de veraneo según la costumbre familiar debido a la pestilencia y hediondez que ha invadido las habitaciones. Han sido inútiles todas las gestiones directas con las autoridades municipales a fin de que se remedie esta situación dañosa, prolongando el alcantarillado o retirando los desagües del cauce de las aguas de uso público para poder usar sin perjuicio sus derechos de propietarios riberanos.

Para fundamentar en derecho la demanda se

citan las disposiciones de los "artículos 892, 893, 2341 y siguientes del C. C., 9 de la ley 113 de 1928, ley 33 de 1913, Acuerdo número 11 de 1924 de la Dirección Nacional de Higiene y demás disposiciones concordantes".

Contestó el Personero Municipal la demanda, aceptando como único hecho cierto la construcción del alcantarillado de los barrios Vélez, Lleras y Versalles, negando los demás y oponiéndose a las declaraciones impetradas. Considera inaplicables la mayoría de las disposiciones legales citadas porque la acción incoada no versa sobre servidumbres, y alega las excepciones perentorias de cosa juzgada, petición de modo indebido y carencia de la acción.

El Juzgado del conocimiento, al cabo de la actuación correspondiente, desató la litis en sentencia de 3 de febrero de 1942, así: absolvió al Municipio en razón del primer pedimento de la demanda, declarando en consecuencia que no es el caso de obligar al distrito a retirar los desagües del alcantarillado que desemboca en las quebradas de Belén y El Cementerio, y condenándolo a pagar a los demandantes como indemnización de los perjuicios causados en su propiedad por los referidos desagües, la suma de $ 8.000 por la desvalorización que ha sufrido la finca, y la de $ 163 mensuales desde la contestación de la demanda hasta el día del pago por concepto de lucro cesante. Sin costas.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia definitiva de la segunda instancia (3 de agosto de 1945) a que dio lugar la apelación de ambas partes, declaró no probadas las excepciones propuestas, confirmó la absolución por la primera solicitud de la demanda, y en cuanto al pedimento de indemnización, lo reformó así: "El Municipio de Manizales está obligado a pagar a los demandantes Ricardo Londoño M. y Lelia Arango de Londoño, el valor de los perjuicios causados en la propiedad de éstos, denominada Guamal, con el derrame de los desagües de las alcantarillas del barrio Versalles en el cauce de la quebrada Belén, cuyas aguas aprovechan los dueños del mencionado inmueble para abrevadero de sus semovientes y para el servicio doméstico. El valor de dichos perjuicios se determinará mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta para su justipreciación lo dicho en la parte motiva del presente fallo. Se absuelve al Municipio de Manizales de los demás cargos que le fueron formulados en la demanda. Sin costas en ambas instancias".

Las razones que condujeron al Tribunal a adoptar estas conclusiones están diluídas entre largas consideraciones muy eruditas pero muchas muy impertinentes e inútiles para la decisión del problema del pleito. Dejando de lado lo innecesario, se puede esquematizar así la fundamentación del fallo:

El uso conveniente que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, se refiere no solamente a la cantidad del agua sino a su calidad, en forma que el riberano no puede hacer nada que la corrompa o la haga inaprovechable para otras personas, y está limitado en su ejercicio por la misma ley (artículos 892 y 893 del C. C.). "Determinado como está el alcance del derecho y habida cuenta de las limitaciones específicas que enumera taxativamente la ley, debe tenerse en cuenta de una vez, que en el caso a estudio no se trata de controversia entre riberanos, como tampoco, propiamente, del uso de las aguas de las quebradas de Belén y El Cementerio, sino del uso del cauce natural de aquéllas, por parte del Municipio demandado, que vierte allí los albañales de los barrios Versalles, Vélez y Lleras. En estas circunstancias el primero de los pedimentos indica sin dificultad su objetivo cardinal, o sea el de fijar hasta dónde alcanza el derecho de la entidad pública para imposibilitar al riberano inferior al uso del suyo... En el caso de estudio, no se trata de negación de servidumbre, como tampoco de que el Municipio hubiere construído los albañales en el fundo de los demandantes o vertido en él los desagües. Simplemente se trata de que derramó sobre las corrientes naturales, en predio superior, las aguas infectadas, haciendo imposible el ejercicio del derecho de uso o aprovechamiento consagrado en favor del riberano inferior, por lo cual se pide la cesación de tal acto". A las autoridades administrativas compete exclusivamente la reglamentación del uso y goce que a los particulares corresponde sobre las aguas públicas (**res communis**) dentro de los límites que la ley fije (artículo 678, C. C.) y con criterio de servicio público. De acuerdo con los reglamentos oficiales sobre higiene y sanidad (Acuerdo

número 11 de 1914 sobre provisión de aguas en las poblaciones y predios rurales, del Consejo Superior de Sanidad) nadie y menos las autoridades puede inficionar las corrientes de agua que sirven para el uso de los moradores de predios vecinos. "Como se ve, de las disposiciones transcritas, especialmente de los artículos 2º y 3º, de carácter general, se desprende que las fuentes y corrientes de agua no pueden alterarse en su potabilidad por materias orgánicas en descomposición, provenientes de predios superiores. De suerte que, cuando los predios riberanos se proveen de agua conforme al derecho consagrado por el artículo 982 del C. C., ese derecho no puede vulnerarse, a pesar de la situación de privilegio en que por razones de interés social, se hallan colocadas las entidades de derecho público. Pero como pudiera argüirse que se está en el caso del interés particular que debe ceder al interés público conforme a los mandatos constitucionales, la alegación no lograría sostenerse porque es indispensable acoger el principio compensatorio de que el perjuicio ocasionado debe repararse mediante la indemnización correspondiente, para establecer el equilibrio de los derechos: ...el de la necesidad ineludible, de orden general o público, que tiene el Municipio de desaguar las alcantarillas en dichos cauces, únicos existentes en el lugar, y el de aprovechamiento de los riberanos, incompatible con la contaminación de las aguas y el aire, vectores que propician contagios y dan lugar a la propagación de epidemias... La acción se ejercita con fundamento en los artículos 2341 y siguientes del C. C., concretándola al daño causado por culpa de la entidad demandada, lo que es tanto como que la cuestión debe decidirse con base en la responsabilidad por culpa producida extracontractualmente".

Planteado de esta suerte el problema, pasa el Tribunal a estudiar la prueba demostrativa de los daños cuya indemnización se demanda, y concluye que respecto de los perjuicios provenientes de los derrames de los albañales de los barrios Vélez y Lleras en la quebrada El Cementerio, se impone la absolución porque no se demostró en ninguna forma su existencia, como sí se demostró satisfactoriamente que los demandantes se han perjudicado por causa de las cloacas del barrio Versalles que vierten sus detritus en cauce de la quebrada Belén, por lo cual hay que reducir a esta parte la condena a indemnizar. Y como se ha establecido que la finca El Guamal la integran cinco porciones o lotes adquiridos en diferentes épocas, algunos cuando ya existía la situación que describe la demanda, es preciso tener en cuenta esta circunstancia, según la discriminación de fechas que se hace, para efectos de la determinación de la cuantía que ha de hacerse por el procedimiento del artículo 553 del C. J. y con ajuste a estas observaciones y datos.

El recurso

Agotada la tramitación legal, se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Separadamente, comenzando por la parte demandada, se consideran las demandas fundamentales.

Recurso del Municipio demandado. — Se acusa la sentencia por el primero, el segundo y el sexto de los motivos de casación que señala el artículo 520 del C. J. Inversamente, como corresponde al orden lógico, se estudian las acusaciones:

Causal sexta.—Se aduce como motivo de nulidad la de incompetencia de jurisdicción, y se formula el cargo así: "Al condenar al Municipio de Manizales a pagar una indemnización con base en lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C. y en el artículo 30 de la Constitución Nacional, el Tribunal dictó una sentencia nula, pues de acuerdo con los artículos 1º y 7º de la ley 38 de 1918, vigente cuando se promovió este juicio, la autoridad competente para decretar esa indemnización era el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Manizales, en primera instancia, y en segunda, el Consejo de Estado".

Se considera:

"El Tribunal —dice el recurrente— estimó que tenía entre manos un caso de expropiación del derecho de uso de los demandantes", y por eso, con aplicación de los precitados textos de la Constitución y del código civil, decretó la indemnización a cargo del Municipio. Esta acusación plantea un problema tan extraño a la fundamentación del fallo recurrido y a la materia de la controversia, que resulta artificioso y sin atinencia. Como se vio al hacer la síntesis fiel de sus motivos, la sentencia estudió el caso en el terreno aquiliano de la culpa, y sólo de manera incidental, para aludir a las limitaciones que establece la ley al derecho de los riberanos al uso de las aguas públicas, citó el numeral 3º del artículo

893 del C. C. y el principio constitucional que consagra la subordinación del derecho particular al interés general o público; pero en manera alguna puede decirse que la indemnización decretada tiene su base en el precitado texto del código civil, porque aquí no se trata del aprovechamiento preferencial de las aguas, en la cantidad que fuere necesaria, para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual, sin privar totalmente de agua a la heredad inferior, deberá indemnizársele de todo perjuicio inmediato. La reparación que aquí se demanda se hace provenir, no de limitación cuantitativa en el uso de la corriente pública, sino en su funcionamiento por verter en ella el agua negra de los albañales. No concurren en el caso de estudio los elementos materiales ni los formales que requeriría la aplicación de la ley 38 de 1918, derogada ya, y que reglaba el caso de expropiaciones y daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, departamentales o municipales cuando alguna de las entidades de derecho público se hubiera aprovechado de la propiedad particular.

En estas condiciones no hay base ninguna para afirmar que este proceso ha debido ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Causal segunda.—Dice el recurrente que el Tribunal falló **ultra petita** porque "los demandantes no han pretendido que el Municipio de Manizales les expropie su derecho de uso pagándoles una indemnización, ni incluyen entre los perjuicios que cobran la desvalorización de la finca". Afirma que por estos dos aspectos hay inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones de la demanda, y formula el cargo así: "Al absolver al Municipio de la primera súplica de la demanda y condenarlo por la segunda, el Tribunal dictó una sentencia que no está en consonancia con las pretensiones de los actores, las cuales dependen especialmente la una de la otra, en forma que o prosperan ambas o ambas fracasan y nada tiene qué ver con el fenómeno de la expropiación, de que tratan el ordinal 3º del artículo 893 del C. C. y el artículo 30 de la Constitución Nacional. Al condenar al Municipio a pagar una indemnización por daño emergente que consiste en la desvalorización del inmueble, el Tribunal falló más allá de las pretensiones de los actores, los cuales no pidieron en su demanda indemnización por este concepto".

Se considera:

"La causal 2ª —ha dicho esta Sala— fundada en la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia o se deje de resolver alguno de los que 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, está destinada a evitar fallos sorpresivos para alguna de las partes, garantizando el principio de que la sentencia definitiva ha de recaer sobre la acción deducida en juicio y ha de pronunciarse únicamente sobre la cantidad, cosa o hecho que se demanda". (G. J. Tomo LVI, página 327).

En ninguna de estas posibilidades de incongruencia puede colocarse la sentencia acusada, cuyas resoluciones se muestran, por el contrario, en armonía lógica y jurídica dentro del acertado planteamiento que el Tribunal dio a la cuestión controvertida. Ya se dejó dicho que es improcedente y está fuera de lugar lo relativo a la expropiación a que sin fundamento ninguno se refiere el recurrente y a que ni siquiera se alude en la demanda inicial. Y hay que deformar el sentido y el alcance del fallo para sostener, como se hace en la demanda, que "negada la primera súplica, era forzoso negar la segunda porque si el Municipio tiene derecho de verter alcantarillas en las quebradas de El Cementerio y Belén, el Municipio no está cometiendo culpa ninguna que lo haga extracontractualmente responsable y, por lo tanto, no debe indemnizar". El Tribunal no ha dicho, ni podría decirlo, que el Municipio tiene derecho a infectar las aguas del servicio público vertiendo sus albañales en las quebradas dichas, porque eso no tendría sentido por contrario a los fines del Estado, tendientes todos al beneficio general. Por el contrario, ha afirmado que al proceder así el Municipio viola no solamente las normas generales de derecho sino expresas prohibiciones de la ley, haciendo consistir en esto, precisamente, la culpa que le imputa a la administración; pero reconociendo al propio tiempo la circunstancia objetiva de que tal es la única manera de dar salida y conducir las aguas negras del alcantarillado, que es un servicio público municipal, se niega a prohibir la confluencia de esas aguas como se le pide en la demanda, invocando para fundar esta solución el principio constitucional de que el interés particular debe ceder ante el general o público, lo cual no quiere significar en manera alguna que esa subordinación

de intereses no sea legítima fuente de las reparaciones correspondientes a los daños que realmente se caucen y prueben.

No menos infundado es el otro aspecto de incongruencia que se quiere hacer consistir en exceso de condena en materia de perjuicios. En efecto, lo demandado, como puede verse en la transcripción literal de los pedimentos del libelo inicial, es la reparación de los perjuicios causados por los desagües referidos, esto es, de todos los efectos dañinos de esa causa que jurídicamente admitan la calificación de perjuicios y a eso mismo alude la resolución de la sentencia. Es cierto que en los hechos de la demanda, al lado de la necesidad de suspender el negocio de lechería y a la imposibilidad de volver a ocupar la casa, no se hace referencia precisamente a la desvalorización que ha sufrido la finca a que alude el Tribunal como uno de los factores que es preciso considerar para deducir el monto de la indemnización, pero es incuestionable que todos los hechos y circunstancias que discriminadamente constituyen daños en el inmueble Guamal por efecto de los desagües del alcantarillado público en las corrientes en que tiene derecho de ribera nía se traducen y resuelven obviamente en el fenómeno económico de la depreciación, constitutivo de daño emergente y como tal comprendido en el pedimento general de indemnización.

Por lo dicho, no es fundada la acusación por la causal segunda.

Causal primera.—La acusación por esta causal la descompone el recurrente en dos cargos que se enuncian y consideran separadamente:

a) "Al afirmar que, conforme al artículo 892 del C. C., el derecho de uso de aguas de dominio público implica la facultad de exigir que éstas tengan determinada calidad, y que, por lo tanto, el derecho de los demandantes está siendo vulnerado o limitado por el Municipio de Manizales, el Tribunal violó, por interpretación errónea, dicho artículo; pues su correcta inteligencia, la única que permite no poner en contradicción los dos incisos que lo forman, es la de que el derecho de uso que confiere es totalmente independiente de la calidad de las aguas y sólo relativo a la cantidad.

"Al afirmar que, con arreglo a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C., el Municipio de Manizales debe indemnizar a los demandantes por estar limitándoles, en la forma allí prevista, el derecho de uso que les confiere el artículo 892 del mismo código, el Tribunal violó, por interpretación errónea, el citado ordinal 3º, porque la disposición contenida en éste, que debe interpretarse en armonía con la del artículo 892, sólo se refiere al caso de que un pueblo tome o derive aguas de una corriente de uso público, sin la obligación de hacer volver el sobrante, privando así a los propietarios ribereños de la cantidad de agua que tiene derecho a usar, pero indemnizándolos en compensación.

"El Tribunal violó también, por aplicación indebida al caso del debate, el ordinal 3º del artículo 893 del C. C. y el artículo 30 de la C. N.; porque no se trata de que el Municipio tenga necesidad de aprovecharse de las aguas para proveer, con ellas a los menesteres domésticos de los habitantes de Manizales, dejando una parte a los demandantes indemnizándolos previamente; ni tampoco de que exista conflicto entre un interés público y derechos privados que deban ser sacrificados previa indemnización. Se trata de la ejecución de actos que en nada vulneran ni limitan el derecho de los demandantes, ni lo ponen en conflicto con intereses públicos.

"Al decretar indemnización a cargo del Municipio, con fundamento en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C. y en el artículo 30 de la C. N., el Tribunal violó además, por infracción directa, estas disposiciones, pues en ellas se prescribe que la indemnización se decrete y determine en juicio de expropiación, y el Tribunal contravino a este mandato, decretando la indemnización en un juicio que no es de expropiación"

Se considera:

Todos los extensos desarrollos que en torno de este cargo trae la demanda de casación buscan su apoyo en las consideraciones y citas que podrían suprimirse en la sentencia sin mengua de su fundamentación esencial, ya extractada antes de esta decisión. La parte motiva del fallo recurrido contiene mucho más de lo necesario y de lo conveniente para su claridad, como lo anota, con expresiones exageradas el apoderado del Municipio demandado, quien dice, refiriéndose al examen de las razones del fallo, que no es labor fácil "pues se trata de desentrañar el sentido de ideas diluídas en un verdadero laberinto de confusión, oscuridad y contradicciones". Un poco de estas incómodas condiciones de la sentencia afecta también la demanda de casación, que dejando de lado la lógica estructuración de los motivos del Tribunal trata de aprovechar como base de la mayor parte de sus argumentaciones las citas legales impertinentes y los razonamientos so-

brantes, con el efecto inevitable de resultar haciendo ataques inútiles. Ya se expresaron, compendiándolas sin deformarlas y desechando las excesivas, las razones jurídicas que sustentan las conclusiones del fallo recurrido. En este otro aparte puede verse el exacto planteamiento que el Tribunal le dio al problema de autos, fuera del campo jurídico de las servidumbres naturales, como cuestión de culpa de la administración municipal resuelta con aplicación del criterio general que es norma de interpretación de la ley y que manda hacer predominar el interés social cuando resulte en pugna con el simplemente particular.

'Apareciendo, como en realidad aparece de autos — dice la sentencia — que los demandantes ejercitan su derecho de aprovechamiento del agua, cabe preguntar: ¿puede el Municipio verter los albañales en el cauce de la multicitada corriente, emponzoñando las aguas que utilizan los riberanos demandantes? En principio la respuesta aparentemente podría ser negativa, pero como se trata de conflicto de derechos entre particulares y una entidad de derecho público cuyas necesidades superpone la Carta Fundamental a las de aquéllos, lógicamente se concluye que el interés de éstos ha de ceder al del Municipio, es decir, al público o social, sin que esto implique el desconocimiento del derecho del riberano para que se le indemnice por el daño causado... Es verdad que aquí no se trata del uso de las aguas, sino de utilización del cauce por donde ellas discurren. Pero esto lo hace la entidad demandada en tal forma que inutiliza dichas aguas para los servicios determinados por la ley, imposibilitando así al ribérano para el ejercicio de su derecho de aprovechamiento y, como el agua y el cauce constituyen un todo indivisible de dominio público o privado, según el caso, la doctrina transcrita se acomoda justamente a la siguiente conclusión: que los demandantes no tienen acción para oponerse al uso que del cauce de la quebrada Belén hace el Municipio de Manizales, porque es preferente el derecho de éste, sin que ello quiera decir que el derecho de la parte actora se desconozca por fuerza de la situación preferente de la entidad demandada. Simplemente se ajusta a la doctrina, con fundamento en los mandatos constitucionales, pero reconociendo previamente la indemnización que resulta del perjuicio sufrido, con el fin de compensar el derecho de que se priva al riberano en atención al interés social. Se concluye, pues, que el primero de los pedimentos no es procedente, mucho más si de autos aparece que el Municipio no tiene otros cauces para el derrame de los albañales".

Entre los mismos litigantes de ahora y con apoyo en iguales hechos a los aquí invocados, se siguió un juicio ordinario con acción negatoria de servidumbre, que fracasó por estimarse que la cuestión planteada resultaba improcedente como problema de servidumbre. En la sentencia de casación (junio 3 de 1940, G. J. XLIX, pág. 511), proferida en ese juicio y citada en la que se está estudiando, dijo la Corte:

"De lo que se trata en realidad es de si el Municipio tiene el derecho que está ejercitando de verter los referidos desagües en dichos cauces, y no de la existencia o inexistencia de una servidumbre, y esto último es lo demandado. Ante esta disparidad entre los hechos fundamentales y la queja que de ella pudiera haber surgido, de un lado, y la que se formuló o planteó, de otro, ocurre pensar si tal discrepancia determina impedimento para que el Juzgador entre a considerar aquel problema' En otras palabras: los actores aspiran a que dichas aguas se libren de la contaminación impuesta por los desagües del Municipio y a que éste les indemnice los perjuicios ya causados por ella y les pague el daño que les representa la continuación de esa situación, en el evento de imposibilidad de hacerla cesar. Es evidente que, salvando excepcionales circunstancias de aprovechamiento de los detritus como abono, las cloacas al verterse sobre una corriente, así sea un río y no un simple arroyo o arroyuelo perjudican determinando su impotabilidad. Si por ejemplo, alguien tiene un hato en su finca en época en que se supongan puras las aguas que la bañan o atraviesan, cuando éstas se alteran por los albañales de población vecina las circunstancias son por esto tan diferentes que el negocio cesa, ya porque espontáneamente lo suprime de allí, ya porque la autoridad se lo suspende, en fuerza de motivos de higiene que saltan a la vista. Pero este no es el problema planteado en este pleito, ni esa la consecuencial petición de la demanda, ni la forma como el libelo señala el terreno de la controversia y el camino de su posible defensa al demandado. De donde se deduce que si el juzgador tomara el litigio como esbozan el caso los párrafos precedentes, resultaría, caso de condena, formulándola, con quebranto de preceptos constitucionales y de terminantes disposiciones legales, sin que el reo hubiera sido oído y vencido".

Este pleito, como es obvio, nació de aquél, con utilización de los preinsertos conceptos para el adecuado planteamiento de la acción y la procedencia de sus pedimentos. Es descaminado, por tanto, el esfuerzo que se haga por volver hacia el campo de las servidumbres naturales para la dilucidación de la controversia. No se trata de uso de las aguas por parte del Municipio que en ninguna forma ni cantidad las toma para el uso doméstico de los habitantes de la ciudad vecina; ni de problemas vinculados a devolución de sobrantes; ni de ninguno de los casos de limitación legal del derecho de uso de los riberanos de las corrientes de agua de dominio público; ni la indemnización decretada tiene su razón y fundamento en ninguno de estos conceptos, a pesar de las citas impertinentes que el sentenciador hace incidentalmente de los artículos del código civil; ni hay materia ni oportunidad para actualizar nada relacionado con el fenómeno de la expropiación que ningún papel juega en el litigio. Ningún pasaje ni consideración del fallo da pie para afirmar que el Tribunal asienta la tesis de que el Municipio está obligado a garantizar determinada calidad de aguas a los riberanos que tienen el derecho de usar las que corresponden al dominio público; lo que pensó y dijo es cosa bien distinta, esto es, que la entidad distrital no puede infectarlas y hacerlas inservibles para los usos domésticos que implica la riberanía, y que si es inevitable hacerlo porque no hay otra manera de atender al cumplimiento del servicio público del alcantarilado urbano, no puede impedírsele que atienda a la higiene colectiva, pero reparando cabalmente los daños que cause.

Por lo dicho, son infundadas las acusaciones referentes a quebranto de los textos legales sustantivos citados, por desvío del objetivo, pues bien sabido es que los cargos en casación carecen de eficacia si no atacan directamente los verdaderos y ciertos fundamentos de la sentencia.

b) Dice el recurrente:

1. "Al declarar que, no obstante que el ordinal 3º del artículo 893 del C. C. y el artículo 30 de la C. N. dan al Municipio de Manizales el derecho de verter alcantarillas en la quebrada de Belén, dicho Municipio comete culpa que lo hace extracontractualmente responsable de los perjuicios que alegan haber sufrido los demandantes, el Tribunal violó, por aplicación indebida, el artículo 2341 del C. C., porque siendo evidente que no puede haber culpa en el ejercicio legítimo de un derecho, no era el caso de aplicar este artículo, que exige como condición esencial de la responsabilidad extracontractual la comisión de una culpa".

2. La condena proferida contra el Municipio es por razón del daño emergente causado a los demandantes con el derrame de las alcantarillas del barrio Versalles en la quebrada de Belén. En consecuencia, violó el Tribunal, por infracción directa, el artículo 1614 del C. C., porque los perjuicios que los actores enumeran y concretan en su demanda son típicas formas de lucro cesante y no de daño emergente.

3. "Al declarar el Tribunal que los testimonios de los señores Angel Robledo, Uribe y Villegas —únicas pruebas relativas a la existencia de los perjuicios que se cobran en la demanda— carecen de toda fuerza probatoria, y sin embargo al condenar al Municipio a pagar indemnización a los demandantes, el Tribunal violó, por infracción directa, el artículo 593 del C. J., pues este artículo lo obligaba a fundar la sentencia en hechos probados y el Tribunal fundó la condenación en hechos que encontró no probados".

4. Por no haberse dado cuenta de que en la propia demanda se afirma que en las quebradas de Belén y El Cementerio existen lavaderos públicos de ropa, el Tribunal incurrió en un error de hecho que aparece manifiestamente en los autos, y a consecuencia del cual el Tribunal violó, por infracción directa los artículos 1757, 2341 del C. C. y 593 del C. J. puesto que a los demandantes incumbía probar la relación de causalidad entre la culpa y el daño, esto es, que el perjuicio no se habría causado si el Municipio no hubiera intervenido en la regularización de las alcantarillas, y mientras no se pruebe la referida causalidad no hay lugar a hablar de responsabilidad extracontractual.

5. "El Tribunal, violó una vez más, por aplicación indebida, el artículo 2341 del C. C. al condenar al Municipio no obstante que en los autos hay plena prueba (declaraciones contestes de cinco testigos) de que los daños alegados se hubieran causado igualmente sin la intervención del Municipio, puesto que las alcantarillas fueron construídas por los particulares y éstos las vertían en la quebrada de Belén antes de que el distrito construyera técnicamente el alcantarillado".

Se considera:

1. Varias veces se ha rectificado ya en esta decisión el concepto en que se pretende apoyar esta acusación, reproducido para excluír la noción de culpa por incompatible con el ejercicio

legítimo de un derecho —el de verter las alcantarillas en la quebrada de Belén—, que el recurrente dice que reconoce al Municipio la sentencia con base en el ordinal 3º del artículo 893 del C. C. No traducen exactamente las referidas expresiones de la demanda de casación el sentido doctrinario y el alcance jurídico de la sentencia, que en manera alguna puede interpretarse sobre el punto de que se trata como el reconocimiento y aceptación de que el Municipio ha ejecutado los actos que le imputa el demandante en ejercicio de un legítimo derecho. Por el contrario, es la alteración voluntaria del derecho de riberanía de los demandantes, como una imposición de las necesidades públicas generales que exigen su subordinación y sacrificio, aun contra expresas prohibiciones de las instituciones encargadas de velar por la higiene pública, cuyas disposiciones, como lo dice el artículo 1º de la ley 1ª de 1931, "son actos oficiales obligatorios para las autoridades que deben cumplir y hacer cumplir". Tal es el verdadero mecanismo sobre que está montada la noción de culpa en la sentencia que se considera y que se señala como fuente de la indemnización, no vinculada, como ya viene dicho también, al precepto del numeral 3º del artículo 893 del C. C., contentivo de una de las limitaciones legales al uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, ni a ninguna de las reglas sobre servidumbres naturales. La alcantarilla que produce los desagües que contaminan y en gran parte inutilizan las aguas de uso común está destinada a prestar un servicio público de higiene colectiva de un barrio de la ciudad, de modo que siendo éste uno de los deberes de la entidad distrital, no cabe en su enunciación y planteamiento el concepto jurídico de servidumbre, como fenómeno del derecho privado.

La circunstancia de que la obra municipal obedeciera a la necesidad de la realización de uno de los fines sociales que le son propios, por carecer de otro medio o manera de conducir las aguas negras de la ciudad, aunque justificativa en el campo de las actividades estatales no se puede estimar como exonerativa de la correspondiente obligación de reparar los daños que efectivamente se haya causado a los particulares. A este respecto, explicando la afirmación de que la noción jurídica del estado de necesidad no tiene operancia en las relaciones que se producen entre la administración y los particulares para efectos de la responsabilidad, dijo la Corte en sentencia del 2 de octubre de 1947 (G. J. Tomo LXIII, página 479: "Encuentra su razón de ser en la circunstancia de que la administración desarrolla siempre su actividad material o jurídica bajo el estímulo del interés público; en que sus funciones no tienen otro objeto que el de satisfacer las necesidades de los ciudadanos traducidas en el funcionamiento de los servicios públicos, en la construcción de obras, en el mantenimiento del orden, la preservación de la salubridad, etc.; y en una palabra, en que la administración de acuerdo con esto opera ordinaria, normalmente en estado de necesidad, lo que implica tanto como aceptar que si se tuviera el imperio de esta circunstancia como exonerativa de responsabilidad no podría ser nunca obligada a indemnizar los perjuicios que el desenvolvimiento de su compleja actividad cause a los gobernados. Con la consagración de una tesis semejante se llegaría al absurdo de eliminar las bases fundamentales de la responsabilidad administrativa, haciendo retroceder de esta suerte las instituciones jurídicas a etapas definitivamente canceladas por las exigencias de la cultura, la evolución de la idea de justicia y los postulados de la equidad. En cambio, si se acepta el principio —que la Sala proclama y sostiene— de que el estado de necesidad no acarrea la liberación cuando el deber de reparar el perjuicio se exige de la administración, fatalmente se llega a la conclusión de que es entonces un fenómeno indiferente, que no cuenta en absoluto para determinar judicialmente la responsabilidad civil de las entidades de derecho público".

2. Este cargo, consistente en que se ha debido absolver al Municipio porque en la parte motiva de la sentencia se dijo que no estaba probado ningún perjuicio por lucro cesante y los hechos en que se funda la demanda no son constitutivos de daño emergente, sino de utilidades malogradas, resulta un intrascendente juego de palabras sin sustancia jurídica, porque ya se dijo al estudiar la acusación por la causal 2ª que lo que la demanda pide y a lo que la sentencia condena es indemnización de perjuicios, y es sabido que ésta comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, de acuerdo con el artículo 1613 del C. C. No se ataca la existencia del daño, fuente de la obligación indemnizatoria, para lo cual habría sido necesario acusar por violación indirecta de la ley por consecuencia de errores en el juicio probatorio. Sin dejar de advertir que la dispo-

sición citada como infringida (1614 del C. C.), como contentiva que es de simple definición no es susceptible de quebranto directo con efecto de casación, es suficiente para rechazar el cargo, la reflexión trivial y justiciera de que sea cual fuere la denominación que corresponda al ejercicio probado, debe ser reparado.

3. El motivo de este cargo es incongruente con lo que al respecto dice la sentencia acusada, que no funda su condena en los tres testimonios a que aquí se alude, sino en otros, como puede verse de lo que a continuación se copia: "Por lo que hace a la segunda súplica formulada en el libelo, ya se dejó establecido que los demandantes han sufrido perjuicios por causa de las cloacas del barrio Versalles que vierten sus detritus en la quebrada Belén (testimonio de Ernesto Vélez y Duque Larrea). Pero se dejó establecido también que el inmueble lo constituyen cinco porciones adquiridas por los demandantes en distintas épocas. Este es un hecho que requiere especial atención, por lo cual habrá de tenerse en cuenta, como ya se dijo, únicamente por las aguas negras que concurren al predio procedentes del barrio Versalles..." Por lo demás, el cargo adolece de ineptitud técnica, porque siendo la conclusión atacada fruto de análisis de pruebas la infracción legal en que pudiera haberse incurrido no sería directa, y porque el texto que se dice violado (593 del C. J.), "contentivo de una fórmula general de doctrina jurídica, no da base ni posibilidad a la violación legal que abre el camino al estudio de la casación que necesariamente ha de versar sobre un precepto determinado de la ley sustantiva para poder deducir su infracción directa, su aplicación indebida o su errónea interpretación, para realizar su fin principal de uniformar la jurisprudencia nacional".

4. También es técnicamente defectuoso este cargo, enderezado a destruír la causalidad reconocida por el Tribunal al perjuicio que estimó probado, desplazándola de la confluencia de las aguas negras de los albañales hacia la existencia de lavaderos públicos en las quebradas, porque aunque se habla de error de hecho que aparece de manifiesto en autos se acusa sin embargo por infracción directa de la ley. No ha sido ignorada en el proceso ni despreciada en la sentencia la circunstancia de que con aguas de la quebrada de Belén lavan ropas en los predios riberanos; pero tal hecho, como es natural y aceptable sin necesidad de demostraciones, no tiene la capacidad de desplazar la causa del fenómeno lesivo en forma que pudiera decirse razonablemente que no se sabe si las contaminaciones y hediondez de las aguas provienen de los lavaderos, que siempre han existido, o del desagüe en ellas de los alcantarillados públicos. No obstante esto, el Tribunal dispuso tener en cuenta esta concausa para la determinación de la cuantía de la indemnización, cuando dijo: "De modo que el segundo de los pedimentos de la demanda habrá de resolverse favorablemente, pero en forma parcial, o sea, en cuanto a los perjuicios que atañen a los albañales del barrio Versalles, pero teniendo en cuenta, para la proporcionalidad de su justipreciación, todos los demás factores ajenos a la obra municipal que puedan contribuír al emponzoñamiento de las aguas que corren, desde su nacimiento, hasta cuando abandonan el predio de los demandantes. La justipreciación se hará conforme al procedimiento incidental indicado en el artículo 553 del C. J." Y de este modo el cargo se desquicia.

5. Tampoco consulta la técnica legal del recurso la forma en que se hace este último cargo, que aspira a trasladar el inficionamiento de las aguas de uso público a época anterior a la construcción del alcantarillado municipal, libertando de este modo al distrito, porque no se ataca, como era imprescindible hacerlo, la base probatoria en que descansa la conclusión del sentenciador, sino que se le imputa quebranto directo de la ley. Aun sin hacer valer esta falla, el cargo es infundado. La sentencia se refiere espaciosamente a la aludida circunstancia y analiza los testimonios referentes al hecho de que los habitantes del barrio Versalles, en los comienzos de su urbanización, construyeran con cañerías de teja los desagües de sus habitaciones dentro de sus predios, y se refiere también al hecho, plenamente demostrado, de que con dineros del Municipio y bajo su dirección técnica se hizo la obra del alcantarillado para la colección de los múltiples desaguaderos en un cauce común que fue el que se llevó a la confluencia de la corriente de uso público. En esta participación oficial para la tecnificación del servicio público es en la que se inserta la responsabilidad municipal, según se ha explicado varias veces, y esa posición de la sentencia no se ataca. "Se tiene, pues —dice el Tribunal después de examinar las pruebas— demostrada plenamente la intervención del Municipio en la construcción del alcantarillado del barrio Versalles".

Recurso de la parte demandante.—Por infracción de ley sustantiva formula este recurrente contra la sentencia del Tribunal los cargos que pasan a considerarse:

a) Violación, por infracción directa, de los artículos 891, 892 y 893 del C. C. y 2º y 3º del Acuerdo número 11 de 1914 del Consejo Superior de Sanidad sobre provisión de aguas en las poblaciones y predios rurales, porque no obstante la terminante prohibición contenida en el inciso segundo de la primera de las disposiciones citadas el Tribunal atribuyó al Municipio de Manizales el derecho de dirigir sus albañales sobre el lecho de los arroyos El Cementerio y Belén; porque la atribución de tal derecho es incompatible con el que la ley da a los demandantes sobre uso de las referidas aguas para sus menesteres domésticos y abrevaderos de sus animales y por consiguiente lo desconoce y vulnera; y porque considera que el derecho de riberanía de los actores se limita en cuanto el Municipio tiene necesidad de verter en la quebrada dicha las aguas negras de su servicio de alcantarillado.

Se considera:

Al examinar las acusaciones contenidas en el recurso del Municipio se estudiaron los aspectos que ofrece el cargo por violación de estas disposiciones del código civil y se vio su falta completa de fundamento por el divorcio vincular que existe entre las razones estructurales del fallo y estas acusaciones de ilegalidad, que artificiosamente buscan su apoyo en citas legales por perjuicios, que entonces se excluyó expresamente al decir: "Así se explica que la Corte no estudie si un Municipio está o no obligado a indemnizar los perjuicios que se causen con motivo de la satisfacción de ineludibles necesidades de orden general o público, como es, por ejemplo, el desagüe de las habitaciones de sus pobladores. Del propio modo no se estudia lo que pudiera calificarse de conflicto entre dos intereses, ambos de orden social, a saber: el de que acaba de hablarse y el consistente en la contaminación de las aguas y del aire, vectores éstos de contagio y aun de epidemias. Este motivo no ha sido materia de la controversia presente".

Es, por tanto, completamente descaminada la aspiración de obtener que se ordene suprimir o suspender la pretendida servidumbre de albañal que los demandantes creen que el Municipio les ha impuesto, por la vía a que se refiere este cargo, porque de no haber extrañeza de la cuestión dentro del pleito, habría cosa juzgada.

Y por lo que hace a las disposiciones del Acuerdo del Consejo Superior de Sanidad basta recordar que ellas, por su naturaleza, no dan base a un cargo en casación, aun suponiendo que se hubieran ignorado sus prohibiciones, que no se ignoraron, porque el artículo 520 del C. J. éxige que la norma infringida sea constitutiva propiamente de ley sustantiva, carácter éste que no corresponde a estos preceptos de reglamentación administrativa.

b) Violación, por indebida aplicación al caso del pleito, "del artículo 30 de la Constitución Nacional, en relación con los artículos 669 y 678 del C. C., "porque la disposición constitucional reconoce y protege los derechos adquiridos por los particulares con arreglo a las leyes civiles, y establece que de ellos no se les puede privar sino previo un juicio de expropiación y previa indemnización, cuando los intereses de aquéllos están en conflicto con el interés social o público, y el Tribunal, no obstante que aquí no ha habido ni previa expropiación ni indemnización previa, declaró que el derecho que el artículo 892 del C. C. confiere a los demandantes, cede al interés público, representado por el Municipio, y en este concepto lo sacrifica.

Se considera:

Los hechos originarios de este pleito, tal como aparecen fundamentando la demanda, y el derecho que con base en ellos se ha invocado, no ofrecen ninguno de los elementos jurídicos, ni el material ni el formal, contenidos en la norma constitucional que se señala como indebidamente aplicada por el Tribunal, y que pudieran darle aplicabilidad al caso debatido. Es por tanto del todo impertinente, como se dijo ya al estudiar el recurso del Municipio, argumentar en torno de la figura jurídica de la expropiación y de indemnización con raíz en tal fenómeno. El citado precepto de la Carta se refiere al conflicto en la aplicación de leyes para consagrar el principio de su irretroactividad y la teoría del derecho adquirido, temas éstos desconectados de la materia litigiosa. La alusión que pudiera hallarse en la sentencia a la disposición en cita consistiría en la invocación que se hace a la doctrina constitucional, como regla esencial de interpretación, de que el interés privado ha de ceder siempre que se encuentre en conflicto con el público o social, como está ordenado en todas las constituciones

modernas, y es bien claro que en esta referencia simplemente interpretativa en la decisión de un problema de responsabilidad civil no puede hallarse el quebranto directo que le imputa el recurrente.

No se explica en la demanda por qué se consideran violados, por indebida aplicación, los artículos 669 y 678 del C. C., no citados siquiera en la sentencia. No tenía para qué citarse el primero, contentivo de la definición del derecho real de dominio, porque sobre las aguas de uso público no es posible la propiedad particular; y tampoco el segundo porque en ninguna forma se pone en duda siquiera que ese derecho de uso no esté sometido a las disposiciones generales de la ley que le sean aplicables.

c) "La sentencia —dice el recurrente— es violatoria de ley sustantiva por interpretación errónea que proviene de la apreciación errónea de las pruebas presentadas y también de la falta de apreciación de algunas pruebas. Por este concepto la sentencia es violatoria de los artículos 1759 del C. C., 630, 635, 722, 730 y 697 del C. J."

Este cargo, que se desarrolla en largas transcripciones y críticas enderezadas a demostrar errores de estimación probatoria carece de eficacia por fallas de orden técnico en su formulación que lo hacen incompleto e inútil. "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 se puede llegar 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 exigencia 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 de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la 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. 1980, pág. 640).

Causal segunda.—Por dos aspectos considera el recurrente que la sentencia es incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda: 1º El Tribunal, no obstante que la cuantía de los perjuicios fue apreciada por peritos que dictaminaron de común acuerdo, desechó el peritaje y ordenó que la indemnización fuera determinada por el procedimiento del artículo 553 del C. J., y 2º Al pedirse en la demanda que el Municipio fuera condenado a pagar los perjuicios "causados hasta ahora", se quiso significar que eran todos los sufridos por los demandantes hasta el momento de verificar el pago, o por lo menos hasta cuando se declarara la obligación de pagar, y sin embargo el Tribunal condenó solamente al pago de los causados hasta la fecha de la demanda.

Se considera:

No está bien invocada la causal segunda de casación con base en las razones que se aducen. Si el reparo va hacia la improcedente desestimación de la prueba de peritos, la acusación adecuada contra la sentencia debía ser por error en la apreciación de tal prueba, dentro del correspondiente motivo, pero no por inconsonancia entre lo pedido y lo fallado, pues en este extremo de la cuantía de la reparación los juzgadores, sin incurrir en fallo **ultra petita,** pueden, de acuerdo con la ley y según los resultados del examen probatorio del proceso, fijar su importe en calidad líquida, o establecer, como aquí se hizo, las bases conforme a las cuales debe hacerse la liqui-

dación. Por lo demás, lo resuelto por el Tribunal tiene perfecto ajuste con la demanda que pidió la reparación "por el precio que se fije por peritos en este juicio, o en juicio separado".

Igual cosa acontece respecto de la segunda pretendida inconsonancia, porque hay exacta correspondencia entre la demanda que pidió concretamente la indemnización por "los perjuicios causados hasta ahora" y la sentencia que los decretó, refiriéndose a las bases señaladas en la parte motiva, hasta la fecha de la demanda. No se advierte, pues, la falta de consonancia formal que diera procedencia a la causal invocada. Y si la acusación, como es más acertado entenderlo, hace referencia a la extensión de la obligación declarada en la sentencia, entonces se desplaza hacia un problema de fondo, de contenido del derecho, que señala la conducencia de la causal por violación de ley sustantiva.

No se detiene la Sala en el examen de otras razones que contiene este capítulo de la demanda porque están mal halladas como ocurrencias de inconsonancia, pues con ellas se quiere demostrar contradicción entre las resoluciones de la sentencia, lo cual es materia de la causal 3ª, que no ha sido invocada 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, NO CASA la sentencia porferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 3 de agosto de 1945, materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

ACCION REIVINDICATORIA. — ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.—ERROR DE DERECHO.—TESTIMONIOS RENDIDOS EN JUICIOS DISTINTOS DE AQUEL EN QUE SE ADUCEN.—IDENTIDAD DE LA COSA REIVINDICADA

1—El yerro en materia probatoria no puede engendrar jamás la errónea interpretación de la ley por ser ella el efecto de un raciocinio judicial en frente de una norma de derecho objetivo desvinculada de toda situación singular; es ésta la que se destaca ante la jurisdicción mediante los elementos probatorios, de tal suerte que ella nunca se refleja sobre el mandamiento mismo sino sobre su aplicabilidad a un caso concreto.

2.—El error de derecho, cuando se invoca en este recurso extraordinario, implica que el Tribunal al apreciar el material de decisión estimó una prueba en desacuerdo con las normas legales que la gobiernan; por ello es menester citar, o al menos referirse, al precepto desoído, comparar con él la valoración dada por el sentenciador, e indicar cómo ha debido estimarse la prueba.

3.—Cuando el recurso se sostiene en errores de hecho o de derecho imputados al fallo, es necesario señalar concretamente la prueba respecto de la cual se erró, porque sólo así puede precisarse la incidencia del yerro en la solución del pleito; no es de recibo, y es inaceptable en consecuencia, la indicación global de las pruebas en general.

4. — Los testimonios son susceptibles de prestar mérito demostrativo en procesos diferentes del en que fueron rendidos pero sólo cuando en el traslado se observan las normas reguladoras de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa.

5.—La identidad de la cosa singular de cuya reivindicación se trate no está sometida a determinados medios de prueba; para demostrar ese extremo puede acudir el actor a cualquier sistema idóneo dentro de los que la tarifa probatoria señala como legalmente eficaces; la idoneidad se referirá, pues, a la capacidad intrínseca de la probanza para acreditar en juicio un hecho controvertido de naturaleza determinada; es la índole de aquél lo que señalará el criterio en la elección de la vía para destacarlo procesalmente. La prueba testimonial es en principio tan apta como otra cualquiera para formar certeza judicial acerca de la identidad de un inmueble sometido a la acción de dominio, pero es obvio que cada caso singular indicará si en él es adecuada para dicho fin; los contornos o límites de un inmueble pueden caer bajo los sentidos de muchas personas, las cuales se encontrarán así en aptitud para deponer eficazmente sobre lo aprendido por ellas; pero también el relato de los testigos podrá referirse, no sólo a lo visto por los declarantes sino a su equivalencia con la descripción que de un lindero aparece en un título de dominio. En este último caso los relatos testimoniales pierden vigor porque ya no se limitan a los hechos que la doctrina y la ley le señalan como materia propia y normal, sino al juicio de los testigos en cuanto al contenido espacial de los títulos aducidos por el demandante.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Jorge Garzón para sí y para las sucesiones ilíquidas de José María y de Cornelio Garzón demandó de Jesús Jaramillo y de José María Villa, ante el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla, la reivindicación de un terreno, fracción de la hacienda El Tablazo, correspondiente a las herencias de los aludidos causantes.

Cómo fundamentales relató el actor los hechos que a continuación se sintetizan: parte del inmueble El Tablazo fue adquirido por el actor de

Cornelio Garzón, quien a su vez lo hubo en la sucesión de su hermano José María, causahabiente de Raimundo Toro; en un juicio ejecutivo que adelantó Jorge Enrique Rodríguez contra Jesús Alvarez se remató una finca raíz como de propiedad del ejecutado, y al hacer entrega de lo así vendido se incluyó parte de la hacienda El Tablazo a pesar de la oposición que a ello formuló Jorge Garzón; la extensión entregada había sido poseída por el actor "en común con las sucesiones" por más de quince años; el rematante del inmueble materia de la actual controversia lo anajenó a favor de los demandados; Cornelio Garzón, heredero único de José María, y dueño de la mitad de El Tablazo murió en mil novecientos treinta y siete.

El litigio fue desatado en primera instancia por sentencia que el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco dictó el Juez del conocimiento en forma favorable a la causa del demandante; pero apelado dicho fallo por quienes forman la parte reo lo revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, corporación que en su lugar denegó las súplicas del libelo.

Contra la sentencia de segundo grado el demandante interpuso casación, recurso que concedido, admitido y debidamente tramitado en la Corte se procede a solucionar.

El Tribunal llegó a la negativa impartida a las pretensiones de Jorge Garzón mediante un recuento de los extremos que legalmente configuran la acción de dominio para proyectar sobre ellos las pruebas que de cada uno aportó el demandante; de ese cotejo entre la ley y las probanzas dedujo que no se singularizó en el juicio el objeto de la reivindicación, en primer lugar, por el defectuoso enunciado de los linderos, y porque no pudo identificarse a pesar de las pruebas testimonial, pericial y de inspección judicial surtidas al efecto; en cuanto a la primera de estas fallas anota el Tribunal que la descripción de los límites del inmueble traída por la demanda es simplemente la descripción de uno de los linderos de la primitiva finca El Tablazo, de tal suerte que "no encierra o comprende un cuerpo cierto".

El recurrente formula contra la sentencia del Tribunal los cargos que a continuación se examinan:

Es el primero el de violación por falta de aplicación o por interpretación errónea, de los artículos 947, 950, 951, 952, 963, 964 (incisos 1º y 2º) y concordantes (sic) del C. C., como efecto de error de hecho o de derecho en la apreciación de varios relatos testimoniales y de las demás pruebas "que existen desde fs. 22 hasta 35 vto."

Se echa de ver la impropiedad técnica con que está formulada la acusación: el yerro en materia probatoria no puede engendrar jamás la errónea interpretación de la ley por ser ella el efecto de un raciocinio judicial enfrente de una norma de derecho objetivo desvinculada de toda situación singular; es ésta la que se destaca ante la jurisdicción mediante los elementos probatorios de tal suerte que ella nunca refleja sobre el mandamiento mismo sino sobre su aplicabilidad a un caso concreto.

El error de derecho cuando se invoca en este recurso extraordinario implica que el Tribunal al apreciar el material de decisión estimó una prueba en desacuerdo con las normas legales que la gobiernan; por ello es menester citar, o al menos referirse, al precepto desoído, comparar con él la valoración dada por el sentenciador, e indicar como ha debido estimarse la prueba; nada de esto contiene en el presente caso la acusación.

Cuando el recurso se sostiene en errores de hecho o de derecho imputados al fallo, es necesario señalar concretamente la prueba respecto de la cual se erró porque sólo así puede precisarse la incidencia del yerro en la solución del pleito; no es de recibo, y es inaceptable en consecuencia, la indicación global a que en este caso acude el recurrente refiriéndose a las probanzas "que existen desde fs. 22 hasta 35 vot."

Purificada la exposición del cargo de los diversos vicios enunciados se traduce simplemente en falta de aplicación de los preceptos sustanciales citados en la demanda por efecto de no haber apreciado los testimonios de Manuel Granada, Víctor Quintero, Liborio Aguirre, José Mosquera, José María Cardona, Ciriaco Rodríguez, Marco Tulio López, Antonio González y Benjamín Hurtado; los tres primeros declararon sobre el hecho de que los linderos enunciados en el libelo inicial del litigio encierran un pequeño globo comprendido tanto dentro de "los límites generales de la hacienda El Tablazo como dentro de los linderos de la finca La Esneda, contigua a aquélla.

Los demás testimonios a que el recurrente se

refiere fueron trasladados a este juicio de uno de apremios que se surtió sin que en él fueran partes quienes como tales militan en el presente, y sin que los deponentes fueran citados para ratificar sus testimonios. Estos son susceptibles de prestar mérito demostrativo en procesos diferentes del en que fueron rendidos pero sólo cuando en el traslado se observan las normas reguladoras de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa. A este respecto la Sala en fallo fechado el doce de febrero de mil novecientos cuarenta y siete (**Gaceta Judicial**, Tomo LXI, pág. 738), se expresó así: "Lo que comunica valor a las pruebas aducidas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica. Tales son, en síntesis, los principios que contiene el artículo 597 del Código Judicial cuando fija los medios por los cuales las prueban deben formar parte del proceso para que sea viable estimar su mérito, principios que la misma ley desarrolla al tratar de cada uno de los medios de convicción judicial reconocidos por ella y que se especifican en el Título respectivo del Código de Procedimiento. En cuanto a la recepción de testimonios nuestra legislación ha fijado una serie de formalidades tendientes ora a dar cabida a la contradicción de la prueba, ora a garantizar la eficacia del llamamiento a deponer en frente de testigos díscolos que pretendan burlarlo con respuestas ambiguas o evasivas, ora, en fin, a obtener en lo posible que se mantenga la fidelidad a lo narrado por el testigo. Todos esos requisitos son de rigurosa observancia, pero especialmente los tendientes a rodear de seguridad a las partes contra pruebas sorpresivas. En orden al mismo fin la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera del juicio "a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntен y ejerciten su derecho de infirmar la prueba. (Artículo 693, C. J.)".

Como las declaraciones de testigos a que se viene haciendo referencia fueron traídas en copia de otro expediente, sin que los deponentes fueran citados a ratificar sus exposiciones, es obvio que están desprovistas de todo poder demostrativo en la presente causa y que, por tanto, en relación con ellas no fue posible que el sentenciador incurriera en yerro alguno de incidencia en el fallo.

En cuanto a los otros tres declarantes se observa:

En forma acorde Manuel Granada, Víctor Quintero y Liborio Aguirre afirman conocer el inmueble denominado El Tablazo cuyos linderos describen, y que dentro de éstos se contiene un lote "poseído y mejorado por Jorge Garzón", cuyos límites relatan en coincidencia textual con el libelo inicial del juicio.

El Tribunal cotejó la reseña de estos últimos con los de la finca de que se dice forma parte el fundo materia de la reivindicación, hallando que los límites porque éste se singulariza concuerdan con "uno de los linderos de la primitiva finca de El Tablazo", de donde dedujo que "la alinderación contenida en el hecho tercero de la demanda no determina, no encierra o comprende un cuerpo cierto, un lote de terreno singularizado, sino que apenas expresa una de las líneas o costados del lote que se pretende reivindicar".

La contraevidencia de estas apreciaciones no la suministran ciertamente los ya indicados testimonios pues el solo hecho de que en ellos se repitan las alinderaciones de El Tablazo y del lote controvertido afirmando que éste se contiene dentro de aquél no le resta verdad a la falla probatoria que el Tribunal señala, ni la explica satisfactoriamente; la tardía interpretación que el recurrente hace ante la Corte en torno de la situación de hecho apenas destaca la necesidad en que el actor se hallaba de aportar en las instancias pruebas eficaces que despejaran la manifiesta oscuridad en que la sola lectura de las relaciones de linderos dejan la singularización del inmueble, y como los testigos apenas repiten tales relaciones, su intervención como elemento aclaratorio fue del todo inoperante.

Desde otro punto de vista se observa que la acción de dominio propuesta por Garzón se funda, según su planteamiento original, en ser condueño de la hacienda El Tablazo, y que la prueba testimonial no era bastante para producir la certeza judicial necesaria sobre la identidad del inmueble que como fracción de tal hacienda se trata de reivindicar; en efecto:

Aunque el segundo cargo formulado en casación no será materia de examen alguno por la Sala ya que su prosperidad, si posible, carecería de todo efecto, es interesante advertir, desde el

punto de vista que se deja planteado, la impotencia de la prueba de peritos y de la vista de ojos judicial que se practicaron en el juicio para identificar el fundo de que se trata.

No interesa investigar si el cargo encaminado a demostrar error en la apreciación de esas pruebas tiene o no fundamento, porque no se endereza a destruír el concepto capital de la sentencia recurrida sobre falta de identificación del cuerpo cierto sino apenas de uno de los puntos que forma parte de sus lindes; pero las circunstancias del desacuerdo en que se movieron los expertos, y de que la inspección ocular se reputara inútil, demuestra que la singularización de la cosa no era de por sí tarea simplemente testimonial; los solos dichos de Granada, de Quintero y de Aguirre interpretados por el propio recurrente como demostrativos de que los linderos de El Tablazo encierran o comprenden un lote pequeño que no es otro que el que está comprendido tanto dentro de los límites generales de la hacienda de El Tablazo, como dentro de los linderos de la finca La Esnada destacan la complejidad de un problema que la sola ciencia de los testigos no es suficiente para despejar, como es el de que el inmueble reivindicado está comprendido simultáneamente dentro de los linderos de dos fundos mayores, respecto de los cuales sólo de uno dice el actor tener título de condominio.

La identidad de la cosa singular de cuya reivindicación se trate no está sometida a obligados medios de prueba; el actor para demostrar ese extremo puede acudir a cualquier sistema idóneo dentro de los que la tarifa probatoria señala como legalmente eficaces; la idoneidad se referirá, pues, a la capacidad intrínseca de la probanza para acreditar en juicio un hecho controvertido de naturaleza determinada; es la índole de aquél, lo que señalará el criterio en la elección de la vía para destacarlo procesalmente.

La prueba testimonial es en principio tan apta como otra cualquiera para formar certeza judicial acerca de la identidad de un inmueble sometido a la acción de dominio, pero es obvio que cada caso singular indicará si en él es adecuada para dicha finalidad; los contornos o límites de un inmueble pueden caer bajo los sentidos de muchas personas las cuales se encontrarán así en aptitud para deponer eficazmente sobre lo aprendido por ellas; pero también el relato de los testigos podrá referirse, como en el caso presente, no sólo a lo visto por los declarantes sino a su equivalencia con la descripción que de un lindero aparece en un título de dominio.

En este último caso los relatos testimoniales pierden vigor porque ya no se limitan a los hechos que la doctrina y la ley le señalan como materia propia y normal, sino al juicio de los testigos en cuanto al contenido espacial de los títulos aducidos por el demandante.

La operación intelectual de establecer correspondencia entre el título y la cosa singular escapa en este caso a quienes intervinieron en los trámites judiciales a título de testigos; la concurrencia de expertos, y la inspección ocular, provocadas por el propio actor, fueron ineficaces en el logro del indicado objetivo sin que pueda atribuírse el fracaso a inadvertencia del Tribunal sobre los relatos testimoniales en referencia.

De esta suerte el fallo acusado no ostenta contradicción alguna con la evidencia probatoria, por lo cual el cargo no puede prosperar acarreando el insuceso del otro soporte del recurso atinente solo, como ya se dijo, a un aspecto parcial del problema, e incapaz por sí mismo de alcanzar la casación impetrada por el demandante.

Con base en las consideraciones que preceden 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 recurrida o sea la que en este juicio profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

ACCION DE DOMINIO.—TEORIA DE LA APARIENCIA

Excepcionalmente la Corte, con dos valiosos votos disidentes, admitió alguna vez, según sentencia de 20 de mayo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, págs. 46 y ss.), que la enajenación de un bien raíz hecha a terceros de buena fe por el marido, su aparente dueño, después de disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, era oponible al legítimo titular del bien enajenado, antes de que el demandado ganara la cosa por prescripción, dándole así desarrollo práctico a la teoría de la validación de los actos celebrados en virtud de la apariencia, amparando a un comprador de buena fe, con apoyo en la máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS. Empero en ese fallo no se le asignó a la mera presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil la virtualidad de generar en el adquirente del titular aparente un derecho bastante como para oponerlo con éxito al verdadero dueño que ejercita la acción reivindicatoria. Allí para aplicar dicha máxima se requirió, además, que estuviera plenamente demostrada la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el comprador, al adquirir del titular aparente, hubiera sido víctima de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actuaba; b) Que el error hubiera sido invencible, exento de toda culpa, en términos tales que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido.

En la legislación colombiana no existe ninguna disposición legal sustantiva que formule de una manera expresa con alcance general el principio a que se viene aludiendo, y de allí que el reconocimiento de sus efectos sea preciso hacerlo, cuando ello es procedente, en contra de la ley, violando o subestimando sus preceptos positivos, desde luego que conforme a ese principio a la apariencia jurídica se la hace prevalecer sobre la realidad jurídica. Por tal motivo cuando en casación se invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., que es la de violación de ley sustantiva, y no se encuentra que la sentencia quebranta el texto legal de esa naturaleza que se señala como infringido, resulta imposible invalidar el fallo acusado, con base en la sola alegación de la referida máxima, por más que los extremos o elementos que la configuran resulten plenamente demostrados en el proceso. En este mismo sentido ha fallado la Corte en sentencias de 25 de junio de 1942 (G. J. Tomo LIII, págs. 684 y 685) y 27 de julio de 1945 (G. J. Tomo LIX, pág. 397).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Son antecedentes de este pleito, sobre los cuales no existe disputa entre las partes, los siguientes:

1º Rodolfo Osorio y Carolina Gaviria contrajeron matrimonio católico en la ciudad de Medellín, el 5 de noviembre de 1926, y durante la vigencia de la sociedad conyugal que entre ellos se formó por ese motivo, el primero de los nombrados adquirió a título oneroso el inmueble de que trata la escritura pública número 1315 de 2 de septiembre de 1932, corrida en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín;

2º La sociedad conyugal supradicha se disolvió por muerte de la mujer, ocurrida en la mencionada ciudad, el 14 de septiembre de 1939;

3º Por medio de escritura pública número 225 de 31 de enero de 1940, de la Notaría 4ª de Medellín, Rodolfo Osorio vendió el aludido inmueble a Jesús Osorio, y éste, por escritura número 2891 de 5 de noviembre siguiente, de la Notaría 1ª, lo traspasó a Delio Antonio Puerta, quien, a su vez, mediante la escritura número 231 de 31 de enero de 1941, de la Notaría 2ª, del mismo Circuito, lo transfirió a título de compraventa, a la Sociedad de San Vicente de Paúl de Medellín, la cual lo posee en la actualidad;

4º Abierta y liquidada la sucesión de Carolina Gaviria de Osorio, se adjudicó a su madre, Lucía

Gaviria de Gaviria, una cuota de $ 890.16 en relación con un avalúo de $ 1.500.00 en el bien raíz mencionado, y al cónyuge sobreviviente le fue adjudicado el resto.

Con fundamento en esos hechos la expresada señora Lucía Gaviria entabló este juicio ordinario contra la Sociedad de San Vicente de Paúl, representada por su Presidente, para que en sentencia definitiva se declare que la primera es dueña de la cuota proindiviso referida y que la sociedad demandada está obligada a restituírsela, junto con los frutos correspondientes, como poseedora de mala fe.

La sociedad demandada, por medio de su personero, se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas y denunció el pleito a su tradente, quien a su vez lo denunció a Jesús Osorio. Este también contestó oponiéndose a la acción.

El Juez del conocimiento, que lo fue el 4º Civil del Circuito de Medellín, desató el pleito en sentencia de 29 de mayo de 1946, en la cual absolvió a la parte demandada por los cargos que se le formularon, sin costas, por considerar que ésta es un poseedor de buena fe exenta de culpa, que fue víctima de un error común e invencible.

La apelación del demandante llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en donde se decidió la alzada en sentencia de 11 de marzo de 1947, por medio de la cual se revocó la apelada; se condenó a la sociedad demandada al tenor de las súplicas del libelo, como poseedora de buena fe, y se le reconoció el derecho a las mejoras útiles, de acuerdo con el artículo 966 del C. C.

Como motivación de ese fallo expuso, en síntesis, el sentenciador que no es aplicable en este caso la llamada teoría de la apariencia, en cuanto se alega que hubo un error invencible y generalizado de parte de la Sociedad de San Vicente de Paúl, en la compra del bien prealudido, pues ésta no demostró que su conducta la hubiera ajustado a los usos corrientes para protegerse del error en que incurrió al adquirir de Puerta que no era el verdadero titular del derecho de dominio, el inmueble a que se contrae el pleito, ya que ni siquiera llegó a comprobar que la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, sobre tradición, que acompañó a la demanda, la hubiera exigido para el perfeccionamiento del negocio.

Por tal motivo y por considerar además que están cumplidos rigurosamente los extremos que la hacen procedente, concluyó que la acción reivindicatoria tenía que prosperar y que al demandado debía reputársele como poseedor de buena fe, para las prestaciones consiguientes:

Al apoderado de dicha Sociedad se le concedió recurso de casación, el que preparado en debida forma se procede a decidir.

El recurrente, invocando la causal 1ª del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia como violatoria, por indebida aplicación, del artículo 946 del C. C., pues considera que habiendo sido él víctima de un error invencible, por consecuencia de una apariencia errónea, dicha norma no era aplicable al caso del pleito. También habla de que el Tribunal incurrió en violación del mismo texto por interpretación errónea.

En la sustentación del cargo y haciendo referencia a la sentencia dice el recurrente: "En primer término, no es razonable considerar, con la presencia del certificado, que tuvo o pudo tener a la vista la Sociedad, y por medio de una leve investigación entre los vecinos y conocedores de Rodolfo Osorio, hubiera podido vencerse el error en que incurrió la Sociedad de S. Vicente, por cuanto, la circunstancia de que un inmueble fue o no adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, o que dicha sociedad se hallara disuelta por alguna de las causales legales, no es dato o informe que pueda obtenerse de extraños con una investigación leve. Ello hubiera requerido, por no haber aparecido en el certificado de Registro, que acompañó la sociedad, estas circunstancias, una seria averiguación en las Notarías y en la Oficina de Registro y en los Juzgados, en uno de los cuales, podía estar cursando el juicio sucesoral de la señora Carolina.

"La costumbre usual, en negocios de esta índole, es, simplemente, verificar con el certificado del Registrador y con las escrituras correspondientes, si el presunto vendedor tiene o no un título suficiente. Hay una apariencia de legalidad, generalmente admitida y aceptada en los usos comerciales, cuando dichos documentos demuestran la insuficiencia aparente del título, y se negocia entre personas de buena fe. Cuando la sociedad tuvo a la vista el certificado que acompañó a la contestación de la demanda, en él aparecía, de modo inequívoco, que el poseedor inscrito del in-

mueble, el señor Jesús Osorio, quien por los datos que continuaban dicho certificado hasta el 29 de enero de 1941 (dos días antes de la compra por parte de la Sociedad), transfirió su derecho al vendedor Puerta en noviembre de 1940.

"Todas las apariencias de legalidad en los títulos operaban en este caso, dentro de un concepto ético de la buena fe. La Sociedad de S. Vicente, llegó a este negocio, con el convencimiento de que la titulación presentada por el vendedor Puerta era completa. No podía existir sospecha de su parte, que le impeliera razonablemente, dentro de lo usual y corriente, a agotar la búsqueda en Notarías, Juzgados, etc., para investigar el hecho —ignorado por ella en el momento de dicha compra— de que, un antecesor de Puerta, en la serie de transferencias de dominio, había tenido la pena de perder a su esposa, antes de verificar la venta correspondiente, y que ello implicaba, que había vendido 'cosa ajena', por tratarse de una sociedad disuelta e ilíquida".

El cargo que precede es improcedente por las siguientes razones:

1ª El artículo 946 del Código Civil, que es la única disposición legal sustantiva que el recurrente cita como violada, no ha sido quebrantado por ninguno de los conceptos de que habla la acusación, ya que en el caso de autos se trata de una acción reivindicatoria propuesta por el verdadero titular del derecho de dominio, contra el demandado, que tiene la posesión de la integridad del inmueble en que está radicada la cuota determinada que es materia de la reivindicación y dicho texto es de rigurosa aplicación en la controversia, como que define la acción reivindicatoria y a la vez precisa los extremos que la configuran y deben reunirse para su prosperidad, los cuales encontró demostrados el Tribunal, sin que el recurrente haya hecho reparo alguno sobre el particular.

2ª Excepcionalmente la Corte, con dos valiosos votos disidentes, admitió alguna vez, según sentencia de 20 de mayo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, págs. 46 y ss.), que la enajenación de un bien raíz hecha a terceros de buena fe por el marido, su aparente dueño, después de disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, era oponible al legítimo titular del bien enajenado, antes de que el demandado ganara la cosa por prescripción, dándole así desarrollo práctico a la teoría de la validación de los actos celebrados en virtud de la apariencia, amparando a un comprador de buena fe, con apoyo en la máxima **error communis facit jus.**

Empero en ese fallo, no se le asignó a la mera presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del C. C. la virtualidad de generar en el adquirente del titular aparente un derecho bastante como para oponerlo con éxito, al verdadero dueño que ejercita la acción reivindicatoria. Allí para aplicar dicha máxima se requirió, además, que estuviera plenamente demostrada la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el comprador, al adquirir del titular aparente, hubiera sido víctima de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actuaba; y

b) Que el error hubiera sido invencible, exento de toda culpa, en términos tales que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido.

Según el Tribunal en el proceso no se trajo la prueba demostrativa de esas circunstancias, y si el recurrente estima que sí la dio, entonces ha debido acusar la sentencia alegando y demostrando el consiguiente error de hecho o de derecho productor de la violación de ley sustantiva y está visto que así no se propuso el cargo.

3º En la legislación colombiana no existe ninguna disposición legal sustantiva que formule de una manera expresa con alcance general el principio a que se viene aludiendo, y de allí que el reconocimiento de sus efectos sea preciso hacerlo, cuando ello es procedente, en contra de la ley, violando o subestimando sus preceptos positivos, desde luego que conforme a ese principio a la apariencia jurídica se le hace prevalecer sobre la realidad jurídica.

Por tal motivo cuando en casación se invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., que es la de violación de ley sustantiva, y no se encuentra que la sentencia quebrante el texto legal de esa naturaleza que se señala como infringido, resulta imposible invalidar el fallo acusado, con base en la sola alegación de la referida máxima, por más que los extremos o elementos que la configuran resulten plenamente demostrados en el proceso. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte en sentencia de 25 de junio de 1942 (G. J. To.

LIII, págs. 684 y 685) y 27 de julio de 1945 (G. J. Tomo LIX, pág. 397).

Por tanto, no prospera 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 once de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

ACCION DE DOMINIO.—LIBELO DE DEMANDA.—COLONOS O CULTIVADORES DE PREDIOS BALDIOS

1.—Las bases fundamentales de todo litigio, determinadas en el libelo y su contestación, constituyen, como es sabido, la pauta obligatoria de la sentencia, a las cuales debe ceñirse el juzgador para no incurrir en exceso de poderes.

2.—Con relación a los colonos o cultivadores puede decirse que el principio general y dominante en materia de baldíos es el de que por ningún motivo ni bajo ningún pretexto se sacrifiquen o menoscaben los derechos basados en la ocupación, en el cultivo y en la colonización. Así se desprende indudablemente, entre otros, de los artículos 47 del Código Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, octubre diecinueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá Alejandrino Alzate O. demandó en juicio ordinario a Alberto Toro y Rosa Amelia Alzate para que se declare que el actor es dueño exclusivo de un lote de terreno que forma parte de la finca denominada "La Floresta", ubicada en el paraje del mismo nombre, jurisdicción del municipio de Pijao, lote mejorado con plantaciones de café, plátano, sombrío y casa de habitación, el cual se distingue por los linderos que relaciona el punto tercero de los hechos de la demanda, y que en consecuencia, los demandados, en su calidad de poseedores materiales del mismo inmueble, están obligados a restituírselo, junto con sus frutos naturales y civiles.

En la fundamentación de la demanda aseveró el actor que es dueño y poseedor regular de la mencionada finca "La Floresta", alinderada como reza el primero de los hechos; que dicho inmueble lo adquirió así: parte de las mejoras, por compra que hizo a Marco A. Gutiérrez, según consta en las escrituras públicas números 460 y 1833, otorgadas en la Notaría de Armenia en 11 de junio de 1915 y 13 de diciembre de 1919; otra parte de las mismas mejoras, por haberlas plantado a sus expensas, y el terreno, por adjudicación que le hizo el Gobierno Nacional, Sección de Baldíos, el 5 de diciembre de 1941; que hace doce años aproximadamente entregó a "título de comodato" a su hija Rosa Amelia Alzate y a su yerno Alberto Toro un lote que hace parte de "La Floresta", mejorado con plantaciones de café, plátano, etc., y alinderado como se expresa en el tercero de los hechos fundamentales; que no obstante haber sido precario el origen de la tenencia, los demandados han querido apropiárselo y a pesar de las gestiones para obtener la restitución, no ha conseguido el reconocimiento voluntario de su derecho; que Rosa Amelia aparece como la poseedora inscrita del lote y tanto ella como Alberto Toro son los poseedores materiales del mismo.

Al contestar la demanda, los demandantes negaron la mayor parte de los hechos en que se funda y afirmaron que hace veinte años, aproximadamente, Alberto Toro posee como señor y dueño el inmueble objeto de la litis, plantando a sus propias expensas las mejoras que en él existen.

En su debida oportunidad, el Juzgado desató la litis con la sentencia de 29 de enero de 1946, por la que decretó favorablemente las súplicas de la demanda y apelada como fue por los demandados, el Tribunal Superior de Pereira la confirmó, con modificaciones consistentes en reconocerles a los demandados derechos de retención, mientras no se les pague o asegure a su satisfacción el valor de las mejoras por ellos plantadas y en condenarlos al pago de frutos civiles percibidos con posterioridad a la contestación de la demanda.

En la motivación el fallo, y en cuanto tiene relación con el recurso el Tribunal halló que los títulos que particularizan la demanda son prueba plena del domonio que asiste al actor; que los demandados tienen la posesión material del lote que se reivindica; y que la identificación y sin-

gularización del lote quedó también plenamente establecida con la diligencia de inspección ocular que al efecto se practicó. Como los demandados en su alegato de segunda instancia invocaron, para oponerse a la reivindicación, su calidad de colonos y cultivadores del lote controvertido y la excepción consagrada en el artículo 12 de la ley 200 de 1936, la sentencia se refirió a ese tema, sosteniendo que el documento que obra al folio 1º del cuaderno número 3, implica o significa que para la fecha en que fue suscrito los demandados no tenían la intención de señor y dueño y que reconocían el dominio del actor, por lo cual no se reunían los requisitos de la citada ley.

A los demandados se les concedió el recurso de casación que hoy se decide.

De los varios cargos que propone el recurrente, el que en seguida se resume lo encuentra la Sala debidamente fundamentado, por lo cual concreta a él su estudio, con prescindencia de los restantes, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 538 del C. J.

En ese cargo, propuesto con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., dice el recurrente que el Tribunal, al dar por acreditado el dominio del lote litigioso en cabeza del actor y decretar la reivindicación, incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y violó, en consecuencia, por aplicación indebida unos y por falta de aplicación otros, los artículos 47, 79 y concordantes del Código Fiscal, el 12 de la Ley 71 de 1917, 1º y 12 de la Ley 200 de 1936, 946, 950 y 951 del C. C., 593, 606 y 697 del C. J.

En el desarrollo del cargo dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar la escritura 470 de 11 de junio de 1915, de la Notaría de Armenia, como título de dominio del terreno, ya que en realidad lo que por ella se transfirió no fue el suelo sino la mitad de las mejoras, como se constata con la primera de las declaraciones del vendedor en ella inserta y que transcribe; que esto se confirma con la manifestación que hace el actor en el hecho 2º de la demanda y con el hecho de haber pedido al Estado la adjudicación del terreno en donde estaban plantadas las mejoras materia de la venta. Agrega que la escritura número 1833 de 1919, tampoco podía tenerse como prueba de dominio del terreno, porque ella sólo habla de transferencia de mejoras; que por tanto sólo queda como único soporte para el actor en relación con la prueba del dominio la Resolución del Gobierno Nacional por medio de la cual se le adjudicó el terreno de "La Floresta"; que ese título de propiedad no es absoluto y no opera contra Alberto Toro y Rosa Amelia Alzate conforme lo disponen los artículos 47 del C. Fiscal y 12 de la Ley 71 de 1917 porque ellos estaban poseyendo a título de cultivadores desde doce años antes de que se verificara la adjudicación del lote materia de la reivindicación, comprendido dentro de la alinderación de "La Floresta".

Añade que en el proceso existen pruebas, no apreciadas por el Tribunal, acerca de su calidad de colonos o cultivadores del referido lote, como son las declaraciones de Rudecindo Escamilla, Luis María Muñoz y Heriberto Rendón (fs. 17 a 25, cuaderno número 3) y la propia confesión del actor al responder la 3ª de las posiciones que absolvió (f. 20 v. del cuaderno número 3).

También dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar e interpretar el documento privado suscrito entre el demandante y Alberto Toro el 16 de octubre de 1940 (f. 1º, cuaderno número 3), en la forma como lo hace en el fallo, pues sostiene, mediante el análisis que de esta misma pieza hace, que de allí no se desprende que Toro reconociera a Alzate como propietario y poseedor del lote, sino precisamente todo lo contrario: que Alzate no era propietario del lote y que el poseedor lo era Toro.

Para resolver se considera:

Las bases fundamentales de todo litigio, determinadas en el libelo y su contestación, constituyen, como es sabido, la pauta obligatoria de la sentencia, a las cuales debe ceñirse el juzgador para no incurrir en exceso de poderes.

En el presente caso, uno de los hechos jurídicos en que descansa la acción reivindicatoria incoada lo precisó con toda claridad el actor, cuando en el punto segundo de la demanda afirmó que el inmueble "La Floresta", que determina y alindera en el hecho primero de aquélla, lo adquirió así: parte de las mejoras, por compra que hizo a Marco A. Gutiérrez por medio de las escrituras públicas números 460 y 1833 de la Notaría de Armenia, ya citadas; otra parte de las mejoras, por haberlas plantado a sus expensas, y el dominio del terreno por adjudicación que le hizo el Gobierno Nacional, por Resolución número 96 de 5 de diciembre de 1941. Los dos instrumentos primeramente mencionados los invocó, pues, el demandante como títulos de dominio de las mejo-

ras y no del suelo, y como tales ha debido tenerlos el sentenciador, no sólo porque a eso lo obligaba el claro planteamiento de la demanda, según el principio a que antes se aludió, sino porque también de ellos no consta cosa distinta.

El Tribunal en el fallo recurrido y después de relacionar los tres instrumentos citados afirmó que "la prueba del dominio del terreno que se trata de reivindicar está perfectamente demostrada", sin hacer discriminación alguna sobre cuál de esos instrumentos lo estimaba como título de comprobación del dominio del terreno. Luego cuando admitió, al menos implícitamente, las referidas escrituras como elementos justificativos de aquella circunstancia, siendo así que ellas no versan sobre compra de terreno sino sobre mejoras, incurrió en error de hecho evidente en su apreciación.

El actor ha aseverado, como se ha visto, que la propiedad del terreno en cuestión la obtuvo por adjudicación del Estado y ese hecho consta en la Resolución número 96, por la que tal terreno le fue adjudicado como baldío, en calidad de cultivador, en 5 de diciembre de 1941.

Pero ese título no es absoluto, pues no perjudica a los terceros que aleguen y demuestren propiedad privada sobre el terreno ni a los cultivadores o colonos que en calidad de tales se encuentren ocupando con anterioridad a la concesión porciones comprendidas dentro de la zona adjudicada. Con relación a los últimos puede decirse que el principio general y dominante en materia de baldíos, es el de que por ningún motivo ni bajo ningún pretexto se sacrifiquen o menoscaben los derechos basados en la ocupación, en el cultivo y en la colonización. Así indudablemente se desprende, entre otros, de los artículos 47 del C. Fiscal que en su inciso final prescribe que "la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros, y deja a salvo los derechos de los cultivadores o colonos" y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917, que en su orden disponen: "Cuando al hacer una adjudicación de terrenos baldíos a cualquier título, se hallaren establecidos previamente colonos o cultivadores de la extensión respectiva, se les deberán reconocer las extensiones cultivadas, para lo cual no se les exigirá a los cultivadores el que tengan adquirido título de propiedad. Podrán ellos solicitarlo posteriormente, ciñéndose a las disposiciones de esta ley", y "en ningún caso el adjudicatario de baldíos podrá privar a los colonos o cultivadores de sus cultivos sin comprobar plenamente ante la correspondiente autoridad judicial, que se le ha pagado el justo precio de las habitaciones y labranzas, y que aquéllos renuncian a su carácter de colonos o cultivadores del lote respectivo".

En el caso de autos la calidad de colonos de los recurrentes y de dueños de las mejoras que se encuentran establecidas en el lote materia de la reivindicación resulta plenamente establecida de las siguientes pruebas, no apreciadas por el Tribunal, como lo afirman aquéllos: de la propia confesión del demandante, al responder a la pregunta 3ª del pliego de posiciones que absolvió (f. 20 v. cuaderno número 3), en que admitió que es cierto que las mejoras existentes en el referido lote fueron puestas y han sido poseídas quieta y pacíficamente por Alberto Toro y su señora y de las declaraciones de Rudecindo Escamilla, Luis María Muñoz y Heriberto Rendón (fs. 17 a 25, cuaderno número 3), quienes afirman en el año de 1946, que aquéllos plantaron a sus expensas y hace cerca de diez y seis años todas las mejoras que se encuentran en el citado lote, y que de éste y de aquéllas han tenido la posesión material, quieta y pacíficamente.

A esto se agrega que el demandante les atribuyó a los demandados la calidad de poseedores materiales del lote y las mejoras, y que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 762 del C. C.).

La fuerza demostrativa de ese conjunto de elementos de convicción, en nada la amengua o desvirtúa el documento que obra al folio 1º del cuaderno número 3, entendido equivocadamente por el Tribunal como un reconocimiento que los demandados hacían de la propiedad del lote mencionado en favor del demandante, pues tal pieza, rectamente analizada y tomando en consideración la tercera de las declaraciones que hace Alzate y la cláusula 2ª del contrato, no es otra cosa que una promesa de venta, en que el actor se compromete a venderles a los demandados o a correrles la respectiva escritura de venta, luego que el Gobierno Nacional le adjudique el terreno de la finca "La Floresta", el lote materia de la demanda, con lo cual ambos contratantes lo que implícitamente reconocen es que se trata de un terreno baldío cuya propiedad corresponde al Estado.

Por lo que queda dicho se comprende que el Tribunal al dar por acreditado el dominio del inmueble litigioso frente a los recurrentes y al

decretar la reivindicación del mismo a pesar de la calidad de cultivadores o colonos que de él tenían aquéllos con mucha anterioridad a la época en que le fue adjudicado al actor el inmueble conocido con el nombre "La Floresta", dentro de cuyos linderos se encuentra comprendido, incurrió en los anotados errores de hecho y quebrantó los artículos 47 del C. Fiscal, 12 de la Ley 71 de 1917, 946, 950 y 951 del Código Civil y 593, 606 y 697 del C. J., por lo cual debe ser casada la sentencia recurrida.

Y para proferir la decisión de instancia es suficiente añadir a las precedentes consideraciones las que brevemente en seguida se exponen: De acuerdo con lo estatuído en el artículo 946 del C. C., es uno de los requisitos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria el de que el demandante sea dueño de la cosa que se reivindica, y ya se vio que el título de dominio invocado por el actor no es oponible a los demandados porque éstos no han renunciado a su carácter de colonos o cultivadores y como tales tienen frente al demandante derecho preferencial a la propiedad del terreno materia de la controversia. Luego, faltando la demostración de aquel extremo o requisito, la acción aquí incoada no puede prosperar.

A esa conclusión en nada se opone el que algunos testigos aportados al debate por el actor hayan aseverado que éste es dueño de las mejoras plantadas en el lote aludido, porque la confesión judicial directamente hecha por aquél —de que ya se habló— tiene fuerza de plena prueba y sobre el hecho confesado no es admisible prueba en contrario a menos de demostrarse que el confesante incurrió en error inculpable o explicable (artículo 606 del C. J.), y esa circunstancia no se ha demostrado ni alegado siquiera.

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, CASA la sentencia de fecha cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el presente negocio y revocando la de primera instancia, absuelve a los demandados de los cargos que se les formularon.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS

Habiendo sido demandados personalmente los que lo fueron en el caso del proceso, no obstaba el que, como es lo natural, se les trajera a juicio en cuanto eran herederos o cesionarios de herederos de la persona de cuya sucesión hacían figurar el inmueble en referencia. Así las cosas, la circunstancia de no haberse notificado la demanda a tal o cual heredero y de no haber intervenido él en el litigio no es razón para que deje éste de decidirse, ventilado debidamente, como lo ha sido, con los otros. A decidir no puede ser óbice la consideración de que pueda presentarse el problema de si la sentencia tiene o no alcance contra el que estuvo ausente del debate. Casos hay de consorcio necesarios en que ha de figurar en la litis tal o cuál persona sin cuya concurrencia no puede desatarse. Tal, por ejemplo, la del vendedor en juicio contra el comprador en que un tercero persigue la cosa comprada mediante la anulación de la compraventa. El caso de autos no es de esos, pues la sentencia puede y debe pronunciarse, sin lugar a dejar de cumplir el juzgador este deber porque haya faltado tal o cual heredero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintiseis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En demanda admitida por el Juez Civil del Circuito de Guaduas el 3 de agosto de 1945, Abel Hernández solicitó que, reconociéndosele su calidad de dueño del inmueble determinado en el libelo, se declare indebida la inclusión de esa finca en el inventario de los bienes de la sucesión de Inocencio Alvarez y se ordene que de él se excluya. Pidió también indemnización de perjuicios por la inclusión y pago de costas.

Ese terreno, según la demanda, se llama hoy Manizales y es un lote del globo de Pilones, en los de Honduras, ubicado en el Municipio de Quebradanegra. El libelo lo alinda. Señaló como demandados a los herederos Pacífico, Cruz, Juan Bautista, Claudina y Librada Alvarez y a los cesionarios de algunos de éstos, Servio Tulio Camacho y Alberto Jiménez.

Tramitada la instancia, se desató en fallo de 15 de abril de 1947 que decretó lo pedido, salvo la condena por perjuicios.

El actor no apeló; el demandado Camacho apeló y desistió del recurso. La apelación del abogado de los demandados restantes llevó el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, donde se tramitó la segunda instancia y se cerró en fallo de 16 de diciembre del mismo año que revocó el del Juez y, por hallar ilegítima la personería sustantiva de la parte demandada, decidió que no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas y condenó en las costas del juicio al demandante.

Este interpuso casación, recurso que hoy se falla después de recibir su tramitación de ley.

El Tribunal llegó a la conclusión antedicha porque, aunque reconoce que una sucesión no es una persona jurídica, estima que el demandado es la sucesión de Inocencio Alvarez y que, representándola el conjunto de los herederos, quedó incompleto y por ende ilegítima la personería de esta parte litigante al prescindir el actor del heredero Juan Bautista, quien por esta prescindencia lo señaló como demandado y que los comprobantes pertinentes acreditan que es heredero.

La demanda de casación formula varios cargos. Prosperando el que en seguida se estudia, se prescinde de los restantes, de acuerdo con el artículo 538 del C. J.

Ese cargo es el de quebranto de los artículos 669, 740, 756 y 1757 del C. Civil y 472, 593, 630 y 947 del Judicial, por virtud de error en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas del dominio del demandante. El abogado recurrente razona, en suma, así: Hernández ha comprobado su dominio y el Tribunal pasa por alto tales pruebas y le desconoce el derecho de demandar la exclusión de que se trata y, de otro lado, toma por demandado a la sucesión sin ver que lo son las personas indicadas al efecto.

La Sala encuentra que en verdad los demanda-

dos lo han sido personalmente y que a ello no obsta el que, como es lo natural, se les traiga a juicio en cuanto son herederos o cesionarios de herederos de la persona de cuya sucesión hacen figurar el inmueble en referencia. Así las cosas, la circunstancia de no haberse notificado la demanda a tal o cual heredero y de no haber él intervenido en el litigio, no es razón para que deje éste de decidirse, ventilado debidamente, como lo ha sido, con los otros. A decidir no puede ser óbice la consideración de que pueda presentarse el problema de si la sentencia tiene o no alcance contra el que estuvo ausente del debate. Casos hay de consorcio necesario en que ha de figurar en la litis tal o cual persona sin cuya concurrencia no puede desatarse. Tal, por ejemplo, la del vendedor en juicio contra el comprador en que un tercero persigue la cosa comprada mediante la anulación de la compraventa. El caso presente no es de esos, pues la sentencia puede y debe pronunciarse, sin lugar a dejar de cumplir el juzgador este deber porque haya faltado tal o cual heredero. Y por otra parte, como adelante se verá, Hernández acredita su dominio y con él el derecho a entablar pleito sobre exclusión, tal como se lo reconoce el C. J. en su citado artículo 947. Debe, pues, aceptarse este cargo o grupo de cargos y, al invalidarse consecuencialmente la sentencia recurrida, dictarse la que ha de reemplazarla, tal como manda el citado artículo 538.

A este fin se considera:

Inocencio Alvarez en juicio ordinario contra sus hijos Pacífico y Cruz y contra Nicomedes Bravo obtuvo en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 19 de febrero de 1944 el reconocimiento de su dominio sobre la finca en cuestión, debidamente identificada en el presente, y la orden de que los demandados vencidos se la entregasen, no sin pagarles sus mejoras.

En escritura número 113 otorgada en la Notaría de Villeta el 18 de mayo de 1942, Inocencio había dicho transferir a Abel Hernández esa finca mediante la cesión que allí le hizo de sus derechos litigiosos, cesión que fue reconocida dentro de ese pleito por el Tribunal.

Muerto Inocencio, se declaró abierta su causa mortuoria en el Juzgado de Guadúas el 7 de mayo de 1945. En ella se reconoce como herederos suyos a los prenombrados Pacífico, Cruz, Juan Bautista, Claudina y Librada, hijos del matrimonio de él con Purificación Gaitán. Allí se inventarió como de propiedad del causante la misma finca de que se trata y se cita la sentencia mencionada de 19 de febrero de 1944. Rápidamente cursó la mortuoria; de modo que la partición se aprobó en sentencia de 7 de septiembre de 1945. En ese trabajo consta que se reconoció al cesionario Camacho un derecho por $ 60 en razón de sus gastos y se le cubrió junto con los derechos herenciales antedichos, o sea la mitad de los de todos los cinco hijos, con una cuota proindiviso por valor de $ 2.030 en esa finca, avaluada en $ 4.000; a Jiménez, como cesionario de la otra mitad de los derechos de Pacífico y Cruz, se le adjudicó en ese inmueble un derecho por valor de $ 788 y a cada uno de los herederos Juan Bautista, Librada y Claudina, se adjudicó un derecho por $ 394 para cubrirle la mitad que había conservado.

Entre tanto, en el juicio ordinario referido en que como cesionario de los derechos de Inocencio Alvarez se había reconocido a Hernández, éste obtuvo que el Juzgado en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia referida, le entregase materialmente ese inmueble el 11 de febrero de 1946. Según documento presentado por todos los interesados en esa causa al Juzgado el 26 del mismo mes, quedaron pagadas por Hernández las mejoras aludidas y terminadas todas las diferencias entre ellos por sus demás prestaciones mutuas.

La sentencia del Tribunal, tantas veces citada aquí, su ejecutoria, el reconocimiento de Hernández como cesionario, la diligencia de entrega material y el arreglo y pago dichos, constan en el presente proceso, al que han venido en debida forma las piezas respectivas. También obra en copia notarial registrada, la escritura de cesión de Alvarez a Hernández, así como certificado del Registrador sobre la titulación de éste.

Evidenciado el dominio de él sobre el terreno en referencia, sorprende que éste se haya hecho figurar como de la sucesión de Alvarez, cuyos herederos, continuadores de su persona, no pueden desconocer la transferencia que él hizo en instrumento cuyo alcance contra ellos está establecido en el artículo 1759 del C. C.

Al contestar la demanda observaron los demandados que ningún perjuicio recibe un tercero con que en una sucesión dada se hagan figurar los bienes de él como del **de cujus**; pero de esta reflexión no puede derivarse el desconocimiento del derecho que a ese tercero asiste para deman-

dar la exclusión, según el citado artículo 947 del C. Judicial.

También observaron que la escritura de cesión no quedó registrada, desde luego, en todos los libros y lugares en que debía inscribirse; pero ese instrumento, que figura dos veces en este proceso, lleva en ambas copias la constancia de todas sus inscripciones necesarias. De otro lado, sabido es que entre partes el registro se retrotrae a la fecha del otorgamiento y que a aquél puede procederse válidamente en cualquier tiempo, sin más sanción que la de orden fiscal en caso de retardo, salvo en algo tan distinto de la transferencia de que aquí se trata, como son la hipoteca y ciertas pruebas, de que es ejemplo la agraria.

En la condenación en costas que, en fuerza de lo dicho, ha de pronunciarse contra los demandados, es de distinguirse entre ellos, así: como Juan Bautista Alvarez lo fue en el libelo pero no en la realidad de la controversia, a él no puede extenderse esa condenación; los demás deben sobrellevarla todos en la primera instancia, y en la segunda sólo los apelantes, entre los cuales no figura, según se vio, el cesionario Camacho.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, y reformando la del Juzgado Civil del Circuito de Guaduas de quince de abril de ese año, falla este pleito así: por pertenecer a Abel Hernández el terreno materia del presente litigio, se declara que esta finca fue indebidamente incluída en el inventario de los bienes de la sucesión de Inocencio Alvarez y se ordena excluírla del mismo inventario.

Condénase a los demandados a pagar al demandante las costas del juicio, así: todos ellos las de la primera instancia y los apelantes las de la segunda.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UNA ESCRITURA Y DE UN CONTRATO. REQUISITOS PARA EL RECURSO DE CASACION

Ha dicho ya la Corte que "para que el recurso extraordinario de casación pueda interponerse y sea admisible, como sucede con toda clase de recursos, es indispensable, fuera de los requisitos que exige la ley, que la sentencia contra la cual se interpone infiera agravio a la parte recurrente porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta exclusivamente en lo desfavorable al recurrente".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Los hechos originarios de este pleito, según el relato que hace el recurrente, son estos:

Abraham Bravo, por conducto de Arturo Pardo Morales y Alejandro Hernández Rodríguez, con quienes tenía asociación de hecho, compró 4/6 partes del derecho herencial de Luis E. Currea en la sucesión de su madre Hersilia Manrique de Currea, que se pagaron con dineros del mandante. Para garantizar unos préstamos de Ruperto Aya a Bravo y por instrucciones de éste, sus nombrados mandatarios otorgaron las escrituras 1485 del 26 de junio, y 105 de 15 de enero de 1924 de la Notaría 1ª de Bogotá y 934 de 3 de agosto de 1925 de la Notaría 5ª del mismo Circuito, por medio de los cuales le vendieron a Aya, con pacto de retroventa, los referidos derechos hereditarios. Por hallarse Bravo en los Estados Unidos atendiendo negocios de petróleos, no pudo venir oportunamente a atender a las retroventas y sus plazos se vencieron sin usarlos; pero a su regreso, y en vista de las dificultades que había tenido, Aya convino en darle una opción de un año para que readquiriera lo que había sido objeto de los pactos de retroventa y para ese efecto otorgó a Pardo Morales y Hernández Rodríguez la escritura 1302 de 5 de octubre de 1926, de la Notaría 5ª de Bogotá, de acuerdo con instrucciones de Bravo. Así las cosas, Bravo entró en negociaciones directas con Juan B. Castaño a efecto de conseguir dinero para pagar la deuda a Aya, pues éste no quiso adquirir los derechos que correspondían a Bravo por el monto de la deuda. Entonces, por escritura 1496 del 9 de diciembre de 1926, de la Notaría 5ª de esta ciudad, Pardo Morales y Hernández Rodríguez prometieron a Juan B. Castaño la venta de las 4/6 partes del derecho herencial de Luis E. Currea, cuya transferencia debía hacer Ruperto Aya, previo el pago de la deuda de Bravo, todo de acuerdo con lo arreglado directamente entre Bravo y Castaño. Como efecto de todas estas negociaciones, el 1º de diciembre de 1926, Bravo y Castaño suscribieron un documento privado en el cual, en síntesis, declaran que ellos son los verdaderos interesados en las referidas promesas de venta, pues Pardo Morales y Hernández Rodríguez, aunque han intervenido personalmente lo han hecho como mandatarios de Bravo, que es el verdadero dueño de los derechos sucesorales de Currea. Aya y Castaño le dieron cumplido efecto al contrato de promesa contenido en la escritura 1302, porque Aya le transfirió a Castaño, a título de venta, el dominio de los bienes relacionados en la escritura 943 de 18 de junio de 1927, Notaría 5ª de Bogotá, esto es, los que en la partición sucesoral de la señora Manrique de Currea le fueron adjudicados en pago de las cuatro sextas partes de los derechos del heredero Luis E. Currea.

En libelo de fecha 28 de enero de 1944, Juan B. Castaño R. denunció en juicio ordinario a Alejandro Hernández Rodríguez, Abraham Bravo y Eufemia Parra v. de Pardo Morales, cónyuge sobreviviente de Arturo Pardo Morales, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que es absolutamente nula la escritura número 1496 de 9 de noviembre de 1926, de la Notaría 5ª de Bogotá, por la cual Hernández Rodríguez y Pardo Morales hicieron una promesa de venta al demandante de un derecho de retroventa pactado con Ruperto Aya en la escritura número 1302 de 5 de octubre de 1926, de la misma Notaría, pues la promesa de venta está afectada de la

misma nulidad absoluta por estar terminantemente prohibida por el artículo 1942 del C. C.; en subsidio, si se considera como simple contrato de promesa de venta el contenido en la escritura 1496 citada, se declare nulo lo mismo que la escritura, por no haberse estipulado plazo dentro del cual los vendedores debían cumplir lo pactado.

Que es absolutamente nulo el contrato suscrito entre Juan B. Castaño y Abraham Bravo, contenido en el documento privado de 1º de diciembre de 1926, pues según su contenido se refiere a la misma escritura antes citada y tiene su fundamento en ella; o, en subsidio, que el citado contrato carece de valor y efecto legal porque no es cierto que Bravo haya tenido parte alguna en las negociaciones de compra y venta de los derechos hereditarios de Luis E. Currea ni haya hecho ninguna inversión de dinero por ese concepto.

Los demandados se opusieron a las pretensiones del actor y negaron los hechos fundamentales de la acción. Hernández Rodríguez propuso y alegó, entre otras cosas, la excepción perentoria de "ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados".

Trabada de esta suerte la litis, el Juzgado del Circuito la desató definitivamente en sentencia de 15 de mayo de 1945, así: "1º No se hacen las declaraciones pedidas en la demanda. En consecuencia se absuelve de ellas a los demandados. 2º No se declaran probadas las excepciones propuestas por el demandado Alejandro Hernández Rodríguez. No se hace condenación en costas".

Sentencia acusada

La apelación de ambas partes, Hernández Rodríguez entre los demandados, quien manifestó apelar en lo desfavorable, dio lugar a la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, que la decidió en sentencia de 19 de febrero de 1947, que revocó la recurrida y en su lugar decidió: "Declárase acreditada la ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada. Consecuencialmente, declárase que no es el (sic) de hacer declaraciones sobre el fondo de la demanda. Sin costas en ambas instancias".

Estimó el Tribunal al estudiar la cuestión previa de los presupuestos procesales que la demandada Eufemia Parra v. de Pardo Morales, carece del carácter de heredera de su marido Arturo Pardo Morales y no puede, en consecuencia, llevar su representación jurídica en esta acción de nulidad de contratos celebrados por él, y que aunque "en el caso del litigio bien podría declararse la ilegitimidad sustantiva de la personería en lo que concierne a Arturo Pardo Morales, conforme a la demostración que atrás se hizo de que esa ilegitimidad sustantiva existe y aparece plenamente demostrada, y dejando de considerar la nulidad respecto a los contratos en que fue parte Arturo Pardo Morales, entra a considerar la acción en el fondo, para decidir si la nulidad existe o no existe, en lo relativo al contrato celebrado entre Alejandro Hernández Rodríguez y Juan B. Castaño, pero comoquiera que precisamente uno de los pivotes sobre que descansa la estructuración del pleito conforme a lo que se desprende de la trama judicial proveniente de la relación jurídico-procesal los dos contratos de promesa de compraventa comprendidos en la escritura 1496, en lo que se refiere a las dos promesas de adquisición o de compra por parte de Hernández Rodríguez y de Pardo Morales, hay que considerarlas como una sola, como un solo contrato, en razón de que se sostiene que Hernández Rodríguez y Pardo Morales intervinieron fue como mandatarios ambos de Abraham Bravo, y como esto aparece demostrado por el documento del 1º de diciembre de 1926, procedente del general Juan B. Castaño, quien así lo aceptó o confesó en ese documento, ello quiere decir que los dos aparentes contratos de la escritura 1946 se revelan como celebrados por una sola persona como promitente y comprador, ya que Hernández Rodríguez y Pardo Morales representaban a una misma persona, al señor Abraham Bravo, y, de consiguiente, la ilegitimidad sustantiva de la personería de uno de aquellos mandatarios, la de Arturo Pardo Morales, viene a afectar, a enervar la acción en su totalidad para todo el contrato contenido en la escritura 1946 por cuanto las compraventas prometidas vienen a ser en el fondo sólo de dos personas: de Juan B. Castaño y de Abraham Bravo. En consecuencia, hay que revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de toda la parte demandada por las razones expuestas".

El recurso

El demandado Hernández Rodríguez ha traído este negocio a la Corte por recurso de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia de-

finitiva de segunda instancia, con apoyo en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J.

Causal primera. — La acusación por ilegalidad se funda sustancialmente en que el Tribunal dejó de fallar el pleito por haber declarado probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, pues la situación jurídica del recurrente no forma un todo indivisible con la del doctor Pardo Morales, y mucho menos con su esposa y herederos. "Al adolecer de ilegitimidad sustantiva —dice el recurrente— la parte que representa hoy al doctor Pardo Morales, no puede fallarse el pleito con respecto a mí con la misma tesis ni con la misma razón, porque tanto la personería del general Bravo como la mía son perfectamente legales y legítimas en el pleito. Y, al llegar el Tribunal a revocar la sentencia de primera instancia porque uno de los demandados no tiene la personería sustantiva, es un error craso que abate la lógica jurídica. El pleito ha debido fallarse en el fondo en cuanto al general Bravo y a mí se refiere; y en cuanto a la parte que representa al doctor Pardo Morales, declarar probada la excepción de ilegitimidad sustantiva. Por esto fue por lo que la sentencia recurrida cometió error de derecho por violación de las disposiciones siguientes: artículos 89 de la ley 153 de 1887, 1494, 1502, 1568, 1581, 1602, 1603, 1618, 1619, 1621 y concordantes del C. C.; 332, 344, 472, 471 del C. J. y concordantes, al aplicarlas indebidamente para fallar en la forma en que lo hizo".

Se considera:

"Para que el recurso extraordinario de casación pueda interponerse y sea admisible, como sucede con toda clase de recursos, es indispensable, fuera de los requisitos que exige la ley, que la sentencia contra la cual se interpone infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta exclusivamente en lo desfavorable al recurrente". (G. J. Tomo XLIX, pág. 519). Este requisito, impuesto a causa de que la casación tiene un sentido práctico y no meramente teórico, no aparece muy visible en este caso porque no es claramente discernible, dentro de la motivación de la sentencia el interés jurídico del recurrente. La posición que el demandado Hernández Rodríguez asumió en la controversia desde la contestación de la demanda fue la de negar que tuviera interés directo y personal en los problemas de nulidad que se planteaban en la demanda, porque su intervención en todas esas negociaciones, lo mismo que la de Pardo Morales, era la de un simple mandatario o recomendado de Abraham Bravo, quien como dueño verdadero de los derechos herenciales de Currea se entendió directamente con el demandante en este juicio, que así lo declaró y aceptó en el documento de 1º de diciembre de 1926, por lo cual negó la acción con que se le demandaba y alegó y opuso, entre otras, la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados. Y la demostración de esta calidad de mero recomendado y no de parte contratante, como se vio, es uno de los fundamentos del fallo recurrido, que declaró probada la aludida excepción. El Tribunal afirma reiteradamente, refiriéndose a las afirmaciones del demandado Hernández y a la aceptación del hecho por parte del demandante, que en los contratos de promesa de venta cuya nulidad se demanda no intervinieron en realidad como directamente interesados sino Castaño y Bravo, porque Hernández Rodríguez y Pardo Morales sólo fueron recomendados del último. Esta es una de las interpretaciones a que se presta el estilo enrevesado de la sentencia acusada y desde este punto de vista no se puede configurar el interés jurídico del recurrente.

Por otro aspecto, el Tribunal halló tal trabazón entre las relaciones jurídicas generadas en los diversos contratos que al principio se citaron y describieron, que consideró imposible separarlos para estudiar aisladamente la cuestión de nulidad respecto de cada uno de ellos, en forma que cualquier vicio de la personería de uno de los demandados enervaba la acción en su totalidad. Parece que desde este ángulo de apreciación la idea en que reposa la ilegitimidad de la personería consiste en que, por ausencia jurídica de Pardo Morales, no están demandados todos los que intervinieron en la negociación, debiendo estarlo, ya que las nulidades no pueden pronunciarse sino con audiencia de todos los que celebraron el contrato cuya ineficacia se persigue. Y si esto fue lo que quiso expresar el Tribunal, la aludida excepción perentoria, alegada por el demandado recurrente desde la contestación de la demanda, tiene un razonable fundamento jurídico.

Pero no es necesario para decidir concretamente el recurso detenerse más sobre la cuestión del interés jurídico para recurrir, examinando si

en verdad la sentencia infiere agravio al recurrente, porque las acusaciones, centro del ámbito que corresponde a los textos legales citados, resultan inválidas e incapaces de afectar la estabilidad de la sentencia acusada porque ninguno de los cargos enfoca realmente sus razones fundamentales, ni los artículos citados inciden en las conclusiones adoptadas por el Tribunal. Conocidas ya las razones en que se asientan las conclusiones del fallo acusado fácil es ver la desconexión de los ataques enunciando simplemente el contenido de las disposiciones legales que se señalan como infringidas: el artículo 89 de la ley 153 de 1887 define y estructura como contrato solemne el de promesa de contratar; el 1494 del C. C. establece las fuentes de las obligaciones; el 1502 enumera los elementos constitucionales del acto jurídico; el 1568 define y señala los efectos de las obligaciones conjuntas y solidarias; el 1581 enseña cuando una obligación es divisible o indivisible; el 1602 consagra la obligatoriedad de los contratos y los artículos 1603, 1618, 1619 y 1621 del mismo código, contiene normas generales de interpretación contractual. Lo propio acontece con las disposiciones citadas del código de procedimiento civil, ninguna de las cuales, por su naturaleza y atinencia, es susceptible de dar base al recurso de casación.

"Incurrió dicha sentencia en error de hecho —dice el recurrente— por mala apreciación de las pruebas de la parte demandada que dan motivo a que fuera fallado el pleito en el fondo en cuanto a Bravo y a mí, absolviéndonos de tan temeraria acción". Este cargo por violación indirecta de la ley, así tan escuetamente formulado, no da base a su estudio y consideración, porque no señalando concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas, ni el mecanismo de su error, ni los preceptos sustantivos consecuencialmente infringidos, faltan los elementos indispensables, de sustancia y de forma, que la técnica legal del recurso exige para acusaciones de esa especie.

Causal segunda. — La inconsonancia en que se funda esta causal la hace consistir el recurrente en "que la sentencia del Tribunal encontró probada una excepción de ilegitimidad sustantiva en cuanto a la parte que representa al doctor Pardo Morales, y, por ello, aquella misma excepción se aplicó a Bravo y a mí, lo que encierra una violación de las mismas disposiciones citadas en el capítulo 1º, por cuanto hubo una **litis contestatio** y se ha debido fallar en consonancia con esa situación jurídica".

La mera enunciación del cargo y su contenido revelan a las claras la improcedencia de la causal alegada. Desde el punto de vista formal a que hay que atender en la aplicación de este motivo legal de casación, ninguna incongruencia puede anotarse entre las pretensiones oportunamente aducidas por el demandado Hernández Rodríguez al oponer la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y la resolución de la sentencia que expresamente la declaró probada en la forma propuesta. Por otra parte, las razones que se aducen para fundar la acusación llevan a pensar más bien que el ámbito adecuado para su consideración es el de la causal primera, porque aluden o se refieren al fondo mismo de la cuestión debatida y no simplemente a una disconformidad entre lo pedido y lo fallado.

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 de este Distrito Judicial el 19 de febrero de 1947, 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.

Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales—Hernán Salamanca. Manuel José Vargas—Liborio Escallón, Conjuez. **Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA. — EXCEPCIONES. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—Aunque en sentido lato puede entenderse por excepción cualquier forma defensiva del reo, aun su simple silencio, su actitud pasiva, o la negativa por su parte respecto de la legitimación para obrar en el actor, o de los elementos o de las condiciones de la acción, o de los presupuestos procesales, es lo cierto que nuestra ley distingue como excepciones sólo las defensas que la doctrina denomina hipotéticas porque se fundan en un supuesto cuya prueba corre a cargo del reo. Esta modalidad de los sistemas exceptivos milita contra la acción completa, perfecta y, en consecuencia, viable; no busca destruírla en su estructura, sino a tornarla ineficaz perpetua o temporalmente. Esta característica apareja la preexistencia de la acción de tal suerte que cuando el juez declara la excepción es porque hallando aquélla próspera en principio, antes de reconocerle los efectos correspondientes examina si algún hecho extraño a ella paraliza o detiene su actividad jurídica. No puede afirmarse, pues, que el fallo declarativo de alguna excepción, tal como nuestro derecho lo concibe, sea inconsonante con los extremos planteados en la acción, pues todo el poder que éste comporte queda supeditado a la defensa reconocida y, por tanto, juzgado plena y desfavorablemente para el demandante.

2.—La demanda, pauta de la controversia judicial, límite a que debe acomodarse el poder decisorio de la jurisdicción, ha de seguir en su inteligencia el mismo cauce de lógica simple; el juez no puede, so pretexto de interpretarla, reducir a la ineficacia afirmaciones o solicitudes del demandante en las cuales se presume necesariamente el propósito de referirlas a la acción ejercida por su intermedio.

3.—La causal de nulidad que excepcionalmente puede invocarse en juicio separado es la resultante de la falla del presupuesto parte, bien por no citada, o por indebidamente representada; el primer caso no se presenta a propósito de los juicios de sucesión porque el heredero puede pedir la herencia ocupada por otro sin necesidad de anular la sentencia aprobatoria de la partición ni los trámites del juicio mortuorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Prudencio Cortés nació y residió muchos años en Puente Nacional, Departamento de Santander, hasta que hubo de radicarse en Cundinamarca atendiendo a reclamos de su salud: primero se localizó en Tocaima y luego en Villeta, lugar de su fallecimiento ocurrido el dos de septiembre de mil novecientos veinticinco; no otorgó testamento y sólo dejó hermanos nacidos del matrimonio de la madre común con Alejo Angulo; los hijos de Moisés Angulo Cortés, fallecido a dicha sazón, iniciaron la causa mortuoria de Prudencio ante el Juzgado del Circuito de Facatativá por medio del abogado Rodolfo Rico quien, por otra parte, celebró con el Municipio de Villeta un contrato sobre bienes ocultos en virtud del cual, como apoderado del dicho Distrito, reclamó y obtuvo para éste el reconocimiento judicial de la calidad hereditaria relativa al difunto Prudencio Cortés.

La causa mortuoria de éste fue iniciada también en Vélez, cuando ya la de Facatativá se había clausurado con la partición judicialmente aprobada, a solicitud de dos hermanas de Prudencio llamadas Dolores y María del Rosario; el juez que conoció de tales diligencias provocó competencia positiva al del Circuito de Facatativá pero, como es obvio, sin resultado alguno en presencia del fin del juicio mortuorio; entonces las dos hermanas dijeron vender sus derechos herenciales a Ismael de J. Olarte y a Aurelio Caro, quienes promovieron la acción de petición

de herencia cuyo desenlace fue un fallo inhibitorio por no haber acreditado su "personería sustantiva"; así terminada esa gestión los mismos cesionarios dieron comienzo a la presente controversia.

Los hechos fundamentales en que ella se sostiene son los que se dejan extractados, y las súplicas correspondientes son: la declaratoria de "que es írrita y carece de efecto legal alguno la partición y adjudicación al Municipio de Villeta" de los bienes que fueron de Prudencio Cortés; la de que éstos corresponden y deben adjudicarse a los actores como cesionarios de las herederas Dolores y María del Rosario Cortés; la condena a restituír los bienes aludidos con sus frutos, a cargo del Municipio de Villeta; la declaratoria de que los demandantes están legalmente subrogados en la vocación hereditaria de sus cedentes.

La demanda que tales hechos y pretensiones contiene, enderezada contra el Distrito Municipal que se viene nombrando, fue promovida ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá el cual, agotado el trámite de la primera instancia, le puso término mediante fallo fechado el cinco de abril de mil novecientos cuarenta y cinco; en tal providencia se declaró probada la prescripción adquisitiva alegada por el Municipio demandado.

Como los actores apelaran se surtió el segundo grado del procedimiento ante el Tribunal Superior de Bogotá, corporación que en sentencia proferida el nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, confirmó la apelada.

La decisión del Tribunal ostenta variados fundamentos atinentes a la acción y a la excepción reconocida en la primera instancia; en cuanto a la primera, ellos pueden compendiarse así: el demandante Ismael de J. Olarte no es cesionario del derecho real de herencia que pudiera corresponder a su causante, sino apenas del dominio que ella tenga respecto de cada uno de los cuerpos ciertos que le fueron adjudicados en la partición que de la herencia de Cortés se hizo en el Juzgado del Circuito de Vélez, y como ninguno de aquéllos fue adjudicado al Municipio de Villeta al partir la misma herencia ante el Juez de Facatativá, el dicho actor carece de todo interés jurídico en frente del Distrito demandado. En cuanto al otro actor, Aurelio Caro, hace la misma reflexión pero atendiendo a que tanto a su cedente como al Municipio de Villeta les fue adjudicado en las particiones ya sabidas, parcialmente al primero y totalmente al segundo, un crédito a favor de Cortés y a cargo de Víctor M. Suárez, encuentra que a este solo propósito es legítima la causa del indicado demandante; sobre esta base emprende el examen probatorio del caso respecto del vínculo de consanguinidad que unía a Cortés con la cedente de Caro, y hallando que eran hermanas naturales deduce que éste último tiene mejor derecho que el Municipio de Villeta a una cuota del bien incorporal mencionado.

En presencia de estas circunstancias entra a examinar la prescripción que como medio exceptivo propuso el Distrito Municipal, estimando a éste como heredero putativo provisto de justo título, ya que la partición operada ante el Juzgado de Facatativá reemplaza el decreto de posesión efectiva mencionado en el artículo 776 del C. C., y no regulado por las leyes de enjuiciamiento vigentes cuando a la mortuoria de Prudencio Cortés se dio trámite y terminación. Con base en esas reflexiones confirmó la declaratoria de la excepción cuya prueba había reconocido la sentencia de primera instancia.

Los demandantes Olarte y Caro interpusieron contra lo así decidido recurso de casación a solucionar el cual se procede:

Dentro de la causal segunda proponen los recurrentes dos cargos, y tres con fundamento en la primera; se examinarán aquéllos en primer término.

Causal segunda

Primer motivo.—Los demandantes imputan al fallo del Tribunal el cargo de incongruencia sobre la base de que estando propuesta en el libelo inicial una acción de nulidad no se resolvió sobre ella.

La sentencia impugnada por este medio extraordinario confirmó lo decidido en la primera instancia, o sea la declaratoria de la prescripción adquisitiva.

Si bien en sentido lato por excepción puede entenderse cualquier forma defensiva del reo, aun su simple silencio, su actitúd pasiva, o la negativa por su parte respecto de la legitimación para obrar en el actor, o de los elementos o de las condiciones de la acción, o de los presupuestos procesales, es lo cierto que nuestra ley distingue como excepciones sólo las defensas que la doctrina denomina hipotéticas porque se fundan en un supuesto cuya prueba corre a cargo del reo.

Esta modalidad de los sistemas exceptivos milita contra la acción completa, perfecta, y, en consecuencia, viable; no busca destruírla en su estructura, sino a tornarla ineficaz perpetua o temporalmente. Esta característica apareja la preexistencia de la acción de tal suerte que cuando el Juez declara la excepción es porque hallando aquélla próspera en principio, antes de reconocerle los efectos correspondientes examina si algún hecho extraño a ella, paraliza o detiene su actividad jurídica.

No puede afirmarse, pues, que el fallo declarativo de alguna excepción, tal como nuestro derecho lo concibe, sea inconsonante con los extremos planteados en la acción pues todo el poder que ésta comporte queda supeditado a la defensa reconocida, y, por tanto, juzgada plena y desfavorablemente para el demandante.

Segundo motivo.—Anotan los recurrentes que el Tribunal a pesar de haber hallado desprovisto de la acción al demandante Olarte la declaró prescrita, lo cual juzgan contradictorio e inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas.

Las razones expuestas a propósito del motivo estudiado ya, son bastantes para concluír que la declaratoria de la excepción falló el pleito en todos sus aspectos, no dejando alguno insoluto, y no rebosando tampoco los límites normales del poder jurisdiccional en el caso concreto.

El vicio de técnica decisoria en que incurrió el Tribunal ciertamente al contraponer excepciones a una acción en su concepto inane, no incide en el acuerdo entre lo pedido y lo fallado, sino que podría reflejar en otros aspectos del fallo que escapan a la causal invocada y que se estudia.

Causal primera

Primer motivo. — Vuelven los demandantes a acusar la sentencia por la razón que habían aducido como primer motivo dentro de la causal segunda, a saber: no haber decidido el Tribunal sobre una acción de nulidad planteada en la demanda; invocan error de hecho en la interpretación de ésta y quebranto, por no haberlos aplicado, de los artículos 673 y 1405 del C. C., 209, 219, 252, 457 y 471 del C. J. y de todos los que forman el título 28 del Libro IV del C. C.

La Sala, por razones bien conocidas, prescindirá del cargo global últimamente enunciado, que no es de recibo en casación.

En cuanto al error de hecho agotado se observa que el Tribunal trató la cuestión atinente a las nulidades procesales así:

"Plantea el señor apoderado de los actores en su alegato de la segunda instancia, la nulidad del juicio de sucesión seguido en el Municipio de Facatativá, en el cual fue declarado heredero de Prudencio Cortés el Municipio de Villeta, por incompetencia, ya que el causante no era vecino, como se dijo allí, de Villeta. A demostrar este hecho se encamina casi la totalidad de la prueba testimonial y una parte de las copias traídas de la Notaría de Vélez. Ese punto no está sub judice, y esa sola consideración es suficiente para que el Tribunal se abstenga de hacer el estudio de la prueba traída con tal fin. Invoca otra nulidad del juicio de sucesión llevado en el Juzgado del Circuito de Facatativá por carencia de personería del apoderado del Municipio de Villeta, desde luego que otorgó poder para un juicio de bienes ocultos, y se hizo valer para el de sucesión. Le son aplicables a este punto las consideraciones relativas a la vecindad o último domicilio del causante, antes dichas".

La exactitud de lo afirmado por el Tribunal es indudable en cuanto a la ilegitimidad de personería; no solamente en la demanda inicial no se desconoció el mandato del Municipio de Villeta a Rodolfo Rico para obrar dentro del juicio mortuorio de Prudencio Cortés, sino que en el hecho noveno se expresó: "El Municipio de Villeta dio poder al doctor Rodolfo Rico para que lo representara en el mentado juicio de sucesión...".

Olarte y Caro suplicaron "que es írrita y carece de efecto legal alguno, la partición y adjudicación al Municipio de Villeta de los bienes de la sucesión intestada de Prudencio Cortés como aparece en el juicio respectivo surtido ante el señor Juez 1º del Circuito de Facatativá y protocolizado en la Notaría de Villeta según escritura número sesenta (60) otorgada el cuatro de mayo de mil novecientos treinta".

Como resultaría inexplicable que los demandantes pretendieran obtener la prosperidad de esa petición con base en hechos justamente contrarios a los afirmados por ellos, ni la más arbitraria interpretación de la demanda habría visto propuesta en ella la acción de nulidad por ilegitimidad de personería, siendo a todas luces temerario el cargo que a este propósito se aduce.

Pero no ocurre lo propio con la invalidez fundada en incompetencia de jurisdicción comoquiera que en el hecho 6º se afirmó que "Pru-

dencio Cortés tuvo como único domicilio el Municipio de Puente Nacional y solamente por causa de enfermedad se trasladó transitoriamente en mil novecientos veinticinco a Villeta donde ocurrió su muerte".

La demanda de nulidad es clara en el texto de la solicitud ya transcrita, y como el hecho sobre domicilio del causante carecería de todo reflejo en la petición de herencia, una simple labor de comparación entre lo pedido y lo narrado como fundamento de aquello basta para destacar la conexión entre lo uno y lo otro.

Contribuye a robustecer esa elemental observación que el esfuerzo probatorio de los demandantes, como el mismo Tribunal lo afirma, se enderezó a demostrar los factores recogidos dentro del hecho sexto de la demanda, circunstancia ésta que no debía pasar inadvertida para el juzgador cuando, al valorar la conducencia de las pruebas, hubo de examinar la relación en que se hallaran con el tema probatorio planteado en el libelo, y con lo pretendido en él.

A la interpretación de la demanda es aplicable una trivial norma de hermenéutica que el derecho positivo impone respecto de otros elementos de juicio; así la ley debe entenderse de manera que armonice con el espíritu general de la legislación siendo inadmisible, por tanto, sus desarrollos que conduzcan a dejarla sin efecto; las estipulaciones contractuales han de interpretarse del modo en que puedan producir algún efecto, pues repugna al entendimiento la existencia de la norma legal o contractual carente de sentido y de finalidad.

La demanda, pauta de la controversia judicial, límite a que debe acomodarse el poder decisorio de la jurisdicción, ha de seguir en su inteligencia el mismo cauce de lógica simple; el juez no puede, so pretexto de interpretarla, reducir a la ineficacia afirmaciones o solicitudes del demandante en las cuales presúmese necesariamente el propósito de referirlas a la acción ejercida por su intermedio.

En el caso de autos no sólo se desdeñaron estas nociones, sino que se contrarió el texto mismo de la demanda en la cual se destacan claramente la solicitud de nulidad y su fundamento de hecho.

Resaltando así el error invocado no conlleva, con todo, el quebranto de la ley que los recurrentes señalan como efecto suyo porque el artículo 673 del C. C., en donde se relacionan los modos de adquirir el dominio no se dejó de aplicar, ni de haberse aplicado hubiera conducido a resultado diferente; el artículo 1405 del mismo estatuto regulador del sistema anulatorio y rescisorio del aspecto contractual de las particiones, escapa por entero al caso concreto que es materia de este pleito comoquiera que éste rueda sobre posibles nulidades procesales del juicio de sucesión; el artículo 209 del C. J. no fue desoído como consecuencia del error, como tampoco lo fueron el 219 y 252 ibídem; los demás preceptos citados por los recurrentes se refieren a la otra causal de nulidad, no propuesta por ellos en la demanda inicial.

Desde otro punto de vista debe observarse que la mortuoria de Prudencio Cortés no puede invalidarse con base en la incompetencia del Juez de Facatativá para conocer de ella; en efecto: La causal de nulidad que excepcionalmente puede invocarse en juicio separado es la resultante de la falla del presupuesto parte, bien por no citada, o por indebidamente representada; el primer caso no se presenta a propósito de los juicios de sucesión porque el heredero puede pedir la herencia ocupada por otro sin necesidad de anular la sentencia aprobatoria de la partición ni los trámites del juicio mortuorio; el segundo aspecto que apenas podía enfocarse, como tardíamente se trató de hacer, sobre la representación del Municipio de Villeta, estaba sólo en manos de éste porque la ley no reconoce la acción o la excepción correspondientes sino a la parte que se tuvo como presente sin estarlo a causa de una irregular y aparente representación.

Segundo motivo.—Lo exponen los recurrentes así: "Error de hecho en la apreciación del instrumento número sesenta (60) de cuatro (4) de mayo de 1930, de la Notaría de Villeta que condujo al sentenciador a violar los preceptos del Código Civil sobre Notariato y Registro, especialmente los artículos 765, 2641, ordinal 2º, los artículos 2652, 2655, 2662, 2667, 2668, 2673 del C. C."

En la copia de la sentencia aprobatoria de la partición, traída a los autos por los mismos recurrentes, hay una nota que textualmente dice: "Colombia—Cundinamarca — Oficina de Registro del Circuito de Villeta—Villeta, abril 29 de 1930. Registrado hoy a la hora de las 3 p. m. en que lo solicitó el Personero Municipal de Villeta, en lo que respecta a la declaratoria de herederos, adjudicación e hijuela, sentencia aprobatoria de la partición el auto que la declaró ejecutoriada y la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Bogotá, en el Libro 1º, a folios 54, 55 y 56 y bajo partida número 47; en el Libro de Causas Mortuorias a folios 4, 5 y 6, y bajo la inscripción número 4. El Registrador, Ramón José Osorio".

Según el cargo que se estudia esta nota "no hace fe en el juicio, porque la partición misma no está registrada", lo cual no impide que a continuación se agregue "tampoco se registró en el Libro número 2º sino en otro", a lo cual se añade que ha debido registrarse en Bogotá, por lo que hace a ciertos títulos de depósito en el Banco de Bogotá, y en Vélez, por razón de un crédito cuyo deudor es vecino de Puente Nacional.

Sobre este último extremo o sean los registros en Bogotá y Vélez, basta notar que el artículo 967 del C. J. impone el de la partición y de su sentencia aprobatoria en el Libro de Causas Mortuorias del Circuito en donde se siguió el juicio y en el mismo libro de aquellos Circuitos en que están ubicados los inmuebles adjudicados". Como los recurrentes al formular el cargo no se atreven a aseverar que los depósitos bancarios y los créditos personales sean inmuebles, ellos mismos destruyen este aspecto de la acusación.

El mismo texto legal rechaza la formalidad, exigida como necesaria sólo por Olarte y por Caro, de registro en el Libro número segundo.

En cuanto a que la partición misma no fuera registrada basta reparar en que la nota del caso cubre la "adjudicación e hijuela", y como ellas no pueden tener origen sino en el trabajo de partición huelgan mayores comentarios sobre la inocuidad del cargo.

Tercer motivo. — "Error de hecho en la apreciación de las escrituras números ciento cuatro (104) de 19 de marzo de 1928, y trescientos noventa y uno (391) de 15 de noviembre de 1930, de la Notaría de Vélez las dos, apreciación errónea que llevó al sentenciador a violar los artículos 948, 1321, 1866, 1967 del Código Civil, al negarnos la acción, e indebidamente considerados los artículos 1620, 1849, 1857, 1867, 1878 ibídem'.'

En desarrollo de este cargo los recurrentes hacen un extenso e indiscriminado examen probatorio, para argumentar con la libertad que tendrían en una instancia sobre toda suerte de temas atinentes al pleito; incidentalmente se dice a lo largo de este profuso y desarreglado capítulo que el Tribunal violó, por indebida aplicación, el artículo 1620 del C. C. regulador de la hermenéutica contractual, por no haberlos aplicado el 1618 y 1967 de la misma obra, y, sin señalar el modo, el artículo 1321 del mismo C. C.

Puede entenderse que estos quebrantos se sucedieron, en sentir de los recurrentes, por haber confundido el Tribunal la acción de petición de herencia con la reivindicatoria a causa de yerro en la apreciación del material probatorio; la sentencia declaró probado un medio exceptivo, la prescripción, y contra los hechos que lo configuran en el proceso y el examen que de ellos hizo la sentencia acusada no se ensaya siquiera queja alguna; en tales condiciones aunque el Tribunal hubiera errado en sus conceptos acerca de la acción, y aúnque ésta se perfilara con mejores caracteres que los que se le reconocieron, la excepción continuaría oponiendo a la viabilidad de aquélla todo su poder perentorio el cual, como ya se dijo en otro aparte de este fallo, no lo entiende nuestra ley sino enfrente de una acción próspera y eficaz en principio.

De esta suerte, aúnque los errores de que en forma tan difusa se duele la acusación se hubieran realizado, ellos no tendrían relación alguna con la parte resolutiva de la sentencia materia del recurso, siendo totalmente baldío el esfuerzo que por demostrarlos han realizado los recurrentes.

Como en conformidad con las razones que preceden el recurso no puede prosperar, 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 el fallo recurrido o sea el que profirió en este pleito el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial**.

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

REIVINDICACION

Aducir una presunción es plantear un problema predominantemente de derecho probatorio, porque cuando una situación de hecho está regida por una presunción, sea legal o de derecho, el favorecido con ella tiene mucho ganado en el terreno de las pruebas judiciales. Así, según el artículo 762 del Código Civil, en juicio en que se controvierte el dominio, el poseedor no necesita demostrarlo sino que le basta el hecho de su posesión como primera defensa, que puede llegar a ser definitivamente eficaz en la decisión del litigio si su posesión comenzó antes que la titularidad del dominio del reivindicante y éste no aduce en el desarrollo del proceso un título anterior al inicio de esa posesión, que lo coloque en mejor situación respecto al derecho de la cosa contestada. Todo esto como consecuencia de la regla de derecho procesal que enseña y manda que incumbe y corresponde probar al que pretende modificar un estado de cosas actualmente establecido. En el caso de la reivindicación tal estado actual para el poseedor demandado es hallarse en contacto material con la cosa, con voluntad de dueño y sin ánimo precario. Quien pretende, pues, modificar ese estado es el reivindicante y a su cargo está, por consiguiente, justificar un mejor derecho con mérito probatorio bastante para destruír la presunción de la ley y desposeer al demandado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Los antecedentes de este pleito, relatados por el Tribunal como resultan de las pruebas aducidas, son:

"Consta en autos que al fallecer Tránsito Puentes dejó como único heredero a su hijo legítimo Severo Moque, quien sin liquidar el juicio sucesorio procedió a vender a los actuales demandados Juan de J. Puentes y Eufrasio Bernal dos inmuebles de la sucesión, haciendo constar las ventas en las escrituras números 546 de 1º de junio de 1926 y 127 de 11 de abril de 1932, ambas de la Notaría de Turmequé, en las cuales dijo venderles el derecho de dominio que tenía sobre los inmuebles allí singularizados y que había adquirido por herencia de su madre. Las ventas las hizo, la primera por $ 200 y la segunda por $ 680, y las escrituras fueron debidamente registradas y vinieron al expediente acompañando las respectivas contestaciones de la demanda.

"Posteriormente Severo Moque, por escritura número 108 de 19 de marzo de 1938, Notaría de Ventaquemada, vendió a Salvador Ruiz Pineda todos sus derechos herenciales en la sucesión de sus padres por $ 50. Con tal título, Salvador Ruiz Pineda dio poder a su hermano el doctor Rodrigo Ruiz Pineda para que iniciara el juicio sucesorio de Tránsito Puentes de Moque y se le tuviera como subrogataria del único heredero. Así se hizo, y en el sucesorio se inventariaron los dos muebles que Moque había vendido a Bernal y a Puentes que constituyen la totalidad del activo herencial y que se avaluó en la suma de $ 2.000.

"Aun cuando en el juicio no había sino un solo heredero reconocido, el doctor Ruiz Pineda insistió y obtuvo que se hiciera la partición en la que actuó como partidor y en ella destinó para lote de gastos, en su mayor parte sufragados por el doctor Ruiz Pineda, una gran parte del terreno que había sido vendido a Bernal y todo el que había sido vendido a Puentes, lote que fue rematado por el mismo doctor Ruiz Pineda y por Trinidad Suárez, esposa de Severo Moque.

"Ultimamente el doctor Ruiz Pineda vendió por escritura 159 de 3 de abril de 1943, Notaría de Turmequé, a Trinidad Suárez de Moque lo que él había rematado.

"También aparece comprobado en el expediente con los numerosos testimonios que obran en los cuadernos 2º y 4º que desde las fechas de las escrituras 546 y 127 precitadas, Juan de J. Puentes y Eufrasio Bernal entraron y se han mantenido en forma continua y pacífica en posesión

material de los inmuebles a que se refieren tales instrumentos notariales".

Con apoyo y aducción del acta de remate y la escritura en que compró su parte a Rodrigo Ruiz Pineda, Trinidad Suárez de Moque, en libelo del 12 de abril de 1944, demandó ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja, a Eufrasio Bernal y Juan de Jesús Puentes, poseedores de El Rescate y San Juanito, los inmuebles comprados a Severo Moque, para que se declare que es dueña de tales fincas, y que, en consecuencia y respectivamente, se les condene a entregárselos, con sus frutos naturales y civiles desde cuando entraron en poesión hasta la entrega, más las costas del juicio.

Aceptando algunos de sus hechos, los demandados contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones reivindicatorias de la actora por ser ellos, según los correspondientes títulos aducidos, los verdaderos dueños de los bienes determinados en la demanda. Ambos alegaron la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio con base en los aludidos títulos y en su posesión regular por el lapso legal.

Al cabo de los trámites de la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 29 de octubre de 1945, decidió: "1º Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio a favor de los demandados. 2º Absuélvese a los demandados Juan de Jesús Puentes y Eufrasio Bernal, mayores de edad y vecinos, el primero del Municipio de Turmequé y el segundo de Tunja, de los cargos contenidos en la demanda. 3º Cancélese la inscripción de la demanda. Costas a cargo de la demandante Trinidad Suárez".

Sentencia acusada

En sentencia definitiva de 17 de octubre de 1946, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja confirmó en todas sus partes la del Juzgado al decidir el segundo grado a que dio lugar la apelación interpuesta por la demandante, con costas a cargo de la apelante.

En dos razones principales se apoya la decisión confirmatoria. En primer lugar, en que la demandante no probó su calidad de dueño de los bienes que pretende reivindicar, dejando así de establecer uno de los elementos esenciales de la acción de dominio, pues con los títulos que adujo al efecto, de igual origen a los exhibidos por los demandados, no se destruye ni desnaturaliza la presunción de propiedad que ampara a Puentes y a Bernal, según el artículo 762 del C. C., por ser anterior a los títulos de la demandante. Y en segundo término, porque se han probado en el juicio todos los elementos y condiciones de la usucapión alegada por los demandados, como se demuestra ampliamente en la sentencia del Juzgado, cuya motivación sobre el particular acoge en su totalidad la Sala de Decisión del Tribunal.

El recurso

Con invocación de la causal primera del artículo 520 del C. J. la demandante ha traído su negocio a la Corte en el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

De los cinco cargos de ilegalidad que trae la demanda, tres se enderezan contra las conclusiones del fallo, adoptivas de las razones del Juzgado, en punto a prescripción, por considerar el recurrente que la posesión de los demandados no es regular por carecer de buena fe y no provenir de justo título. Sólo uno, el cuarto, se refiere a la razón fundamental de la sentencia, consistente en la falta del elemento axiológico de la titularidad del demandante, que no acreditó su calidad de dueña sobre los bienes que pretende reivindicar, y el último se destina a combatir la condena en costas contenida en la sentencia confirmada. Por las razones que en su sitio se dirán, la Sala de Casación, después de la consideración total de los aspectos del recurso, circunscribe su estudio a la cuestión planteada en el cargo cuarto.

La acusación es esta: "La sentencia recurrida es violatoria, por interpretación errónea, del artículo 762 del C. C. La interpretación que el H. Tribunal de Tunja da al inciso 2º de este artículo parece ser: la única manera de justificar el dominio sobre un bien inmueble, enfrente al poseedor, es presentando una titulación anterior al tiempo de la posesión material. Pero hay aquí un error de interpretación que voy a demostrar en seguida: ciertamente en la práctica comercial y judicial se exige por lo común una titulación que cubra, en orden a garantizar ciertas seguridades, todo el tiempo anterior igual a lo exigido para la prescripción extraordinaria. Esa práctica es muy fundada y llena de razón, porque con ella se busca obtener una absoluta garantía en cuanto a la legitimidad indubitable del título en quien se pretende dueño. Pero de esto a que la única manera evidente de justificar la propiedad sobre un inmueble sea la presentación de una titulación anterior a la posesión material, hay mucha

diferencia." Estima el recurrente que en el caso de autos los títulos exhibidos por la demandante son plenamente justificativos de su propiedad, porque "mientras los exhibidos por los poseedores provienen de un heredero a quien aún no se le habían adjudicado los bienes ni se le había otorgado decreto de posesión efectivo, los de la demandante sí nacen y provienen de un juicio y un remate verificado con todas las exigencias de la ley, cumpliéndose así la condición exigida por el artículo 762 del C. C. para destruír la presunción de propiedad en favor del poseedor material".

Se considera:

Todo lo relacionado con la aplicación del artículo 762 del C. C. está contenido en estos pasajes de la sentencia:

"Sabido es que en el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el actor de demostrar su calidad de dueño cabe una distinción según que el demandante enfrente sus pretensiones contra la posesión material del demándado a quien ampara entonces la presunción del artículo 762 del C. C.; o haya de contraponer los títulos que exhibe a los que presenta el demandado para repeler la acción. Pero en ambos casos importa advertir que siempre la posesión material es atendible e implica un factor determinante porque tanto en uno como en otro los títulos que el demandante exhiba deben ser anteriores a la posesión ejercida por el demandado. No puede ser de otro modo porque considerándose la posesión como una exteriorización de la propiedad, el poseedor es tenido como dueño mientras otro no demuestre serlo mereciendo por tanto aquél el amparo y la protección de la ley. Para que se destruya tal estado jurídico es necesario exhibir un título de dominio, pero no cualquier título sino el que abarque un período mayor de aquél en que ha existido la posesión que se pretende aniquilar.

"A este respecto dijo la Corte Suprema de Justicia en fallo que aparece publicado en la G. J. Tomo XLVI, pág. 626: "Como al demandado poseedor lo ampara la presunción de dueño de que trata el artículo 762 del C. C., esa presunción, para que triunfe el demandante, tiene que ser destruída, por un título de dominio del demandante que sea anterior a la posesión del demandado. Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado.

"En el caso de autos es abundante el acervo probatorio sobre la posesión material ejercida por los demandados desde las fechas de las escrituras 546 y 127, esto es, desde el 1º de junio de 1926 y 11 de abril de 1932 y que independientemente de los citados instrumentos notariales crea la presunción que debe quebrantar el demandante. En tales circunstancias los títulos invocados por el actor que apenas se remontan a la fecha del remate: 20 de agosto de 1942, resultan insuficientes y por tanto la acción debe fracasar".

No violó, por lo visto, el Tribunal, el artículo citado por el recurrente, contentivo de una de las grandes presunciones del derecho civil, y antes bien aparece que lo interpretó con acierto jurídico y le dio una aplicación que no merece reparo ninguno. Aducir una presunción es plantear un problema predominantemente de derecho probatorio, porque cuando una situación de hecho está regida por una presunción, sea legal o de derecho, el favorecido con ella tiene mucho ganado en el terreno de las pruebas judiciales. Así, según el artículo 762 del C. C., en juicio en que se controvierte el dominio, el poseedor no necesita demostrarlo sino que le basta el hecho de su posesión como primera defensa, que puede llegar a ser definitivamente eficaz en la decisión del litigio si su posesión comenzó antes que la titularidad dominial del reivindicante y éste no aduce en el desarrollo del proceso un título anterior al inicio de esa posesión, que lo coloque en mejor situación jurídica respecto al derecho o la cosa contestada. Todo esto como una consecuencia de la regla de derecho procesal que enseña y manda que incumbe y corresponde probar al que pretende modificar un estado de cosas actualmente establecido. En el caso de la reivindicación tal estado actual para el poseedor demandado es hallarse en contacto material con la cosa, con voluntad de dueño y sin ánimo precario. Quien pretende, pues, modificar ese estado es el reivindicante y a su cargo está, por consiguiente, justificar un mejor derecho con mérito probatorio bastante para destruír la presunción de la ley y desposeer al demandado.

Estas nociones y principios, explicados y reite-

rados por la jurisprudencia de esta Sala respecto de las diversas situaciones probatorias que se pueden presentar en la reivindicación, respaldan las conclusiones del Tribunal, conocidas en los insertos hechos, que no apareciendo afectadas de ninguna ilegalidad, deben ser respetadas y mantenidas. Pero no sobra añadir para hacer referencia a un punto de orden técnico del recurso, que la cita del artículo 762 del C. C. como disposición infringida, plantea ineludiblemente una cuestión de prueba al establecer que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, mientras no se pruebe por el demandante mejor derecho a la cosa, sobre la cual está demostrando dominio el demandado por el hecho de su posesión. De tal manera que en casación, si se apoya en el quebranto del inciso del citado artículo, es inevitable la acusación indirecta de la ley sustantiva aduciendo y demostrando errores de hecho o de derecho en el juicio estimatorio del Tribunal sobre los elementos probatorios allegados al proceso para demostrar el dominio, o por lo menos para caracteriazr jurídicamente mejor una pretensión a la cosa. El cargo que se ha venido estudiando se ha formulado por violación directa.

Fracasada esta acusación contra una de las dos razones sustentatorias de la sentencia recurrida, queda a salvo uno de sus soportes fundamentales, capaz por sí solo de sostener y justificar la resolución atacada, de modo que huelga la consideración y análisis de las demás cuestiones y aspectos que plantea el recurrente, por carencia de utilidad y resultados prácticos.

Sólo resta aludir, con la brevedad que corresponde a su falta de importancia, al cargo final de la demanda de casación, consistente en que el Tribunal violó, por aplicación indebida, el inciso 1º del artículo 575 del C. J. en que incurrió al condenar en costas a Trinidad Suárez, puesto que confirmó la sentencia del Juzgado en que se la condena, como si hubiera procedido con malicia o temeridad. Para rechazar este cargo basta advertir que no prosperando el recurso de casación contra la sentencia definitiva del Tribunal, esto es, no pudiendo asumir la Corte la jurisdicción de éste no hay manera ni oportunidad de considerar un extremo del fallo del Juzgado de Circuito, que la ley deja al arbitrio y calificación del juzgador del primer grado. Si siquiera se formulara el cargo en razón de la condena en costas que trae la sentencia del Tribunal se podría recordar que la jurisprudencia uniforme de esta Sala ha considerado inalterablemente que la naturaleza accesoria que corresponde a esta condenación coloca generalmente este extremo fuera del recurso 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 17 de octubre de 1946, 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.

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

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS—OBLIGACIONES. OBJETO DE LAS OBLIGACIONES.

Según la distinción tradicional, así como de lo estatuído en los artículos 1517 y 1518 del C. C., una obligación puede ser de dar una cosa, de ejecutar un hecho, de observar una abstención; o lo que es lo mismo, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer una cosa. El objeto de la obligación será la cosa que ha de darse, el hecho por ejecutar, la abstención prometida.

No todas las cosas son, sin embargo, idóneas para ser objeto de una obligación. Entre las condiciones esenciales existe la de que el objeto de la prestación sea lícito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Unico Promiscuo del Circuito de Socha, en el Departamento de Boyacá, Nepomuceno Gil demandó a la señora Tránsito Perico v. de Carvajal, para que se declare que los inmuebles de "Lagunitas" y "La Caña", situados en jurisdicción del Municipio de Betétiva, inventariados en el activo de la causa mortuoria de Eustaquio Carvajal Estepa, no pertenecen al caudal sucesoral de tal señor, ni al de la sociedad conyugal formada por el mismo y la demandada; que, por consiguiente, deben excluírse de tales inventarios y declararse que le pertenecen.

Los hechos en que apoya sus pedimentos, pueden sintetizarse así: que por escritura pública número 319 de 6 de julio de 1929, adquirió en compra a Eustaquio Carvajal los dichos bienes, que ha estado en posesión de ellos; que a pesar de que la demandada tuvo pleno conocimiento del contrato, en los inventarios de la causa mortuoria de su marido inventarió las fincas; que no habiendo tenido conocimiento de la diligencia, no pudo solicitar que se inventariaran en su poder; y que estando en desarrollo el juicio mortuorio de Carvajal, es la oportunidad legal para demandar la exclusión que solicita.

La demandada contestó oponiéndose, alegando que la venta hecha a Gil por su marido fue una venta simulada para evitarse que los bienes fueran perseguidos en alguna ejecución que sus acreedores le seguían, pero que con todo, en el momento de solemnizarse el contrato, ya los bienes estaban embargados, por lo cual la escritura de traspaso ficticio de los bienes no pudo registrarse, y que en tal estado quedó hasta el diez y siete de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, cuando muerto su marido, el supuesto comprador, llevó la escritura al registro y obtuvo su inscripción, porque ya las ejecuciones habían terminado. Que Gil era un empleado permanente de su marido y de toda confianza; que a pesar de la venta, su esposo continuó en la posesión de las fincas discutidas, ejerciendo todos los actos de dueño y pagando las contribuciones.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento profirió fallo con fecha catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, reconociendo la propiedad al demandante y ordenando la exclusión de las fincas de los inventarios de la mortuoria de Carvajal Estepa.

La sentencia recurrida

Apelado el fallo del inferior, los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, donde al final de la tramitación correspondiente, se decidió la alzada, revocando el fallo y absolviendo, en consecuencia, a la demandada, por "no encontrar probada la acción intentada". Sin costas.

El Tribunal, luego de hacer notar que habiéndose demandado a la sociedad conyugal en liquidación que tenían constituída por el hecho de su matrimonio, Tránsito Perico y Eustaquio Carvajal Estepa, terminada por la muerte de éste, no se había demostrado ni la defunción, ni el hecho del matrimonio, entra al fondo de la cuestión para declarar ineficaz la acción propuesta por Gil, por

cuanto el contrato que celebró Carvajal Estepa por medio de la escritura pública número 319 de 6 de julio de 1929 y registrado el 17 de enero de 1944, es nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito, por tratarse de la venta de inmuebles que en la fecha del contrato estaban embargados; de ahí que la escritura no pudiera inscribirse sino muchos años después.

Del estudio que hace el fallo de las pruebas aducidas, encuentra que del certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, aparece que con fecha ocho de mayo de mil novecientos veintiseis y por disposición del señor Juez Segundo del Circuito de allí mismo, se inscribió el auto de embargo de un potrero denominado "La Caña", de propiedad de Eustaquio Carvajal, ubicado en el Municipio de Betéitiva, por los linderos allí indicados; declaraciones de varios testigos sobre la posesión material de las fincas en cuestión, por parte de la demandada; las posiciones absueltas por Nepomuceno Gil, quien entre otras cosas, declara "que no sabía cuando compró que las fincas de "Lagunitas", y "La Caña" estuvieran embargadas, pero que cuando fue a llevar la escritura al registro, fue cuando ya se cercioró de ello y la escritura no se pudo registrar por eso", y que ha pagado los impuestos, exhibiendo tan sólo un recibo de 1944; declaración de Sagrario Mejía, quien depone que a los pocos días del fallecimiento de Carvajal, se presentaron a su establecimiento comercial la viuda, acompañada de Floriano Perico y Nepomuceno Gil, a solicitarle un préstamo de mil pesos para los gastos de la mortuoria, y que al examinar las escrituras que llevaba la señora Perico de Carvajal, encontró la de venta de Carvajal a Gil y las personas nombradas le declararon que era una escritura de confianza, motivada por una ejecución que se seguía contra el cónyuge muerto, operación infructuosa, por cuanto al intentarse registrar el instrumento, tal como no pudo realizarse por haberse inscrito la orden de embargo; de otras declaraciones de testigos aparece que Gil era muchacho de confianza de los esposos Carvajal, que vivía en la casa como sirviente o empleado. El Tribunal, además de estas pruebas y algunas declaraciones con las cuales se quiso demostrar inútilmente la posesión material de Gil sobre lo comprado, solicitó por auto para mejor proveer, copia de los inventarios y avalúos en la mortuoria de Carvajal y pudo así constatar que bajo los numerales segundo y tercero, se inventariaron los bienes demandados.

Declara el sentenciador que para que Nepomuceno Gil pudiera tener éxito, era necesario que hubiera podido demostrar que tales bienes entraron en su patrimonio y que son de su exclusiva propiedad, cosa que no se realizó, por estar para la fecha del contrato embargados, fuera de comercio, a virtud de la orden del Juez debidamente inscrita en la oficina correspondiente. Que la compra hecha por la escritura de 1929, por la razón expresada, era nula por objeto ilícito, y que el haber podido inscribir en 1944, cuando ya había sido cancelada la orden de embargo el dicho instrumento, éste ya no se revalida, ya que **"quod ab initio nullum est tractu temporis convalescere non potest"**.

No satisfecho con el fallo apuntado, el demandado ocurrió en casación, siendo la oportunidad legal de fallar.

Causales de casación alegadas

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., se acusa el fallo en estudio por la primera de las causales señaladas en tal precepto, por ser, dice, "la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea".

Al sustentar sus puntos de vista, manifiesta que la sentencia se apoya en dos soportes contradictorios, como son: por una parte, la falta de demostración de que la demandada es el cónyuge supérstite, y por la otra, que la venta se contrae a cosas fuera del comercio.

Dice textualmente:

"El Tribunal violó directamente la ley porque en vez de aplicar el artículo 214 del C. J. aplicó las disposiciones sobre prueba del estado civil de las personas, y dejó de aplicar también el artículo 471 del C. J., porque las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante fueron desechadas y se violó directamente la ley en los artículos citados, como también en los siguientes del C. C. 740, 745, 756, 759, 762, 1857, 1866 y 1928".

Sostiene que tales preceptos fueron violados, porque Nepomuceno Gil comprobó ser el dueño de los bienes, con la presentación de la escritura registrada, y además, porque hay declaraciones en el proceso, con las cuales se demuestra que su poderdante ha poseído y posee materialmente los bienes y que, por lo tanto, el sentenciador debió ordenar la exclusión de lo demandado. Cita como

violados los artículos 939, 950, 951, 987 del C. J., 2637, 2652 del C. C.

Se extiende luego en largas consideraciones sobre la prueba testimonial traída a los autos por una y otra parte, para concluír que su defendido tiene la posesión material de los bienes que reclama. Tales alegaciones, posibles en instancia, son impropias del recurso de casación, las que no se insertan, por no tener ellas relación con el cargo aducido.

Afirma que el Tribunal, al considerar como nulo el contrato de compraventa llevado a cabo entre Carvajal Estepa y su defendido, por existir objeto ilícito en la enajenación de bienes que se hallaban embargados, violó por indebida aplicación los artículos 1949, 1495, 1502, 1521, 1523, 1524 del C. C. y concordantes.

En relación con el terreno de "La Caña", que aparece embargado desde el ocho de mayo de mil novecientos veintiseis (la venta a Gil fue en 1929), hace una comparación de los límites señalados en la diligencia de embargo y en la escritura de compraventa, para concluír que no es el mismo predio y que por lo mismo, la demandada ha debido establecer la identidad.

En cuanto a la finca de "Lagunitas", observa que fue embargada el mismo día seis de julio de mil novecientos veintinueve, en que su demandado recibió la escritura de traspaso de los inmuebles; que como un bien debe tenerse por embargado desde el momento de la inscripción de la orden del Juez en la Oficina de Registro, no se sabe si en el momento en que se hizo la venta, estuviera o no registrado el acto de embargo, que lo natural es presumir que no lo estuviera.

Se considera:

Del examen de la cuestión que se somete hoy al estudio de la Corte, se encuentra que el fallador se limita a hacer el reparo de no haberse acompañado a los autos la partida de defunción, con la cual se establece la terminación del matrimonio de los cónyuges, señora Perico y Carvajal Estepa, y por ende, la finalización de la sociedad conyugal existente entre ellos por el hecho del matrimonio; pero, en resumen, tal reparo no fue precisamente la razón de la negativa a excluír de la lista de bienes relictos, los reclamados por el demandante; la sentencia se apoya principalmente en la circunstancia de ser nulo el contrato entre Carvajal y Gil, por hallarse embargadas las cosas que el primero intentó vender al segundo.

Con respecto a esto último, o sea la nulidad de la venta, por objeto ilícito, base primordial del fallo, se tiene lo siguiente:

Según la distinción tradicional, así como de lo estatuído en los artículos 1517 y 1518 del C. C., una obligación puede ser de dar una cosa, de ejecutar un hecho, de observar una abstención; o lo que es lo mismo, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer una cosa. El objeto de la obligación, será la cosa que ha de darse, el hecho por ejecutar, la abstención prometida.

No todas las cosas son, sin embargo, idóneas para ser objeto de una obligación. Entre las condiciones esenciales, existe la de que el objeto de la prestación sea lícito.

"Hay un objeto ilícito en la enajenación: dice el artículo 1521 del C. C.

"3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".

Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley, y lo está por ilicitud, la enajenación de bienes embargados por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello. (Artículo 1521 citado y artículo 1866 del C. C.).

Ahora bien: de acuerdo con los artículos 1741 del C. C. y 2 de la Ley 50 de 1936, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, es nulidad absoluta que no admite ratificación.

Cuando Nepomuceno Gil intentó adquirir el dominio de los inmuebles a que se contrae el presente negocio, éstos se hallaban fuera del comercio, era prohibida su enajenación, a virtud de haberse dictado el correspondiente auto de embargo y registrado éste en la oficina correspondiente, y si bien es cierto que catorce años después, cuando llevó de nuevo Gil la copia de la escritura a la Oficina de Registro, ya había sido cancelado el embargo, no lo es menos, que el solo transcurso del tiempo y la circunstancia de haber desaparecido la prohibición del registro, no le quita la nulidad, que es absoluta, por estar interesado en ella el orden público. (Véanse sentencias de G. J. números 1302 y 1303. Sentencia G. J. números 1911 y 1912. Tomo 43, páginas 735 y 6).

Es de advertir que se ha entrado en el estudio del cargo propuesto, al considerar que el principal fundamento de la providencia recurrida, es el de tratarse de objeto ilícito en la enajenación

del bien embargado; en cuanto al reparo de que pudo no estar la finca fuera del comercio en el momento de solemnizarse el contrato, se anota que en tal circunstancia, ha debido acusarse la sentencia por error en la apreciación de pruebas, como serían la escritura de compraventa y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, con que se constató el embargo.

Por lo expuesto, se declara que no han sido violadas las disposiciones citadas como infringidas.

Sobra entrar al estudio del ataque que hace el mismo recurrente a la consideración del Tribunal sobre la falta de presentación o comprobación del matrimonio de la demandada con su esposo, señor Eustaquio Carvajal y su defunción, porque tales observaciones no fueron en definitiva la causa determinante de la sentencia, y porque la providencia del Tribunal habría de sostenerse por las razones que se dejan apuntadas sobre ilicitud en la venta llevada a cabo por la escritura pública número 319 de 6 de julio de 1929, por la cual Carvajal vendió a Nepomuceno Gil. Dice también el recurrente que la sentencia se debe casar por cuanto faltando la identidad entre lo vendido y lo embargado no podía considerarse la existencia de objeto ilícito. En tal caso lo legal era acusar por falta de apreciación de las pruebas que a su juicio demostraban esa falta de identidad y no se hizo.

Sentencia

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 de Santa Rosa de Viterbo, de fecha diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

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

ALCANCE JURIDICO DE LA LEY 68 DE 1946

La ley 68 de 1946 es exclusivamente una ley interpretativa de los preceptos de la ley 28 de 1932. Si esto es así mal se puede sostener que es un estatuto que restringe la capacidad civil de la mujer que le había otorgado esta última disposición. Lo que pasa es que su alcance lo interpretó el propio legislador, modificando el que a su turno le había dado, por vía de doctrina, la Corte Suprema y Tribunales del país.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Ante el Juez Primero del Circuito de Facatativá, Emelina Muñoz de Suárez demandó por la vía ordinaria a su esposo Víctor M. Suárez y a la sucesión de Jorge Enrique Suárez Muñoz, representada por la esposa de éste Emma Vega v. de Suárez y por su menor hija Emir Suárez Vega, asistida la última por la misma, como su madre legítima, para que en sentencia definitiva se declare simulado el contrato de compraventa que su marido celebró con su hijo Jorge Enrique Suárez, y que se legalizó por medio de la escritura pública número 137 de 16 de julio de 1931, de la Notaría de Villeta, y que en consecuencia se declare que la cosa enajenada pertenece a la sociedad conyugal, debiéndose decretar la restitución con sus frutos. En subsidio, demandó la nulidad absoluta del contrato en referencia, por carecer —dice— de consentimiento, causa y objeto lícito.

Los hechos en que apoya su acción, pueden sintetizarse así:

Que la solicitante contrajo matrimonio con Víctor M. Suárez en el año de 1888; que durante la vigencia del vínculo, en el año de 1923, compró el marido un bien raíz situado en la población de Villeta; que del enlace Suárez-Muñoz nació un hijo, a quien bautizaron con el nombre de Jorge Enrique, quien a su vez contrajo matrimonio con Emma Vega, de cuya unión nació su hija Emir, menor de edad para la fecha de la demanda. Que por escritura número 137 de 16 de julio de 1931, otorgada en Villeta, su marido enajenó simuladamente a su hijo la casa de que se ha hablado antes, ya que al vender el bien, sólo se propuso realizar una escritura de confianza. Que el nombrado Jorge Enrique falleció trágicamente, y siendo el traspaso del inmueble un acto ficticio, el predio en cuestión no ha salido del patrimonio de la sociedad conyugal, y los esposos Suárez-Muñoz han continuado en su posesión material.

Como fundamento de derecho, manifiesta que el cónyuge de quien enajena ficticiamente los bienes sociales o parte de ellos, tiene acción para pedir la declaración de simulación y su restitución al haber común, ya que tal cónyuge debe tenerse como un tercero en el contrato simulado que afecta sus intereses.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento puso fin al primer grado del pleito, por providencia de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, en que se declaró probada la excepción de prescripción del derecho invocado, absolviendo, en consecuencia, a los demandados.

La sentencia recurrida

La apelación, interpuesta en tiempo, llevó el conocimiento del asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde al final de la actuación del caso, se puso término a la segunda instancia por fallo de diez y ocho de marzo del año próximo pasado, en que se declara que la peticionária carecía de personería para demandar en nombre de la sociedad conyugal, por existir la **ilegitimidad ad causam,** que hace ineficaz la acción propuesta.

Dice el Tribunal, que la jurisprudencia había venido sosteniendo que la mujer tenía capacidad plena, a partir de la vigencia de la ley 28 de 1932, para accionar en nombre de la sociedad conyugal en todos aquellos casos en que por actos dispositivos del marido, se afectaba el haber común, a virtud de que las disposiciones de la mencionada ley habían dado plena capacidad a la esposa para

administrar su patrimonio, otorgando una representación dual a la sociedad conyugal: la del marido y la de su cónyuge, y que aquél ya no podía sin contar con su consorte, disponer de los bienes sociales.

Que expedida la ley 68 de 1946, el problema varió de aspecto porque el legislador, interpretando el artículo 1º de la memorada ley 28, entendió que las sociedades conyugales preexistentes a la vigencia de la ley y "las que no se hayan liquidado provisionalmente conforme a ella, se considera que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por ellas, antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres". "Consta —dice la sentencia— tanto de los hechos de la demanda como de los documentos traídos al juicio como prueba, que el inmueble objeto del litigio fue adquirido por el cónyuge vendedor, por compra que hizo a Ignacio Moreno E., según contrato que consta en escritura número 1825 otorgada el 7 de diciembre de 1923 en la Notaría 4ª de Bogotá, escritura registrada el 3 del mismo mes. La sociedad conyugal se había formado con el matrimonio que contrajo el comprador Víctor M. Suárez con doña Emilia Muñoz el 6 de febrero de 1888. Se trata, pues, de un bien adquirido para la sociedad antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, y como no hay constancia de que se haya liquidado provisionalmente esa sociedad, a su nombre únicamente puede hablar y accionar el marido, ya que es, "respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios, formasen un solo patrimonio, como dice el artículo 1806 del C. C. Además, el artículo 1808 del mismo Código, dice que "La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad".

Considera el juzgador que, dada la ley 68 de 1946, es obvio que si la esposa quiere ejercitar los derechos que le concedió la ley 28, en relación con los bienes sociales adquiridos por el marido antes de la vigencia de tal estatuto, debe demostrar previamente que se puso a tono con ella, haciendo la liquidación provisional, para que así pudiera hablar, no a nombre de la sociedad conyugal, sino en el suyo propio, a virtud de la respectiva adjudicación.

Que en este pleito, la esposa demanda al marido y a su contratante, diciendo representar a la sociedad conyugal, y como esa representación no existe para tal caso, es indiscutible la falta de su personería. Como conclusión, absuelve a los demandados de los cargos propuestos.

Recurrida en casación esta providencia, el expediente ha sido enviado a la Corte, donde en oportunidad, los interesados han ejercitado sus derechos procesales: el recurrente, proponiendo su demanda de casación, y el opositor, aduciendo las alegaciones que ha considerado pertinentes a mantener el fallo que se revisa.

Causales de casación alegadas

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., el recurrente propone contra la sentencia recurrida, dos cargos que se sintetizan así:

a) Que a virtud de lo establecido en los artículos 1º y 5º de la ley 28 de 1932, se dio, a partir de su vigencia, plena capacidad a la mujer casada para administrar los bienes que le pertenezcan en el momento de contraer matrimonio, de los que adquiera dentro de él y de los que por cualquier causa hubiera adquirido antes del vínculo.

Que el artículo 7º de la mentada ley 28, hizo presente que, en relación con los bienes de las sociedades conyugales existentes antes de la vigencia de tal estatuto, los cónyuges quedaban capacitados para definir extrajudicialmente y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la disposición de esos bienes. Teniendo, pues —continúa el recurrente— la mujer, esa capacidad de administración y disposición, aun sobre los bienes que por cualquier causa hubiere adquirido antes, y capacidad para definir las cuestiones sobre distribución y partición de los mismos, para que luego quedaran en verdad bajo su control y dirección, para administrarlos y disponer de ellos, era muy claro y muy puesto en razón, porque era de justicia, que para llenar esos objetivos, debía la mujer casada contar con la personería bastante, ya durante la vigencia de la ley 28, para proponer los remedios legales, por medio de acciones civiles conducentes, para que bienes salidos de la sociedad conyugal, por consecuencia de actos nulos por simulados y ficticios, volvieran a la misma sociedad, para que restituídos, entraran al control, manejo y dirección de la mujer casada".

Que tal era lo prescrito por la ley 28 de 1932, en relación con la mujer casada, y la doctrina admitida por la Corte y Tribunales de la República. Que vino luego la ley 68 de 1946, por la cual se interpretó el sentido de aquélla, al decir que las sociedades preexistentes, que no se hayan liquidado o que no se liquiden provisional-

mente, se entiende que han seguido y seguirán el régimen civil anterior, en relación a los bienes adquiridos por ellas antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres.

Luego concluye que, de las disposiciones de la ley 68, en cuanto restringen la capacidad civil de la mujer, no pueden regir inmediatamente, sino cumplido un año a partir de su vigencia, y como el Tribunal la aplicó, no obstante lo prescrito en el artículo 23 de la ley 153 de 1887, violó tal precepto y, por ello, el fallo debe casarse.

b) Como motivo segundo, alega el de incongruencia, por no estar la sentencia —dice— en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor en el juicio (artículo 520, numeral 2º, C. J.).

Afirma que tal causal es consecuencia lógica del fallo dictado con violación del artículo 23 de la ley 153 mencionada, que negó en todas sus partes los pedimentos propuestos, absolviendo en consecuencia a los demandados, sin tener en cuenta que en los capítulos 1º y 2º de la demanda "estaba pedido que se declarara la nulidad por simulación y que los bienes a que el contrato ficticio se refería, eran del dominio y propiedad de la sociedad conyugal Suárez-Muñoz". Hace luego una extensa exposición, para demostrar, cómo de las pruebas del proceso, aparece establecida la simulación del contrato celebrado el año de 1931 entre el señor Suárez y su hijo, motivo de la querella, sin encajar sus alegaciones en ninguno de los motivos señalados como causales de casación en el artículo 520 del C. J.

Se considera:

a) El primer reparo lo hace depender el recurrente de que la ley 68 de 1946 entraña, a su entender, una limitación de la capacidad jurídica que la ley 28 de 1932 había otorgado, a partir del primero de enero de 1932, a la mujer casada, estableciendo así un régimen patrimonial en el matrimonio, que determina limitaciones a lo establecido por la ley expresada.

Sucedió —dice— que mientras se tramitaba el pleito de la señora Muñoz de Suárez, para volver al haber conyugal un bien enajenado simuladamente por su marido, con visible perjuicio para los intereses de la esposa, entró a regir la ley 68 de 1946, que restringió en parte la capacidad civil que se le había dado a la mujer casada y el Tribunal, sin tener en cuenta el artículo 23 de la ley 153 de 1887, le dio aplicación a la nueva ley restrictiva de tal capacidad viniendo, en consecuencia, a declarar que carecía de personería para demandar la simulación impetrada.

Sin entrar a estudiar los alcances de la ley 68, que ha sido ya materia de aplicación y estudio en varios fallos de la Corte, en orden a su vigencia en relación con los mandatos de la ley 153 de 1887, se tiene:

El artículo 23 de esta ley, dice: "La capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior, pero si ésta restringe dicha capacidad, no se hará efectiva la restricción sino cumplido el término de un año, salvo que la misma ley disponga otra cosa".

El artículo 1º de la ley 68 de 1946, expresa: "La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales existentes y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ella antes del primero de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley". En el artículo 2º final del precepto, dispone que regirá desde su sanción.

Como puede observarse de la simple lectura de su texto, la ley 68 es exclusivamente una ley interpretativa.

Leyes de esta naturaleza, son aquellas mediante las cuales, el legislador se propone determinar el sentido dudoso, oscuro o controvertido de una ley anterior.

El nuevo precepto vino así, por querer del legislador, a fijar simplemente el sentido de la disposición que se comenta.

Sobre el alcance, significado y efectos de leyes de esta naturaleza, dice el artículo 14 del C. C.:

"Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

Si esto es así, si la ley 68 sólo se limitó a interpretar con autoridad los preceptos de la ley 28, mal se puede sostener que es un estatuto que restringe la capacidad civil de la mujer que le había otorgado esta última disposición; lo que ha pasado es que su alcance lo interpretó el propio legislador, modificando el que a su turno le había dado por vía de doctrina, la Corte Suprema y Tribunales del país.

Erradamente el Tribunal, al decidir el presente negocio, consideró que en él se relacionaban y

eran de aplicación las leyes 28 de 1932 y la 68 de 1946, que la interpreta, lo cual condujo, a su vez, al recurrente a demandar la casación del fallo por indebida aplicación de las mismas. Cuando el contrato tildado de simulado, se consumó, en el año de 1931, aún no se habían expedido, como es obvio, las referidas disposiciones, siendo de aplicación exclusiva los preceptos del Código Civil sobre capacidad de la mujer casada, a la luz de los cuales, en definitiva, se decidió el pleito.

Por lo expuesto, se declara que no ha sido violado el artículo 23 de la ley 153 de 1887.

b) No cabe tampoco la tacha de incongruencia, alegada como motivo de casación por el demandante, comoquiera que tal reparo no es posible, según lo ha dicho esta Sala en múltiples fallos, cuando el órgano judicial, luego de haber considerado en su totalidad las peticiones de la demanda, las resuelve negativamente, ya que su función natural es absolver o condenar a la parte demandada y decidir, afirmativa o negativamente, sobre lo pedido. Para que exista la falta de consonancia propuesta, es necesario que se falle sobre algo no pedido, o sobre algo más o algo menos de lo suplicado a la justicia (**extra petita, ultra petita, mínima petita**), cosa que no se demostró.

La actora pide que se decida que determinado inmueble no había salido del haber de la sociedad conyugal; que se declare que pertenece a tal patrimonio, debiendo ordenarse la entrega, etc.; y la sentencia expresa que la solicitante carece de personería para demandar la simulación y, consecuencialmente, la reivindicación del bien adquirido antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, por lo cual la sentencia niega las súplicas de la demanda, absolviendo, por consiguiente, a los demandados.

Lo dicho es suficiente para declarar infundado el cargo.

Sentencia

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, con fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO

Al tenor del artículo 1766 del Código Civil las partes pueden celebrar un contrato ostensible y uno privado u oculto que envuelva la verdadera y real voluntad de ellas, siempre y cuando que no vaya en perjuicio de terceros. Si este contrato pactado en la convención secreta para alterar lo pactado en la pública es en sí mismo válido y, por lo tanto, no va contra el orden público o las buenas costumbres, es lícito y pueden invocarlo los mismos contratantes y todo el que con ello tenga un interés serio protegido por la ley, por lo mismo que es un acto lícito. Así es como el artículo 1766 le da al contrato privado (contraestipulación) valor entre las partes, y el 1759 del mismo Código tiene como verdad lo declarado entre ellas, con valor de plena fe, pero sólo con los contratantes. Pero, como claramente lo expresa el artículo 1766, si el contrato privado u oculto es válido entre los que lo celebraron en las condiciones que se dejan expuestas, no lo es cuando afecta intereses de terceros. Lo que tanto quiere decir como que los terceros pueden atacar los actos simulados que vayan en perjuicio de sus intereses. Claro es que pueden optar por el aparente u oculto. Entre los terceros se cuentan los acreedores del vendedor que enajena simuladamente sus bienes, porque teniendo aquéllos como garantía de sus créditos todos los bienes del deudor, les asiste pleno derecho para que ese patrimonio se reintegre con los bienes que su deudor ha traspasado con el ánimo de que no respondan de sus compromisos. Antiguamente había negado la Corte a los acreedores la acción para demandar la simulación de los contratos celebrados por el deudor en su perjuicio, por considerar que aquéllos eran ajenos o extraños a ese pacto. Tal doctrina imperó por varios lustros, pero desde el año de 1924 fue rectificada en el sentido de conceder la acción correspondiente, como puede verse de los fallos de 28 de mayo de 1935, G. J. Tomo 42, pág. 25, y el de 15 de julio de 1938.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que quien se presenta ejercitando una acción de nulidad o una de simulación, invocando su carácter de acreedor por una obligación de dar, hacer o pagar, o no hacer, debe demostrar primero la existencia plena de ese carácter aun cuando el crédito no sea de plazo vencido; y segundo, establecer también plenamente que el acto acusado le perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes. También debe demostrar la preexistencia de su crédito o su carácter de acreedor, con anterioridad al contrato que se tacha de simulado, a fin de establecer que los bienes traspasados ficticiamente formaban el patrimonio del deudor en el momento de otorgarse la obligación y eran la garantía de sus compromisos. (Artículo 2488, C. C.). Así, pues, si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto acusado de nulo o simulado deja en el patrimonio del obligado bienes suficientes con qué cubrir el crédito que persigue el acreedor, éste, naturalmente, carece de interés en hacer volver al patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no lo perjudica. De la misma manera puede decirse que si la enajenación que se tilda de simulada se efectuó antes de contraerse las obligaciones, es decir, que cuando el contrato que dio origen al carácter de acreedor del demandante se celebró, ya no figuraba en el patrimonio del deudor, el bien cuya venta simulada se pretende establecer.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por medio de apoderado, Nicolás Plaza, mayor y vecino de Cali, promovió demanda ordinaria

contra el señor Jesús María Lasso y esposa y contra la sucesión del señor Benjamín Hernández, representada por sus hijos, y contra la viuda de éste último, señora Hermelinda Pereira de Hernández, para que por sentencia definitiva se declare:

a) Que es simulado el contrato de compraventa de bienes raíces que hicieron constar en la escritura pública número 59 de 23 de noviembre de 1931, de la Notaría de Jamundí, Jesús María Lasso y Mercedes Hernández de Lasso, como vendedores, y Benjamín Hernández, como comprador.

b) Que los bienes especificados en dicha escritura permanecen, el primero de ellos en el patrimonio de Mercedes Hernández de Lasso, y los otros dos, en el haber de la sociedad conyugal existente entre Jesús María Lasso y Mercedes Hernández de Lasso, siendo ésta última la verdadera poseedora de ellos, por no haber sido realmente vendidos en el contrato aparentemente celebrado por medio de la escritura en mención.

c) Que el señor Nicolás Plaza tiene acción persecutoria sobre los expresados bienes.

d) Que se ordene la cancelación de la misma escritura y su inscripción o registro.

En subsidio, se pide la nulidad absoluta del contrato de compraventa expresado y las declaraciones consecuenciales a tal pedimento.

Los hechos fundamento de la acción propuesta, se pueden sintetizar así: que Jesús María Lasso y esposa se constituyeron deudores solidarios de Nicolás Plaza, en documento privado de fecha 17 de junio de 1931, por la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00), con término de un año, al interés del dos por ciento mensual, obligación que vencía, por consiguiente, el 17 de junio de 1932; que cuando los nombrados cónyuges contrajeron la obligación, eran ellos y la sociedad conyugal que tenían constituída, poseedores inscritos de bienes raíces de considerable valor, entre los cuales existía una casa de propiedad de la mujer, quien la había adquirido con anterioridad al matrimonio, y dos más compradas durante la vigencia de éste. Que los citados deudores, con el fin de sustraer sus bienes raíces a la persecución de su acreedor, simularon un contrato de compraventa con el hermano de la mujer, llamado Benjamín Hernández, según la escritura pública número 59 de 23 de noviembre de 1931, de la Notaría de Jamundí, en la cual dijeron vender a Hernández por la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), varias casas situadas en la ciudad de Cali, pertenecientes como ya se indicó, una a la esposa, y las otras al haber común. Que por parte de los cónyuges, no hubo intención de transferir el dominio, ni en el presunto comprador Hernández, de adquirirlo. Que con posterioridad a la aparente enajenación, los mismos supuestos vendedores comparecieron a la Notaría Tercera del Circuito de Cali y por medio de la escritura número 10 de 9 de enero de 1941, declararon vender a Luis R. García, uno de los inmuebles objeto de la transferencia simulada, confesando haber recibido del nombrado García, su comprador, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00). Los esposos Lasso han sido quienes, como dueños, sin intervención del mencionado señor Hernández, celebran los contratos de arrendamiento de los inmuebles que dijeron vender al mismo. Sin su intervención, han venido pagando los impuestos municipales y atendiendo a los gastos de reparación y mejoras de las propiedades que fueron materia de la enajenación simulada.

Se afirma en la demanda que Benjamín Hernández fue un humilde trabajador que murió en el hospital de la ciudad de Cali, de la caridad pública, el siete de noviembre de mil novecientos treinta y seis; que a cuantas personas interesadas en adquirir las aludidas propiedades, acudían a él en solicitud de datos y precio, invariablemente les manifestaba que esas casas pertenecían a los Lasso, quienes únicamente habían hecho confianza en su persona, al traspasarle la propiedad en forma ficticia.

Que muerto Benjamín Hernández, su esposa Hermelinda Pereira de Hernández inició la causa mortuoria de aquél y denunció como bienes pertenecientes a la sucesión, los adquiridos en tales condiciones por su esposo; que los bienes han continuado y continúan bajo el gobierno de los Lasso; que el valor de la venta, fue la exigua suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), a pesar de que lo transferido tiene un precio mayor de ocho mil pesos ($ 8.000.00); que en la época del traspaso simulado a Hernández, los Lasso eran deudores de varios otros créditos, además del otorgado a favor del demandante Plaza.

Corrido el traslado de la demanda, la señora Hernández de Lasso no lo contestó; su marido lo hizo, manifestando aceptarla en todas sus partes, agregando que la venta de los bienes no fue por no pagar a Plaza, sino por circunstancias que no era el caso de expresar. La viuda del comprador de los inmuebles, o sea, la de Benjamín Her-

nández, se opuso en su propio nombre y en el de sus menores hijos, a que se hicieran las declaraciones que se solicitan y presentó las excepciones de cosa juzgada, carencia de acción en el demandante, petición de un modo indebido, prescripción de corto tiempo en cuanto a la acción rescisoria, fundándose en el numeral 3º del artículo 2491 del C. C.

Sentencia de primera instancia

El Juez de primera instancia pronunció fallo, con fecha siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, declarando probadas las siguientes excepciones: la de prescripción de corto plazo, la de ilegitimidad de personería del actor, la de carencia de acción por parte del demandante.

Sentencia de segunda instancia

Apelada la providencia anterior, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, donde luego de la actuación correspondiente, se puso término a la instancia, con fecha siete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, en que se reforma la decisión de primer grado en el sentido de declarar probada la excepción de "petición de un modo indebido".

Sostiene el Tribunal que "en el presente asunto se plantea un caso de simulación absoluta, porque se demanda la declaración de la ineficacia del acto jurídico objetado". "Para hacer una declaración de tal naturaleza —agrega— se requiere que el demandante sea el titular del derecho de dominio reclamado, y que en casos como el presente, ha de estar acreditado con el respectivo título inscrito conforme a los artículos 1760 y 2577 del C. C." Que esto es igualmente aplicable a la acción de nulidad instaurada subsidiariamente. Sostiene que de acuerdo con la escritura número 59, la venta a Benjamín Hernández de los tres inmuebles, fue mediante el reconocimiento expreso de que ellos pertenecen a la sociedad conyugal de que se viene hablando, de lo cual deduce que la demanda ha debido dirigirse contra dicha sociedad, y no en la forma en que se hizo. Hace también el reparo de que, habiendo expresado los esposos Lasso en la escritura número 18 de 1º de enero de 1934, que ratificaban el contrato con Benjamín Hernández, forzoso era concluír en las peticiones de la demanda, las correspondientes en relación con el contenido de esta última escritura.

De la providencia de segunda instancia, que se deja resumida en los apartes anteriores, recurrió para ante la Corte el demandante Plaza.. El expediente ha tenido la tramitación de rigor y ha llegado la oportunidad legal de pronunciar el fallo correspondiente. La Sala procede a realizarlo, en los términos siguientes:

Causales de casación alegadas:

El demandante ante la Corte, con desconocimiento de los principios jurídicos que rigen el recurso extraordinario de casación, en cinco apartes o capítulos de su alegato, que denomina cargos contra la sentencia, hace una simple relación de hechos, de los cuales juzga ha de desprenderse la casación de la sentencia, sin señalar, como era su deber, las disposiciones que considera violadas, mal aplicadas o ilegalmente apreciadas.

En el primer aparte o capítulo, trata de explicar la razón por la cual la demanda fue dirigida, no sólo contra los esposos Lasso, sino también contra la sociedad conyugal por ellos constituída por el hecho del matrimonio. En segundo término, observa que el Tribunal no tuvo en cuenta ciertos indicios que tilda de vehementes, en orden a la prueba de simulación del contrato que demanda, tales como el viaje precipitado de los Lasso y de Hernández al municipio de Jamundí, lejos del domicilio habitual, con el objeto de otorgar la escritura en cuestión. No señala consecuencias jurídicas de tal circunstancia, no acusa por falta de apreciación de estas o de aquellas pruebas, ni menos señala los preceptos sustantivos que pudieron ser violados al no haberles dado el debido valor jurídico. En tercer lugar, de nuevo critica la falta de apreciación de otros elementos de juicio, sin deducir consecuencias y sin señalar los preceptos sustantivos infringidos. En el cuarto acápite, tiene ocasión para relatar con detalles la vida marital de Benjamín Hernández, comprador de los bienes a los Lasso, y su esposa, infidelidades de la consorte del comprador, el nacimiento de sus hijos, para concluír que la sociedad conyugal Hernández-Pereira no tuvo existencia real y desprender de ahí que los bienes adquiridos ficticiamente por el marido, no pudieron entrar al haber común. En todos estos apartes omite, como ya se expresó, señalar las disposiciones sustantivas violadas y el motivo en que pudieron serlo. En quinto lugar, hace algo semejante a lo ya relatado, diciendo que el Tribunal no entendió que la demanda fue dirigida contra la sociedad conyugal Hernández-Lasso.

Sólo en el cargo sexto se tuvieron en cuenta los principios que rigen la casación. Allí se acusa por violación de los artículos 1501, 1506 y 1740 del C. C. y 2º de la ley 50 de 1936 y los que adelante se indicarán. Sostiene que los terceros perjudicados con los contratos simulados tienen acción para restaurar el derecho violado y obtener que vuelvan al patrimonio de sus deudores los bienes de que dispusieron simuladamente, para perjudicarlos. Que no habiendo el Tribunal reconocido acción al demandante Plaza para perseguir los inmuebles aparentemente enajenados por la escritura número 59, violó los artículos 1494, 1495, 1498, 1500, 1501 del C. C. Que el Tribunal infringió también los artículos 1502, 1508, 1509 y siguientes del Título Segundo, Libró Segundo del C. C., "porque no entró a analizar la eficacia jurídica o consustancial de esa escritura para producir una enajenación verdadera".

"Violó —dice— el artículo 1606 y siguientes, tanto en cuanto se refiere al crédito personal de Plaza, como en cuanto a las vinculaciones jurídicas que subsisten entre él y los esposos Lasso-Hernández, con respecto al patrimonio de éstos".

"Viola —dice— las reglas sobre la interpretación de los contratos, porque no se detuvo a analizar la clara intención de los contratantes, como se instituló en el Título XII del citado Libro IV".

Señala igualmente infringidos los artículos 1740, 1757, relacionados con las pruebas que dice no tuvo en cuenta el Tribunal al fallar, sin señalar cuáles. "También designa como violados los artículos 1849, 1857, 1863, 1864, 1880 del C. C., "porque —dice— no existiendo entrega de la cosa, ni transferencia de la posesión material, ni consentimiento, ni causa, ni objeto lícito, no hubo venta y el fallo que se estudia reconoce la legalidad de ese acto y de esa transferencia incausal".

Sostiene que corresponde a la H. Sala analizar la capacidad jurídica del titular del derecho como acreedor, señor Nicolás Plaza, para deducir si estaba capacitado para intervenir en un ataque contra la escritura número 59, por haberse sustraído del patrimonio de los deudores los bienes con que podían responderles. Dice que "el artículo 2488 del C. C. admite que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros".

Se considera:

El artículo 2488 del C. C., establece como regla general la de que 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 los no embargables, designados por el artículo 1671.

Es obvio, que si a alguien interesa que no merme o desaparezca el patrimonio de otro, es a quien de éste es acreedor. Esto reza tanto en las enajenaciones verdaderas, como en las simuladas. Concretando la atención a estas últimas, por tratarse de una de esta clase, según la demanda, se tiene:

Al tenor del artículo 1766 del C. C., las partes pueden celebrar un contrato ostensible y uno privado u oculto que envuelve la verdadera y real voluntad de ellas, siempre y cuando no vaya en perjuicio de terceros. Si este contrato, el pactado en la convención secreta para alterar lo acordado en la pública, es en sí mismo válido y, por lo tanto, no va contra el orden público o las buenas costumbres, es lícito y pueden invocarlo los mismos contratantes y todo el que con ellos tenga un interés serio, protegido por la ley, por lo mismo que es un acto lícito; y es así, como el artículo 1766 le da al contrato privado (contraestipulación) valor entre las partes, y el 1759 del mismo código, tiene como verdad lo declarado entre ellas, con valor de plena fe, pero sólo con los contratantes.

Pero, como claramente lo expresa el artículo 1766, si el contrato privado u oculto, es válido entre los que lo celebraron en las condiciones que se dejan apuntadas, no lo es, cuando afecta intereses de terceros. Lo que tanto quiere decir, como que los terceros pueden atacar los actos simulados que vayan en perjuicio de sus intereses. Claro es que pueden optar por el aparente u oculto.

Entre los terceros, se cuentan los acreedores del vendedor que enajena simuladamente sus bienes, porque teniendo aquéllos como garantía de sus créditos, todos los bienes del deudor, les asiste pleno derecho para que ese patrimonio se reintegre con los bienes que su dedor ha traspasado con el ánimo de que no respondan de sus compromisos.

Antiguamente, la Corte había negado a los acreedores la acción para demandar la simulación de los contratos celebrados por el deudor, en su perjuicio, por considerar que aquéllos eran ajenos o extraños a ese pacto. Tal doctrina imperó por varios lustros, pero desde el año de 1924 fue rectificada, en el sentido de conceder la acción correspondiente, como puede verse en los fallos

de 28 de mayo de 1935, G. J. Tomo 42, pág. 25, y el de 15 de julio de 1938.

Por consiguiente, sosteniendo el Tribunal en el fallo que se revisa que "para hacer una declaración de tal naturaleza (la de restablecer la situación jurídica anteriormente existente a la celebración del contrato de compraventa tildado de simulado) se requiere que el demandante sea el titular del derecho de dominio reclamado", lógico es concluír que la sentencia que negó la acción al acreedor señor Plaza, con violación del artículo 2488 del C. C., debe casarse, aunque el demandante no triunfe y se absuelva a los demandados por no haberse llenado por aquél, los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para que la acción sea viable, como se observa en seguida.

En efecto, en repetidos fallos ha dicho esta Sala que quien se presenta ejercitando una acción de nulidad o una de simulación de dar, hacer o pagar, o no hacer, debe demostrar primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido; y segundo, establecer también plenamente que el acto acusado le perjudica, por cuanto en virtud de él, queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes. También debe demostrar la preexistencia de su crédito, o su carácter de acreedor, con antelación al contrato que se tacha de simulado, a fin de establecer que los bienes trapasados ficticiamente, formaban en el patrimonio del deudor en el momento de otorgarse la obligación y eran la garantía de sus compromisos (artículo 2488 citado).

Así, pues, si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto acusado de nulo o simulado deja en el patrimonio del obligado bienes suficientes con qué cubrir el crédito que persigue el acreedor, éste, naturalmente, carece de interés en hacer volver al patrimonio del deudor, un bien cuya enajenación no le perjudica. De la misma manera puede decirse, si la enajenación que se tilda de simulada, se efectuó antes de contraerse las obligaciones, es decir, que cuando el contrato que dio origen al carácter de acreedor del demandante, se celebró, ya no figuraba en el patrimonio del deudor, el bien cuya venta simulada se pretende establecer.

Con respecto al interés jurídico, base de la acción procesal, 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 49, página 848).

En sentencia de nueve de junio de mil novecientos cuarenta y siete, dijo la Corte:

"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, suposición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que define 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 pueda 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 ade-

más 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 a 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, ha 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, sino 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 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 presente 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, queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes". (G. J. Tomo XLIX, pág. 68). (**Gaceta Judicial**, Tomo 62, pág. 435).

Aplicando estos principios al caso en estudio, se tiene que el demandante Plaza, para acreditar su interés jurídico, su carácter de acreedor, se limitó a presentar un documento privado otorgado por los esposos Lasso-Hernández, en que aparece que marido y mujer se constituyeron como deudores de Plaza de la suma de trescientos pesos ($ 300), el día 17 de junio de 1931. Tal documento simple, sin firmas reconocidas o registradas, se acompañó con la demanda el 14 de septiembre de 1938.

Sabido es que la fecha de un documento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal, según el artículo 1762 del C. C. Cualquiera de estas circunstancias le da fecha cierta al documento, respecto de terceros, en el mismo pie de los instrumentos públicos.

De tal manera, que para los efectos de la señora Pereira de Hernández y sus hijos, terceros en la operación de préstamo que se dice Plaza realizó con Lasso y su consorte, la fecha del documento no sería otra que la de su presentación con la demanda, el día catorce de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, o a lo sumo, la fecha en que aparece desglosándose el mismo documento privado de ciertas diligencias ante el Tribunal, pero cualquiera que sea la fecha de las señaladas que se tome, siempre será posterior a la fecha del contrato de venta que los Lasso hicieron a Hernández por la escritura otorgada en el Municipio de Jamundí.

Lo expuesto es suficiente para rechazar los pedimentos de la demanda y absolver a los demandados.

Sentencia

Por las consideraciones dichas, 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 del Distrito Judicial de Cali, de fecha siete de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco y revocando la de primera instancia falla el pleito absolviendo a los demandados de los cargos propuestos en la demanda.

Sin costas.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO Y DE LOS BIENES DE UNA SOCIEDAD CONYUGAL. — DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION DE NULIDAD Y LA DE REVISION DE SENTENCIAS

1. — Hay notorias y sustanciales diferencias entre la acción de nulidad y la de revisión en juicio ordinario de un asunto que ha sido fallado en juicio especial, en los casos autorizados por la ley, y la primera es vía inconducente para realizar los efectos de la segunda. Ha dicho la Corte que "para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el inciso 2º del artículo 473 del Código Judicial un asunto que ha sido decidido en vía especial no es necesario pedir la nulidad de la sentencia que le puso fin, ni esa declaración procede porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que la revisión plantea el examen de hechos generantes de derechos sustantivos, o ventila el derecho mismo; la nulidad ataca el acto judicial mismo, la revisión sus consecuencias; la nulidad mira la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada decide sobre la obligación declarada, la que habrá de controvertirse nuevamente; mientras que esto sucede se restablecen las cosas al estado anterior; la revisión fija definitivamente la obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella". (G. J. Tomo XLV, pág. 811).

2.—Con el objeto de evitar que los cónyuges tuvieran que ocurrir a la vía ordinaria, de trámites dilatados y costosos, para desatar las cuestiones y dificultades a que seguramente habría de dar lugar entre ellos la aplicación de la ley 28 de 1932 que innovaba sustancialmente el régimen matrimonial, autorizó el uso del procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del C. J., cuyas sentencias, como allí se establece, pueden ser revisables en juicio ordinario para volver a poner SUB JUDICE o para que se ventile de nuevo la cuestión decidida, no para ordenar que se revise la sentencia proferida en el juicio especial. Entre estas cuestiones decidibles breve y sumariamente, y revisables por la vía ordinaria, están naturalmente las que puedan originarse en el uso de la capacidad que el artículo 7º de la ley concedió a los cónyuges para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros, lo relativo a la distribución de bienes de las sociedades que la ley encontró formadas, mediante la liquidación provisional que esa disposición autoriza para el efecto de acomodar esas sociedades al nuevo régimen, y que la Corte, en su sentencia del 20 de octubre de 1937, consideró que podía ser materia de una acción judicial contra el cónyuge renuente. Las controversias y problemas vinculados a la orden de liquidación provisional para el ajuste de regímenes matrimoniales distintos no hay duda que son cuestiones exclusivamente suscitadas por la aplicación de la ley 28, que antes de ella no podían existir y para cuyo tratamiento no ofrecía, por consiguiente, la ley ninguna vía procedimental. Pero no puede decirse lo propio de la liquidación misma, de la partición de los bienes sociales que en desarrollo y cumplimiento de la sentencia se lleve a cabo, porque tal acto por su propia naturaleza no es susceptible de realización por los trámites del artículo 1203 del C. J., pues la manera de división social no es cosa suscitada por la aplicación de la ley nueva, y porque para verificarlo existen y han existido siempre reglas y trámites que no hay razón ninguna para tener por suplantados y abolidos. Sustantivamente, las disposiciones del capítulo 5º, título 22 del libro 4º del Código Civil siguen regulando la liquidación de la sociedad conyugal con las variaciones impuestas por el nuevo sistema matrimonial, y adjetiva o procedimentalmente, como lo mandan los artículos 1821 y 1832 del C. C., los capítulos III y V del título XXX, libro II del C. J., que norman los inventarios

y la partición en los juicios de sucesión por causa de muerte.

No hay una acción que propiamente pueda llamarse de revisión de la partición; y la de la sentencia que la apruebe no es posible por no estar autorizada expresamente por la ley. Bien sabido es que sólo excepcionalmente puede ponerse SUB JUDICE una cuestión ya decidida en juicio especial mediante la acción revisoria en juicio ordinario, como lo establece el artículo 473 del C. J. Respecto de las particiones, acto jurídico que finaliza la comunidad singularizando el derecho de los copartícipes, la ley ofrece amplias maneras de controlar el cumplimiento de las normas de equidad dando oportunidad para objetar la manera distributiva de la cosa común, y dando acceso, inclusive, al recurso de casación contra las sentencias aprobatorias de las particiones que fueron oportunamente objetadas. Y fuera del procedimiento respectivo los vicios y lesiones en que se haya incurrido en los actos de partición también son remediables de acuerdo con el artículo 1405 del C. C.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Sincelejo, con apoyo en las disposiciones de la ley 28 de 1932, Micaela Salas de Wilches demandó en juicio breve y sumario a su cónyuge Buenaventura Wilches para que se decretara la liquidación provisional de su sociedad conyugal, y el Juzgado, en sentencia del 6 de noviembre de 1941, proveyó de conformidad ordenando la liquidación demandada y la partición y adjudicación correspondientes. En cumplimiento de esta sentencia y con aplicación de las reglas pertinentes del juicio de sucesión por causa de muerte, se llevó a cabo la liquidación y distribución de los bienes sociales por un partidor judicialmente nombrado. Del trabajo de partición se corrió traslado legal, y como no fuera objetada se aprobó en sentencia de fecha 30 de abril de 1942.

Consideró Buenaventura Wilches que la cuenta de partición es acomodaticia y lesiva de sus derechos, por errónea distribución del pasivo y por comprender bienes de su exclusiva propiedad, y por este motivo con apoyo en el artículo 8º de la ley 28 de 1932, en libelo de fecha 22 de julio de 1942, ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Sincelejo, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a su consorte Micaela Salas de Wilches para que se declare:

"Que es nulo y sin efectos y debe ser infirmado" el juicio especial intentado por su esposa contra él el 18 de julio de 1941.

"Que como consecuencia de la anterior declaración también debe infirmarse por ser nula y sin ningún efecto jurídico la cuenta de partición de bienes de la sociedad conyugal formada por Buenaventura Wilches y Micaela Salas, y la sentencia aprobatoria de dicha cuenta, así como también todos los pasos y diligencias de este juicio especial.

"Que asimismo son nulos y sin efecto la inscripción en el registro" de la partición y de su sentencia aprobatoria.

"Que se infirme por nula la diligencia de entrega material" hecha a favor de la demandada de los siguientes bienes...

"Que están vigente los registros anteriores a las inscripciones de la partición y de su sentencia aprobatoria.

Subsidiariamente pide "que se excluya de los inventarios verificados en el juicio de división provisional" el potrero llamado San José indebidamente embargado por medio de las medidas preventivas que adoptó el Juzgado por ser este potrero de propiedad exclusiva de Roberto Cavelier como aparece de la escritura..."

Sin contestación de la demanda, y surtidos los trámites de la instancia, el Juzgado del conocimiento sentenció el negocio el 4 de junio de 1946, así: "...Decreta la revisión de la partición y su sentencia aprobatoria, verificada aquélla y pronunciada ésta en el juicio especial que se siguió en este Juzgado sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal habida entre Buenaventura Wilches y Micaela Salas de Wilches. En consecuencia, cancélense los respectivos registros. Sin costas".

Estimó el Juzgado que aunque en la demanda se suplican nulidades, la acción verdaderamente ejercida es la de revisión de las sentencias proferidas en el juicio especial, y en este entendimiento estudió y decidió la controversia. Dejó de lado la sentencia de noviembre de 1941 en que se ordenó la liquidación provisional de la sociedad

conyugal Wilches-Salas y se decretó la partición de sus bienes, contra la cual sentencia, en realidad, no se dirige ningún ataque ni se refiere ninguno de los hechos fundamentales de la demanda, y se limitó a considerar la división misma en la que observa una completa falta de equidad en su distribución, con quebranto de los artículos 1393 y 1394 del C. C.", violaciones que permiten la revisión de la cuenta de partición y su sentencia aprobatoria para reponer la injusticia y la falta de equidad".

Sentencia acusada

La apelación del demandado dio lugar a la segunda instancia del juicio, decidida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en sentencia del 9 de octubre de 1947 en la cual se revocó la recurrida y en su lugar se declaró que no hay lugar a decretar lo pedido en la demanda.

Las razones del Tribunal son muy breves. Comienza por advertir que no habiendo apelado el demandante de la sentencia del Juzgado la jurisdicción está contraída exclusivamente a la revisión de la partición y su sentencia aprobatoria, como cuestión única, aunque no está realmente pedida en la demanda, y añade en conclusión: "Ahora bien: el artículo 8º, ordinal 3º, de la ley 28 de 1932, consagra la acción revisoria de las sentencias que se pronuncien sobre las cuestiones que lleguen a suscitarse con motivo de la aplicación de dicha norma. Mas entiende el Tribunal que si revisable, al tenor de lo dicho, la sentencia donde se pronuncie la liquidación provisional de la sociedad conyugal, autorizada por el artículo 7º de la ley en referencia, no lo es, en cambio, la partición que llegue a verificarse una vez decretada la supradicha liquidación; porque la acción de partición no puede decirse que sea cuestión que surja con motivo de la ley 28: ella va aneja al estado de indivisión y hasta tiene en el código de procedimiento uno distinto del que el citado artículo 8º establece para las cuestiones de que él trata".

El recurso

El demandante ha recurrido en casación invocando al efecto las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., que en su orden y con la separación en que las trae la demanda, pasan a considerarse:

Causal segunda.—Explica el recurrente la inconsonancia en que se funda esta causal de casación, así: como se desprende con claridad de la demanda, el actor se propuso ejercer la acción de revisión que autoriza el artículo 8º de la ley 28 de 1932 tanto de la sentencia que ordenó la liquidación provisional de la sociedad conyugal como de la que aprobó la cuenta de partición de bienes sociales, revisión en el sentido de que se declaren inexistentes o ineficaces, esto es, sin efecto ninguno. El Juzgado decretó la revisión de la última, y respecto de la que ordenó la liquidación guardó silencio. En estas circunstancias el demandante no podía apelar de la sentencia del Juez que le era favorable. Así las cosas, el Tribunal estaba obligado a resolver acerca de todo el problema planteado en la demanda, pues la apelación de la parte demandada contra lo resuelto sobre ineficacia de la partición ponía bajo su consideración la totalidad de la acción ejercida. Al Tribunal incumbía llenar el vacío dejado por el Juez, y al no hacerlo dictó una sentencia insuficiente que no está en consonancia con la demanda.

Se considera:

En primer lugar se recuerda que hay notorias y sustanciales diferencias entre la acción de nulidad y la de revisión en juicio ordinario de un asunto que ha sido fallado en juicio especial, en los casos autorizados por la ley, y que la primera es vía inconducente para realizar los efectos de la segunda. "Para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el inciso 2º del artículo 473 del C. J., un asunto que ha sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la sentencia que le puso fin, ni esa declaratoria procede porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que la revisión plantea el examen de hechos generantes de derechos sustantivos, o ventila el derecho mismo; la nulidad ataca el acto judicial mismo, la revisión sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada decide sobre la obligación declarada, la que habrá de controvertirse nuevamente; mientras esto sucede, se restablecen las cosas al estado anterior; la revisión fija definitivamente la obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella'. (G. J. Tomo XLV, pág. 811).

El primero de los pedimentos del libelo, como atrás quedó transcrito, se endereza a obtener la declaración de que es nulo y sin efectos el juicio en que se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal Wilches-Salas, planteando de esta suerte una cuestión de validez de actuación por defectos de procedimiento, para fundar la cual no se encuentra ni una leve alusión en la demanda. Pero aun viendo en esta petición, como lo vio con amplia interpretación el Juzgado, el ejercicio de la acción revisoria de la sentencia de liquidación, tampoco se puede hallar en el libelo inicial ni en el desarrollo de las instancias ninguna prueba ni alegación ni fundamento para la pretendida revisión. Cosa por lo demás bien explicable, porque la injuria patrimonial cuya reparación persigue el demandante, no es atribuíble ni se puede vincular a la orden de liquidación provisional de la sociedad conyugal que en realidad no se controvierte, sino a la manera misma en que se llevó a cabo la división de los bienes sociales. Todos los hechos en que se apoya la demanda y todos los esfuerzos del actor se encaminan a ese fin. De ahí por qué el Juzgado, sin dejar de mencionarla para calificarla, contra los términos de la demanda, como de revisión de la sentencia de liquidación, la dejó de lado sin resolución especial, concretándose a la partición y su sentencia aprobatoria.

No se alzó el demandante contra esta decisión del Juzgado, como lo hubiera hecho presumiblemente de entender que con ella se le infería agravio a su derecho por no resolver su primer pedimento, ya como nulidad procedimental del juicio o ya como acción revisoria de la sentencia; y al no recurrir de ese fallo, lo consintió tácitamente en cuanto redujo la cuestión litigiosa a la partición de los bienes sociales, como bien lo entendió el Tribunal al determinar la materia de la apelación. No otra sería la situación aun en el caso de que la sentencia definitiva de segunda instancia no hubiera tratado la cuestión concretamente, pues la Corte, como tribunal de casación, no podría alterar en nada lo que fue implícitamente consentido de la primera sentencia, según el principio de que para llegar con interés suficiente a este recurso extraordinario es indispensable haber agotado previamente los remedios ordinarios que la ley ofrece para obtener la modificación de las resoluciones judiciales.

En estas condiciones procesales bien claro se ve que con la ocurrencia de autos no es posible configurar el caso de sentencia omisa como uno de los que jurisprudencialmente se ha entendido que puede constituír la incongruencia en que se funda la causal formal de casación que se estudia. Por lo demás, habiendo sido el punto que se considera como constitutivo de la inconsonancia entre la demanda y la sentencia acusada, objeto de consideración legal por parte del Tribunal, quizá la causal procedente para la acusación sería más bien la primera, donde mejor campea la cuestión jurisdiccional planteada por el Tribunal.

Causal primera.—Por violación de ley sustantiva se le hacen a la sentencia del Tribunal los dos cargos siguientes:

a) "Aplicación indebida por interpretación errónea del artículo 8º de la ley 28 de 1932, por cuya causa el sentenciador violó también el artículo 1º y el 7º de la misma, por haberlos dejado de aplicar". La violación de estos preceptos se produjo, en concepto del recurrente, al concluír el Tribunal que si es revisable en juicio ordinario la sentencia especial en que se ordena la liquidación provisional de una sociedad conyugal, no lo es la partición de los bienes sociales que se realice como consecuencia de ese fallo, ni su sentencia aprobatoria, porque esta limitación no la establece el artículo 8º citado. Esta disposición enseña que las cuestiones o problemas que se susciten entre los cónyuges o sus herederos con motivo de la aplicación de la ley 28 serán desatadas mediante el procedimiento de que trata el artículo 1203 del C. J. y que las sentencias, todas las sentencias, que se dicten en esos casos pueden ser revisables en juicio ordinario. El procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal y la sentencia correspondiente también son revisables, como cuestiones que han surgido consecuencialmente de la aplicación de la ley.

b) "Violación directa de los artículos 1820 y 1405 del C. C., en relación con los artículos 1º y 7º de la ley 28 de 1932", en que incurrió el Tribunal al negarse a decretar la ineficacia de las sentencias de liquidación y aprobatoria de la partición, que autorizaron la división de bienes del marido don Buenaventura Wilches, adquiridos por él con posterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932 y que por lo mismo no podían ser objeto de la división provisional del artículo 7º, sino de la definitiva, proveniente de la disolución social según el artículo 1820 del C. C., y porque no paró mientes el sentenciador al citar el artículo 1405 del C. C. en que además de las acciones rescisorias y de nulidad a que allí se alude, en el caso especial de liquidación provisional de so-

ciedades conyugales del artículo 7º de la ley 28, opera igualmente el derecho excepcional de demandar que las sentencias aprobatorias de esas liquidaciones se revisen con el fin de que se declaren nulas o inoperantes.

Examinados estos cargos y sus razones fundamentales, se tiene:

Con el objeto de evitar que los cónyuges tuvieran que ocurrir a la vía ordinaria, de trámites dilatados y costosos, para desatar las cuestiones y dificultades a que seguramente habría de dar lugar entre ellos la aplicación de la ley 28 de 1932 que innovaba sustancialmente el régimen matrimonial, autorizó el uso del procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del C. J., cuyas sentencias, como allí se establece, pueden ser revisables en juicio ordinario, para volver a poner **sub judice** o ventilarse de nuevo la cuestión decidida, no para ordenar, como malamente lo entendió el Juez de primer grado, que se revise la sentencia proferida en el juicio especial. Entre estas cuestiones decidibles breve y sumariamente, y revisables por la vía ordinaria, están naturalmente las que pueden originarse en el uso de la capacidad que el artículo 7º de la ley concedió a los cónyuges para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros, lo relativo a la distribución de bienes de las sociedades que la ley encontró formadas, mediante la liquidación provisional que esa disposición autoriza para el efecto de acomodar esas sociedades al nuevo régimen, que la Corte, en su sentencia del 20 de octubre de 1937, consideró que podía ser materia de una acción judicial contra el cónyuge renuente. Las controversias y problemas vinculados a la orden de liquidación provisional para el ajuste de regímenes matrimoniales distintos no hay duda que son cuestiones exclusivamente suscitadas por la aplicación de la ley 28, que antes de ella no podían existir y para cuyo tratamiento no ofrecía, por consiguiente, la ley, ninguna vía procedimental. Pero no puede decirse lo propio, de la liquidación misma, de la partición de los bienes sociales, que en desarrollo y cumplimiento de la sentencia se lleve a cabo, porque tal acto por su propia naturaleza no es susceptible de realización por los trámites del artículo 1203 del C. J., porque la manera de división social no es cosa suscitada por la aplicación de la ley nueva, y porque para verificarlo existen y han existido siempre reglas y trámites que no hay razón ninguna para tener por suplantados y abolidos. Sustantivamente, las disposiciones del capítulo 5º, título 22 del libro 4º del C. C. siguen regulando la liquidación de la sociedad conyugal con las variaciones impuestas por el nuevo sistema matrimonial, y adjetiva o procedimentalmente, como lo mandan los artículos 1821 y 1832 del C. C., los capítulos III y V del título XXX, libro II del C. J., que norman los inventarios y la partición en los juicios de sucesión por causa de muerte.

No hay una acción que propiamente puede llamarse de revisión de la partición; y la de la sentencia que la apruebe, no es posible por no estar autorizada expresamente por la ley. Bien sabido es que sólo excepcionalmente puede ponerse **sub judice** una cuestión ya decidida en juicio especial mediante la acción revisoria en juicio ordinario, como lo establece el art. 473 del C. J. Respecto de las particiones, acto jurídico que finaliza la comunidad singularizando el derecho de los copartícipes, la ley ofrece amplias maneras de controlar el cumplimiento de las normas de equidad dando oportunidad para objetar la manera distributiva de la cosa común, y dando acceso, inclusive, al recurso de casación contra las sentencias aprobatorias de las particiones que fueron oportunamente objetadas. Y fuera del procedimiento respectivo los vicios y lesiones en que se haya incurrido en los actos de partición también son remediables de acuerdo con el artículo 1405 del C. C. que establece que las particiones se anulan y rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, y hace extensivas a ellas los efectos rescisorios de la lesión enorme.

No resultando, por lo dicho, fundados y justos los cargos en casación, 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 Cartagena el 9 de octubre de 1947, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

SALA DE CASACION PENAL

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS APELACIONES EN NEGOCIOS FALLADOS POR EL TRIBUNAL EN PRIMERA INSTANCIA

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal determina la competencia de la Corte — Sala Penal — para conocer de las apelaciones en negocios criminales fallados en PRIMERA INSTANCIA por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. De manera que, si por razón de la persona, lugar, o naturaleza del negocio el conocimiento de él, no está atribuído en primera instancia al Tribunal sino al Juzgado del Circuito en lo Penal, la Corte—Sala Penal—no tiene jurisdicción para revisar por apelación la providencia dictada por el funcionario que conoce en segunda instancia.

La aplicación del artículo 42, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, en sentido contrario a lo que ella establece, entraña una vinculación al principio sobre interpretación de la ley consagrado por el artículo 27 del Código Civil que dice: cuando el sentido de la ley sea claro no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Como expresamente dijo el Legislador que la Corte conoce de las apelaciones en los negocios fallados por el Tribunal en PRIMERA INSTANCIA a esto queda limitada su facultad; una interpretación y aplicación distinta de la norma consagrada en la disposición que se comenta conduciría al arbitrio judicial, e implícitamente llevaría a reconocer una tercera instancia en los procesos penales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

Por auto de 21 de julio de 1947, el Juzgado Penal del Circuito de Palmira, concedió recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia de julio diez (10) del citado año, por la cual se condena a Jesús María Martínez Vanegas a la pena principal de dos años de presidio como responsable de un delito de lesiones personales.

El procesado confirió poder al señor Abelardo Restrepo Vélez para que lo represente en la segunda instancia que debía surtirse ante el Tribunal, pero esta entidad, en providencia de octubre 22 de 1947, en su parte resolutiva dispuso:

"Negar la personería al señor Abelardo Restrepo Vélez para que en esta segunda instancia ejercite el cargo de defensor del procesado Jesús María Martínez Vanegas, ya que aparece inscrito en el libro correspondiente como abogado con posterioridad al 16 de febrero de 1945, sin tener título profesional".

La anterior decisión fue apelada por el Fiscal Segundo del Tribunal, y a su vez, el señor Restrepo Vélez solicitó reposición del auto por el cual se le niega la personería. La reposición fue resuelta en sentido adverso a las pretensiones de Restrepo Vélez, y favorable en lo relativo al recurso de apelación.

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público solicita a la Corte que se inhiba de conocer del recurso de apelación y como fundamento de su petición aduce estos argumentos:

"En concepto de la Procuraduría, la Corte no tiene competencia para conocer de la apelación cuestionada, porque hallándose el proceso contra Martínez Vanegas en el Tribunal en segundo grado de jurisdicción, por virtud del recurso de alzada, la intervención de la Corte en tales circunstancias equivaldría a una tercera instancia, que no existe en nuestro procedimiento, mayormente cuando aquí se trata de un proceso por delito común, en que no está sindicada ninguna persona con fuero que sea juzgable por el Tribunal en primer grado y por la Corte en segundo".

"De lo cual se deduce que lo resuelto por el Tribunal, y que el señor Fiscal reclama, sólo es atacable por virtud de un recurso de reposición,

ya que en materia penal no hay el llamado recurso de súplica consagrado en el procedimiento civil, recurso que tampoco procedería en este caso, por estar conociendo el Tribunal del asunto como Juez **ad quem** y, además, por haber dictado el auto recurrido toda la Sala, y no un solo Magistrado".

Se considera:

En todo proceso criminal —por regla general— hay dos instancias, la primera cumple su finalidad y objetivo ante el funcionario que la ley determina como competente para conocer del negocio, resolver las peticiones que se le hagan, calificar el mérito del sumario y dictar la correspondiente sentencia; la segunda, se realiza ante el respectivo superior quien revisa en virtud de apelación o consulta las decisiones del inferior para saber si la ley sustantiva como procedimental ha sido correctamente aplicada.

Pero es natural que el conocimiento del negocio bien sea en primera o segunda instancia debe sujetarse a las normas que regulan el principio fundamental sobre jurisdicción y competencia; por la primera, las entidades o funcionarios de la rama jurisdiccional han sido revestidos por el Estado para administrar justicia, restableciendo el equilibrio social cuando éste ha sido quebrantado por la violación de una norma que tutela el orden jurídico; por la segunda, la entidad o funcionario de la rama jurisdiccional, tiene facultad para conocer y resolver sobre determinado negocio bien sea en primera o segunda instancia.

Por esto se dice que las normas o leyes sobre jurisdicción y competencia son de estricta interpretación y de taxativo cumplimiento, factores que de por sí rechazan cualquier interpretación analógica que el juzgador quisiera darles con prescindencia de las normas trazadas por la misma ley, e invadir en esta forma un campo de acción atribuído a una autoridad distinta; de allí la importancia de interpretar las normas sobre jurisdicción y competencia con criterio científico.

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal determina la competencia de la Corte —Sala Penal— para conocer de las apelaciones en negocios criminales fallados en **primera instancia** por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. De manera que, si por razón de la personería, lugar, o naturaleza del negocio el conocimiento de él, no está atribuído en primera instancia al Tribunal sino al Juzgado del Circuito en lo Penal, la Corte —Sala Penal— no tiene jurisdicción para revisar por apelación la providencia dictada por el funcionario que conoce en segunda instancia.

La aplicación del artículo 42, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, en sentido contrario a lo que ella establece, entraña una violación al principio sobre interpretación de la ley consagrado por el artículo 27 del Código Civil que dice: cuando el sentido de la ley sea claro no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Como expresamente dijo el Legislador que la Corte conoce de las apelaciones en los negocios fallados por el Tribunal en **primera instancia** a esto queda limitada su facultad, una interpretación y aplicación distinta de la norma consagrada en la disposición que se comenta conduciría al arbitrio judicial, e implícitamente llevaría a reconocer una tercera instancia en los procesos penales,

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, se INHIBE de conocer de la apelación interpuesta por el Fiscal Segundo del Tribunal de Cali, contra el auto de octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y siete.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso no implica el concepto de una duda o sospecha positiva sobre la rectitud, honorabilidad e imparcialidad de los funcionarios que conocen o deben conocer del proceso, porque su honestidad espirituál y su independencia es de creer que están por encima de elementos extraños que se supone puedan influir en las consecuencias del negocio; se trata simplemente de una medida de precaución frente a una posibilidad de que la administración de justicia pueda sufrir algún quebranto y para evitar que los funcionarios de la rama jurisdiccional, o los miembros del jurado se vean expuestos a faltar en el cumplimiento de sus deberes por el ejercicio de posibles influencias, la ley para garantizar los intereses sociales o los de las partes, haciendo una excepción al principio de la jurisdicción y competencia, permite en ciertos casos—como el presente—el cambio de radicación del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, cinco de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Ministro de Justicia remite a la Corte las diligencias presentadas por el apoderado de la parte civil, para que emita su concepto sobre cambio de radicación del proceso iniciado para averiguar la responsabilidad de los autores de la muerte de Alberto Mariño ocurrida en la ciudad de Tunja el 23 de diciembre de 1947.

Pruebas

A su petición acompaña un certificado expedido por el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, en el cual constan estos hechos:

1º Que en ese Juzgado cursa el sumario en averiguación "de la muerte violenta de Alberto Mariño, ocurrida en las horas de la noche del día veintitrés de diciembre último.

2º Que en dicho negocio se ordenó la detención de cuatro agentes de la Policía Nacional, División Boyacá, y

3º Que el doctor Jaime Ruiz Ojeda es apoderado de Graciela Avellaneda v. de Mariño, parte civil en el proceso.

Y posteriormente adjunta tres ejemplares del periódico "El Tiempo" donde hay publicaciones referentes al homicidio cometido en la persona de Alberto Mariño, y las declaraciones de los doctores Julio Roberto Salazar Ferro, Gustavo Hernández Rodríguez y Arturo García Ulloa, que en su orden, y en la parte pertinente, dicen:

"El aspecto predominante en la situación política de Boyacá lo constituye en la actualidad la violencia desatada entre los dos partidos, como resultado de un clima de máxima exaltación en la lucha política, y como consecuencia también de la misma índole de sus habitantes, que se vinculan con singular ardentía a esta clase de contiendas... Esta situación eminentemente anormal se proyecta sobre todos los aspectos de la vida boyacensé, y es claro que la administración de justicia no ha podido sustraer a ella, por cuanto se ha afectado notablemente la ecuanimidad de las conciencias y el ambiente de serenidad indispensable a la investigación y al fallo de los negocios, máxime cuando éstos recaen sobre hechos originados dentro de la misma violencia política.

"Los choques políticos dentro de los dos partidos siempre han sido muy intensos en Boyacá, pero creo no equivocarme al sostener que el momento actual ha rebasado los límites de violencia y ofuscación partidista... Con tales brotes de violencia es evidente que el ambiente político es de extrema exaltación y apasionamiento, y estos factores son precisamente los dos adversos a una buena administración de justicia, por la sencilla razón de que nadie, ni en lo particular ni en lo oficial, escapa a su influjo, y mucho menos en Boyacá donde la gente posee un temperamento muy sensible a la política. No se puede tildar a

priori de prevaricadores a jueces o a jurados, pero tampoco se puede olvidar su condición humana.

"Actualmente atraviesa Boyacá por una de sus más agitadas épocas políticas, con frecuentes turbaciones del orden y perjuicio evidente en todos los órdenes de la actividad". Y más adelante expresa: "La situación en Tunja frente a la administración de justicia que se ocupa de investigar actuaciones de la Policía, está contagiada en alto grado de la pasión y agitación reinante, y por lo tanto no es la más favorable para alcanzar decisiones tranquilas y ecuánimes, que vengan a tranquilizar los ánimos en vez de agitarlos con mayor violencia".

Motivos del cambio de radicación

Los motivos que aduce el representante de la parte civil para que se opere el cambio de radicación, son los de que en el Departamento de Boyacá "se vive un ambiente de turbación de orden espiritual, dentro del cual es utópico esperar una conveniente administración de justicia en procesos penales originados por la política y asediados por ella en todo momento".

"Tanto por la calidad de los acontecimientos como por la calidad de sus protagonistas, ese proceso tiene un marco eminentemente político" y estas circunstancias en sentir del peticionario hacen "disminuír muy sensiblemente, la austera elevación que debe presidir todo debate judicial".

Se considera:

El cambio de radicación de un negocio criminal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social; el primero, estriba en la recta administración de justicia para conservar la independencia y buen nombre del órgano jurisdiccional, y el segundo, en la garantía y tutela de los derechos de las partes en defensa de sus propios intereses mediante la separación de cualquier motivo que se alegue como elemento perturbador en la tramitación de un proceso. Medida que tiene preferente aplicación para hechos que se desarrollan bajo el influjo de las pasiones políticas.

Si el incidente que dio motivo al delito —como dicen los declarantes y la parte civil— tiene causas esencialmente políticas y si estas divergencias de orden político influyen en el proceso como factores de perturbación que llevan el temor o la posibilidad de que las pasiones políticas tengan alguna repercusión en el desarrollo o culminación del negocio, nada más lógico y natural que buscar un ambiente de serenidad, donde la política propensa muchas veces a odios y animosidades, no pueda ejercitarse bajo el imperio de influencias extrañas; solución que —en estos casos— es la más acorde para la recta administración de justicia.

Naturalmente que el cambio de radicación no implica el concepto de una duda o sospecha positiva sobre la rectitud, honorabilidad e imparcialidad de los funcionarios que conocen o deben conocer del proceso, porque su honestidad espiritual y su independencia es de creer que están por encima de elementos extraños que se supone puedan influír en las consecuencias dél negocio; se trata simplemente de una medida de precaución frente a una posibilidad de que la administración de justicia pueda sufrir algún quebranto y para evitar que los funcionarios de la rama jurisdiccional, o los miembros del jurado se vean expuestos a faltar en el cumplimiento de sus deberes por el ejercicio de posibles influencias, la ley para garantizar los intereses sociales o los de las partes, haciendo una excepción al principio de la jurisdicción y competencia, permite en ciertos casos —como el presente— el cambio de radición del proceso.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— **emite concepto favorable** al cambio de radicación del proceso en averiguación de los responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Alberto Mariño Jaimes.

Ordénase la devolución de las presentes diligencias al Ministerio de Justicia.

Cúmplase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

RESPONSABILIDAD DEL AGENTE DEL DELITO.—VEREDICTO

1.—La "aberratio delicti" o la "aberratio ictus" no exime de responsabilidad al agente que ejecuta el delito. Esta modalidad consagrada por el artículo 14 del Código Penal influye directamente en la individualización de la pena, al determinar que no deben apreciarse las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí aquellas que se habrían tenido en cuenta cuando la víctima hubiera sido en realidad la persona escogida por el infractor.

La ley, para efectos de determinar la responsabilidad en estos casos, no atiende únicamente a la cantidad del daño objetivo producido como resultado de la acción, sino —principalmente— a la intención, propósito o fin perseguido por el agente y a su peligrosidad o capacidad antisocial, la que se revela por la gravedad y modalidades concurrentes a la ejecución del hecho delictuoso.

En la ABERRATIO DELICTI o en la ABERRATIO ICTUS los elementos estructurales del delito siempre son los mismos. Los factores objetivo y subjetivo que caracterizan el delito no desaparecen ni se menoscaban por la circunstancia de que por un error del agente activo, la víctima del delito no sea la misma contra la cual se tuvo la intención de cometer el hecho prohibido por la ley.

"La ABERRATIO DELICTI —dice la Procuraduría— no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho que reúne todos los elementos de la infracción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Porque en el homicidio y en las lesiones personales, el objeto material del ilícito y a su vez el sujeto pasivo del mismo, es siempre un hombre, y no este hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor".

2.—La Corte en los juicios en que interviene el Jurado, no puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los elementos probatorios que informan el veredicto, porque la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el cual se confronta la sentencia con los textos legales para saber si el juzgador en vista de las razones expuestas por el demandante, violó o no la ley penal. El examen de las pruebas allegadas al proceso corresponde a los falladores de instancia y estos funcionarios son los que tienen facultad para declarar cuándo un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, cinco de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de diciembre 18 de 1946, condenó a Florencio Ortega a la pena principal de dieciocho años de presidio como responsable del homicidio cometido en la persona de Leonidas Galvis Contreras.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación; oportunamente se formuló la correspondiente demanda y se corrió traslado de ella al Agente del Ministerio Público, y como se hallan cumplidos los trámites legales, se procede a su estudio.

Demanda

El recurrente invoca como causales de casación la cuarta y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Los motivos que se alegan como fundamento de esta causal, son dos:

a) Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

"En el auto de proceder —dice el recurrente— se imputó al procesado el reato denominado "aberratio ictus", cargo que aceptó el Tribunal al confirmar el auto de proceder. Como en las constancias procesales se ha evidenciado que entre Florencio Ortega y Obdulio Chacón no existió enemistad alguna, mal podía imputársele la comisión de un delito "al cual se refiere el artículo 14 del Código Penal, pues está probado que la forma del sombrero que usaba Obdulio Chacón, fue la causa del error en la persona escogida por el matador de Galvis"; y

b) Pretermisión de garantías constitucionales en perjuicio de los intereses del procesado, porque los funcionarios que intervinieron en este proceso no hicieron un estudio de las pruebas del sumario, y expresa:

"Ese estudio **no** se hizo por los encargados de administrar justicia, pues el primer concepto que emitió el Ministerio Público sirvió de plataforma inmodificable a todos los demás funcionarios que hasta ahora han intervenido "pues sus vistas y fallos son copias integrales del concepto rendido por el Fiscal del Juzgado Superior cuando se pidió el llamamiento a juicio y luego afirma: "El primero y único concepto que sobre la situación jurídica de Florencio Ortega se emitió, es perfectamente errado". Esta afirmación la respalda en fallo de la Corte proferido con fecha 3 de agosto de 1945.

Se considera:

Primer motivo

En providencia de 16 de agosto de 1944 —auto de proceder— en la parte motiva se hizo la relación de los hechos, se analizaron las pruebas demostrativas de los elementos objetivo y subjetivo del delito, y se determinó las circunstancias que lo especifican, y en ejercicio de la atribución conferida por la ley al juzgador se dijo que "el agresor por error o equivocación hirió a Leonidas Galvis Contreras, pues la emboscada iba dirigida para ultimar a Obdulio Chacón".

Como consecuencia de lo anterior el Juzgado llamó a responder en juicio criminal a Florencio Ortega "como autor responsable de la muerte violenta que le causó a Leonidas Contreras. Delito que el Código Penal define y sanciona en su Libro II, Título XV, Capítulo I".

El 22 de noviembre de 1944, el Tribunal, al confirmar el auto de enjuiciamiento, en la parte motiva de esa providencia dijo:

"Era Obdulio Chacón el que había sido escogido como sujeto pasivo de tal propósito, y era con éste con quien Ortega tenía diferencias personales, y era con éste con quien se había dejado traslucir algunas amenazas; empero la mala fortuna de Galvis, lo llevó en la madrugada trágica a darle a su sombrero, que era negro como el de Chacón, forma semejante a la que éste acostumbraba darle al suyo. Y esta circunstancia y la semioscuridad del amanecer hicieron fácil que Ortega lo tomara por Chacón y disparara contra él.

"Se está por tal razón en presencia de una **aberratio delicti** por **error in persona** por cuanto Ortega por equivocación dirigió su acción contra un sujeto determinado distinto de aquel que quería eliminar".

El error cometido en la denominación jurídica de la infracción, es uno de los motivos que la ley ha erigido como causal de nulidad en el artículo 198, numeral 8º del Código de Procedimiento Penal. Si en la parte resolutiva del auto de proceder, que es la inmodificable, se incurre en un error de esta naturaleza, por no determinar el género del delito con la denominación jurídica que le asigna la ley sustantiva en su respectivo título o capítulo, según el caso, la consecuencia no sería otra, sino la declaratoria de nulidad; pero si el delito —como en el caso en estudio— (homicidio) está determinado con precisión dentro del Título XV, Capítulo I, Libro II, la nulidad invocada no puede deducirse como consecuencia de la aplicación de un precepto legal por ser aquélla inexistente.

No es verdadera la afirmación del recurrente cuando dice que al procesado se le hizo el cargo "de haber cometido el reato denominado "aberratio ictus". Ni el Juzgado ni el Tribunal incurrieron en tan grave desacierto; lo primero porque en la Parte Especial del Código Penal no existe ningún delito conocido con esta denominación jurídica; y lo segundo, porque dentro del género del delito homicidio no hay ninguna disposición especial que tipifique y sancione esta modalidad de manera preferente, para que el Tribunal la hubiera podido enunciar.

La "aberratio delicti" o la "aberratio ictus" no

exime de responsabilidad al agente que ejecuta el delito. Esta modalidad consagrada por el artículo 14 del Código Penal influye directamente en la individualización de la pena, al determinar que no deben apreciarse las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí aquellas que se habrían tenido en cuenta cuando la víctima hubiera sido en realidad la persona escogida por el infractor.

La ley para efectos de determinar la responsabilidad en estos casos, no atiende únicamente a la cantidad del daño producido como resultado de la acción, sino principalmente a la intención, propósito o fin perseguido por el agente y a su peligrosidad o capacidad antisocial, la que se revela por la gravedad y modalidades concurrentes a la ejecución del hecho delictuoso.

En la **aberratio delicti** o en la **aberratio ictus** los elementos estructurales del delito siempre son los mismos. Los factores objetivo y subjetivo que caracterizan el delito no desaparecen ni se menoscaban por la circunstancia de que por un error del agente activo, la víctima del delito no sea la misma contra la cual se tuvo la intención de cometer el hecho prohibido por la ley.

"La **aberratio delicti** —dice la Procuraduría— no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho que reúne todos los elementos de la infracción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Porque en el homicidio y en las lesiones personales, el objeto material del ilícito y a su vez el sujeto pasivo del mismo, es siempre un hombre, y no este hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor".

Segundo motivo

No hubo pretermisión de garantías en relación con los intereses defensivos del procesado, ni el Juzgado ni el Tribunal fundaron sus respectivos fallos, en la transcripción literal de la vista fiscal.

El Juzgado en el auto de proceder, en sus partes motiva y resolutiva tiene consideraciones propias, no sólo en lo que hace referencia a la materialidad del hecho sino también a la imputabilidad del procesado, y fue en esa providencia, a pesar de haber intervenido el error o equivocación en cuanto al sujeto pasivo del delito, en donde se le imputó el cargo de un homicidio agravado —asesinato—. A su vez, el Tribunal al revisar el auto de proceder en los respectivos considerandos, hizo estudio especial sobre el valor de la prueba indicial y sobre la modalidad de la **aberratio delicti,** en relación con el artículo 14 del Código Penal.

"Además las sentencias de primera y segunda instancias —dice la Procuraduría— no contienen, como parte motiva de ellas, la simple transcripción del aludido concepto del Ministerio Público, sino que hacen por su cuenta el análisis sintético, y siempre fundamentado, especialmente el Tribunal, de las cuestiones principales del proceso.

"En tal virtud, no es exacta la afirmación de que a Ortega se le haya vencido con un simple concepto fiscal, mayormente cuando la sentencia condenatoria se basa, de manera primordial, en el veredicto del Jurado, quien tuvo oportunidad de analizar todas las pruebas del expediente y las razones expuestas por el Ministerio Público y el defensor en el curso de la audiencia acerca de la responsabilidad del acusado".

No es pertinente la cita que hace el recurrente de la sentencia dictada por la Corte en la Casación de Luis Pacheco por un delito de robo; porque los delitos (robo y homicidio), son de conocimiento de autoridades diferentes; el primero, es un juicio en el cual tanto la imputabilidad como la responsabilidad es de competencia exclusiva de los jueces de derecho; y el segundo, homicidio —que es el caso **sub judice**— es un juicio en el cual la responsabilidad la resuelve el Jurado. En estos negocios el valor de la prueba, la aprecia el Tribunal popular con el criterio subjetivo de su "personal conciencia" y con la convicción íntima de los hechos sobre los cuales se los interroga. Y la sentencia se pronuncia de acuerdo con el veredicto emitido por el Jurí.

Y no se puede afirmar que el procesado careció de garantías en su defensa; porque las tesis que sirven de fundamento al recurso de casación fueron previamente alegadas por el defensor en la audiencia pública, de manera que si el Jurado dio a la prueba valor suficiente para fundar en ella la responsabilidad del procesado, el juez de derecho, no podía ni puede desconocer ese mérito, sino cuando el veredicto es contrario a la evidencia procesal; si esto no fuera así, el juez de derecho usurparía una jurisdicción que la ley expresamente la otorgó a los miembros del Jurado.

Por otra parte, en la sentencia que cita el recurrente, la Corte no declaró la nulidad del jui-

cio, sino que estimó la prueba como insuficiente para fundar un fallo condenatorio; por esto dijo:

"En el presente caso, el defecto que hace inconsistente la estructura del fallo apelado está en la errada interpretación de los indicios hecha por el Tribunal, en el cual les dio un valor probatorio de responsabilidad contra Díaz Pacheco, indicios que según la interpretación del señor Fiscal envolvían indudablemente la culpa del procesado, pero que a la luz de otra crítica aparecen débiles e inconexos, sobre los cuales más bien podría intentarse una interpretación beneficiosa para la persona del procesado".

Por estas consideraciones la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante dice que para el caso que no se acepte la causal cuarta, invoca la causal segunda, "ya que por errada interpretación o apreciación de los hechos, el veredicto del Jurado es clamorosamente injusto por ser contrario a la evidencia procesal".

La Corte en los juicios en que interviene el Jurado, no puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los elementos probatorios que informan el veredicto, porque la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el cual se confronta la sentencia con los textos legales para saber si el juzgador en vista de las razones expuestas por el demandante, violó o no la ley penal. El examen de las pruebas allegadas al proceso corresponde a los falladores de instancia y estos funcionarios son los que tienen facultad legal para declarar cuándo un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos.

"Es cierto que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal —la Sala— guiada por un criterio de amplitud dio cabida en algunos casos a la causal segunda de casación del artículo 567 de la ley procedimental, pero a partir del fallo de noviembre 3 de 1944, la Corte recogió sus conceptos y en sentencias posteriores unificó su doctrina afirmando que la causal segunda de casación no puede ser alegada en los juicios en que interviene el jurado, sino únicamente en los juicios de derecho. El examen de la responsabilidad del acusado, no es tema propio del recurso de casación sino de las instancias del juicio, es el **Juri** en los juicios por jurado, quien afirma o niega la responsabilidad fundado en la libre apreciación de las pruebas según el criterio de su íntima convicción. La Corte, no tiene facultad para examinar en casación y en los juicios en que interviene el jurado, el valor legal de las pruebas para afirmar o negar la responsabilidad del acusado, porque esa atribución la dio la ley únicamente a los jueces de conciencia y no al juez de derecho, quien dicta sentencia con base en el veredicto del jurado".

En consecuencia la causal alegada no es pertinente.

En mérito de 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 señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por el cual se condenó a Florencio Ortega a la pena principal de diez y ocho años de presidio como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Leovigildo Galvis Contreras.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PENA DE RELEGACION A UNA COLONIA AGRICOLA

El artículo 34 del Código Penal dice que al individuo que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito se le impondrá como sanción la que corresponda al delito aumentada en una tercera parte para la PRIMERA REINCIDENCIA y en la MITAD PARA LAS DEMAS, y en su inciso segundo agrega que además de las penas establecidas, de la SEGUNDA REINCIDENCIA EN ADELANTE se aplicará como accesoria la relegación a una Colonia Agrícola Penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demuestran en él una tendencia persistente al delito.

Pero la interpretación de la frase de LA SEGUNDA REINCIDENCIA EN ADELANTE, para la imposición de la pena de relegación a una Colonia Agrícola Penal, no es propiamente la que sugiere el demandante, sino la que se deduce del contexto claro de la disposición citada. Si la expresión EN ADELANTE, compuesta de la preposición "en" qué indica el lugar, tiempo o modo que determina la acción del verbo —se aplicará— y el adverbio "adelante" con la preposición antepuesta que denota tiempo futuro dentro del cual se aplicaría pena de relegación a una Colonia Agrícola Penal, se refiriera a la TERCERA REINCIDENCIA —como dice el demandante— y no a la segunda, sería necesario que expresamente lo hubiera establecido el legislador, pues de aceptar la tesis del recurrente en oposición a los claros términos de la ley, lógicamente habría que concluír, que el fenómeno de la reincidencia no se cumple por la comisión de un nuevo delito dentro de las condiciones señaladas por la ley, sino por la valoración que de la reincidencia haga el juzgador en la respectiva sentencia para individualizar la pena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiseis de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en sentencia de marzo ocho de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Gilberto Cardona Neira como responsable de un delito de hurto, a la pena principal de dos años de prisión y como accesoria —entre otras— a la relegación por cinco años en una Colonia Agrícola Penal.

El anterior fallo fue recurrido en casación y dentro del término legal se formuló la correspondiente demanda, y como se hallan cumplidos los términos propios del recurso se procede a su estudio.

Demanda

El apoderado del recurrente invoca como causal de casación la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el demandante que el Tribunal en la individualización de la pena violó el artículo 34 del Código Penal, porque le impuso como pena accesoria la relegación a una Colonia Agrícola Penal por un término de cinco años, y concreta el cargo así:

"A determinado sujeto se le impone por primera vez una pena, la que queda al criterio del Juez y tenidas en cuenta las modalidades y la gravedad del hecho delictuoso (artículo 36 del C. Penal). Cumplida esta pena vuelve el sujeto a delinquir: ya la pena que le imponga deberá

aumentarse en **una tercera parte,** y entonces será **reincidente por primera vez.** Pero este mismo sujeto comete un tercer delito: entonces a la pena que se le imponga se le aumentará no una tercera parte sino **la mitad,** y será reincidente por **segunda vez.**

"De aquí en adelante, se le impondrá un aumento de **la mitad** de la pena impuesta, **más la accesoria de la relegación a colonias.**

"El error del Tribunal consiste en que el inciso del acotado artículo 34 del C. Penal, no dice si "de la segunda reincidencia en adelante" sea inclusive o exclusive, y, entonces, al no decirlo, claramente debe entenderse que cumplida ésta en adelante, aplicando claros preceptos de favorabilidad universalmente consagrados, porque "dentro de la **equidad natural** y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales..." y posteriormente afirma:

"....la expresión en **adelante** excluye, por su misma composición y etimología, lo que está atrás, lo que se fija para punto de partida. El Tribunal, pues, fundamentó en una errada interpretación de la ley la relegación por cinco años, siendo que en adelante de la segunda reincidencia no está esa misma segunda reincidencia, sino que están la tercera y las demás que en la progresión aritmética la superan".

Se considera:

La reincidencia es un síntoma revelador de la personalidad o carácter del agente del delito, y para que ella pueda influír en la individualización de la pena, es necesario que se cumplan los presupuestos o condiciones determinadas por la ley sustantiva; es decir, existencia previa de una sentencia condenatoria, aunque no se halle cumplida, basta su ejecutoria para que pueda operar el fenómeno de la reincidencia; ejecución de uno o varios delitos y que sobre ellos haya recaído sentencia con posterioridad a la primera, y tiempo dentro del cual deben cometerse los delitos, circunstancias que unidas a las anteriores determina la calidad de reincidente en el sujeto activo del delito.

Nuestro Código no hace ninguna diferencia entre la reincidencia genérica y específica, sino que toma ambas formas de reincidencia como índices reveladores de peligrosidad, ni tampoco sujeta esta modalidad a la condición de que la sentencia se haya cumplido o no para que se opere dicho fenómeno: En nuestra ley basta que el individuo reincidente vuelva a recaer o incidir en un nuevo delito dentro de un lapso de diez años, a partir de la primera sentencia, para que se opere el fenómeno de un aumento de pena. Pero el juzgador debe tener en cuenta las excepciones legales consagradas por el artículo 35 del Código Penal, porque en tal evento, las contravenciones, los delitos culposos, militares, políticos, el homicidio o las lesiones cuando media el factor provocación o exceso en la defensa o estado de necesidad, o los delitos cometidos por menores de dieciocho años, no se computan como hechos constitutivos de reincidencia.

La calidad de reincidente —respecto del procesado Cardona Neira— es un hecho plenamente establecido en las constancias procesales, su primer delito —hurto— fue sancionado con la pena de nueve meses de prisión en sentencia de 18 de agosto de 1946, el segundo —hurto— fue reprimido con pena de 16 meses de prisión en sentencia de 4 de octubre de 1945, y el tercero—hurto— cuya sentencia de segunda instancia es objeto de estudio en casación, fue sancionado en primera instancia en fallo de 11 de diciembre de 1946: Es decir, en este caso están cumplidos los presupuestos legales del fenómeno jurídico denominado reincidencia: sentencias condenatorias, ejecución de varios hechos punibles, y término establecido por la ley dentro del cual se realizaron las infracciones penales.

El artículo 34 del Código Penal dice que al individuo que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito se le impondrá como sanción la que corresponda al delito aumentado en una tercera parte para la **primera reincidencia** y en la **mitad para las demás,** y en su inciso segundo agrega que además de las penas establecidas, de la **segunda reincidencia en adelante** se aplicará como accesoria la relegación a una Colonia Agrícola Penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demuestren en él una tendencia persistente al delito.

Pero la interpretación de la frase de **la segunda reincidencia en adelante,** para la imposición de la pena de relegación a una Colonia Agrícola Penal, no es propiamente la que sugiere el demandante, sino la que se deduce del contexto claro de la disposición citada. Si la expresión **en adelante**, compuesta de la preposición "en" que indica el lugar, tiempo o modo que deter-

mina la acción del verbo —se aplicará— y el adverbio "adelante" con la preposición antepuesta que denota tiempo futuro dentro del cual se aplicaría pena de relegación a una Colonia Agrícola Penal, se refiriera a la **tercera reincidencia** —como dice el demandante— y no a la segunda, sería necesario que expresamente lo hubiera establecido el legislador, pues de aceptar la tesis del recurrente en oposición a los claros términos de la ley, lógicamente habría que concluír, que el fenómeno de la reincidencia no se cumple por la comisión de un nuevo delito dentro de las condiciones señaladas por la ley, sino por la valoración que de la reincidencia haga el juzgador en la respectiva sentencia para individualizar la pena.

La ley expresamente determina que la Colonia Agrícola Penal se aplica de la segunda **reincidencia en adelante,** y no de la tercera, términos que por su naturaleza son discrepantes y que por lo mismo no deben confundirse para efecto de computar la reincidencia. Lo que ocurre es que la interpretación del segundo inciso del artículo 34 del Código Penal no puede hacerse aisladamente del primero, porque es reincidente por segunda vez la persona que dentro de las condiciones exigidas por la ley delinque por tercera vez, y desde este momento el agente activo del delito debe ser sancionado con relegación a una Colonia Agrícola Penal. Por esto la expresión **en adelante se aplicará** cuando hace referencia a un tiempo futuro equivale a la segunda reincidencia.

El tema que hoy se discute —como lo afirma el colaborador— fue objeto de estudio por la Corte en sentencia de 3 de noviembre de 1944 en la cual se dijo:

"Ya la Sala ha tenido en otros negocios la oportunidad de precisar el entendimiento de la locución que de diverso modo interpreta el defensor recurrente, locución cuyo contexto y significado son claros. Tanto lo son, que la simple lectura del artículo 34 basta para comprender sin esfuerzo alguno que la frase "de la segunda reincidencia en adelante" incluye el concepto, o mejor, se refiere a quien sea segunda vez reincidente, por lo menos. De manera que el punto de partida, para efectos de la relegación a una colonia agrícola penal, es la segunda reincidencia y no la tercera.

"Lógico y jurídico resulta ese término mínimo (escribe él señor Procurador) dentro de un Código Penal influenciado por los principios de la escuela positivista, pues el hecho de que el delincuente haya sido considerado como reincidente por segunda vez, implica en él una tendencia al delito, una marcada peligrosidad, un temperamento antisocial, en virtud de que ya carga con tres infracciones de la ley penal; dos constitutivas de la primera reincidencia, y otra, que es la base de la segunda. De ahí que se haga necesario no sólo aumentar severamente la pena a partir de la segunda reincidencia, sino aplicarle al responsable un tratamiento más adecuado a sus condiciones subjetivas y a la defensa social, destinándolo a trabajar en una Colonia Agrícola, que es uno de los medios más recomendables para corregir o aminorar la capacidad delictuosa de esta clase de infractores de la norma penal".

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de 8 de marzo de 1947 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que impuso a Gilberto Cardona Neira la pena de dos años de prisión y la de cinco años de relegación a una Colonia Agrícola Penal como responsable de un delito de hurto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

APELACION CONTRA EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Pendiente un recurso de apelación la jurisdicción del Juez o Tribunal —A QUO— no termina ni se suspende porque en la misma providencia se ordene su consulta, pues ésta —jurisdicción por consulta— no tiene cabida sino para aquellos casos especiales en que las partes no hayan hecho uso de los recursos de reposición o apelación, pero existiendo un recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo, para que el superior pueda revisar esa providencia es indispensable que el fallador de instancia resuelva previamente sobre la concesión o negativa del recurso; en el primer caso —apelación— el superior adquiere jurisdicción en virtud de este recurso; en el segundo caso, negado el recurso de apelación, el superior adquiere jurisdicción por virtud de consulta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena consulta la providencia de septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Carmelo Saladén Marrugo —Juez Primero Superior— por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Al contestar el traslado el Procurador Delegado en lo Penal, pide que la Corte se inhiba de conocer del negocio hasta tanto el Tribunal resuelva el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Tribunal contra el auto de sobreseimiento definitivo proferido en las presentes diligencias.

Se considera:

El artículo 183 del Código de Procedimiento Penal determina los recursos que pueden interponerse contra las providencias que se dicten por los funcionarios de la rama jurisdiccional, y en su orden, enuncia los siguientes: de reposición, de apelación, de hecho y de queja; posteriormente en su artículo 184 dice que algunas providencias tienen un grado de jurisdicción llamado de consulta, y es doctrina de la Corte que los sobreseimientos definitivos son autos que están sujetos a este grado de jurisdicción.

La consulta de un sobresimiento definitivo sólo es procedente cuando las partes interesadas no han interpuesto recurso alguno contra dicha providencia. Si en ejercicio de sus derechos y dentro de los términos legales las partes interponen algún recurso, bien sea el de reposición o de apelación, en orden a la prelación que la ley otorga, se debe resolver previamente las peticiones principales y subsidiariamente y para los casos expresamente determinados por la ley se puede dar aplicación al grado de jurisdicción denominado consulta.

Pendiente un recurso de apelación la jurisdicción del Juez o Tribunal —**a quo**— no termina ni se suspende porque en la misma providencia se ordene su consulta, pues ésta —jurisdicción por consulta— no tiene cabida sino para aquellos casos especiales en que las partes no hayan hecho uso de los recursos de reposición o apelación, pero existiendo un recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo, para que el superior pueda revisar esa providencia es indispensable que el fallador de instancia resuelva previamente sobre la concesión o negativa del recurso; en el primer caso —apelación— el superior adquiere jurisdicción en virtud de este recurso; en el segundo caso, negado el recurso de apelación, el superior adquiere jurisdicción por virtud de la consulta.

"Si el auto que concede una apelación —dice la Procuraduría— está irregularmente dictado, esa informalidad priva al superior de revisar la providencia materia del recurso. Con mayor razón, no podrá hacerlo el superior cuando no se resuelve nada sobre la apelación interpuesta, pues en estos casos, como lo ha dicho la Corte, "el juez o tribunal **a quo** no pierde su jurisdicción porque

ésta sólo se suspende cuando la potestad de competencia y jurisdicción se limita por el grado de apelación'. (Auto de 24 de febrero de 1948. Proceso contra Antonio José Iragorri).

De manera que mientras el Tribunal no resuelva el recurso de apelación interpuesto por el Agente del Ministerio Público contra el auto de septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete, la Corte no puede revisar el contenido de la providencia consultada.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Córte 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, SE ABSTIENE de conocer del presente negocio y ordena devolver estas diligencias al Tribunal de origen para que se corrija la irregularidad anotada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Cuando el Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causales de recusación no se declara impedido, las partes en cualquier estado del proceso pueden recusarlo, recusación que se propone por escrito ante el juez o magistrado que conoce del negocio acompañando las pruebas correspondientes y exponiendo los motivos en que se funde. (Artículo 76 del C. de P. P.).

La petición de recusación junto con las pruebas que se acompañan se pasan al juez o magistrado recusado para que manifieste si acepta o no como ciertos los motivos en los cuales se funda la recusación, y obtenida esta declaración el negocio pasa al funcionario que le sigue en turno para que haga la calificación del impedimento; si lo hallare fundado aprehenderá el conocimiento del negocio, pero si lo considerare infundado lo REMITIRA INMEDIATAMENTE AL SUPERIOR, entidad que decide de plano la cuestión en fallo motivado. (Artículos 77 y 74 del C. de P. P.).

Dentro del imperio de estas disposiciones el superior —en este caso concreto la Corte— no conoce ni califica el impedimento en virtud de un recurso de apelación; esa jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento o recusación; incidentes que se resuelven de plano, previa motivación del fallo, o sea, que para calificar el impedimento no es necesaria ninguna tramitación.

La apelación concedida por el Tribunal —efecto devolutivo— de la providencia que califica un impedimento es exótica dentro de las normas procedimentales que la ley ha fijado para la tramitación y fallo del incidente; la Corte —como antes se expresa— no decide de un impedimento en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento; en estas condiciones necesario es concluír que para decidir sobre el fondo del problema planteado —en este caso concreto— no tiene la Sala jurisdicción, por no estar cumplidas por parte del Tribunal las normas que indica el Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en providencia de 11 de febrero de 1943, declaró inadmisible la recusación propuesta por el apoderado de la parte civil contra el Magistrado doctor Luis Alberto Rebolledo.

Concepto del Procurador

Para cumplir con el mandato del artículo 192 del C. de P. P., se corrió traslado al Agente del Ministerio Público, quien en su vista de abril 2 de 1948 manifiesta que la Corte carece de jurisdicción para conocer del recurso de alzada concedido por el Tribunal y aduce como razones las siguientes:

a) Que el Tribunal no tramitó el impedimento de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y

b) Que el apoderado de la parte civil en memorial de 17 de febrero de 1948 interpuso dos recursos, primero de reposición y subsidiariamente el de apelación, afirmación que se consigna en estos apartes.

"Oportunamente el señor apoderado reclamó contra esa providencia, haciéndole ver al Tribunal que a la recusación no se le dio el trámite señalado por el artículo 74 del Código antes citado, y solicitó que se proveyera en los términos de dicho artículo.

"Y agregó: "Para el caso de que la H. Sala, a quien tengo el honor de dirigirme, estime en su sabiduría no ser pertinente el trámite indicado, entonces interpongo recurso de apelación contra el memorado auto de once del presente mes".

"De esto se deduce claramente que el señor apoderado interpuso dos recursos contra el auto de 11 de febrero, a saber: el de reposición —aunque no empleó precisamente esa palabra—, pero del contenido del memorial así se deduce, y el de apelación. El primero como principal y el último como subsidiario.

"Mas el Tribunal nada resolvió sobre la reposición, sino que concedió directamente el de alzada.

"En esa circunstancia, la Corte debe inhibirse de conocer de la apelación hasta que el Tribunal resuelva la solicitud principal que se le formuló, encaminada naturalmente a que revoque, reforme o aclare su providencia, que tal es el alcance del recurso de reposición. (Artículo 484, C. J.)".

Se considera:

Es cierto que el incidente no se tramitó de conformidad con las disposiciones de los artículos 74, 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, omisión que llevó a la entidad falladora a imprimirle al negocio una actuación que no es la señalada por la ley.

Cuando el Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causales de recusación no se declara impedido, las partes en cualquier estado del proceso pueden recusarlo, recusación que se propone por escrito ante el juez o magistrado que conoce del negocio acompañando las pruebas correspondientes y exponiendo los motivos en que se funda. (Artículo 76 del C. de P. P.).

La petición de recusación junto con las pruebas que se acompañan se pasa al juez o magistrado recusado para que manifieste si acepta o no como ciertos los motivos en los cuales se funda la recusación, y obtenida esta declaración el negocio pasa al funcionario que le sigue en turno para que haga la calificación del impedimento, si lo hallare fundado aprehenderá el conocimiento del negocio, pero si lo considerare infundado lo **remitirá inmediatamente al superior,** entidad que decide de plano la cuestión en fallo motivado (artículos 77 y 74 del C. de P. P.).

Dentro del imperio de estas disposiciones el superior —en este caso concreto la Corte— no conoce ni califica el impedimento en virtud de un recurso de apelación; esa jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento o recusación; incidentes que se resuelven de plano, previa motivación del fallo, o sea, que para calificar el impedimento no es necesaria ninguna tramitación.

Las observaciones del apoderado de la parte civil formuladas en memorial de 17 de febrero de 1948 en cuanto a tramitación del incidente se refieren al hecho de que el Tribunal no ordenó enviar la actuación correspondiente a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— y sólo para el caso de que el Tribunal no encontrara pertinente el trámite indicado interpuso recurso de apelación, recurso que se concedió en el efecto devolutivo.

Si la parte civil hubiera solicitado reposición del auto por el cual se calificó el incidente de recusación y subsidiariamente para el caso de ser negada la petición principal se hubiera apelado de dicha providencia, lógico es que la Corte carecería de jurisdicción para revisar el incidente mientras no se resolviera por el Tribunal la petición principal. No se tramitó el recurso de reposición porque efectivamente no se interpuso y en este evento la entidad falladora sin petición previa no podía decidir sino sobre el recurso de apelación que fue invocado.

La apelación concedida por el Tribunal —efecto devolutivo— de la providencia que califica un impedimento es exótica dentro de las normas procedimentales que la ley ha fijado para la tramitación y fallo del incidente; la Corte —como antes se expresa— no decide de un impedimento en virtud de recurso alguno, sino por la declaratoria que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento, en estas condiciones necesario es concluír que para decidir sobre el fondo del problema planteado —en este caso concreto— no tiene la Sala jurisdicción, por no estar cumplidas por parte del Tribunal las normas que indica el Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE INHIBE de revisar la providencia de febrero once de mil novecientos cuarenta y ocho, mientras el Tribunal no cumpla con los requisitos señalados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarásty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

PREVARICATO

El Tribunal sostiene la tesis de que el inciso 2º del artículo 168 del C. P., no es aplicable a delitos de prevaricato que se imputa al ex-juez Castro Trespalacios, porque la disposición se refiere al caso de que en una sentencia criminal se imponga a determinada persona una sanción penal en la forma que contempla la disposición citada, y no al delito de prevaricato que se cometa o pueda cometer en la sentencia penal al imponer una condena por perjuicios.

Al interpretar la ley —el fallador— no tiene otra misión que la de fijarle su sentido y alcance con sujeción a las normas de los artículos 25, 26, 27 y siguientes del capítulo 4º del Código Civil, y es obvio que cuando el sentido de la ley es claro, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, para luego deducir por vía interpretativa conclusiones que la misma ley no autoriza.

Cuando el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, comete o ejecuta un delito de prevaricato en las circunstancias o móviles determinados en el inciso 1º del artículo 168 del C. P., incurre en prisión de SEIS MESES A CINCO AÑOS; pero si la sentencia contraria a la ley expresa se dicta en un proceso penal, la sanción se aumenta de dos a ocho años de presidio, al tenor del inciso 2º del artículo comentado.

Lógico y natural es suponer que el pensamiento del legislador fue uno al fijar la pena para el delito de prevaricato contenido en el artículo 168 del C. P., sin considerar la clase de sanción impuesta, porque si la intención del legislador hubiera sido la de separar esos dos conceptos —condena en perjuicios y sanción penal— expresamente lo hubiera determinado; no lo hizo porque estimó que el aumento de pena debe hacerse en todo prevaricato cometido en una sentencia penal. En este evento no cabe hacer separaciones, porque donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete hacer distinciones que la misma ley no autoriza.

Por otra parte, cuando la acción por perjuicios se inicia dentro del proceso penal, ésta —acción civil— participa de los caracteres de la acción pública y no puede adelantarse —por separado— sino en los casos expresamente autorizados por la ley (artículo 25 del Código de Procedimiento Penal). Así, pues, la sentencia que en estos casos se dicta es una, y el prevaricato que en ella se cometa para efectos de la respectiva sanción también es uno e indivisible, porque lógicamente no se podría hacer ninguna distinción real sino abstracta para separar la cuestión penal de la civil, máxime cuando las dos acciones se resuelven en una sola sentencia. Por tanto, el delito de prevaricato que se cometa o pueda cometer en la sentencia pronunciada en un juicio criminal está sujeto a la sanción determinada por el inciso 2º del artículo 168 del Código Penal —DOS A OCHO AÑOS DE PRESIDIO— y esta pena es la base que el fallador debe tener en cuenta para efecto de computar la prescripción de la acción penal.

"Como se ve —dice el colaborador— la última parte del precepto se refiere perentoriamente, para agravar la sanción del prevaricato, a sentencia "en juicio criminal", sin hacer distinción alguna acerca de la clase de sanciones que se impongan en el fallo, pues las comprende a todas, y así sean las penas principales y las accesorias, las privativas de la libertad y las referentes al pago de perjuicios.

"Y es claro que la ley no podía hacer esa clase de distinciones, porque todos los objetivos del proceso penal son de orden público, aun la misma indemnización a la víctima del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de diciembre trece de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dispuso en su parte resolutiva lo siguiente:

"1º Declárase que la acción penal no puede proseguirse por hallarse prescrita.

"2º Consecuencialmente ordénase cesar todo procedimiento contra el doctor Pedro Castro Trespalacios".

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido por auto de junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

Cumplidos los trámites propios de la instancia, recibida la vista del colaborador se procede al estudio de la providencia apelada.

Hechos

En el proceso penal seguido contra Wilfred Smith por un delito de lesiones personales, causadas a Miguel Quintero, el día primero de junio de mil novecientos cuarenta, el Juzgado del Circuito de Río de Oro, desempeñado —en ese entonces— por el doctor Pedro Castro Trespalacios, en sentencia de abril quince de mil novecientos cuarenta y uno, condenó solidariamente al procesado y a la empresa The South American Gulf Oil Company, al pago de perjuicios por la cantidad de cuarenta y ocho mil ochocientos pesos ($ 48.000) distribuídos así: veintiocho mil ochocientos pesos ($ 28.000) por perjuicios materiales; y quince mil pesos ($ 15.000) por perjuicios morales.

En la actuación procesal de este negocio no se cumplieron todas las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en relación con la defensa de los intereses de la compañía demandada; hechos que el doctor Lázaro Díaz Granados estima como delictuosos, por lo cual formuló su denuncio de fecha mayo 29 de 1941, que en su parte pertinente se transcribe:

"a) En el expediente aparece un informe pericial con un pasaje tachadó, el que probablemente podía establecer la competencia del juzgador. Dice así: "Los suscritos Miguel Barreto L. y Roberto Posada Vila, Certifican: que han examinado en la fecha al señor Miguel Quintero, y han encontrado que presenta heridas perfectamente cicatrizadas. Las pequeñas alteraciones que hoy presenta para el paso de los alimentos son de carácter puramente transitorio y desaparecerán en él (aquí hay varias palabras tachadas con tinta azul) quedando sin disminución alguna de su capacidad para el trabajo".

"b) Hay una precipitación manifiesta en la actuación, pues el 26 de octubre de 1940 se dicta auto de proceder para calificar una investigación iniciada el 1º de julio del mismo año sin haberse indagatoriado al sindicado: se llama, pues, a juicio al sindicado por razón de diligencias iniciadas sólo tres meses antes sin aguardar a indagatoriarlo. Es de advertirse que el auto de proceder viene en seguida de desfijado un edicto emplazatorio que se fijó por cinco días para emplazar al sindicado.

"c) El auto que ordenó correr traslado de los avalúos o dictámenes periciales sobre monto de perjuicios fue notificado al Gerente de la empresa por estado, el 6 de diciembre, a pesar de que el Gerente, que fue notificado por comisión librada a un Jefe de Policía en Bogotá, no se apersonó en el juicio sino el 17 del mismo diciembre. El dictamen en tales condiciones no pudo ser objetado por el Gerente que reside en Bogotá ni lo fue tampoco por el sindicado que no gestiona en el juicio sino está representado por un defensor que le nombró el Juzgado, el doctor Urías Oyaga. Ese dictamen, que fija el monto de los perjuicios en $ 43.800.00, rebasa los límites de lo verosímil como que el perjuicio consistió en unas lesiones en el cuello, y según lo que ha quedado visible del dictamen médico que obra en autos, "las pequeñas alteraciones" que presenta (el lesionado en la época del dictamen) para el paso de los alimentos, son de carácter puramente transitorio y desaparecerán quedando sin disminución alguna de su capacidad para el trabajo".

"d) El auto para pedir pruebas no se notificó nunca a la empresa y el auto de traslado de los dictámenes, según ya se ha dicho así como el que aprueba los mismos dictámenes y el que señala día para la celebración del juicio, fueron notificados a la empresa sólo por estado.

"e) El pretendido derecho del lesionado fue cedido por éste, esto es, por Miguel Quintero, a Blas Celano, en un documento público —la escritura número 151 de 1940— de la Notaría del Circuito de Convención en la provincia de Ocaña— digno de estudiarse por sugestiva y curiosa. Haré lo posible por obtener una copia auténtica de ese documento si ese despacho no la consigue antes.

"f) Habiendo apelado el Gerente de la empresa el 5 de diciembre de 1940, del auto que admitió la demanda civil contra esta entidad, se le concedió la apelación por proveído del 25 de enero pero luego se declaró desierto el recurso por no haber podido el Juzgado sacar las copias conducentes.

"g) El auto que declaró desierto el recurso de apelación de la empresa contra el proveído que admitió la acción civil contra ella dentro del proceso penal, fue sustituído por otro en que se expresó que el señor Cornell no podía interponer recurso por no ser personero de la empresa, no obstante haber sido dicho Cornell buscado por la propia justicia y notificado como gerente de la empresa.

"Todo lo relatado hasta aquí movió a la empresa a solicitar del Gobernador del Departamento un cambio de radicación del proceso con base en claras disposiciones legales que vosotros conoceis. Pero cuando la Gobernación solicitaba informes del señor Personero Municipal de Río de Oro, el señor Juez dictó el fallo de primera instancia con la monstruosa condenación de la empresa al pago de la suma mencionada arriba, lo que hizo nugatoria toda gestión de cambio de radicación. La empresa apeló de la sentencia y cuando pensaba que el expediente estaría ya llegando a Santa Marta se entera de que el señor Juez había influído con el administrador de correos de Río de Oro para que no diera curso al proceso, bajo el pretexto de hacer una consulta al Ministerio de Correos y Comunicaciones sobre si el expediente, el original expediente criminal en que se había envuelto a una empresa no justificable penalmente debía pagar portes o no. Demorado así el expediente y despreocupada la empresa apelante por considerar que se trataba de un expediente criminal en cuya carátula tuvo buen cuidado el Juzgado de no mencionar pago de porte a cargo de persona alguna, se hace requerimiento en el Juzgado mediante notificación en estado del 21 de mayo en curso, para que se pague el porte. Antes de completar los tres días hábiles siguientes al día 21, descontados dos días feriados, o sea el día 26 de mayo cursante a las 3 p. m., el señor Juez retiró el expediente del correo imposibilitando así el pago de los portes, pendiente aún el plazo legal para hacerlo.

"Ante procedimientos tan inusitados la empresa cree tener razón para temer que los oídos de la justicia en Río de Oro se cerrarán para ella al solicitar reposición o apelación de cualquier proveído adverso".

Pruebas

Al sumario se trajeron copias de las actuaciones más importantes del proceso penal seguido contra Wilfred Smith, por un delito de lesiones personales culposas, con las cuales se pretende demostrar los cargos formulados en el respectivo denuncio.

También se ha comprobado que el doctor Pedro Castro Trespalacios, en la época en que se le imputan los cargos materia de la presente investigación, desempeñaba el cargo de Juez Civil del Circuito de Río de Oro, y que en esa calidad —funcionario público de la rama jurisdiccional— dictó la sentencia de abril quince de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se condena solidariamente al procesado y a la compañía The South American Gulf Company a pagar al ofendido Miguel Quintero S. la suma de cuarenta y tres mil ochocientos pesos por concepto de perjuicios ocasionados con la infracción cometida por el chofer de la empresa, Wilfred Smith.

Concepto del Procurador

El Procurador Delegado en lo Penal está de acuerdo con las apreciaciones que hace el Tribunal en relación con los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y falsedad; y en relación con cada una de estas infracciones expresa la razón o fundamento que lo inclinan a participar de la opinión del Tribunal, pero estima que en cuanto a la prescripción decretada, ella sólo puede admitirse para los delitos de abuso de autoridad y prevaricato, éste último proveniente del hecho realizado por el Juez, al haber declarado desierto el recurso de apelación contra el auto que admitió la constitución de parte civil "y por declarar ejecutoriada la sentencia definitiva; pero no en lo atinente a la compañía petrolera a pagar los perjuicios causados con la infracción".

Se considera:

El delito de falsedad en documentos públicos consistente en haberse tachado, enmendado, o borrado algunas expresiones del concepto pericial sobre la incapacidad sufrida por el ofendido Quintero con motivo de las lesiones causadas en el accidente automoviliario, no aparece comprobado, pero aun en el supuesto de que ese cargo se hallara demostrado, ese hecho no sería imputable al ex-juez Castro Trespalacios, porque la

supresión, alteración o enmendatura de las palabras del concepto, no se realizó cuando el negocio se hallaba en el juzgado del Circuito, sino cuando el proceso se encontraba en la Alcaldía Municipal como se deduce del informe rendido por el Personero Municipal de Río de Oro a la Procuraduría cuando dice "que la frase tachada estaba cuando los peritos llevaron el dictamen a la Alcaldía". En estas condiciones se descarta la posibilidad sobre la comisión del delito imputado.

"Y aparece aún más clara la inocencia del Juez —dice la Procuraduría— si se tiene en cuenta que éste, cuando conocía del negocio, ordenó que los médicos ampliaran su dictamen, "manifestando la clase de incapacidad que presentaba Quintero S., si le quedaba lesión de por vida, y, a la vez para que aclararan los reconocedores las enmendaturas que aparecen en dicha diligencia". Ampliación que no logró obtenerse, por estar ausentes los señores peritos".

No constituye delito de abuso de autoridad el hecho de no recibir indagatoria al procesado porque de conformidad con el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, esa diligencia no impide la continuación del sumario, ni su calificación. Claro es, que esa diligencia debió practicarse dentro de la investigación, pero su omisión después de cumplir con lo dispuesto por el artículo 433 del C. de P. P. no constituye infracción penal.

"El cargo que se le hace por haber adelantado el juicio con mucha actividad —dice la Procuraduría— y no haber indagado a Smith, no lo contempla la ley como infracción penal; por el contrario, las normas procesales le imponen a los empleados y funcionarios públicos el deber de no demorar las actuaciones y adelantarlas dentro de los precisos términos que se les señalan.

"Además la diligencia de indagatoria no es necesaria hoy para calificar el mérito del sumario, al tenor del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal.

"En esta parte, la apreciación del Tribunal es acertada. Sólo que, respecto de tales imputaciones, nada decidió en la parte resolutiva de su providencia de fondo, la cual, por lo mismo, debe reformarse en dicho sentido".

La cesión de derechos sobre indemnización de perjuicios civiles contenida en la escritura pública número 151 de 10 de octubre de 1940, derechos que la parte civil reclamaba solidariamente de Wilfred Smith y de la Compañía Suoth American Gulf Oil Co. no constituye infracción penal imputable al sindicado porque no se ha demostrado en el proceso que en el contrato celebrado entre Miguel Quintero S. y Blas Celano Greco, tuviera alguna intervención el Juez acusado para que en virtud de esto se le pueda deducir alguna responsabilidad, pues, el negocio realizado entre las partes contratantes fue una operación privada que sólo afecta a ellos y no al sindicado.

Prevaricato

El Tribunal considera como delito de abuso de autoridad el hecho de que el ex-juez Castro Trespalacios permitía al Secretario del Juzgado hacer notificaciones al Gerente de la South American Gulf Oil Co., siendo evidente que dicha empresa en el proceso penal no estaba citada ni emplazada por los medios legales, circunstancia ésta que llevó al funcionario en ejercicio de sus funciones y excediéndose en ellas, a cometer un acto arbitrario e injusto "contra la empresa demandada en el proceso con Smith por lesiones personales, porque tenía como citada y emplazada a una persona jurídica que todavía no lo había sido legalmente y que por no tener conocimiento su Gerente de tal demanda, no podía hacer uso ninguno de los derechos que le otorgaba la ley, ocasionándole ello como es natural graves perjuicios, ya que la empresa como aparece de autos fue condenada a pagar por perjuicios la suma de $ 48.800, sin que hubiera sido oída y vencida en juicio".

Estima la Sala que esos hechos pueden ser elementos constitutivos del delito de prevaricato, y que ellos deben ser valorados por el Tribunal en el momento de decidir sobre la existencia o negación de este delito; separar uno de sus elementos y considerarlo independiente de toda la actuación que culminó con la sentencia de abril 15 de 1941 que condenó a la compañía demandada a pagar la cantidad de $ 48.800 por perjuicios materiales y morales, sería tanto como desvertebrar el sentido propio de la infracción. Sólo en el supuesto de que la entidad falladora llegara a la conclusión de que la actuación posterior no es violatoria de la ley penal, podría aceptarse en vía de hipótesis la tesis del Tribunal, pero mientras no se resuelva sobre lo principal de la acción penal, la declaración hecha por el fallador es prematura.

Interpretación del artículo 168 del C. P.

El Tribunal sostiene la tesis de que el inciso 2º del artículo 168 del C. P., no es aplicable al delito de prevaricato que se imputa al ex-juez Castro Trespalacios, porque la disposición se refiere al caso de que en una sentencia criminal se imponga a determinada persona una sanción penal en la forma que contempla la disposición citada, y no al delito de prevaricato que se cometa o pueda cometer en la sentencia penal al imponer una condena por perjuicios.

Al interpretar la ley—el fallador—no tiene otra misión que la de fijar su sentido y alcance con sujeción a las normas de los artículos 25, 26, 27 y siguientes del Capítulo 4º del Código Civil, y es obvio que cuando el sentido de la ley es claro, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, para luego deducir por vía interpretativa conclusiones que la misma ley no autoriza.

Cuando el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, comete o ejecuta un delito de prevaricato en las circunstancias o móviles determinados en el inciso 1º del artículo 168 del C. P., incurre en prisión de **seis meses a cinco años;** pero si la sentencia contraria a la ley expresa se dicta en un proceso penal, la sanción se aumenta **de dos a ocho años de presidio,** al tenor del inciso 2º del artículo comentado.

Lógico y natural es suponer que el pensamiento del legislador fue uno al fijar la pena para el delito de prevaricato contenido en el artículo 168 del C. P., sin considerar la clase de sanción impuesta, porque si la intención del legislador hubiera sido la de separar esos dos conceptos —condena en perjuicios y sanción penal— expresamente lo hubiera determinado; no lo hizo porque estimó que el aumento de pena debe hacerse en todo prevaricato cometido en una sentencia penal. En este evento no cabe hacer separaciones, porque donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete hacer distinciones que la misma ley no autoriza.

Por otra parte, cuando la acción por perjuicios se inicia dentro del proceso penal, ésta —acción civil— participa de los caracteres de la acción pública y no puede adelantarse —por separado— sino en los casos expresamente autorizados por la ley (artículo 25 del Código de Procedimiento Penal). Así, pues, la sentencia que en estos casos se dicta es una, y el prevaricato que en ella se cometa para efectos de la respectiva sanción también es uno e indivisible, porque lógicamente no se podría hacer ninguna distinción real sino abstracta para separar la cuestión penal de la civil, máxime cuando la dos acciones se resuelven en una sola sentencia. Por tanto, el delito de prevaricato que se cometa o se pueda cometer en la sentencia pronunciada en un juicio criminal está sujeto a la sanción determinada por el inciso 2º del artículo 168 del Código Penal —**dos a ocho años de presidio**— y esta pena es la base que el fallador debe tener en cuenta para efecto de computar la prescripción de la acción penal.

"Como se ve —dice el colaborador— la última parte del precepto se refiere perentoriamente, para agravar la sanción del prevaricato, a sentencia "en juicio criminal", sin hacer distinción alguna acerca de la clase de sanciones que se impongan en el fallo, pues las comprende a todas, así sean las penas principales y las accesorias, las privativas de la libertad y las referentes al pago de perjuicios.

"Y es claro que la ley no podía hacer esa clase de distinciones, porque todos los objetivos del proceso penal son de orden público, aún la misma indemnización a la víctima del delito.

"Por tanto, habiéndose condenado a la South American en sentencia dictada "en juicio criminal", es de imperiosa aplicación aquí, para los efectos de computar la prescripción, la última parte del artículo 168 transcrito, mayormente cuando, como lo dice el mismo Tribunal, al condenar a la empresa, se violaron varias disposiciones penales sustantivas y adjetivas y elementales principios universales de Derecho Penal". Es decir, todo se desarrolló en proceso criminal, y no en pleito civil.

"Ahora bien: en ese caso, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal (artículo 105), o sea en ocho años. (Artículo 168, inciso 2º).

"Y como el prevaricato de haber existido, se consumó con la sentencia de 15 de abril de 1941, la acción penal sólo se extingue el 15 de abril de 1949, término aún no agotado. En consecuencia, resulta inaceptable la prescripción decretada por el Tribunal a este respecto".

Dentro de estas consideraciones la prescripción de la acción penal en lo referente al delito de prevaricato que se imputa al ex-juez Pedro Cas-

tro Trespalacios no se ha consumado por ausencia de uno de sus requisitos —tiempo— y la providencia apelada debe revocarse.

En cuanto a las demoras que anota la Procuraduría, como no se encuentra causa alguna que pueda justificarlas, deben investigarse. En efecto, de junio 1º de 1942 a junio 14 de 1943 (folios 50) la investigación permaneció en suspenso, sin que de parte del funcionario instructor se hubiera practicado diligencia alguna; otro tanto se dice en relación con las demoras de agosto 28 de 1944 a mayo 9 de 1945 (folios 181 vuelto y 182), tiempo durante el cual nada se hizo para el perfeccionamiento del sumario.

En mérito de 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 señor Procurador Delegado en lo Penal, REVOCA la declaratoria de prescripción contenida en el fallo de 13 de diciembre de 1946 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, y en consecuencia declara:

a) Los hechos imputados como delitos de abuso de autoridad y falsedad en documentos públicos no tienen existencia jurídica y no fueron cometidos por el ex-juez Pedro Castro Trespalacios, por tanto, se ordena cesar todo procedimiento en su contra.

b) En relación con la imputación por la comisión de un delito de prevaricato consistente en haber condenado el ex-juez Pedro Castro Trespalacios a la South American Oil Company a pagar por concepto de perjuicios causados por la infracción ejecutada por Wilfred Smith la suma de cuarenta y ocho mil ochocientos pesos ($ 48.800), se dispone continuar el proceso, y

c) El Tribunal ordenará tomar las copias conducentes para averiguar las demoras a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia en relación con la solicitud de la Procuraduría.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DETENCION PREVENTIVA

El artículo 379 del Código de Procedimiento Penal confiere facultad para detener si la infracción porque se procede tiene señalada pena de presidio o de prisión, y cuando en contra del sindicado exista por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción que se investiga.

Por el carácter de medida precautelativa que tiene la detención, la prueba que sirve para fundamentarla, no es aquella que la ley exige para imputar el hecho a su autor o la plena prueba que se requiere para deducirle responsabilidad. Porque los elementos probatorios que sirven de base para ordenar la detención preventiva —dictar auto de proceder y sentencia condenatoria— difieren unos de otros no sólo en sus apreciaciones sobre la prueba, sino también en orden a sus respectivas conclusiones.

Con la detención preventiva a que hace referencia la disposición citada, sólo se busca garantizar los efectos posteriores de la acción de la justicia como sería asegurar la comparecencia del delincuente y evitar posibles influencias de la persona sindicada en relación con los testigos que deben declarar en el proceso; por esto se dice que la detención preventiva es una medida precautelativa y por consiguiente no tiene el carácter de pena.

Para que proceda la detención preventiva no es necesario la comprobación del cuerpo del delito, ni la demostración de la responsabilidad del autor, basta la existencia de estos presupuestos: infracción penal en vía de investigación; que el hecho esté reprimido con pena de presidio o prisión; y que contra el autor resulte una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de su responsabilidad. Cumplidos estos factores la detención preventiva es procedente, y el funcionario que la ordena observando las formalidades prescritas por la ley, no es responsable por delito de detención arbitraria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En providencia de julio veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dispuso lo siguiente:

"Ordenar la cesación de todo procedimiento criminal contra el doctor Saúl Saavedra Lozano, de las condiciones personales dichas en su indagatoria, por el delito de "Detención arbitraria" de que tratan las presentes diligencias." Como la sentencia se dictó con aplicación del artículo 153 del C. de P. P., se ordenó su consulta.

Cumplida la tramitación propia a la instancia, recibido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede al estudio de la providencia materia de la presente consulta.

Hechos

En demanda de fecha 17 de septiembre de 1943 dirigida al Juez Civil del Circuito de la ciudad de Cali, el señor Eulogio Echeverri V., pidió se hicieran —entre otras— las siguientes declaraciones:

"Primero. Declare que la sociedad de comercio de responsabilidad limitada denominada **Compañía Nacional de Navegación, Limitada,** constituída por medio de la escritura pública número 653 de 23 de abril de 1942, otorgada en la Notaría Primera de Cali, sociedad domiciliada en esta ciudad, se encuentra en estado de quiebra por haber sobreseído en el pago de sus obligaciones.

"Quince. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 17, 18, 19 del Decreto número 750 de

1940, en el mismo auto de declaratoria de quiebra se servirá usted disponer la captura y detención de los señores Rafael Fux y Justiniano García, Gerente y sub-Gerente, en ejercicio, de la Compañía Nacional de Navegación Limitada".

En providencia de 18 de septiembre de 1943, el Juzgado Primero Civil del Circuito, declaró en estado de quiebra a la Compañía Nacional de Navegación Limitada, sociedad comercial constituída en virtud de escritura pública número 653 de 23 de abril de 1942, y negó la solicitud de detención preventiva contenida en el **numeral quince** de la demanda.

En memorial de 23 de septiembre de 1943 el apoderado del demandante solicitó reposición del auto de 18 de septiembre del mismo año en relación con la parte del auto que niega la detención del Gerente y sub-Gerente de la Compañía. Posteriormente dentro del juicio de quiebra, algunos acreedores de la sociedad representados por el doctor Navia Belalcázar pidieron al Juzgado se decrete la detención provisional de dichos empleados y que se inicie la correspondiente investigación criminal.

El Juzgado en providencia de ocho (8) de octubre de mil novecientos cuarenta (1940), accedió a las peticiones de los apoderados, repuso el auto en lo pertinente a la orden de detención; dispuso la iniciación inmediata de la investigación penal, y ordenó la detención y captura de los directores de la Compañía Nacional de Navegación, Rafael Fux y Justiniano García en su condición de Gerente y sub-Gerente respectivamente de la mencionada sociedad. Pero el Tribunal (Sala Civil) en auto de 27 de febrero de 1944 revocó la providencia del Juzgado en cuanto ordena la detención y captura de los sindicados y ordenó ponerlos en libertad.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en la providencia del Tribunal, estima el denunciante que los hechos realizados por el Juez acusado (detención del Gerente y sub-Gerente de la Compañía) son constitutivos de una infracción penal, y en memorial de 5 de febrero de 1944 pide se adelante la correspondiente investigación para averiguar la responsabilidad en que haya incurrido el doctor Saúl Saavedra Lozano, en su calidad de Juez Primero Civil del Circuito de Cali, por la comisión de un delito de detención arbitraria.

El Tribunal con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal ordenó la cesación de todo procedimiento criminal contra el doctor Saúl Saavedra Lozano, finalizando en esta forma la presente investigación.

Se considera:

El Juzgado en auto de 18 de septiembre de 1943 declaró en estado de quiebra a la Compañía Nacional de Navegación y negó la petición sobre detención y captura del Gerente y sub-Gerente de dicha empresa, porque —en su concepto— no existían los elementos requeridos para cumplir con lo dispuesto por los artículos 17, 18 y 19 del Decreto 750 de 1940, en relación con los artículos 379 y 383 del C. de P. P. y numeral 2º del artículo 419 de la ley sustantiva. Pero satisfechas esas formalidades y modificado el concepto primitivo en virtud de las pruebas allegadas al proceso, el Juzgado dictó la correspondiente orden de detención y captura del Gerente y sub-Gerente de la mencionada empresa, aplicando en esta forma los mandatos de las disposiciones que se dejan citadas.

El artículo 379 del Código de Procedimiento Penal confiere facultad para detener si la infracción porque se procede tiene señalada pena de presidio o prisión, y cuando en contra del sindicado exista por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción que se investiga.

Por el carácter de medida precautelativa que tiene la detención, la prueba que sirve para fundamentarla, no es aquella que la ley exige para imputar el hecho a su autor o la plena prueba que se requiere para deducirle responsabilidad. Porque los elementos probatorios que sirven de base para ordenar la detención preventiva —dictar auto de proceder y sentencia condenatoria— difieren unos de otros no sólo en sus apreciaciones sobre la prueba, sino también en orden a sus respectivas conclusiones.

Con la detención preventiva a que hace referencia la disposición citada, sólo se busca garantizar los efectos posteriores de la acción de la justicia como sería asegurar la comparecencia del delincuente y evitar posibles influencias de la persona sindicada en relación con los testigos que deben declarar en el proceso; por esto se dice que la detención preventiva es una medida precautelativa y por consiguiente no tiene el carácter de pena.

Para que proceda la detención preventiva no es necesaria la comprobación del cuerpo del delito, ni la demostración de la responsabilidad del au-

tor, basta la existencia de estos presupuestos: infracción penal en vía de investigación; que el hecho esté reprimido con pena de presidio o prisión; y que contra el autor resulte la declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de su responsabilidad. Cumplidos estos factores la detención preventiva es procedente, y el funcionario que la ordena observando las formalidades prescritas por la ley, no es responsable por delito de detención arbitraria.

La detención del Gerente y sub-Gerente de la Compañía Nacional de Navegación Limitada con domicilio en la ciudad de Cali, no se produjo como consecuencia de un acto voluntario y caprichoso del Juez Primero Civil del Circuito, sino por motivos legales que lógicamente hacían presumir la comisión de una infracción penal y la posible responsabilidad de sus autores; razones éstas que en forma clara se expusieron en el respectivo auto de detención, y que pueden resumirse así:

a) Declaratoria de quiebra de la mencionada Compañía por haber cesado y sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones sin que ese estado de quiebra se hubiera manifestado de acuerdo con la ley.

b) Sustracción a la masa de bienes de la Compañía del único haber activo de la sociedad (vapor **Valle**), en perjuicio de sus respectivos acreedores; barco que en el momento de producirse la detención se encontraba viajando entre Costa Rica y Panamá, sin que exista la intención por parte de la Compañía de reintegrar esa nave a aguas colombianas.

c) Que el sub-Gerente fijó su domicilio en San José, República de Costa Rica y que el Gerente de la sociedad se aprestaba a emprender viaje para fijar su domicilio en dicha ciudad, y

d) Los directores de la Compañía Nacional de Navegación Limitada, no dieron cuenta a los socios de los negocios de la empresa, que no pasaron balances, no convocaron para asamblea a los socios, no pusieron en conocimiento de los mismos la contabilidad de la compañía en los últimos tres meses y que los directores dieron en arrendamiento el vapor "Valle" a una entidad extranjera, sin que la asamblea de socios quien era la que debía resolver tal medida, tuviera conocimiento, y que al ausentarse del país el Gerente, la empresa quedaba sin representación por ausencia de su director, con grave perjuicio para los intereses de la compañía.

Estos hechos tienen respaldo en las declaraciones —extrajudiciales— rendidas por los señores Pablo Rada, Joaquín Gil P., Julio Fernández, Julián Barbero García y Carlos Bolívar Campos, las cuales tuvieron plena confirmación en el informe rendido por el señor Eulogio Echeverri, quien fue comisionado para traer a Colombia el barco de propiedad de la mencionada compañía; en ese informe dice: "que el barco había cambiado de nombre y de bandera, que en lugar de vapor "Valle" se le dio el nombre de "Delphin" y que en lugar de la bandera colombiana se le concedió la bandera de Costa Rica y que el barco había sido aportado a una nueva empresa constituída en San José (República de Costa Rica), denominada "Compañía Marítima Costarricense Limitada".

En estas condiciones y de conformidad con el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, la detención, por este aspecto se justificaba plenamente porque para ordenarla no era necesario que las declaraciones se hubieran recibido con todas las formalidades legales, bastaba, pues, la declaración de un testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad, aunque no se hubiera escrito todavía o un indicio grave de la responsabilidad para que la medida restrictiva de la libertad tuviera justificación ante la ley penal.

"No debe olvidarse —dice la Procuraduría— que la detención preventiva es una medida precautelativa que, por su misma naturaleza, no requiere para decretarla una prueba de superior jerarquía como la que es menester para dictar el auto de proceder, error en que parece incurrió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali al ordenar la excarcelación incondicional del señor Fux.

"En efecto, cuando se consuma un delito y en torno de su autor o partícipe surgen incriminaciones concretas y precisas, aunque todavía no exista la plena prueba de su responsabilidad, los altos intereses sociales exigen que se tomen ciertas medidas coercitivas al respecto para impedir la fuga del reo, asegurar su presencia en el proceso penal y evitar que estorbe la investigación. De ahí la urgencia de mantener previamente detenido al responsable.

"Por lo tanto, desde el punto de vista doctrinario y legal, con miras a los intereses colectivos, la detención preventiva se justifica por tres razones que el maestro Carrara sintetiza así: 1ª Necesidad de justicia, para impedir la fuga del procesado. 2ª Necesidad de verdad, para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, des-

truír los vestigios del delito, intimidar a los testigos. 3ª Necesidad de defensa pública, para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno.

"En el presente caso, la hipótesis de la necesidad de justicia, para impedir la fuga del procesado, fue cabalmente una de las situaciones primordiales que se le presentaron al Juez doctor Saavedra Lozano con caracteres apremiantes, a tal punto que si él demora o rehusa dictar el auto de detención, hubiera faltado al cumplimiento de su deber.

"La conducta, pues, del citado funcionario aparece limpia de toda arbitrariedad, por cuanto se ajustó a las normas del derecho positivo".

¿La infracción por la cual se dictó la orden de detención tenía señalada pena de presidio o prisión?

El artículo 1º del Decreto número 750 de 1940, dice que se halla en estado de quiebra el comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, y el artículo 2º, inciso 2º consagra como norma general una presunción de culpabilidad cuando dice que toda quiebra se **presume culpable** dejando para el quebrado la demostración del hecho contrario, es decir, que la quiebra inculpable sólo se produce cuando el comerciante después de haber puesto una notoria diligencia y prudencia en el manejo de sus negocios, en sus gastos personales y en todos los actos que pueden influír de algún modo en su patrimonio, por consecuencias inevitables sobreseyó en el pago corriente de sus obligaciones, pero estos hechos por mandato expreso del artículo 7º deben ser puestos en conocimiento del Juez del domicilio de la persona o sociedad en quiebra, ya que, la omisión de esta circunstancia conlleva la presunción de culpabilidad mientras no se demuestre lo contrario.

Los diversos hechos que el artículo 3º enumera como constitutivos de quiebra culpable entrañan una adición o complemento al contenido de la disposición del artículo 419 del Código Penal, que reprime los hechos dolosos del comerciante declarado en quiebra, y entre éstos se encuentra la sustracción de cosas que correspondan a la masa de sus bienes.

Es evidente que la Compañía Nacional de Navegación había cesado en el pago normal de sus obligaciones, circunstancia que no se puso en conocimiento de las autoridades correspondientes al tenor del artículo 7º del Decreto 750 de 1940. Los directores de la Compañía con anterioridad a la declaratoria de quiebra habían sustraído del haber social el único bien que poseía la sociedad, o sea, el vapor denominado "Valle" (artículo 419, numeral 2º) y estos hechos —cesación de pagos y sustracción de bienes— al tenor de las disposiciones citadas son constitutivos de quiebra dolosa. Así, pues, la infracción imputada al Gerente y sub-Gerente de la empresa, dentro de la ley penal se halla sancionada con pena de prisión, elemento necesario para que proceda la detención provisional, si por otra parte —como en el caso de estudio— están cumplidos los otros requisitos del artículo 379 del Código de Procedimiento Penal.

Cierto es que el Tribunal (Sala Unitaria Civil) revocó el auto del Juzgado por el cual se dispuso la detención del Gerente de la Empresa Nacional de Navegación Limitada, pero también es evidente, que los fundamentos de dicha providencia se apoyan en lo dispuesto por los artículos 274, 207, 235 y 245 del Código de Procedimiento Penal.

El contenido normativo de esas disposiciones rige para las pruebas que se practican en el sumario o en el curso del juicio, para esos casos sí son de rigurosa observancia los preceptos citados por el Tribunal, pero esas formalidades y el cumplimiento exacto de dichos preceptos —por excepción al principio general sobre pruebas— no rigen para las determinadas por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal en orden a justificar la detención preventiva.

Las declaraciones extrajuicio sirven de orientación para apreciar la credibilidad del testigo o el indicio de la responsabilidad del autor, pero es natural que esa prueba no tiene un valor definitivo, como sí lo tiene la que sirve para imputar la comisión de un delito, aquélla tiene un valor relativo porque la base de la medida es precautelativa y ésta tiene un valor más estable porque en la mayoría de los casos funda la condena.

El auto del Juzgado por el cual se ordenó la detención del Gerente de la empresa estaba de acuerdo con las disposiciones del Decreto 750 de 1940, 419, numeral 2º del Código Penal y con lo dispuesto por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal; siendo esto así, la providencia del funcionario y su respectivo cumplimiento no constituye un delito de detención arbitraria.

Las observaciones que la Procuraduría hace a la parte resolutiva del fallo del Tribunal han sido acogidas por la Corte, cuando dice:

"La aplicación del artículo 153 requiere una fórmula con dos partes, ninguna de las cuales de por sí llena el contenido de la decisión subordinada a sus términos. Estas dos partes son: una declaración y una orden. Aquélla da por inexistente el hecho, o por cumplido el fenómeno que impide la marcha del proceso, etc., y ésta dispone, consecuencialmente, la suspensión o cesación del procedimiento. Si simplemente se declara que el hecho no ha existido, la decisión queda trunca; como queda en el segundo caso —que es el contemplado aquí— en que se ignora a qué obedece la orden". (Fallo de 21 de noviembre de 1947).

En este sentido habrá de adicionarse la providencia consultada, pues, el Tribunal únicamente ordenó cesar el procedimiento en contra del doctor Saavedra Lozano.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que el hecho imputado al doctor Saúl Saavedra Lozano (detención arbitraria) NO HA EXISTIDO y la confirma en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. Alberto Benavides Guerrero, Conjuez — **Julio E. Argüello R.,** Secretario.

NULIDADES.—PETICION DE PRUEBAS.—FORMALIDAD DEL ARTICULO 452 DEL C. DE P. P.

1. — La ley establece términos precisos dentro de los cuales deben alegarse las nulidades, pero el silencio de las partes sobre un posible motivo de nulidad relativa, se subsana por el transcurso del tiempo o por la notificación de providencias posteriores al acto que engendra la nulidad. Callarse una nulidad en espera de consecuencias favorables y alegarla cuando el fallo es contrario a las pretensiones del reo, sería tanto como someter las contingencias del juicio a la voluntad de las partes, y son precisamente estos actos que van contra el principio de economía procesal los que la ley no consagró como vicios constitutivos de nulidad.

2. — Lo que la ley quiere, es que dentro del juicio haya una oportunidad de pedir pruebas y que los interesados tengan conocimiento de ella; pero si debidamente informados no la solicitan o no hacen retrotraer los términos dentro del tiempo que la ley señala, no pueden luego invocar la nulidad por no haber hecho uso de las facultades que la misma ley les otorga.

3. — La omisión de la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el juez no interrogó personalmente al enjuiciado para informarse sobre los antecedentes personales del acusado, condiciones de vida, y en general sobre todo lo que tienda a revelar su personalidad, no es violatoria de ninguna garantía procedimental; esa medida sirve de pauta al fallador para adquirir un conocimiento directo acerca de la personalidad del agente activo del delito, pero en ningún caso menoscaba los derechos de defensa, por otra parte, si dentro del proceso se encuentran elementos probatorios sobre los cuales se puede formar un conocimiento exacto de la personalidad del reo, su omisión no conlleva nulidad, ni la ley ha consagrado en ningún texto legal la pretermisión de esa formalidad como nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal — Bogotá, junio ocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de diecisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a Francisco Antonio Osorno Vallejo a la pena principal de nueve años de presidio, como responsable del homicidio cometido en la persona de Luis María Chica Londoño.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación. Cumplidas las formalidades procedimentales y obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, en relación con la demanda, se procede a su estudio.

Demanda

El apoderado del recurrente en memoriales de fechas marzo 22, julio 2 y 17 de 1947, invoca como causales de casación, la 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Es evidente que la demanda no se ciñe estrictamente a lo dispuesto por el artículo 531 del Código de Procedimiento Judicial, que determina los requisitos y formas que debe contener una demanda de casación, pero a pesar de que la demanda peque contra los principios de la técnica, se estudiarán las causales alegadas por haber sido determinadas, aunque en forma confusa y dispersa en los diversos memoriales que constituyen la demanda.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria del artículo 362 del Código Penal, y los artículos 268 y 431 del Código de Procedimiento Penal, cargos que concreta en la forma siguiente:

Primer motivo

Se violó la "ley sustantiva penal por errónea interpretación o por indebida aplicación del artículo 362 del C. P., ya que lo condenaron sin estar plenamente comprobado que Osorno ocasionó la muerte de Chica" y para tal efecto se dio el valor de plena prueba al concepto pericial que descarta la posibilidad de un suicidio y aceptó el crimen, contrariando con esto el precepto del artículo 248 del C. de P. P. que niega el carácter de plena prueba al dictamen pericial.

"A Osorno se le aumentó la pena determinada en el artículo 362 a pesar de reconocerle el Juez —**a quo**— que no había en su contra agravantes, peligrosidad alguna y a pesar de que las circunstancias determinadas por el H. Tribunal, brillen por su ausencia, ya que nadie —fuera del reo— presenció los hechos y el lesionado murió sin decir palabra alguna. Se interpretó erróneamente el C. P. sustantivo; el C. P. adjetivo e indebidamente se aplicaron las sanciones".

Se considera:

Es cierto que el recurrente invoca en su demanda las causales de casación para pedir la invalidación del fallo, pero los fundamentos en los cuales se sustenta la causal primera, en su primer motivo, no son los pertinentes para alegarla. La afirmación de que el Tribunal condenó a Francisco Osorno sin estar debidamente acreditada la responsabilidad como autor del hecho, incide, directamente, en la causal segunda de casación sobre comprobación de uno de los elementos del delito.

En los juicios en que interviene el jurado la función del juez de derecho se reduce a aplicar la ley de acuerdo con el veredicto, y si de la confrontación de ésta con las constancias procesales se llega a la conclusión de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos procesales así lo declara, pero la ley no le otorga facultad alguna para decidir sobre el tema de la responsabilidad del acusado, esa atribución es propia del tribunal de conciencia y al reconocer éste que una persona es responsable del hecho que se le imputa, no está obligado —el Juri— a establecer esa responsabilidad con sujeción a los principios legales sobre la plenitud de pruebas, porque la **convicción moral** que es la norma que la ley exige a los jurados no se subordina a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

En la individualización de la sanción el Juzgado y el Tribunal partieron de la base fijada por el artículo 362 del Código Penal, y el aumento de la pena sí se hizo con fundamento en las disposiciones de los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 de la Ley sustantiva, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, motivos determinantes, gravedad y modalidades del hecho delictuoso, por eso dijo el fallador que la índole del motivo determinante que parecen ser los celos, no tenía fundamento real, ora por estar perfectamente demostrada la intachable conducta de la esposa del sindicado, ya por la simulación del suicidio, o por el procedimiento empleado por el reo para desorientar la justicia; ya también por la negación absoluta de los hechos después de haberlos reconocido, y en fin, por el modo de ejecución del delito que dificultó la defensa de la víctima, circunstancias éstas que relievan la personalidad del agresor como sujeto peligroso, y determinaron el aumento de pena, con prescindencia de la consideración alegada por el recurrente de que nadie "presenció los hechos y de que el lesionado murió sin decir palabra".

En tal virtud —dice la Procuraduría— siendo indiscutible la peligrosidad del acusado a través de esa serie de maquinaciones puntualizadas por el señor Juez, los sentenciadores disponían de suficientes elementos de juicio para no imponer el mínimo de la sanción, aunque en realidad no concurriesen aquí circunstancias accesorias del delito, de las previstas por el artículo 37 del Código Penal. Bastaba para ese fin tener en cuenta la peligrosa personalidad del acusado, al tenor del artículo 36 ibídem.

"La pena, por consiguiente, lejos de haberse aplicado con severidad, estuvo más bien benigna".

En consecuencia, el cargo es improcedente.

Segundo motivo

Se afirma la violación de la ley procedimental, porque ni en el auto de proceder, ni en la parte motiva ni en la resolutiva se determinó la especie del delito de homicidio —intencional, preterintencional, culposo o concausal— cometido por el procesado, omisión que conduce a violar el ar-

tículo 431 del Código de Procedimiento Penal en su numeral tercero, y que, por otra parte, no se tuvo en cuenta el precepto del artículo 203 que prohibe dictar sentencia condenatoria sin la prueba exigida por la ley.

No existe violación de la ley adjetiva en relación con el artículo 431, numeral 3º y 203 del Código de Procedimiento Penal, lo primero, porque en el auto de proceder se imputó al procesado el cargo de haber cometido un delito de homicidio simplemente intencional, y naturalmente que el Juzgado no podía hacer ninguna otra calificación del hecho porque las circunstancias conocidas en el proceso a través de las pruebas allegadas obligaron a tomar esa determinación —homicidio intencional— y no aquella que sugiere el demandante de calificar el hecho como un homicidio preterintencional o concausal; y lo segundo, porque la valoración de la prueba para decidir sobre la responsabilidad incumbe al jurado y no al juez de derecho.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el demandante, que el Tribunal en la sentencia atribuyó a los hechos confesados un valor que no tenían y que les negó el que en realidad tenían, pues, si Osorno confesó haber matado a Chica, también explicó que lo había hecho por defender su vida injustamente atacada. "Luego, ¿por qué y para qué se le dice que es digno de crédito cuando confiesa haber matado (en uso de un derecho) pero se le niega su explicación?". Y concreta el cargo así:

"Conviene no ir a olvidar que Osorno se ha contradicho en sus manifestaciones. Luego creo que es injurídico e injusto, ilegal e inmoral, condenarle con base en esas contradicciones y sin parar mientes en busca del lugar preciso en donde verdades haya dicho. Más todavía, Osorno ante el Jurado y en presencia del Juez y de las partes dijo públicamente que él no había matado a Chica. El dijo a un Inspector de Policía algo no sucedido, con el único objeto de evitarle prisión a su esposa y sufrimientos a sus infantes."

Se observa:

"La injusticia notoria del veredicto —ha dicho la Corte— o la controversia de éste con los hechos procesales, es problema que sólo pueden resolverlo los juzgadores de instancia; el examen de los diversos elementos probatorios con las respuestas del jurado, conducen a la declaratoria de contraevidencia del veredicto; función privativa del Juzgado o del Tribunal, pero no de la Corte, toda vez que el recurso de casación no constituye dentro del proceso penal una tercera instancia, sino la confrontación de la ley con la sentencia, para saber si ésta fue correctamente aplicada o no. Por esto se ha dicho en multitud de fallos que la causal segunda no puede invocarse en los juicios en que interviene el jurado porque expresamente fue excluída del recurso de casación, "según lo dejó claramente establecido la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal. "Esta causal —la segunda— sólo es procedente alegarla en los juicios en que no interviene el jurado.

"La ley de procedimiento penal no consagró como causal de casación, la contraevidencia del veredicto del Jurado, sino el hecho de que la sentencia se pronuncie teniendo como fundamento un veredicto contradictorio; puntos sustancialmente distintos, y que como ya se expresó, el primero sólo puede resolverse en las instancias del juicio y el segundo ante la Corte".

Y en sentencia de 3 de noviembre de 1944, casación Juan Troyano, la Corte dijo:

"...En resumen, si el pensamiento de la comisión, claramente reafirmado durante todo el debate sobre el recurso de casación fue excluír toda controversia sobre los hechos no (sic) declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros que los aceptados por el jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto, por ser cuestión únicamente atribuída a los falladores de instancia, no puede considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo, en consecuencia, de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la comisión deliberadamente quiso excluír para no desnaturalizar el recurso extraordinario, conclúyese lógicamente que aquella causal sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el jurado no interviene".

En consecuencia la causal alegada carece de fundamento.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedi-

mental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Afirma el demandante que a Osorno se lo juzgó sin haber observado la plenitud de las formas propias del juicio, pues, se pretermitieron las garantías consagradas por los artículos 444, 452 y 458 del Código de Procedimiento Penal, omisión que, en concepto del recurrente, constituye "una modalidad supralegal que encuentra su fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional", y luego expresa:

"El artículo 444 del C. de P. P. impone al juez la obligación de dictar un auto para que el procesado y su defensor digan si tienen o no pruebas que pedir. Es entonces cuando, ejecutoriado dicho acto, el procesado y su defensor se reúnen a estudiar el proceso y a resolver si hay o no pruebas que puedan variar la situación en que han sido colocados los hechos narrados en el expediente y aceptados como base de responsabilidad. En el caso mío, no se dictó ese auto. Quedé sin oportunidad de que se practicaran pruebas que sin duda me habrían favorecido y no habrían evitado que se continuara en el error en que se cayó desde el instante en que se me indagatorió y se me consideró como autor de la muerte de Chica".

Se contesta:

Al defensor y al procesado no se les privó de ninguna garantía constitucional ni procesal con relación a la defensa, ni tampoco se les coartó el derecho a solicitar pruebas; esa oportunidad la tuvieron cuando el negocio a petición del Fiscal se abrió a prueba, providencia que fue notificada personalmente a las partes interesadas; y era, precisamente, dentro de los días siguientes a la ejecutoria de esa providencia cuando el procesado o su defensor debieron ejercer el derecho conferido por el artículo 447 del C. de P. P. pidiendo la práctica de pruebas que ellos creían convenientes a la defensa de sus derechos, pero como ni el defensor ni el procesado hicieron uso de esa facultad, la pretendida nulidad que hoy se plantea, quedó subsanada por el transcurso del tiempo al tenor del artículo 198, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal.

La ley establece términos precisos dentro de los cuales deben alegarse las nulidades, pero el silencio de las partes sobre un posible motivo de nulidad relativa, se subsana por el transcurso del tiempo o por la notificación de providencias posteriores al acto que engendra la nulidad. Callarse una nulidad en espera de consecuencias favorables y alegarla cuando el fallo es contrario a las pretensiones del reo, sería tanto como someter las contingencias del juicio a la voluntad de las partes, y son precisamente estos actos que van contra el principio de economía procesal los que la ley no consagró como vicios constitutivos de nulidad.

"Es verdad que en el presente negocio —dice la Procuraduría— no se dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, es decir, que una vez devuelto el expediente por el Agente del Ministerio Público, se ponga a disposición del procesado, en la Secretaría del Juzgado, para que manifieste si tiene o no pruebas que pedir. Mas ello se omitió aquí porque el Fiscal expresó que sí tenía pruebas que aducir y pidió que se abriera el juicio a prueba. El Juzgado seguramente estimó que con esta solicitud del Ministerio Público había que abrir de todos modos el juicio a prueba, aunque el acusado no lo pidiera, y así lo dispuso, notificándose personalmente la providencia respectiva al procesado y a su defensor, sin que éstos hubieran hecho el menor reclamo al respecto".

El artículo 444 del Código de Procedimiento Penal dice que el juez debe poner el negocio a disposición de las partes por un término no mayor de diez días para que manifiesten si tienen o no pruebas que pedir, y el numeral 4º del artículo 198 erige como causal de nulidad relativa, subsanable, bien sea porque el interesado no notificado hace uso del derecho de pedir pruebas o ya también; porque citado personalmente para la práctica de alguna prueba no solicita dentro de los tres días siguientes que se retrotraiga el proceso al estado en que se encontraba cuando ha debido hacerse la notificación omitida.

Por tanto, lo que la ley quiere, es que dentro del juicio haya una oportunidad de pedir pruebas y que los interesados tengan conocimiento de ella; pero si debidamente informados no la solicitan o no hacen retrotraer los términos dentro del tiempo que la ley señala, no pueden luego invocar la nulidad por no haber hecho uso de las facultades que la misma ley les otorga.

La omisión de la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el juez no interrogó personalmente al enjuiciado para informarse sobre los antecedentes personales del acusado, condiciones de vida, y en general sobre todo lo que tienda a

revelar su personalidad, no es violatoria de ninguna garantía procedimental; esa medida sirve de pauta al fallador para inquirir un conocimiento directo acerca de la personalidad del agente activo del delito, pero en ningún caso menoscaba los derechos de defensa, por otra parte, si dentro del proceso se encuentran elementos probatorios sobre los cuales se puede formar un conocimiento exacto de la personalidad del reo, su omisión no conlleva nulidad, ni la ley ha consagrado en ningún texto legal la pretermisión de esa formalidad como nulidad.

Este mismo razonamiento sirve para explicar el contenido del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

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, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de 17 de febrero de 1947 por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a Francisco Antonio Osorno Vallejo a la pena principal de nueve años de presidio como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Luis María Chica Londoño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

TESTIGOS SOSPECHOSOS DE PARCIALIDAD

El hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o deben rechazarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, ocho de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos. En sentencia de 24 de junio del año pasado, recurrida en casación, el Tribunal Superior de Ibagué condenó a Eliseo Hernández Duque a la pena principal de cuarenta meses de presidio y multa de $ 666.66, como responsable del delito de lesiones personales causadas a Luis María Hoyos el 25 de octubre de 1945.

En ese día se encontraba Hoyos en el punto denominado "Alto Bonito", del corregimiento de San Fernando, municipio del Líbano (Tolima), cuando llegó su yerno, el nombrado Hernández Duque, a reclamarle unas mejoras que tenía en un predio que aquél le había dado para el cultico. Y como Hoyos le negara el derecho que alegaba, Hernández Duque lo atacó con un cuchillo y le causó una herida en el brazo izquierdo, que le dejó una perturbación funcional.

En un escrito que no reúne los requisitos que la ley señala alega el recurrente como causales de casación la primera y segunda del artículo 567 del código de procedimiento penal.

Causal segunda. Errada interpretación de los hechos.

En cuanto a la segunda, dice que el Tribunal "les dio a las declaraciones de Nelson Piraquive y Antonio Parra un valor mayor del que realmente tienen", pues los consideró como testigos presenciales, sin serlo. No quedaba en pie sino el testimonio de José Antonio Gaviria, que no es suficiente para fundar en él una condena, y la confesión de Hernández Duque, que alegó haber actuado en legítima defensa.

El Tribunal nada dijo sobre las declaraciones, recibidas extrajudicialmente, de Luis Antonio Mejía, Gerardo Escobar y Eduardo Aguilar, según las cuales Hoyos se había declarado culpable, por haber ido a quitarle las mejoras a Hernández.

En fin, el Tribunal no tuvo en cuenta que Hernández Duque procedió en legítima defensa, porque al reclamarle a su suegro sobre las mejoras que tenía en el terreno de éste y de que lo había despojado, se le lanzó con un martillo, ataque que obligó a Hernández a defenderse.

La demanda, se repite, no se ajusta a las prescripciones legales, pues las razones que se invocan para demostrar los cargos son las de los alegatos de instancia, que se dan por reproducidas. Ello no obstante, se analizarán los cargos, en cuanto lo permita tan deficiente escrito.

¿Hubo una legítima defensa por parte del procesado? Esa es la razón principal que se ha traído para pedir la invalidación del fallo. Y que la hubo, se deduce, según el libelo: de la confesión de Hernández Duque; del hecho de no haber sido testigos presenciales los que se tuvieron por tales; del de ser José Antonio Gaviria testigo sospechoso, por ser subordinado de Hoyos, el ofendido; y, en fin, de que Hoyos dijo ante los testigos Mejía, Escobar y Aguilar que el responsable de lo acontecido había sido él, Hoyos, que no Hernández, y de esto nada dice la sentencia.

Se considera:

El Tribunal hace un concienzudo análisis de las pruebas para concluír que Hernández Duque es responsable del hecho, sin que pueda admitirse la defensa que invocó en su indagatoria y en el careo sostenido con su suegro. Después de hacer la relación de las pruebas que sirven para fundamentar el cuerpo del delito y la responsabilidad, concluye declarándolos acreditados plenamente, pues debía desecharse la defensa legítima invocada.

El recurrente, en cambio, no dice por qué se debe aceptar en su totalidad la confesión del procesado, sin tener en cuenta las demás probanzas, siendo así que no es prueba única y está contradicha por otras que la invalidan en lo que le es favorable.

Tampoco demuestra la demanda por qué los testigos de cargo no presenciaron los hechos, y esa afirmación no tenía sino una demostración: que estaban en imposibilidad física de ver lo que dijeron haber visto, o que sus vinculaciones con el ofendido les quitan fe a sus afirmaciones. Y esa demostración se echa de menos en el escrito presentado ante la Corte.

Sobre esto último, esto es, sobre la parcialidad de que pueden ser acusados los testigos dice la sentencia recurrida después de aceptar que uno de ellos era peón y los otros arrendatarios del ofendido:

"...esto no obsta desde el punto de vista legal, ya que éstos no han sido tachados dentro del proceso como parciales, no siendo por tanto del caso desestimar sus dichos. De otra parte, la forma clara y sencilla como aparecen deponiendo y estando en parte armónica con ellos la exposición que hace el propio enjuiciado, su credibilidad no podrá ponerse en duda".

El criterio del Tribunal parece acertado, porque el hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o deben rechazarse. Y las dos razones del Tribunal son concluyentes para deducir que los dichos de los declarantes son veraces: la primera, que la forma de la exposición es clara y sencilla; y la segunda, que las exposiciones guardan armonía en parte con la del propio procesado.

Ahora, no es exacto que el Tribunal nada hubiera explicado sobre las declaraciones de Luis Antonio Mejía, Gerardo Escobar y Eduardo Aguilar, pues en la sentencia acusada se lee:

"....los declarantes Eduardo Aguilar, Gerardo Escobar García y Luis Antonio Mejía ponen en boca de Luis María que éste ha manifestado que el responsable de los hechos sucedidos entre él y el procesado lo es el propio Hoyos, por haberle ido a quitar las mejoras a su yerno, no obstante haber concurrido éste a su casa a proponerle arreglo por las buenas..."

No dice, es cierto, el Tribunal por qué rechaza estas declaraciones ni qué alcance les da. Pero del contexto del fallo se deduce que no las acepta, por encontrarse en oposición con los dichos de los testigos de cargo, que le merecen crédito.

De esta suerte, la causal segunda no puede prosperar, porque para ello sería necesario desechar el criterio del Tribunal en la apreciación de las pruebas, criterio que en vez de aparecer como evidentemente contradictorio a lo verdadero, se encuentra ajustado a las reglas de la hermenéutica y, por tanto, a la realidad.

En consecuencia, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera. Indebida aplicación de la ley penal.

Respecto de la causal primera, a más de afirmar el recurrente que ha debido aceptarse la legítima defensa, según las razones expuestas anteriormente, añade que las consecuencias de la lesión sufrida, esto es, la prolongación de la incapacidad y la perturbación funcional permanente se debieron al "deliberado abandono" y a no haberse hecho practicar una operación quirúrgica.

De otro lado, no tuvo en cuenta el Tribunal que hubo una riña y, al aceptarse, la disposición infringida es el artículo 374, del código penal, con la deducción del artículo 384 del mismo código.

Principiando por la riña, debe decirse que el Tribunal no la aceptó, pues de las pruebas de cargo que consideró atendibles, lo que se deduce es que al reclamarle Hernández a Hoyos las mejoras y negarle éste el derecho a ellas, aquél resolvió atacar a su suegro con un cuchillo y que entonces Hoyos había empuñado un martillo con el cual se había defendido. Lo cual está muy distante de ser para el acusado la "riña imprevista" de que habla el artículo 384 del código penal, y el recurrente no demuestra lo contrario.

De la legítima defensa no hay para qué insistir, aceptado como está y como hay que aceptarlo, que en el caso en estudio no la hubo.

No queda, pues, sino el problema de saber si la sanción impuesta corresponde a la incapacidad y perturbación funcional permanente, debidas, según la demanda, a descuido de la víctima.

Para rechazar el cargo bastaría decir que el recurrente ni siquiera ensaya la demostración de sus asertos, que se contenta con hacer, pero sin darle respaldo alguno en las pruebas del proceso o en razones atendibles. Como la Corte lo ha dicho, "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". (Casación de 24

de octubre de 1945, G. J. Tomo LIX, números 2025-27, pág. 1002).

Mas cumple agregar que el Tribunal no tuvo en cuenta la incapacidad sufrida realmente por el ofendido, sino la que le fijaron los peritos si hubiera empleado un "tratamiento adecuado y oportuno" y que la perturbación funcional que le quedó como consecuencia de la lesión no se hubiera transformado en transitoria, con una intervención quirúrgica, sino que apenas "**puede** disminuír apreciablemente".

La causal primera invocada tampoco puede prosperar.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS

La Corte en diversas providencias ha sostenido que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencias de fondo, emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y que—posteriormente—como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, junio quince de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En memorial de 24 de febrero de 1947 el defensor del procesado Tito Julio Avila expresó lo siguiente:

Impedimento

"Hablando como defensor del procesado Avila, muy atentamente, os recuso, señor Magistrado, no por considerar falta de honorabilidad de vuestra parte, toda vez que conozco vuestra rectitud y proceder diamantino, sino porque considero que estais impedido para conocer del negocio por haber antes dictado el auto de proceder.

"En el caso de autos pido que se observen las fórmulas propias de cada juicio, o lo que es lo mismo, se cumplan las disposiciones legales sobre tramitación; pues de acuerdo con los artículos 72 y 73 del C. de P. P. el Magistrado que conoce en segunda instancia de la apelación de la declaratoria de injusticia notoria, debe declararse impedido si dictó el auto de proceder, y al tenor del numeral 4º del artículo 73 citado, y por **haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".**

La causal de recusación se funda, pues, en lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal que dice:

'Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

Cita en apoyo de su tesis algunas providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Decisión del Tribunal

En providencia de 17 de marzo de 1948 el magistrado recusado —doctor Eliécer Antonio Gómez— estudia la causal de recusación propuesta por el defensor del procesado y se pronuncia en contra de ella porque con esa tesis necesariamente habría que concluír que la entidad que conoce la "demanda criminal, ya no podría revisar la sentencia de primera instancia que se dictara en el mismo asunto, porque esa Sala ya había emitido opinión al revisar el auto de vocación a juicio; más aún, bastaría que una Sala hubiera revisado cualquier acto jurisdiccional, durante la instructiva, para que ya no pudiera revisar el auto de proceder".

Sin embargo para disipar las sombras de suspicacia —dice el magistrado— que puedan influír en relación con su probidad intelectual e imparcialidad en el conocimiento del problema, acepta la recusación propuesta y ordena pasar el negocio al magistrado que le sigue en turno para que califique el mérito legal del impedimento.

En auto de 7 de abril de 1948, el Tribunal, Sala Dual, no aceptó la recusación propuesta por el defensor del procesado contra el magistrado doctor Eliécer Antonio Gómez, y en cumplimiento de los artículos 77 y 74 del Código de Procedimiento Penal, ordenó se remitiera el negocio a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— para que resuelva lo que fuere legal.

En esa providencia se dice lo siguiente:

"Ciertamente que fue el hoy Magistrado doctor Gómez, el que como Juez Tercero Superior dictó en ese proceso con fecha cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis el auto

enjuciatorio de Tito Julio Avila y también el que anteriormente, el treinta y uno de julio del mismo año, le negó al dicho procesado el beneficio de libertad incondicional o siquiera en forma provisional que solicitó su apoderado; pero ninguna de esas actuaciones dan asidero para que ahora, cuando el mismo Dr. Gómez, como Magistrado que conoce del proceso, se le pueda recusar con fundamento en la causal invocada; pues que ni el sentido literal ni interpretativo del referido numeral 4º del artículo 73 del C. de P. P., se puede concluír que las intervenciones que entonces túvo el doctor Gómez impliquen la simple manifestación de su opinión sobre el asunto materia del proceso de que habla dicho precepto, porque lo que se expresó en tales providencias no fue el consejo u opinión aislada personal, particular o interesado sobre el caso **sub judice,** sino el juicio fundamentado y oficial del funcionario juzgador que en desempeño de su misión correspondía emitir en el negocio sometido a su conocimiento para definir la situación del procesado, que es cuestión bien distinta y que como tal no puede vincular su criterio a las decisiones que ahora le corresponda dictar, ya que no tratándose de revisar las mismas providencias, que antes profirió, éstas bien pueden no tener ya ninguna influencia, dados los cambios que el negocio haya sufrido en su desarrollo".

Se considera:

La Corte en diversas providencias ha sostenido que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencias de fondo, emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y que—posteriormente—como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio.

La afirmación anterior se hizo por primera vez, en auto de mayo 12 de 1945, cuando el doctor Ricardo Jordán Jiménez, distinguido magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se declaró impedido para conocer de un negocio de casación, por haber dictado como magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el respectivo auto de proceder, la Sala acogió las razones expuestas e hizo —entre otras— esta afirmación:

"Como el auto de proceder es la providencia que refleja de manera exacta el criterio del Juez sobre el hecho que se investiga y sobre la imputabilidad que pueda recaer sobre el procesado, incuestionable es, que, por este aspecto, el impedimento debe ser declarado".

Posteriormente en providencia de 20 de noviembre de 1947 la Corte expresa:

"Circunscrito el numeral 7º del artículo 73 —que es el que determina los motivos de incompatibilidad en los Jueces o Magistrados— al motivo que constituye el hecho "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", "la opinión sobre el asunto materia del proceso" que el numeral 4º enuncia como motivo de recusación, no puede limitarse a la opinión emitida fuera de la función jurisdiccional; debe también comprender los actos jurisdiccionales cuya validez presupone una deducción, un juicio, un razonamiento, esto es, una opinión o un concepto fundados en el análisis o apreciación de los elementos jurídicos que esos actos —según su objeto y contenido— integran y componen.

"Tópico de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, de cuya forma y contenido determina el artículo 431 del estatuto procesal penal. Esta calificación —como la norma referida lo prescribe— implica un especial proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades de la responsabilidad, deducidos de las pruebas que en la mayoría de las veces y no obstante las garantías y oportunidades que el juicio público ofrece al procesado, viene a constituír, sin adición ni modificación alguna, la parte fundamental de la sentencia recurrida. Esta realidad procesal e histórica explica por qué "la opinión sobre el asunto materia del proceso", erigida en motivo de recusación, puede también ser emitida en actos jurisdiccionales que preceden a la sentencia o son distintos de ella, como entre otros, el que califica el sumario o el que ordena —por causa de contradicción entre el veredicto y los hechos— se convoque a un nuevo jurado, y en los cuales el análisis y el juicio, esto es, la opinión sobre la materia del proceso, son base de decisión. La misma realidad procesal e histórica explica y justifica la posición del funcionario que, después de haber dictado o concurrido a dictar una de aquellas providencias en la primera faz o instancia del proceso, se abstiene de intervenir en la instancia o faz ulterior de revisión.

"Esta doctrina tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada —precisamente— en el principio de

que el examen del acto impugnado mediante un recurso debe atribuírse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de jerarquía superior a aquella decisión en el grado o instancia primitiva; y en este orden de ideas, si tal doctrina —concretada a providencias como el auto de proceder o de convocatoria a nuevo jurado— es aplicable a funcionarios de segundo grado, con mayor razón a los Magistrados de la Corte quienes, después de haber intervenido en las instancias anteriores del proceso, deban dirigir el procedimiento y redactar el proyecto de decisión del recurso; y con igual razón si se trata de determinadas causales — como la segunda, tercera, quinta y séptima preferentemente— en cuyo examen interfiere o puede interferir, por analogía, el juicio ya erigido en decisiones precedentes, ya que la naturaleza de la casación lleva a analizar y precisar actuaciones del proceso que si, insignificantes en apariencia, pueden constituír el fundamento del recurso".

Tratándose, finalmente, como se trata, de un motivo de abstención, sólo es apreciable por el Magistrado a quien afecta, y no incluído entre los de recusación del artículo 73, la interpretación aquí dada a la parte final del numeral 4º de aquel artículo en relación con los juicios emitidos en actos jurisdiccionales, como el auto de proceder y otros, no implica necesariamente la sanción de nulidad en caso de que ni se manifieste ni se alegue el motivo de abstención referido". (Auto, marzo 22 de 1946, G. J. números 2029, 2031, página 259).

"Quien apela de un negocio pretende que el superior revise la providencia del inferior, para saber si ella está o no de acuerdo con la ley y así confirmarla o revocarla. No se cumpliría una de las finalidades del recurso, si el Juez o Magistrado que debe fallar el negocio en **segunda instancia,** es el mismo funcionario que con anterioridad a la interposición de la apelación dictó el correspondiente auto de proceder y emitió concepto sobre temas referentes a la imputabilidad o responsabilidad del procesado. Quien emite opinión sobre puntos tan fundamentales del proceso, en cierto modo se vincula a sus conceptos y es casi difícil que se aparte de ellos, cuando por circunstancias especiales —ascenso en la rama jurisdiccional— tenga que revisar sus providencias dictadas como funcionario de **primera instancia.** En estos casos para tutelar los derechos del procesado y evitar cualquier sospecha de parcialidad contra el Juez o Magistrado debe admitirse el impedimento ya que el estudio del negocio en las dos instancias por distintos funcionarios constituye una de las mejores garantías para los intereses del procesado y de la sociedad.

"El impedimento se funda en el hecho de haber dictado el auto de detención, pero la opinión que se expresa en esa decisión, que no es definitiva ni vincula el resultado final del juicio a los puntos de vista expuestos en esa providencia; esa situación puede cambiar, y los motivos o razones que sirvieron de base al auto de detención pueden debilitarse o perder su valor inicial por los nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, en tal forma que el estudio de ellos lleve a la conclusión de su revocatoria, entonces, esa opinión —la del auto de detención— no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento.

"El impedimento que hoy estudia la Sala no comprende al Juez o Magistrado que pronuncia el auto de detención, sino a aquellos funcionarios que dictan providencias de fondo y que posteriormente adquieren dentro de la rama jurisdiccional un puesto de mayor categoría y por tal motivo tienen que conocer del negocio en **segunda instancia.** Este es el pensamiento consignado por la Corte en las providencias en que antes se hizo mención; y no el que el Tribunal pretende deducir cuando afirma que "el Juez Superior a quien le hubiere tocado revocar, oficiosamente o por apelación, un auto sobre libertad proferido por el funcionario investigador, estaría impedido para calificar posteriormente el mérito del sumario". La Sala no ha hecho esa afirmación ni podría hacerla porque ello implica un desconocimiento absoluto de la ley". (Auto, septiembre 12 de 1947).

Auto de proceder

En el auto de llamamiento a juicio el Juzgado Tercero Superior —desempeñado en aquel entonces por el doctor Eliécer Antonio Gómez— actualmente Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, se hizo un estudio detenido sobre el tema de la legítima defensa, situación en la cual quiso colocarse el sindicado, dentro del proceso penal.

La tesis de la legítima defensa fue rechazada enfáticamente por el Juzgado y por el Tribunal, el primero, afirma que los testigos que se dicen presenciales son sospechosos "por el solo hecho de haberse presentado a declarar no a raíz de los acontecimientos, como era lo natural si habían

do presenciales, para evitar que se fuera a cometer una injusticia con Tito Julio, sino el diez de mayo en curso, casi también tres meses después del infausto suceso" y el segundo dice:

"Apareciendo así, que por parte del occiso no medió la provocación verbal de que habla el sindicado, porque las frases que le dirigió fueron completamente distintas y no implicaban ninguna ofensa, y siendo más verosímil que fue el sindicado el que primero disparó su revólver, pues no hay certeza de que el occiso estuviera siquiera provisto de una arma de tal naturaleza, no puede sostenerse que el sindicado al descargar su revólver sobre aquél se hubiera visto en la necesidad de defenderse de una violencia injusta y grave y que pusiera su vida en inminente peligro".

En la causa las partes no pidieron que el juicio se abriera a prueba, de manera que con fundamento en los elementos probatorios que sirvieron de base al auto de proceder, los jueces de conciencia decidirían sobre el tema de la responsabilidad del acusado.

En la celebración del juicio —audiencia pública— el Fiscal del Tribunal y el defensor del procesado plantearon a los miembros del jurado las tesis de la legítima defensa, exceso en el ejercicio de ésta, y el estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. El Jurado prescindió de las consideraciones hechas por el Juzgado y el Tribunal, afirmó en su veredicto que el hecho se realizó pero en legítima defensa.

En providencia de 2 de diciembre de 1947 el Juzgado Superior, previo estudio de los elementos probatorios del proceso, declaró ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales y para el caso de no ser apelado ese auto ordenó su consulta.

El Juzgado niega la tesis de la legítima defensa porque las pruebas en las cuales se sustenta —declaración del ofendido y prueba testimonial— en su concepto no tienen fundamento legal, y expresa:

"Y es esta confesión, en la que han edificado el señor Fiscal y el defensor de Tito Julio Avila su tesis de la legítima defensa, sin tener en cuenta, que desde el principio hasta el fin, esa confesión se contradice abiertamente con pruebas intachables que establecen hasta la saciedad que Joselyn Castellanos no disparó primero, porque el incidente ocurrió para él en forma imprevista, y porque estaba en imposibilidad física de disparar, pues que carecía de revólver en esos momentos. Y el artículo 255 dice expresamente que la confesión del acusado "se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario". Y no puede pretenderse legalmente que una confesión de la calidad de la que acabamos de analizar, pueda valer más que el conjunto de declaraciones que transcribimos al principio contestes de circunstancias de tiempo, modo y lugar".

Posteriormente agrega:

"Como de las declaraciones de los testigos presenciales que acompañaban a Joselyn Castellanos, confrontadas la autopsia legal practicada al interfecto, y las contradicciones en que incurre Tito Julio Avila, demuestran con evidencia, que éste no pudo obrar en estado de legítima defensa, conforme lo decidió el Jurado de conciencia, y surge por el contrario la prueba de que es responsable de un homicidio simplemente intencional, como lo estimó el señor Fiscal que conceptuó sobre la excarcelación de Tito Julio Avila, en su vista número 105 del folio 72 y en la número 170, en la que pidió se llamara a juicio al acusado, y el Honorable Tribunal que conoció de la apelación del auto que le negó excarcelación a Tito Julio Avila, el Juzgado debe declarar contrario a la evidencia de los hechos ese veredicto, como lo dispone el artículo 537 del C. de P. P."

En estas condiciones el concepto u opinión consignada en el auto de proceder por el doctor Eliécer Antonio Gómez, seguirá vinculada a los elementos de prueba que sirvieron de fundamento para negar la tesis de la legítima defensa, habría lugar a pensar que ella podría ser modificada si en la causa se hubieran allegado pruebas tendientes a desvirtuar esa afirmación, pero la realidad procesal es otra, y en este evento, para tutelar en mejor forma los derechos del procesado, el magistrado que como juez dictó el auto de proceder, debe declararse impedido tal como lo hizo el doctor Antonio Gómez.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara fundado el impedimento** manifestado por el Magistrado doctor Eliécer Antonio Gómez para conocer del negocio seguido contra el procesado Tito Julio Avila por el delito de homicidio cometido en la persona de Joselyn Castellanos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Joreg E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS.—LESIONES INTENCIONALES.

El hecho por el cual fue condenado el procesado, es un delito de lesiones personales (culposas) sancionado por el artículo 7º de la ley 164 de 1938. No es como lo afirma el recurrente en el memorial de reposición —ante el Tribunal— un delito específicamente sancionado por el artículo 374, inciso 2º del Código Penal (lesiones intencionales).

Las infracciones de la ley penal previstas en estas disposiciones son sustancialmente distintas; la primera, configura un hecho integrado por elementos propios que lo tipifican como un delito PER SE. La culpa, negación del dolo, caracteriza al delito culposo como figura autónoma delictual; la segunda (artículo 374 del C. P.) tipifica un delito intencional, para cuya existencia es indispensable la concurrencia del dolo. De esta distinción depende el que las penas en su duración y calidad sean diferentes, y que las sanciones de los primeros, no sean las mismas que las de los segundos.

En este caso las lesiones no están sancionadas por la disposición del artículo 374 del C. P., inciso segundo, sino por el artículo 7º de la ley 164 de 1938 que es el que reprime las lesiones personales por culpa. La simple referencia que en el fallo se hace a la disposición del Código Penal, no implica vinculación de la pena señalada al delito culposo con la del delito intencional; se hace —únicamente— para buscar dentro de las diversas modalidades que pueden presentar las lesiones, la pena imponible de conformidad con la disposición especial que sanciona la culpa, porque ésta no es una circunstancia modificadora de la responsabilidad sino un elemento que configura un ilícito especial.

La cita de las dos disposiciones no es argumento valedero para sostener que la disposición que contempla la pena privativa de la libertad es la del Código Penal (artículo 374, inciso 2º) y no la de la ley 164 (artículo 7º) porque establecida la diferencia en las dos entidades delictuales no se puede tomar como disposición violada la qu sanciona el delito de lesiones culposas como esa pena en su máximo no es ni ex cede de cinco años, el recurso de casació por la gravedad de la pena no es proc dente.

No siendo, pues, la pena señalada por artículo 7º de la ley 164 de 1938, una san ción privativa de la libertad cuyo máxim sea o exceda de cinco años, puesto que, la lesiones no fueron intencionales sino culpo sas, el recurso de casación que otorga la le contra las sentencias dictadas por los Tri bunales Superiores de Distrito Judicial, e causas de que hayan conocido los Jueces d Circuito, no tiene aplicación para el pro blema debatido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casació Penal—Bogotá, seis de julio de mil novecien tos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.

Vistos:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Me dellín, en sentencia de doce de septiembre de mi novecientos cuarenta y siete, absolvió a Fidel En rique Jaramillo procesado por el delito de lesio nes personales culposas causadas a Encarnació Hernández Chica el treinta de julio de mil nove cientos cuarenta y cinco, cuando manejaba el au tomóvil distinguido con la placa número 11-07.

El Tribunal Superior del mismo Distrito e sentencia de diez y seis de marzo de mil nove cientos cuarenta y ocho, revocó la providencia de inferior, reemplazándola por un fallo condenato rio en virtud del cual se impone a Jaramillo l pena principal de seis meses de prisión.

Recurso de casación

Contra esta sentencia el defensor del procesad interpuso recurso de casación, petición que fu negada en auto de veintisiete de abril del pre

ente año, porque siendo las lesiones producidas or culpa "había necesidad de llevar el caso al rtículo 7º de la Ley 164 de 1938" que es la disosición violada y como la pena máxima no es e aquellas que el artículo 557 del Código de rocedimiento Penal considera como susceptibles el recurso de casación, éste debe negarse.

Reposición

En memorial de cuatro de mayo del presente ño el defensor del procesado, solicitó reposición el auto por el cual el Tribunal negó el recurso e casación, y para el caso de que no se accediea a su petición hizo la manifestación de que ocuriría de hecho para el inmediato Superior, y reviamente, solicitó copia de las piezas pertientes del proceso para acompañarlas al recurso.

Recurso de hecho

El Tribunal en providencia de mayo veintidós le mil novecientos cuarenta y ocho negó la reposición del auto de veintisiete de abril del presente año y en subsidio dispuso conceder el recurso de hecho impetrado por el defensor del procesado, y como en la tramitación de este recurso se cumplieron las formalidades de los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento Judicial, se procede a su estudio.

Decisión del Tribunal

Al negar —el Tribunal— el recurso de casación interpuesto contra la sentencia por la cual se condena al procesado a la pena principal de seis meses de prisión, dijo lo siguiente:

"Al aplicarse el derecho por el Tribunal en esta causa por lesiones adelantadas contra Fidel Enrique Mejía Jaramillo, se dijo: "Violó Mejía Jaramillo el artículo 374 del C. Penal, por lo cual debe aplicársele la sanción establecida por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938, en su grado mínimo, fs. 76, luego no hay lugar al recurso de casación que en los memoriales que anteceden interponen tanto el defensor como el procesado. En efecto: Las lesiones que presentó la ofendida y que se le reconocieron a fs. 10, le produjeron la perturbación funcional, de duración indefinida, de que hablan los médicos legistas a fs. 24. De suerte que aplicándole el artículo 374 al procesado, tendría una pena máxima de cinco años de presidio. Pero como las lesiones fueron producidas por culpa, obligatoriamente había necesidad de llevar el caso al artículo 7º de la Ley 164 de 1938, tal como lo hizo el Tribunal. Y como la pena máxima que en tal caso podría aplicarse al reo sería la de dos años y medio de prisión, no se llenan las exigencias del artículo 557 del C. de P. Penal, para que proceda el recurso de casación.

Se considera:

En relación con este problema —la Corte— en varias providencias ha dicho:

"El hecho por el cual fue condenado el procesado, es un delito de lesiones personales (culposas) sancionado por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938. No es como lo afirma él recurrente en el memorial de reposición—ante el Tribunal—un delito específicamente sancionado por el artículo 374, inciso 2º del Código Penal (lesiones intencionales).

"Las infracciones de la ley penal previstas en estas disposiciones son sustancialmente distintas; la primera, configura un hecho integrado por elementos propios que lo tipifican como un delito **per se**. La culpa, negación del dolo, caracteriza al delito culposo como figura autónoma delictual; la segunda (artículo 374 del C. Penal) tipifica un delito intencional, para cuya existencia es indispensable la concurrencia del dolo. De esta distinción depende el que las penas en su duración y calidad sean diferentes, y que las sanciones de los primeros, no sean las mismas que las de los segundos.

"En este caso las lesiones no están sancionadas por la disposición del artículo 374 del Código Penal, inciso segundo, sino por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938 que es el que reprime las lesiones personales por culpa. La simple referencia que en el fallo se hace a la disposición del Código Penal, no implica vinculación de la pena señalada al delito culposo con la del delito intencional; se hace —únicamente— para buscar dentro de las diversas modalidades que pueden presentar las lesiones, la pena imponible de conformidad con la disposición especial que sanciona la culpa, porque ésta no es una circunstancia modificadora de la responsabilidad sino un elemento que configura un ilícito especial.

"La cita de las dos disposiciones no es argumento valedero para sostener que la disposición que contempla la pena privativa de la libertad es la del Código Penal (artículo 374, inciso 2º)

y no la de la Ley 164 (artículo 7º), porque establecida la diferencia en las dos entidades delictuales no se puede tomar como disposición violada la que sanciona el delito intencional sino la que verdaderamente reprime el delito de lesiones culposas y como esa pena en su máximo no es ni excede de cinco años, el recurso de casación por la gravedad de la pena no es procedente".

No siendo, pues, la pena señalada por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938, una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, puesto que, las lesiones no fueron intencionales sino culposas, el recurso de casación que otorga la ley contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en causas de que hayan conocido los Juec de Circuito, no tienen aplicación para el probl ma debatido.

En mérito de las consideraciones expuestas, Corte Suprema —Sala de Casación Penal— adm nistrando justicia en nombre de la República d Colombia y por autoridad de la ley, estima bie negado el recurso de casación que dio lugar al d hecho de que aquí se trata.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Brun Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Pra da—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R Secretario.

APLICACION DE LA LEGISLACION A LOS INDIGENAS

Es evidente que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 89 de 1890 la legislación general de la República no rige entre los salvajes, y que el artículo 2º de la Ley 72 de 1892, autoriza al Gobierno para delegar a los Misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que saliendo del estado salvaje estén en capacidad de ser gobernados por ellas.

Pero los preceptos normativos de estos estatutos no tienen aplicación, ni las Leyes de la República dejan de regir, sino, cuando previamente se ha demostrado dentro del juicio civil o penal, que la persona que invoca o que se acoge a esos preceptos se halla en un estado salvaje, y que por tal circunstancia, sus actos dentro de la esfera del derecho penal, escapan al control de las leyes de la República para ser regidos por las disposiciones aplicables a los indígenas; es decir, de sujetos que no hacen parte de la vida civilizada porque no conviven ni actúan dentro de ella.

La demostración de que un indígena se halla en estado salvaje o semi-salvaje y que, por lo mismo, no está sujeto a la legislación general de la República, sólo puede obtenerse mediante un examen médico legal, en que se constate claramente, por los expertos, que el indio es un ser cuyos planos instintivo, afectivo e intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, o sea de que no disponen de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en su aspecto moral y social.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En providencia de veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la sentencia del Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, por la cual se impuso la pena principal de ocho años de presidio a Cruz Mesa Noscué, como responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Antonio Noscué.

Contra la sentencia del Tribunal, el defensor del procesado interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidas las normas propias al recurso se procede a su estudio.

Demanda

Se invocan como causales de casación la 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Se dice que la sentencia es violatoria de la ley penal porque en la individualización de la sanción se tuvieron en cuenta las normas del Código Penal vigente, las cuales no podían aplicarse, por ser el procesado Cruz Mesa Noscué, un indígena, y para este caso —de excepción— rigen los preceptos de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892 que establecen normas especiales en materia civil, penal y judicial, respecto de los indígenas; y posteriormente expresa:

"Pero como por otra parte, el hecho a él imputado no puede quedarse sin sanción, por cuanto que nuestro estatuto penal se inspira en los principios de la defensa social, debe sancionarse con arreglo a los artículos 29 y 64 del C. Penal —aplicando eso sí la jurisprudencia reciente de esa H. Sala— de que hay que descontarle el tiempo que ha permanecido en detención preventiva que se acerca ya a los **seis años**".

Se considera:

Es evidente que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 89 de 1890 la legislación general de la República no rige entre los salvajes, y que el artículo 2º de la Ley 72 de 1892, autoriza al Gobierno para delegar a los Misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que saliendo del estado salvaje estén en capacidad de ser gobernados por ellas.

Pero los preceptos normativos de estos estatutos no tienen aplicación, ni las leyes de la República dejan de regir, sino cuando previamente se ha demostrado dentro del juicio civil o penal, que la persona que invoca o que se acoge a esos preceptos se halla en un estado salvaje, y que por tal circunstancia, sus actos dentro de la esfera del derecho penal, escapan al control de las leyes de la República para ser regidos por las disposiciones aplicables a los indígenas; es decir, de sujetos que no hacen parte de la vida civilizada porque no convivén ni actúan dentro de ella.

La aplicación del artículo 29 del Código Penal, en relación con el capítulo que trata de las medidas de seguridad, por regla general, tienen cabida en la imposición de la sanción, cuando en el auto de proceder se ha hecho la declaración de que el agente al tiempo de cometer el hecho se hallaba en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia o padeciere grave anomalía psíquica, o cuando en los juicios en que interviene el jurado, éste ha hecho tal declaración y que por no ser contraria a la evidencia de los hechos procesales, es acogida por los juzgadores de derecho; en estos casos, es pertinente la aplicación de medidas de seguridad.

Pero si ninguno de los hechos contemplados en el artículo 29 de la ley sustantiva han sido reconocidos dentro del veredicto, puede aceptar y declarar la existencia de un hecho —enfermedad de la mente— que da lugar a la aplicación de medidas de seguridad, cuando por otra parte, de las circunstancias procesales se deduce que la persona que ejecutó el hecho es un **sujeto normal** y no un **anormal,** porque —en ese supuesto— la sentencia que se dicte dando aplicación a las medidas de seguridad sería violatoria de la ley penal.

Cruz Mesa Noscué fue llamado a responder en juicio por un delito de homicidio —agravado— pero el jurado en su veredicto descartó expresamente todo hecho o circunstancia que pudiera dar lugar para que el acto se califique dentro de las modalidades del artículo 363 del Código Penal. Negada por los jueces de conciencia la modalidad que se tuvo en cuenta en el auto de proceder, era lógico que el fallo tuviera como fundamento inmediato de ella la declaración del jurado sobre afirmación de la responsabilidad del procesado, por la comisión de un delito de homicidio simplemente intencional, y en estas circunstancias, el juez de derecho no podía en la sentencia aplicar medidas de seguridad, por no tratarse precisamente de una persona **anormal** sino de un sujeto **normal,** ni mucho menos dejar de aplicar la ley, para dar cabida a los estatutos que rigen a los indígenas no civilizados porque esta condición no se había demostrado.

En tal virtud la causal alegada no prospera.

Causal tercera

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto.

Se afirma que la sentencia no está en consonancia con el auto de proceder, porque en esa providencia se dijo que el acusado no sabe leer ni escribir, que su vinculación a los grupos civilizados es ninguna, que su capacidad para expresarse es limitada y que no habla ni entiende el castellano, circunstancias que obligaron al juzgado a nombrarle un intérprete para recibirle declaración indagatoria y que todos estos factores se valuarían en la sentencia; y concreta el cargo así:

"Como es obvio, el auto de proceder es el pliego de cargos que se formula al acusado; es como la demanda sobre que va a versar el debate que con él principia y allí quedan circunscritas las acusaciones, modalidades e imputaciones concretadas en tal providencia.

"Por la redacción del auto de proceder confirmado por el Tribunal Superior, auto que viene a ser ley del proceso, se advierte sin mayor esfuerzo que desde esa providencia se consideró a Cruz Mesa Noscué, como un indígena puro, no civilizado, a quien no se le podían aplicar como se le aplicaron, por el Tribunal en la sentencia acusada, las sanciones comunes a los civilizados, a un sujeto completamente extraño a la legislación colombiana, por lo que constatada esta cir-

cunstancia se pone de bulto la indicada causal tercera de casación, ya que "a ojos vista", se advierte que la sentencia ameritada no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder aprobado por el Superior".

Se replica:

"Lo relativo a la calidad de indígena no civilizado —dice la Procuraduría— que tenga Cruz Mesa Noscué, no fue problema debatido por la defensa en ninguna de las instancias del juicio, por lo cual ese tema resulta hoy extraño en casación, mayormente cuando el demandante no ha demostrado en forma alguna, como era su deber, que el acusado Mesa se halla cabalmente dentro de las excepciones especialísimas que consagran las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892.

"Y no habiéndose hecho tal demostración, al procesado le son aplicables los artículos 4º y 11 del Código Penal, según los cuales "la ley colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional", y "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este código".

"La demostración de que un indígena se halla en estado salvaje o semi-salvaje y que, por lo mismo, no está sujeto a la legislación general de la República, sólo puede obtenerse mediante un examen médico legal, en que se constate claramente, por los expertos, que el indio es un sér cuyos planos instintivo, afectivo e intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, o sea de que no dispone de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en sus aspectos moral y social.

"Y en el presente caso, ese dictamen científico no se ha allegado al proceso, ni la Procuraduría puede solicitarlo ahora, como fuera su deseo, porque el nuevo Código de Procedimiento Penal no autoriza el auto para mejor proveer.

"Por otra parte, de las distintas indagatorias rendidas por el acusado, se desprende que él sí tiene conocimiento del idioma castellano, que se expresa con bastante propiedad y que posee nociones éticas relativas al bien y al mal".

El hecho de que el procesado, en su declaración indagatoria, hubiera hecho la manifestación de que no habla ni entiende el idioma castellano, ni la circunstancia de que el Juez ante la negativa del sindicado para declarar, se hubiera visto precisado a nombrarle un intérprete, no es la prueba que la ley exige para que se tenga como demostrada la calidad de indígena no civilizado. Este acto voluntario y consiente de la persona a quien se llama a declarar, puede constituír un recurso defensivo pero no demostrativo de la calidad de indígena no civilizado, y tan evidente es esto, que con posterioridad a esta manifestación intervino en otras diligencias importantes del proceso sin que para ello hubiera sido necesario acudir al nombramiento de intérprete.

Así en el acto de la audiencia pública el Juez en presencia de los miembros del jurado, del fiscal y defensor del procesado, interrogó a éste sobre las diversas actividades desarrolladas en el día en que se sucedieron los hechos, y sus respuestas no ofrecen dudas ni ambigüedades en relación con lo que en ellas quería expresar; aún más, al responder a la pregunta de si "¿habla castellano y lo entiende?" dice "hablo y entiendo un poco", con lo cual se demuestra que el procesado no es un sujeto a quien —por excepción— debe aplicarse en su juzgamiento las normas de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892.

La causal tercera de casación permite impugnar la sentencia por dos motivos; el primero, cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y el segundo, cuando la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado. Pero —la Sala— ha sostenido, que por regla general, en los juicios en que interviene el jurado no es procedente alegar la causal por el primer motivo, porque en estos juicios el juez de derecho no califica la responsabilidad sino el Tribunal de conciencia, y al invalidar el fallo por esta razón, se prescindiría del veredicto que es la base de la sentencia, y el Juez —en ese caso— se abrogaría una jurisdicción que la ley no le ha conferido; es decir, se convertiría, prácticamente, en juez de hecho y de derecho y autoritariamente suprimiría en el hecho la institución del Jurado.

Lo anterior no significa que el Jurado, en su veredicto, no puede reconocer que el hecho se cometió en circunstancias diversas a la que se contempla en el cuestionario, ni que el auto de proceder sea una providencia inflexible e inmodificable. No, la Corte ha afirmado que lo inmodificable del auto de proceder es la parte que determina el género del delito y no su especie o las circunstancias que por uno u otro motivo se pueden puntualizar en la parte motiva, y esto es, precisamente, lo que ocurre en el problema de

estudio. La afirmación hecha por el Juzgado de que el procesado no habla ni entiende el idioma castellano, fue desvirtuada en el curso de la causa, circunstancia que se tuvo en cuenta por el Jurado, y ante la evidencia de los hechos procesales prescindió de esa aseveración, catalogó al procesado como un sujeto normal civilizado y le dedujo la consiguiente responsabilidad, de manera que, por este aspecto, carece de fundamento la causal invocada.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por la cual se condenó a Cruz Mesa Noscué a la pena principal de ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, consagra el derecho que asiste al procesado para solicitar el beneficio de libertad provisional, cuando éste hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad; y en la misma disposición se faculta al juzgador para otorgar ese beneficio bien sea antes de calificar el sumario o para antes de pronunciarse la sentencia definitiva. Pero la ley subordina esta gracia a la existencia de un hecho cumplido proveniente de la circunstancia de que el procesado hubiera "sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad". Así pues, si el segundo requisito no se ha cumplido, porque el procesado no ha permanecido en detención preventiva un tiempo igual al que le corresponde como pena privativa de la libertad, el derecho invocado carece de fundamento por ausencia de un factor —incumplimiento del hecho— presupuesto indispensable para configurarlo; y en estas circunstancias, la petición sobre beneficio de libertad provisional no es procedente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El doctor Jorge Hurtado C. en memorial de 23 de julio del presente año, en representación de su defendido, pide a la Corte haga las siguientes declaraciones:

a) Que se conceda al señor Alejandro Vargas Hernández el beneficio de libertad provisional "por haber pagado ya en detención preventiva la pena que se le impuso en la sentencia de segundo grado" y

b) Que desiste expresamente del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete que le impuso la pena principal de ocho años de presidio como responsable del homicidio perpetrado en la persona de José María Marulanda.

Se considera:

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, consagra el derecho que asiste al procesado para solicitar el beneficio de libertad provisional, cuando éste hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad; y en la misma disposición se faculta al juzgador para otorgar ese beneficio bien sea antes de calificarse el sumario o para antes de pronunciarse la sentencia definitiva. Pero la ley subordina esta gracia a la existencia de un hecho cumplido proveniente de la circunstancia de que el procesado hubiere "sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad". Así pues, si el segundo requisito no se ha cumplido, porque el procesado no ha permanecido en detención preventiva un tiempo igual al que le corresponde como pena privativa de la libertad, el derecho invocado carece de fundamento por ausencia de un factor — incumplimiento del hecho — presupuesto indispensable para configurarlo; y en estas circunstancias, la petición sobre beneficio de libertad provisional no es procedente.

"Consta del expediente —dice la Procuraduría— que el peticionario Alejandro Vargas Hernández fue sentenciado por el Tribunal Superior de Popayán a purgar la pena de ocho años de presidio como responsable del homicidio perpetrado en la persona de José María Marulanda, hecho que tuvo lugar en Puerto Tejada el 17 de abril de 1940.

"Según dato que arroja la boleta de encarcelación número 179, firmada por el Juez que conoció del proceso contra Vargas Hernández, éste se encuentra legalmente detenido por el motivo atrás anotado, desde el 24 de julio de 1942. Lle-

pues, cabalmente cerca de seis años privado la libertad.

"Pero el fallo que lo condenó en segunda instancia a la pena principal, privativa de la libertad de ocho años de presidio, no ha sido invalidado hasta el presente, carece de razón y de contenido jurídico la petición de libertad en favor del procesado que la suscribe.

"En efecto, el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, que parece invocado tácitamente por los peticionarios en su escrito, autoriza la libertad caucionada para aquellos casos en que "hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciera como pena privativa de la libertad'

"Por tanto, de acuerdo con esta norma legal, el acusado no tiene derecho a la libertad solicitada, puesto que aún le faltan dos años y dos días para cumplir la pena principal que le fue impuesta por el sentenciador de segunda instancia".

Desistimiento

El desistimiento de un recurso puede llevarse a efecto en cualquier estado del juicio y para que él sea procedente debe reunir los requisitos exigidos por la ley. Si la petición sobre desistimiento llena las formalidades del artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso es el competente para resolver la solicitud sobre desistimiento del mismo.

El desistimiento como acto procesal del juicio penal, se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio o un incidente del mismo; si ese derecho se ejerce por el procesado que es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos esté la facultad para desistir del recurso de casación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual se interpuso el recurso.

El desistimiento, por contener la renuncia de un derecho, sólo puede hacerse por el titular del mismo o por sus mandatarios judiciales cuando expresamente se les ha conferido esa facultad, pero la efectividad de ese derecho, sólo es posible, cuando se cumplen los requisitos de forma exigidos por la ley procedimental; cumplidas las formalidades legales la petición prospera, y el funcionario ante quien se hace debe decretarla.

Como en el caso de estudio, la petición sobre desistimiento del recurso, la formulan conjuntamente el reo y su apoderado, y como por otra parte, reúne los requisitos que se dejan analizados, ella debe decretarse.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del colaborador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

a) Negar el beneficio de libertad provisional solicitado por Alejandro Vargas Hernández y su apoderado, por no estar cumplidos los requisitos señalados en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal;

b) Aceptar el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por la cual se condena a Alejandro Vargas Hernández a la pena principal de ocho (8) años de presidio, por un delito de homicidio, cometido en la persona de José María Marulanda, y

c) Declarar ejecutoriada la sentencia de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y siete en lo que hace referencia a Vargas Hernández.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez. — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

DETENCION PREVENTIVA.—DETENCION ARBITRARIA

Cuando se consuma un delito y en torno a los sindicados como autores o partícipes surgen elementos de incriminación, claros, precisos y concretos, la detención debe ordenarse aunque no exista en el proceso la prueba plena de la responsabilidad o aquella que es indispensable para dictar auto de proceder, porque los intereses del Estado, de la sociedad y de la justicia exigen que se tomen ciertas medidas tendientes a asegurar la presencia del sindicado en el proceso penal, impedir la fuga y evitar que los presuntos responsables puedan ejercer ciertas influencias que en determinado momento sean factores decisivos para desviar la investigación en perjuicio de los intereses de la justicia.

Pero la privación de la libertad personal, cuando se trata de una captura, o de los casos previstos por los artículos 384 y 386 del Código de Procedimiento Penal, debe sujetarse a los requisitos señalados por los artículos 379 y 383 de la ley procedimental; y sólo mediante el cumplimiento —previo— de estas formalidades es procedente la orden de detención, pues cualquier otra actuación sería contraria a las normas que se dejan citadas.

Cuando el funcionario o empleado público viola estas normas y abusando de sus funciones priva a alguno de su libertad, el hecho cometido en tales circunstancias constituye un delito de detención arbitraria (artículo 295 del Código Penal). Pero si el funcionario o empleado público antes de ordenar la detención cumple con los requisitos señalados por la ley, el hecho que se realice en tales condiciones no constituye ninguna infracción de la ley penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, calificó el mérito de las presentes diligencias, sobreseyendo definitivamente en favor del doctor Pedro J. Castilla, por los hechos materia de la investigación.

Y como están cumplidas las formalidades de la ley de procedimiento, se procede a su estudio.

Antecedentes

El seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, Ricardo Bárcenas comisionó a Pablo Emilio Villarraga, para que se trasladara de Ibagué a la ciudad de Girardot, a entregarle a José Joaquín Muñoz, una carta cerrada que contenía tres cheques girados por Bárcenas, uno a favor de Juan Durán por la cantidad de $ 1.200.00, y los otros dos a la orden de Abel Barrero por la cantidad de $ 600.00 cada uno; pero Villarraga no cumplió la comisión impartida, y dolosamente dispuso de los cheques por las cantidades de seiscientos pesos cada uno, haciendo compras de varios artículos para uso personal, entre ellos, una máquina de coser Singer destinada a su concubina Irene Rondón, quien estuvo presente y acompañó en todas las operaciones al sindicado Villarraga.

En el curso de la investigación Villarraga confesó su responsabilidad ,y negó toda participación que en esos hechos tuviera su concubina Irene Rondón; sin embargo a ésta se le encontró parte de los valores que como saldo de las transacciones recibieron, y algunos objetos comprados—entre otros—la máquina Singer.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito a cargo —en ese entonces— del doctor Pedro J. Castilla, teniendo en cuenta los elementos probatorios allegados al proceso, dictó auto de detención en contra de Pablo Emilio Villarraga e Irene Rondón.

Fundamentos de la detención

Las razones que sirvieron de base para ordenar la detención de Irene Rondón fueron expresadas por el Juzgado, en auto de 1º de octubre de 1946; así:

"De la relación de los hechos que acaba de consignarse, se deduce que por tratarse de delitos conexos obliga a adelantar, investigar los diversos delitos denunciados, bajo una misma cuerda, y de ahí que el Juzgado hubiera solicitado la remisión de los distintos sumarios.

"Los hechos denunciados constituyen los siguientes delitos: Triple delito de falsedad en documentos al firmarse un instrumento negociable, como es un cheque, por individuo distinto de aquel a cuyo favor estaba girado; por violación de correspondencia; por el doble delito de estafa cometidos a la Agencia Singer y a Segura y Clavijo; y el delito de hurto de los cheques, y por último, el de encubrimiento.

"Veamos qué prueba existe que señale a Irene Rondón como encubridora: La Rondón hacía vida marital con Pablo Emilio Villarraga; esta mujer acompañó a Villarraga a las compras donde Segura y Clavijo, presenció la entrega del cheque de seiscientos pesos entregados por Villarraga a Clavijo, haciéndose pasar por Abel Barrera; la Rondón se presentó a la Agencia Singer, examinó una máquina de coser y le fue expedido el título de compra a su favor, presenciando la entrega del cheque girado por Bárcenas a Abel Barrero, la devolución de las vueltas y también estuvo presente cuando Villarraga se hacía pasar por Abel Barrero. Así mismo a la Rondón le fueron decomisados doscientos veintinueve pesos los cuales hacen parte del dinero que devolvió la Agencia Singer; y por último, esta misma mujer remesó en la Agencia de Transportes el Cóndor, la máquina en referencia; con destino a su madre. Toda la actuación anteriormente mencionada prueba que la mujer Irene Rondón es encubridora de los delitos cometidos por Villarraga, al tenor de lo dispuesto por el artículo 200 del C. Penal, que dice: "El que fuera de los casos de concurso en el delito, ocultare o ayudare a ocultar o asegurar el producto o fruto del mismo, o lo comprare o expendiere, a sabiendas de su procedencia, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años y multa de veinte a dos mil pesos...", pues dicha mujer, por su calidad de concubina, por haber acompañado en todas sus andanzas a Villarraga, obró a sabiendas, supo que los cheques eran de mala procedencia, lo mismo que la máquina, el dinero que le encontró en su poder y los demás objetos que le decomisaron".

Denuncio

En memorial de 14 de febrero de 1947, el sindicado Pablo Emilio Villarraga, denunció criminalmente al Juez 2º Penal del Circuito de Ibagué, doctor Pedro J. Castilla, por un delito de detención arbitraria, configurado por el hecho de haber privado de la libertad a Irene Rondón, ya que ésta fue excarcelada por orden del Juzgado Segundo Superior.

Concepto del Procurador

Al contestar el traslado el Agente del Ministerio Público, después de transcribir las razones que el Juzgado tuvo en cuenta para ordenar la detención dice:

"Basta lo anterior para convencerse de que el Juez Segundo Penal del Circuito, doctor Castilla, obró correctamente, conforme a derecho, pues el auto de detención aparece debidamente motivado y se ajusta a los requisitos exigidos por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 383 de la misma obra. Lo raro es que más tarde ese auto fuera revocado por el Juzgado Segundo Superior a no ser que la situación jurídica de la Rondón cambiara completamente de faz, de lo cual no hay prueba en este negocio".

Se considera:

Cuando se consuma un delito y en torno de los sindicados como autores o partícipes surgen elementos de incriminación, claros, precisos y concretos, la detención debe ordenarse aunque no exista en el proceso la prueba plena de la responsabilidad o aquella que es indispensable para dictar auto de proceder, porque los intereses del Estado, de la sociedad y de la justicia exigen que se tomen ciertas medidas tendientes a asegurar la presencia del sindicado en el proceso penal, impedir la fuga y evitar que los presuntos responsables puedan ejercer ciertas influencias que en determinado momento sean factores decisivos para desviar la investigación en perjuicio de los intereses de la justicia.

Pero la privación de la libertad personal, cuando no se trata de una captura, o de los casos previstos por el artículo 384 y 386 del Código de Procedimiento Penal, debe sujetarse a los requisitos señalados por los artículos 379 y 383 de la ley procedimental, y sólo mediante el cumplimiento —previo— de estas formalidades es procedente la orden de detención, pues cualquiera otra actuación sería contraria a las normas que se dejan citadas.

En el caso —**sub judice**— no se iba a resolver sobre la situación contemplada por el artículo 379 sino sobre la aplicación exacta de las normas del artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, y para ello era indispensable la existencia de un auto emanado del funcionario instructor, en el cual se exprese: el hecho que se investiga en el proceso; los elementos probatorios allegados sobre la existencia del hecho; la calificación legal y la pena establecida por la ley, o sea, la denominación jurídica en la cual se cataloga el hecho; y los diversos elementos probatorios allegados al proceso en contra de las personas sindicadas en su calidad de autores o partícipes.

Cuando el funcionario o empleado público viola estas normas y abusando de sus funciones priva a alguno de su libertad, el hecho cometido en tales circunstancias constituye un delito de detención arbitraria (artículo 295 del Código Penal). Pero si el funcionario o empleado público antes de ordenar la detención cumple con los requisitos señalados por la ley, el hecho que se realice en tales condiciones no constituye ninguna infracción de la ley penal.

El doctor Pedro J. Castilla, al ordenar la detención de Irene Rondón, cumplió estrictamente con los requisitos señalados en los artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal; pues, en el sumario se había comprobado plenamente el cuerpo del delito, y existía no sólo la prueba que la ley requiere para dictar auto de proceder sino una de más entidad, como sería la necesaria para deducir la responsabilidad; los elementos de orden objetivo como subjetivo que integran el delito, se analizaron ampliamente en la providencia del Juzgado 2º Penal del Circuito; y lo raro es, como lo anota la Procuraduría, "que esa providencia fuera revocada por el Juzgado Superior", y que el doctor Castilla —como lo dice en su declaración indagatoria— denunciara criminalmente ante el Tribunal al Juez Segundo Superior por el delito "que se hubiera cometido al dejar en libertad incondicionalmente a la mujer Rondón".

Si el doctor Pedro J. Castilla como funcionario cumplió con su deber ciñéndose a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal al ordenar la detención, su acto no puede ser violatorio de la ley penal; y la providencia del Tribunal debe confirmarse.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Jorge E. Gutiérrez Anzola—Agustín Gómez Prada—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA.—USURPACION DE JURISDICCION

El ejercicio de las actividades relativas a la administración de justicia, presupone en quienes las ejecuta —funcionarios de la rama jurisdiccional— la reunión de los atributos de jurisdicción y competencia. La primera, es la facultad que tienen dichos funcionarios para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y leyes de la República, y la segunda, es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, bien sea por razón del hecho, del lugar, o de la persona; y todo ejercicio de funciones jurisdiccionales sin el lleno de estos requisitos, constituye un exceso, abuso, o extralimitación de funciones.

La jurisdicción se pierde de manera absoluta cuando concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 145 o 13 del Código de Procedimiento Civil, y la pérdida de la jurisdicción parcial, ocurre en los casos expresamente señalados por el artículo 146, y se suspende, para uno o más negocios determinados, cuando se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 147 del C. J., o sea, entre otros, por impedimento del funcionario para conocer del negocio desde que se MANIFIESTA LA CAUSAL por quien corresponda, hasta que las partes la prorroguen si es prorrogable; y por RECUSACION DESDE QUE EL JUEZ O MAGISTRADO RECIBE EL AVISO oficial de haber sido admitida, hasta que se comunique oficialmente que ha sido negada la recusación. Así, pues ,todo ejercicio de funciones judiciales posterior a estos hechos, la ley lo considera como una usurpación de jurisdicción, porque la atribución judicial —en esos casos— se ejerce sin tenerla legalmente, por estar suspendida, o sea extralimitándose en el ejercicio de sus funciones o abusando de ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en providencia de once de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, calificó el mérito de las presentes diligencias, tendientes a averiguar la responsabilidad en que hubiera incurrido el doctor Luis E. Cardona Osorio, ex-Juez Segundo Civil de ese Circuito, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, cargos por los cuales fue denunciado por el doctor Ernesto Jiménez.

En la parte resolutiva de dicha providencia el Tribunal sobreseyó definitivamente en favor del sindicado y ordenó la respectiva consulta; y como se hallan cumplidos los trámites procedimentales se procede a su estudio.

Hechos

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, en providencia de 27 de mayo de 1924 declaró la interdicción judicial de Antonio Domínguez, y el 30 de octubre de 1925, fue nombrada como curadora del interdicto su esposa Isabel Chadid de Domínguez.

El 6 de julio de 1943 la curadora del demente —Isabel Chadid— confirió poder al doctor Juan Antonio de la Espriella para que solicite el permiso judicial y la venta en pública subasta de un inmueble de propiedad de Antonio Domínguez. La demanda fue presentada el 2 de agosto de 1943 y el 10 del mismo mes y año el Agente del Ministerio Público conceptuó favorable en relación con la licencia pedida.

El 18 de noviembre Carolina v. de Bayter solicitó al Juzgado se la tuviera como parte, para intervenir en el negocio, ya que en contra de Isabel Chadid existía una sentencia de divorcio por adulterio, por cuya razón se había solicitado la remoción del cargo de curadora que ejercía respecto de su marido demente. El Juzgado negó la petición, pero el 26 de noviembre el Agente del Ministerio Público pidió al Juzgado el aplazamiento del remate, el cual fue transferido para el día 10 de febrero de 1944.

El 4 de febrero de ese año Carolina v. de Bayter presentó al Juzgado dos memoriales, en el primero, reiteraba su petición para que se le tuvie-

ra como parte, y en el segundo, confería poder al doctor Ernesto Jiménez para que llevara su personería en dicho negocio. El Juzgado en **auto de 7 de febrero** resolvió las peticiones así: negando la intervención de Carolina v. de Bayter por ser una persona extraña al juicio; y declarándose "**impedido** para conocer del memorial y asuntos relacionados con el doctor Ernesto Jiménez por la causal que indica el artículo 433, numeral 15 del Código Judicial".

El 4 de febrero de 1944 el doctor Jiménez y Carolina v. de Bayter ante el Juzgado 3º Civil del Circuito, presentaron memorial de recusación contra el Juez 2º Civil del Circuito doctor Cardona Osorio, alegando enemistad grave entre el Juez y el apoderado, petición que fue admitida —el mismo día— y como consecuencia de ella se pidió el informe correspondiente al Juez 2º del Circuito. Con fecha 8 del mismo mes, este funcionario rindió su informe y **aceptó la recusación** por la causal alegada, y el mismo día el Juzgado 3º Civil del Circuito declaró separado del conocimiento del negocio al Juez 2º del Circuito, funcionario a quien se le notificó personalmente dicha providencia.

El 9 de febrero el doctor Cardona Osorio pidió al Juez 3º Civil del Circuito "reponga su providencia de fecha de ayer en el sentido de que solamente admita la recusación, si es que existe en el incidente dicho, apelando en subsidio para ante el superior". Esta solicitud —parece— fue resuelta negativamente y notificada personalmente al doctor Osorio. Sin embargo de haberse declarado impedido y separado del conocimiento del negocio al Juez 2º Civil del Circuito, este funcionario llevó a cabo todas las diligencias conducentes para verificar el remate del inmueble, el día 10 de febrero de 1944, diligencia que fue suspendida porque el Juez 3º Civil del Circuito pasó una nota al Juzgado 2º del Circuito solicitando el envío inmediato del negocio.

Estima el denunciante que todas las actuaciones realizadas por el doctor Cardona Osorio, Juez 2º Civil del Circuito, después de que este funcionario se declaró impedido, y aquellas que se realizaron después de que fue admitida la recusación son violatorias de la ley penal, y expresa:

"En mi concepto el doctor Cardona Osorio ha cometido y continúa cometiendo el delito de prevaricato, porque él profirió la providencia en que rechazó la petición de mi mandante no solamente usurpando jurisdicción sino influído por su enemistad para conmigo y porque su conducta es fruto de la misma pasión de enemistad.

"Creo también que el simple hecho de providenciar en un asunto en el cual se ha declarado impedido el Juez, constituye delito".

Pruebas

Al sumario se allegaron —en copia— parte de las diligencias cumplidas en el juicio promovido por la señora Isabel Chadid, curadora del interdicto Antonio Domínguez, con el objeto de obtener la autorización judicial para vender en pública subasta un inmueble de propiedad del interdicto y algunas diligencias relativas al incidente de recusación propuesto contra el Juez 2º del Circuito doctor Luis E. Cardona Osorio, por el doctor Ernesto Jiménez, apoderado de la señora Carolina viuda de Bayter.

También se halla demostrado el carácter de empleado público que, como funcionario de la rama jurisdiccional, tenía en esa época el doctor Luis E. Cardona Osorio como Juez Segundo Civil del Circuito. En cuanto al ejercicio del cargo, aunque es verdad que no se encuentra en las diligencias procesales la certificación expedida por el Secretario de Gobierno, o por el Alcalde Municipal de Cartagena, ese ejercicio se acredita con la confesión que el sindicado hace en su indagatoria cuando dice: "Todo ese período me encontré ejerciendo el cargo de Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena".

Se considera:

El delito de prevaricato cometido por un funcionario o empleado público se reputa existente cuando de las pruebas allegadas al proceso se demuestra la relación de los elementos objetivos y subjetivos del delito, y en tratándose de esta clase de infracciones el factor intencional determinado por el elemento "a sabiendas" y la calidad de los motivos de simpatía hacia unos interesados y animadversión hacia otros, debe acreditarse plenamente dentro del sumario, para que jurídicamente pueda configurarse dicha infracción.

Los actos realizados por el Juez acusado no son constitutivos de esa infracción penal, porque en el proceso no existe la demostración de los elementos que integran esta figura delictual y en ausencia de ellos mal puede hacerse esta imputación al sindicado:

"En efecto—dice la Procuraduría—no hay prevaricato, porque este ilícito, en su noción amplia,

consiste en administrar justicia de manera parcial, esto es, en infringir la ley a sabiendas de que se comete un acto injusto contra una persona o entidad; es el desconocimiento intencional del derecho escrito por parte de los encargados de aplicarlo. Prevaricar, por lo tanto, es lo mismo que faltar maliciosamente, por acción u omisión, a los deberes que impone el ejercicio de un cargo público, sin que sea de la esencia del delito el móvil afectivo que guíe al funcionario en su empeño de imponer su caprichosa voluntad, ni los fines que persiga con el acto arbitrario. El solo rompimiento consciente e inmotivado de la legalidad preestablecida, le ha bastado a la doctrina penal para configurar el prevaricato.

"Con todo, nuestro Código Penal ha tomado como elemento constitutivo de esa infracción el referente a los motivos de simpatía o de animadversión que determinen al funcionario o empleado público a apartarse de la ley, móviles estos que deben aparecer plenamente establecidos para los efectos de estructurar el cuerpo del delito. (Artículos 272 y 273 del C. de P. P.)".

Así, pues, la providencia del Tribunal en cuanto sobresee definitivamente por un delito de prevaricato debe confirmarse, por cuanto los hechos realizados por el sindicado no los cataloga la ley como una infracción de esta clase.

Abuso de autoridad

El ejercicio de las actividades relativas a la administración de justicia, presupone en quienes las ejecutan —funcionarios de la rama jurisdiccional— la reunión de los atributos de jurisdicción y competencia. La primera, es la facultad que tienen dichos funcionarios para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y leyes de la República, y la segunda, es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, bien sea por razón del hecho, del lugar, o de la persona; y todo ejercicio de funciones jurisdiccionales sin el lleno de estos requisitos, constituye un exceso, abuso, o extralimitación de funciones.

La jurisdicción se pierde de manera absoluta cuando concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 145 o 13 del Código de Procedimiento Civil, y la pérdida de la jurisdicción parcial, ocurre en los casos expresamente señalados por el artículo 146, y se suspende, para uno o más negocios determinados, cuando se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 147 del C. J., o sea, entre otros, por impedimento del funcionario para conocer del negocio desde que **se manifieste la causal** por quien corresponda, hasta que las partes la prorroguen si es prorrogable; y por **recusación desde que el Juez o Magistrado recibe aviso** oficial de haber sido admitida, hasta que se comunique oficialmente que ha sido negada la recusación. Así, pues, todo ejercicio de funciones judiciales posterior a estos hechos, la ley lo considera como una usurpación de jurisdicción, porque la atribución judicial —en esos casos— se ejerce sin tenerla legalmente, por estar suspendida, o sea extralimitándose en el ejercicio de sus funciones o abusando de ellas.

Es evidente que el doctor Cardona Osorio en auto de 7 de febrero de 1944 se declaró impedido para conocer de los negocios relacionados con el doctor Ernesto Jiménez y el fundamento de esa causal radica en la existencia de una enemistad manifiesta entre el Juez y el apoderado de Carolina v. de Bayter.

Desde el día 7 de febrero de 1944 en que el Juez 2º Civil del Circuito hizo pública la manifestación de impedimento, su jurisdicción estaba suspendida, de acuerdo con la ley. Pero en el supuesto de que ese hecho no fuera suficiente para suspender la jurisdicción existía otro de mayor entidad, cual era la providencia del Juzgado 3º Civil del Circuito por la cual se lo declaraba separado para seguir conociendo del negocio en virtud de la recusación propuesta.

Sin embargo y a pesar de estar suspendida la jurisdicción por imperio de la ley, el doctor Cardona Osorio, en su calidad de Juez 2º Civil del Circuito continuó actuando en dicho negocio, resolviendo peticiones como aquella que con fecha 9 de febrero de 1944 le hizo al Agente del Ministerio Público, pidiendo la suspensión del remate, o en subsidio la de hacer la consignación del valor del remate en el Banco de la República. Y más aún adelantando todas las diligencias conducentes para la efectividad del remate del inmueble de propiedad del interdicto, diligencia que no se cumplió en toda su integridad porque a ello se opuso la decisión del Juez 3º Civil del Circuito, quien le pidió el envío del negocio. Si esto se hubiera hecho el remate se hubiera realizado.

Usurpan jurisdicción —dice el artículo 148 del C. J.— los jueces, cuando la ejercen sin tenerla legalmente, o cuando conocen o proceden contra resoluciones ejecutoriadas, y es un hecho evidente que el doctor Cardona Osorio cuando resolvió

las peticiones formuladas por el Agente del Ministerio Público y cuando adelantó todas las diligencias relativas al remate del inmueble, no tenía ninguna jurisdicción para conocer del negocio, ora por haberse declarado impedido, ya también, por motivo de la recusación que fue admitida y declarada por el Juez 3º Civil del Circuito. De manera que esa actuación posterior implica un abuso de facultades que pueden configurar un acto injusto contra los intereses personales y materiales del interdicto Antonio Domínguez, o por lo menos una omisión o retardo en la ejecución de un hecho relativo a sus funciones, cual era la de no seguir conociendo del negocio porque ya no tenía ninguna jurisdicción legal.

"Los funcionarios y empleados públicos —ha dicho el Procurador— no tienen otra competencia que la que la Ley les da, y sólo pueden hablar al amparo de las normas legislativas que se les ponen a su alcance. Por eso, el acto jurisdiccional se define como "la manifestación de voluntad, en el ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto hacer constar una situación jurídica (general o individual) o hechos. Tal es su esencia.

"De ahí que el acto jurisdiccional, como todo acto jurídico, requiera dos requisitos susbtanciales: una manifestación de libertad y el ejercicio de un poder legal. Este poder legal faltaba en el presente caso, desde el momento en el cual se declaró impedido el Juez para conocer del negocio, puesto que el artículo 147 del Código Judicial estatuye que la jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados, entre otros casos, "por impedimento del Juez para conocer de un asunto desde que se manifieste la causal de quien corresponde, hasta que las partes le prorroguen la jurisdicción, si es prorrogable; por recusación, desde que el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficialmente, que ha sido negada la recusación.

"Así, pues, el Juez cometió un acto arbitrario al seguir actuando en el negocio, acto que iba en contra de los intereses del interdicto, como se lo puso de presente el Personero al solicitar la suspensión del remate.

"En tal virtud, se reúnen, en cuanto a este cargo, los requisitos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para llamar a juicio al doctor Cardona Osorio.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él RESUELVE:

Confirmar la providencia consultada en lo que hace referencia al sobreseimiento definitivo dictado en favor del doctor Luis Cardona Osorio por un delito de prevaricato.

Revocar el sobreseimiento definitivo en relación con el delito de abuso de autoridad y en su lugar llamar a responder en juicio al doctor Luis Cardona Osorio, de anotaciones civiles conocidas en este proceso, ex-Juez 2º Civil del Circuito, por uno de los delitos previstos y sancionados en el Título III, Capítulo IV, Libro II del Código Penal bajo la denominación jurídica "de los abusos de autoridad y otras infracciones".

El Tribunal hará la respectiva notificación de esta providencia (artículo 432 del C. de P. P.).

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Francisco Bruno. Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

El delito de abuso de autoridad requiere para su configuración jurídica que el acto cometido por el Juez en su calidad de tal, o excediéndose en ella, sea arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. (Artículo 171, C. de P. P.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En virtud de apelación interpuesta por el Ministerio Público, procede la Corte a revisar el sobreseimiento definitivo que, con fecha 23 de septiembre de 1947, profirió el Tribunal Superior de Cali en favor del doctor Harold Peña Zamorano, acusado de violación de la reserva sumarial cuando desempeñaba las funciones de Juez 1º Penal de ese Circuito.

No tiene la Corte a su estudio el proceso original, porque se incendió en la Procuraduría General de la Nación en los sucesos ocurridos en el pasado mes de abril. Pero las copias autenticadas de la providencia que se revisa y de la Vista Fiscal de primera instancia hacen fe en cuanto a su existencia y contenido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 162 y 251 del Código de Procedimiento Penal, 632 del Código Judicial y 8º del Decreto de carácter Legislativo número 1897, de 4 de julio de 1948.

Debe aceptarse, porque así aparece en la copia de la providencia que se revisa, que a fojas 17 y 18 del proceso figuraba la copia autenticada del Acuerdo número 252 de fecha 7 de junio de 1943, expedida por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal de Cali, donde constaba que el doctor Harold Peña Zamorano fue nombrado Juez Penal del Circuito de aquella ciudad y que al folio 18 vto. se encontraba la certificación de la Alcaldía Municipal de Cali, de fecha 22 del propio mes de septiembre, en que constaba que el doctor Peña Zamorano ejerció las funciones de Juez Penal de ese Circuito "del 30 de junio al 27 de septiembre de 1943", o sea, durante el lapso a que se refieren los hechos investigados. Por manera que se encuentra acreditada la competencia del Tribunal de primera instancia y de la Corte para conocer en este proceso.

El señor Juez 1º Penal del Circuito de Cali, doctor Harold Peña Zamorano, adelantaba un sumario contra Miguel Caldas Luna y otros por abuso de autoridad.

Con fecha 5 de agosto de 1943, el doctor Evangelista Quintana, en su carácter de apoderado de la parte civil en ese proceso, le pidió al Juez el desglose y envío de un documento sobre contrato de arrendamiento celebrado entre Miguel A. Villafañe y Graciela Londoño, el cual figuraba en un juicio de lanzamiento de que conocía el Juzgado 1º Civil Municipal de Cali.

El Juez, doctor Peña Zamorano, resolvió la anterior solicitud disponiendo que pasara original el memorial presentado por la parte civil al señor Juez 1º Municipal para que ordenara el desglose del documento a que hace referencia el escrito presentado por el prenombrado apoderado.

El doctor Evangelista Quintana consideró que, al enviar original su escrito, el Juez Peña Zamorano al Juez Municipal, se había incurrido por el funcionario que así lo decretó en una violación de la reserva sumarial, puesto que en dicho escrito se relataban hechos relacionados con la investigación iniciada contra el doctor Caldas Luna. Y este motivo originó la acusación contra el Juez 1º Penal del Circuito.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en su concepto de fecha julio 31 del año en curso, se pronuncia por la confirmación de la providencia apelada.

No hubo violación de la reserva sumarial, por parte del Juez acusado, doctor Harold Peña Zamorano, porque, como lo anota el señor Procurador, el memorial del doctor Quintana no fue agregado al proceso penal, sino que, original, se mandó al Juez 1º Municipal para efectos del desglose

solicitado. "Y sólo se quebranta aquella reserva —dice el Procurador— cuando se revela, en todo o en parte, el texto o contenido de las piezas que forman el sumario", como perentoriamente lo dice el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal".

Es indudable que el señor Juez del Circuito, doctor Peña Zamorano, ha debido agregar al cuaderno de prueba de la parte civil el escrito presentado por el doctor Quintana, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 124 del Código de Procedimiento Penal, en vez de remitirlo al Juez Municipal para que allí se decretara el desglose solicitado. Pero este proceder del Juez denunciado no puede considerarse como constitutivo de un abuso de autoridad que, para su configuración jurídica, requiere que el actó cometido por el Juez en su calidad de tal o excediéndose en ella, sea arbitrario e injusto contra una persona o contra una propiedad (artículo 171 del Código de Procedimiento Penal). Y es evidente que en este caso no hubo perjuicio alguno, puesto que en el fondo fue decretada la prueba que por medio de su memorial solicitó el doctor Quintana.

De tal suerte que por ningún aspecto el Juez denunciado cae bajo el ministerio de la justicia penal. En consecuencia, obró rectamente el Tribunal al dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

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 señor Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Agustín Gómez Prada. Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Los decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir, de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, o de aquellos delitos que se cometieron por motivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional —si así puede llamarse— no se extiende al juzgamiento de delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar.

En tratándose de delitos complejos, o de delitos políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es el motivo o móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos; móviles de causalidad mixta, político y común, político en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común, en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directa o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los DELITOS COMPLEJOS O CONEXOS de que tratan los decretos leyes, la competencia será de los jueces ordinarios y no de los militares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Juzgado Primero Superior de San Gil en providencia de 24 de junio de 1948, manifestó no ser competente para conocer del delito de homicidio ejecutado en la persona de Misael Peña, por haberse realizado ese hecho en conexión con los delitos de saqueo, robo, rebelión y asonada cometidos el 10 de abril del presente año en la población de San Vicente (Santander).

Auto del Juzgado Superior

"El delito a que el proceso se refiere —dice el Juzgado— fue cometido en la ciudad de San Vicente (Santander) el día diez de abril del año en curso, en la plaza principal de aquel municipio, a eso de las dos y media de la tarde, durante los bullicios y asonadas ocurridos con ocasión de la turbación del orden público y justamente cuando una multitud armada de machetes se entregaba al saqueo. Dedúcese de lo dicho que el homicidio que en este proceso se investiga se encuentra inequívocamente conexionado con los acontecimientos delictuosos de que debe ocuparse la justicia militar, al tenor de los Decretos legislativos números 1.385 y 1.406 del presente año".

"La evidente conexión del delito investigado con los del saqueo, robo, rebelión y asonada, están indicando claramente que el conocimiento de este proceso corresponde a la Justicia Militar, como quiera que el citado Decreto 1.406 en el inciso segundo del Artículo 1º, dispone:

"...Si se trata de delitos **complejos**, es decir, de delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, como los enumerados en el inciso anterior, el conocimiento corresponde a la justicia militar".

"En estas condiciones el Juzgado Superior no es competente para conocer y fallar del proceso en referencia, sino que su conocimiento está atribuí-

do a la Brigada que tenga jurisdicción militar en el munipicio de San Vicente, que no es otra que la que tiene su sede en la ciudad de Bucaramanga".

Auto del Juzgado Superior Militar

El Juez Militar rechaza la competencia provocada por el Juzgado Superior, porque —en su concepto— no se trata de un delito complejo o que tenga conexidad con los delitos realizados con motivo del asesinato del Dr. Jorge Eliécer Gaitán, sino de un delito simplemente común cometido por motivos de orden personal sugeridos entre los protagonistas del insuceso, y dice:

"Para este caso concreto, José Antonio Luque y su adletere Luis Alberto Gómez, aparecen sindicados del **simple** delito de homicidio, siendo la única relación que deriva el Juez Superior de San Gil con las depredaciones de sabor político cumplidas en San Vicente, la simultaneidad de su ocurrencia, sin que el proceso ofrezca el menor asidero para imputar a la víctima y al victimario intervención directa en esas depredaciones, ya que, todo lo contrario, con esa pendencia que culminó con la muerte de **Misael Peña M.** los protagonistas dilucidaron una rencilla absolutamente privada o personal".

"De las anteriores consideraciones se concluye que el conocimiento de este proceso corresponde a la justicia ordinaria, por cuanto se trata de un delito común consumado por particulares sin siquiera aprovechamiento de la calamidad que en esos momentos sufría la población de San Vicente, toda vez que de las probanzas, si bien muy deficientes pero decisivas en sentir del Juzgado para resolver sobre la competencia, aparece no solo la espontaneidad sino el impulso sin control de vengar una ofensa individual por parte del homicida".

Se considera:

Los decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir, de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, o de aquellos delitos que se cometieron por motivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional —si así puede llamarse— no se extiende al juzgamiento de delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar.

En tratándose de delitos complejos, o de delitos políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es el motivo o móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos; móviles de causalidad mixta, político y común, político en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común, en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directa o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los **delitos complejos o conexos** de que tratan los decretos-leyes, la competencia será de los jueces ordinarios y no de los militares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público.

Como las expresiones, delitos simples, delitos complejos, y delitos conexos, puede crear dudas en el juzgador para efectos de apreciar el delito y determinar la competencia, es oportuno repetir lo que esta Sala dijo en providencia de 23 de junio de 1938:

"Según los autores, **delito simple** es aquel por medio del cual se lesiona un solo bien o interés jurídico, como el homicidio, el hurto, las lesiones; **delito complejo** es el constituído por el quebrantamiento de distintos bienes o intereses jurídicos mediante hechos diversos, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito, como el homicidio y el robo, la falsedad y la estafa, etc.; y **delitos conexos** son los que están ligados por un vínculo estrecho que los hace depender unos de otros o explicar los unos por los otros (Cuello Calón, Garraud, Soler, Ramos)".

"Puede hacerse una distinción entre delitos complejos y delitos conexos, pero la opinión que parece más común hace considerar que en el **delito complejo** es menester que uno de los hechos que lo integran sea medio necesario para la realización del otro, de suerte que haya entre ellos relación de medio y fin y, así, los dos términos de

complejo y conexo se confunden y significan lo mismo".

Frente a los conceptos anteriormente expuestos, se examina el delito de homicidio cometido por José Antonio Luque en la persona de Misael Peña, para saber si el hecho realizado en las circunstancias de que dan cuenta las diligencias enviadas a la Corte, es o nó de competencia de las autoridades militares.

Es cierto que el delito de homicidio del cual se sindica a José Antonio Luque se realizó el 10 de abril de 1948, cuando en la ciudad de San Vicente (Santander) multitud de gentes en señal de protesta (según dicen los declarantes) por la muerte del Dr. Jorge Eliécer Gaitán, realizaban varios hechos delictuosos como saqueos, robos, destrucción de almacenes e incendio de mercancías de varios establecimientos comerciales. Pero también es evidente que de las pruebas enviadas a la Corte, no se puede deducir, que el delito de homicidio se cometió por circunstancias que tuvieran alguna relación con los hechos cumplidos en la ciudad de San Vicente.

En efecto: ninguno de los declarantes afirma ni directa ni indirectamente, que la muerte de Misael Peña, se produjo porque éste tomara parte activa en defensa de los intereses privados de las personas cuyos almacenes eran saqueados, o porque se opusiera a la realización de los actos consumados por las multitudes, o porque Peña por sus ideas políticas hubiera protestado por esos hechos cumplidos el 10 de abril del presente año o porque éste hubiera tomado parte directa en los actos realizados en la ciudad de San Vicente (Santander). Si alguno de estos móviles o cualquier otro que tuviera relación con los delitos expresados en los decretos de carácter extraordinario se hubiera demostrado, es natural que, la competencia para juzgar esos hechos sería de las autoridades militares y no de la justicia ordinaria.

Parece que el móvil del delito fue el resultado de una divergencia personal, según lo expresan los testigos, personas que al ser interrogadas por los motivos que tuviera José Antonio Luque para matar a Misael Peña expresan:

Abraham Rincón.—"Preguntado: Ud. sabe o ha oído decir por qué motivo se agredió a Misael Peña? Contestó: Pues a mi no me consta eso pero sí he oído decir a varia gente que no puedo precisar que fue que el dijunto Misael Peña cortó a un hijo de José Antonio Luque en ese mismo rato pero como digo es que dicen pero yo eso no lo ví; cuando yo llegué a la plaza ya sucedía lo que conté de manera que de lo anterior no doy razón".

Alfonso Ortiz dice: "Oí también el comentario de que el muerto le había pegado un planazo al hijo de José Antonio Luque que si más lo mata y que por ese motivo tal vez José Antonio Luque había cortado al cliente".

Nicanor Rodríguez dijo a José Antonio Luque "que llevaran ese muchacho por allá donde un médico porque podía estar atarcao y así fue que tanto José Antonio como el hijo se separaron de ahí y se fueron"; y

Juan Francisco Orozco manifiesta: "Preguntado acerca de las causas para que Peña fuera muerto, ¿sabe algo? Contestó: "Supe me parece que días después que era que Peña había atacado a un hijo de ese señor José Antonio Luque pero de eso nada me consta sino que oí decir".

De las declaraciones transcritas se colige que el móvil del delito fue de índole personal y no de aquella que contemplan los decretos. Por otra parte, no hay elemento probatorio alguno, que pueda llevar a la conclusión de que el hecho imputado a Luque, sea un delito complejo o que él se haya cometido en conexidad con los hechos antes relacionados para que la Corte haga la afirmación de que la competencia es de las autoridades militares. Por el contrario, las pruebas allegadas para resolver el incidente de colisión de competencias indican aunque no en forma clara y expresa que el delito tuvo un móvil personal distinto de aquel que contemplan los decretos expedidos con motivo de la turbación del orden público. Y en estas condiciones y mientras esa situación no sea modificada por las pruebas del proceso, la competencia será de las autoridades ordinarias.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la COLISION de competencias en el sentido de declarar que del proceso contra José Antonio Luque debe conocer la justicia ordinaria.

Cópiese, notifíquese y dése cuenta al señor Juez Superior Militar de la Quinta Brigada, y envíese las diligencias al Juez Primero Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

El artículo 9º del Decreto No. 1405 de 1934, sobre régimen carcelario y penitenciario, autoriza el traslado de presos de una penitenciaría a otra o de una cárcel a una penitenciaría, por graves motivos de conveniencia para la administración o de salud para los procesados. La resolución No. 1162 de 23 de julio de 1937 reglamentó aquella norma y facultó el cambio de establecimiento, entre otros casos, cuando exista enfermedad comprobada y consiguiente cambio de clima, o falta de elementos de curación. (Cfr. inc. 2º Art. 58 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre).

El señor Director del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por el doctor Jesús Niño B., quien en su carácter de apoderado del procesado Ramón Alfonso Durán pide el cambio de radicación del proceso que contra este último se adelanta en el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por el delito de homicidio.

Corresponde a la Corte emitir su concepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Las razones que se exponen para hacer ostensible la conveniencia de mudar la radicación del proceso que se está tramitando en el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en averiguación de la responsabilidad del procesado Ramón Alfonso Durán, sindicado del delito de homicidio, las enuncia el solicitante así:

"Con fundamento en estos documentos, y en la doctrina del inciso 2º del Art. 58 del C. J., solicito del señor Ministro se decrete el cambio de radicacin del proceso que por el supuesto delito de homicidio se adelanta contra mi representado Ramón Alfonso Durán en el Juzgado 2º Superior de Santa Rosa de V., a uno de los Juzgados Superiores de este Distrito Judicial de Bogotá, con el fin de que se pueda practicar una operación quirúrgica en una hernia umbilical que padece y que lo tiene reducido al lecho, y corre peligro de estrangulación. Y pido a este Distrito el cambio, debido a que en Boyacá no existe un centro quirúrgico, como el caso lo requiere".

El inciso 2º del Artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, autoriza al Gobierno para disponer que los sindicados o procesados por delitos de la competencia del Juez Superior del Distrito Judicial, sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija el cambio de clima o de residencia del inculpado.

En el presente caso si bien es cierto que el procesado Ramón Alfonso Durán "clínicamente presenta puntos de hernia y debe ser operado", según diagnóstico médico, tal enfermedad no requiere un cambio de clima, ni un tratamiento indefinido fuera del lugar donde actualmente se encuentra el sindicado. Bastaría con un traslado transitorio a un lugar donde pudiese ser sometido a una operación quirúrgica, para luégo volverlo a Santa Rosa de Viterbo donde se le sigue el proceso penal.

Y este traslado bien podría ser ordenado por el señor Director General de Prisiones a petición del Director de la Cárcel donde actualmente se encuentra el procesado enfermo. El Artículo 9º del Decreto No. 1405 de 1934, sobre Régimen Carcelario y Penitenciario, autoriza el traslado de presos de una penitenciaría a otra, o de una cárcel a una penitenciaría, por graves motivos de conveniencia para la administración, o de salud para los procesados.

La resolución No. 1162, de 23 de julio de 1937, reglamentó aquella norma y facultó el cambio de establecimiento, entre otros casos, cuando exista enfermedad comprobada y consiguiente cambio de

clima, o falta de elementos de curación. Caso este último en que se encuentra el sindicado Ramón Alfonso Durán y que, como ya se dijo, puede ser subsanable por el señor Director General de Prisiones, sin que se vea la necesidad de optar por el cambio de radicación del proceso que al sindicado Durán se le sigue en el Juzgado 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, **emite concepto desfavorable** respecto del cambio de radicación del proceso que se adelanta actualmente en el Juzgado 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo, contra el señor Ramón Alfonso Durán, por el delito de homicidio.

Cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvanse las diligencias.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Julio E. Argüello R., Secretario.

FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION. — AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO. — ELEMENTO CARACTERISTICO DEL DELITO DE ROBO.

1.—Antes de regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, por mandato del artículo 64 de la ley 169 de 1896, tenían atribuciones de funcionarios de instrucción —entre otros— los Gobernadores de los Departamentos, los Prefectos de las Provincias, los Alcaldes Municipales, los Inspectores de Policía Nacional y de los Departamentos, pero esas atribuciones les fueron suprimidas en virtud de la ley 94 de 1938, para radicarlas en los funcionarios de la rama jurisdiccional, creándose por este motivo la institución denominada Jueces de Instrucción Criminal.

Pero dificultades fiscales impidieron apropiar las partidas correspondientes para atender al correcto y normal funcionamiento de los Juzgados de Instrucción Criminal, creados por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, hoy 30 de la ley 4ª de 1943. Por esta razón, el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido por el artículo 25 de la ley 92 de 1938, dispuso en el artículo 2º del Decreto ley número 1.111 de 1938 que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter".

En esta forma se dio vigencia a la disposición del artículo 64 de la ley 169 de 1896, y dentro de la organización actual también son funcionarios de instrucción con facultades para adelantar las investigaciones aquellos cuya enumeración trae la disposición citada y entre éstos, están incluídos los Prefectos Judiciales y los Alcaldes Municipales. En consecuencia, la nulidad por incompetencia de jurisdicción —alegada por el recurrente— no existe.

2.—El artículo 272 de la ley procedimental establece que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito. Según esto, es indispensable que la existencia de la infracción esté plenamente establecida para dictar el correspondiente auto de proceder y no se podrá dictar sentencia sin que obren en el proceso la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a responder en juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Estos preceptos de indispensable cumplimiento en los procesos penales se repiten por el legislador en los artículos 429 y 431, que señalan las reglas que debe observar el juzgador al dictar el correspondiente auto de proceder.

Si el cuerpo del delito en su estructuración objetiva y subjetiva, o sea, en sus elementos material y moral no se halla plenamente demostrado, el juez no puede dictar el correspondiente auto de llamamiento a juicio sin incurrir en grave error. La demostración de los elementos del delito sirve de base para imputar el hecho a su autor, y la formulación de cargos que los empleados de la rama jurisdiccional hacen al procesado, debe ser concreta y precisa, circunscrita a la denominación jurídica que el Código Penal da al delito en sus diversos títulos o capítulos según el caso.

Toda omisión o irregularidad sobre la demostración del cuerpo del delito conduce por lógica necesaria a la imputación de un hecho que no está plenamente demostrado, o a la equivocación de formular un cargo por otro, creando —con esto— motivos de nulidad que el juzgador está en la obligación de declarar.

3.—El elemento VIOLENCIA, bien sea moral o material es lo que caracteriza el delito de robo y lo diferencia y especifica del delito de hurto. La violencia física puede realizarse contra las personas o las cosas, en tanto que la violencia moral o subjetiva únicamente se ejerce sobre las personas para evitar toda posibilidad de resistencia. Si la violencia es uno de los elementos estructurales del delito de robo, debe estar plenamente

demostrada para que sea procedente la imputación del hecho; la falta de su comprobación conlleva necesariamente la no demostración del cuerpo del delito.

El artículo 31 —citado por el Tribunal— dice que en los delitos de hurto y robo no es necesario demostrar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las cosas hurtadas o robadas, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. El espíritu de esta disposición no es otro que el de relevar al dueño de los objetos hurtados o robados de una prueba que se suple dentro del proceso penal por la demostración de otros hechos que conducen a la misma finalidad. Pero la disposición citada en ninguna parte autoriza al fallador para prescindir de la comprobación de uno de los elementos constitutivos del delito.

El artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, perentoriamente establece que en las infracciones en que medie violencia a las personas o a las cosas, se ordenará la prueba pericial con el fin de establecer los términos en que se hubiere ejecutado o realizado esa violencia.

La finalidad de esta disposición no es otra que la de propiciar la demostración de uno de los elementos del delito para que el fallador con un criterio más exacto y atemperado a la realidad de los hechos investigados pueda hacer su respectiva calificación. Lo anterior no implica la afirmación de que el elemento violencia, en los delitos contra la propiedad, solo pueda demostrarse mediante la prueba pericial. No; la violencia a las personas o a las cosas, puede acreditarse por otros elementos probatorios que bien pueden ser la prueba testimonial, la confesión del procesado respaldada por otros elementos de convicción aducidos al proceso, o bien, por una diligencia de inspección ocular.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de treinta de julio de mil novecientos cuarenta y siete, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Víctor Manuel Sánchez a la pena principal de seis (6) años de presidio, como responsable de un delito de robo.

Contra esta sentencia el procesado interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidos los trámites legales se procede a su estudio.

Hechos:

El 14 de abril de 1944, Saúl Silva Camacho ante el Prefecto Judicial de Tunja, expuso:

Que es propietario de un almacén de víveres situado en la población de Tasco y que el día martes 11 de abril en las horas de la noche fue robado dicho almacén; que al día siguiente a las seis de la mañana cuando fue a abrir su establecimiento, observó que uno de los candados que aseguraban las cerraduras había desaparecido y el otro estaba abierto; y que de su almacén se habían sustraído varios artículos de su propiedad; que inmediatamente se presentó ante el Alcalde Municipal a dar el correspondiente denuncio, y que este funcionario "como providencia inmediata" ordenó practicar una ronda en casa de Anastasia Amaya; que al día siguiente se presentó nuevamente a la Alcaldía Municipal, pero que le manifestaron que el Alcalde estaba ausente de la ciudad y que por este motivo presenta su denuncia ante el Prefecto Judicial de Tunja. Este funcionario ordenó pasar la denuncia al Alcalde Municipal de Tasco en cuyo municipio se había realizado la infracción.

Perfeccionada la investigación y reunidos los elementos indispensables para calificar el mérito del sumario, con fecha 14 de agosto de 1945 el Juzgado Promiscuo de Socha llamó a responder en juicio criminal a Víctor Manuel Sánchez.

En esa providencia se dijo que estaba plenamente comprobado el cuerpo del delito de robo, porque "se supone que para la sustracción de estas cosas (objetos sustraídos aclara la Corte) se empleó violencia en las cerraduras, dada la naturaleza y calidad de estas cosas (sic.) que no podrían estar sino dentro de un lugar con cerraduras (sic.)".

El Tribunal confirmó el auto de proceder y afirmó que el delito imputado al procesado era el de robo, y como razones para llegar a esa conclusión dice: Que si bien es verdad que los funcionarios de instrucción no allegaron al proceso elementos probatorios para demostrar la propiedad, preexistencia, y consiguiente falta de los objetos robados, y que aun cuando no se practicó una diligencia de inspección ocular para constatar la violencia he-

cha sobre las cerraduras, esas deficiencias e irregularidades quedaban subsanadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal.

El 25 de octubre de 1948, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha condenó a Víctor Manuel Sánchez a la pena principal de siete años de presidio, pero el Tribunal, en providencia de treinta de julio de 1947, reformó la sentencia, en el sentido de imponerle como pena principal la de seis años en lugar de siete que fue la determinada por el Juzgado.

Demanda de casación

Si bien es verdad que la demanda no reúne los requisitos de técnica preceptuados por el artículo 531 del Código Judicial, con todo, en sus lineamientos generales se ciñe a la disposición citada, ya que en ella se invocan causales precisas y se expresan razones en las cuales se fundan: por estos motivos es procedente su estudio.

Aduce como causales de casación las de los numerales 4º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Los hechos que sirven para fundamentar esta causal pueden sintetizarse así:

Primero.—La denuncia se presentó ante el Prefecto Judicial de Tunja y no fue legalmente ratificada por el denunciante. El Prefecto remitió el negocio a la Alcaldía Municipal de Tasco para que adelantara el sumario.

El Alcalde Municipal de Tasco conoció del proceso en virtud de una simple comisión y no como funcionario a quien estuviera atribuída la investigación del hecho por reunir los atributos de jurisdicción y competencia. El Alcalde Municipal no dictó auto cabeza de proceso como lo dispone el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal. Que a varios individuos inclusive a Sánchez se los privó de su libertad sin auto de detención previa, violando en esta forma los artículos 383 y 387 del Código de Procedimiento Penal.

Ni el Prefecto Judicial ni el Jefe de Detectives son funcionarios de instrucción al tenor del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, y como estos empleados adelantaron la investigación se violó la ley procedimental. En consecuencia —dice— la investigación se hizo por una autoridad incompetente, con violación del ordinal 1º del Art. 198 del C. de P. P.; por lo cual pide se declare la nulidad del proceso.

Segundo.—También alega como motivo de nulidad el hecho de que no se estableció en el lugar donde se consumó el delito, que éste se hubiera realizado mediante fuerza o violencia ejercida en las cerraduras de las puertas, elemento indispensable para determinar la naturaleza de la infracción.

Para respaldar su afirmación transcribe algunos apartes del auto de proceder en donde se dice que no se ordenó ni siquiera por simple fórmula "una inspección ocular en las cerraduras de la citada tienda, lo que hubiera servido de base científica para calificar con acierto el reato y darle la denominación genérica que le corresponde".

El Tribunal al confirmar el fallo recurrido acogió las deficiencias anotadas por el Juzgado "y a pesar de ello —dice— dio por probado que mi defendido sí había sido el autor del robo y que lo había cometido con violación del ordinal 3º del artículo 40 del Código Penal". Por consiguiente, la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Se considera:

Es evidente que Silva Camacho formuló denuncia ante el Prefecto Judicial de Tunja, y que este funcionario con fecha 14 de abril de 1941, previas las formalidades legales, recibió juramento al denunciante, y que por auto de abril 15 del mes y año citados ordenó pasar las diligencias al Alcalde Municipal de Tasco para que "avoque la investigación". El Alcalde adelantó la investigación, pero sin dictar el auto cabeza de proceso según lo ordena el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal. Pero estos hechos no configuran la nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, o sea, la incompetencia de jurisdicción.

Antes de regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, por mandato del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, tenían atribuciones de funcionarios de instrucción —entre otros— los Gobernadores de los Departamentos, los Prefectos de las Provincias, los Alcaldes Municipales, los Inspectores de Policía, los Jefes e Inspectores de Policía Nacional y de los Departamentos, pero esas atribuciones les fueron suprimidas en virtud de la Ley 94

de 1938, para radicarlas en los funcionarios de la rama jurisdiccional, creándose por este motivo la institución denominada Jueces de Instrucción Criminal.

Pero dificultades fiscales impidieron apropiar las partidas correspondientes para atender al correcto y normal funcionamiento de los Juzgados de Instrucción Criminal, creados por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, hoy 30 de la Ley 4ª de 1943. Por esta razón, el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido por el artículo 25 de la Ley 92 de 1938, dispuso en el artículo 2º del Decreto-ley número 1.111 de 1938 que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter".

En esta forma se dio vigencia a la disposición del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, y dentro de la organización actual también son funcionarios de instrucción con facultades para adelantar las investigaciones aquéllos cuya enumeración trae la disposición citada, y entre éstos, están incluídos los Prefectos Judiciales y los Alcaldes Municipales. En consecuencia, la nulidad por incompetencia de jurisdicción —alegada por el recurrente— no existe.

"La ley —dice la Procuraduría— no erige como causal de nulidad el hecho de no adelantarse la investigación con la técnica del caso, ni el mantener detenido a un sindicado sin proferir previamente el auto de detención respectivo. Lo primero conduciría a un fracaso de labor investigativa y posiblemente a la impunidad, pero las diligencias realizadas son válidas, y lo segundo, querrá decir que el funcionario instructor o el juez del conocimiento puede ser responsable por privar de su libertad a un ciudadano, sin el lleno de los requisitos legales, más el sumario no es nulo por esa causa".

Tampoco es causal de nulidad el hecho de que el denunciante no se hubiera ratificado con juramento en su respectiva denuncia. La ley dentro de la enumeración taxativa que hace de los hechos capaces de producir nulidad no incluye la falta de juramento que debe prestar el denunciante al tenor del Art. 14 del Código de Procedimiento Penal. La omisión de este requisito puede constituír una irregularidad en el procedimiento pero no un vicio de nulidad. Por otra parte, el cargo es inoperante, porque en el proceso existe la constancia de que Silva Camacho sí juró su denuncia.

El motivo segundo que invoca el recurrente, como causal de nulidad, incide en la del numeral 8º del Art. 198 del Código de Procedimiento Penal, o sea, en haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

El artículo 272 de la ley procedimental establece que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito. Según esto, es indispensable que la existencia de la infracción esté plenamente establecida para dictar el correspondiente auto de proceder y no se podrá dictar sentencia sin que obren en el proceso la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a responder en juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Estos preceptos de indispensable cumplimiento en los procesos penales se repiten por el legislador en los artículos 429 y 431, que señalan las reglas que debe observar el juzgador al dictar el correspondiente auto de proceder.

Si el cuerpo del delito en su estructuración objetiva y subjetiva, o sea, en sus elementos material y moral no se halla plenamente demostrado, el juez no puede dictar el correspondiente auto de llamamiento a juicio sin incurrir en grave error. La demostración de los elementos del delito sirve de base para imputar el hecho a su autor, y la formulación de cargos que los empleados de la rama jurisdiccional hacen al procesado, debe ser concreta y precisa, circunscrita a la denominación jurídica que el Código Penal da al delito en sus diversos títulos o capítulos según el caso.

Toda omisión o irregularidad sobre la demostración del cuerpo del delito conduce por lógica necesaria a la imputación de un hecho que no está plenamente demostrado, o a la equivocación de formular un cargo por otro, creando —con esto— motivos de nulidad que el juzgador está en la obligación de declarar.

En el auto de llamamiento a juicio se imputó a Sánchez la comisión de un delito de robo, pero dentro del proceso no se demostró que la infracción realizada realmente fuera un delito de aquellos que el Código Penal sanciona bajo la denominación jurídica del robo en su Libro II, Título XVI, Capítulo II.

El Tribunal, tanto en el auto de proceder como en la sentencia, afirmó que en este proceso "ni

siquiera se intentó establecer legalmente la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos sustraídos, ni se ordenó, siquiera por simple fórmula, una inspección ocular en las cerraduras de la citada tienda, lo que hubiera servido de base científica para calificar con acierto el reato y darle la denominación genérica que le corresponde". Pero dice que era "presumible que el señor Saúl Silva al abandonar su tienda hubiera asegurado las puertas y si como lo dice el denunciante, que uno de los candados apareció abierto, entonces tuvo que ser con ganzúa o llave falsa y estas circunstancias es lo que precisamente constituye el delito de robo. Así, pues, la denominación que a esta ilicitud le ha dado el señor juez del conocimiento, y que es el de robo, está bien hecha y por ese delito deberá ser llamado a juicio Víctor Manuel Sánchez.

"El delito de robo —dice la Procuraduría— conforme a la doctrina y a nuestra legislación penal, se configura por la presencia de los siguientes requisitos: sustracción o apoderamiento de una cosa mueble; que dicho bien sea ajeno; que el apoderamiento de la cosa se haga sin el consentimiento del dueño; que se emplee violencia en las cosas o en las personas al tomar el objeto del lugar donde está; y que el agente activo del delito sustraiga la cosa con el propósito de aprovecharse de ella".

"En el delito de robo debe existir una relación de medio a fin entre la violencia y el apoderamiento del bien mueble. El fundamento de la agravante estriba en que el delincuente vulnera, con la violencia, los obstáculos que la actividad de los particulares pone en juego para mantener la seguridad de sus cosas; es un quebrantamiento de las medidas precautelativas desarrolladas por ellos para evitar que sus intereses mobiliarios sean sustraídos fácilmente de su ámbito de vigilancia y custodia. La insuficiencia de la defensa privada es, pues, el fundamento de la mayor represión que el legislador en esta especie de delitos contra el patrimonio económico".

"Por consiguiente, la violencia constitutiva del robo debe ser aquella capaz de vencer las resistencias que la previsión de los particulares ha opuesto a la actividad de los delincuentes, para impedir la sustracción de los bienes muebles. De ahí que no cualquier esfuerzo que el agresor haga para aprehender la cosa, constituye robo; es preciso que recurra a una constricción específica, ya material o ya de orden subjetivo, para que ese delito se configure. De lo contrario, la simple remoción de una cosa pesada, la mera separación de las ramas de frágiles arbustos que sirvan de cercados, el desatar el lazo con que un semoviente esté cogido, por ejemplo, constituirían robo, lo cual es inaceptable. Solo en esta forma, la violencia típica del robo, no se identifica con el hecho mismo de apoderamiento que integra el delito de hurto".

El elemento **violencia,** bien sea moral o material, es lo que caracteriza el delito de robo y lo diferencia y especifica del delito de hurto. La violencia física puede realizarse contra las personas o las cosas, en tanto que la violencia moral o subjetiva únicamente se ejerce sobre las personas para evitar toda posibilidad de resistencia. Si la violencia es uno de los elementos estructurales del delito de robo, ella debe estar plenamente demostrada para que sea procedente la imputación del hecho; la falta de su comprobación conlleva necesariamente la no demostración del cuerpo del delito.

En orden a la comprobación del elemento violencia en el sumario no reposa ninguna prueba sobre el particular, no se practicó una inspección ocular ni prueba pericial alguna, para que el fallador fundado en ella hiciera la afirmación de que el hecho investigado era un delito de robo. La violencia no se prueba ante la ley por simples conjeturas o referencias ni por la interpretación acomodaticia que se haga de un precepto legal. Cuando ella recae sobre cosas materiales es indispensable demostrarla por medio de las pruebas previamente determinadas por la ley.

El artículo 31 —citado por el Tribunal— dice que en los delitos de hurto y robo no es necesario demostrar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las cosas hurtadas o robadas, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. El espíritu de esta disposición no es otro que el de relevar al dueño de los objetos hurtados o robados de una prueba que se suple dentro del proceso penal por la demostración de otros hechos que conducen a la misma finalidad. Pero la disposición citada en ninguna parte autoriza al fallador para prescindir de la comprobación de uno de los elementos constitutivos del delito.

El artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, perentoriamente establece que en las infracciones en que medie violencia a las personas o a las cosas, se ordenará la prueba pericial con el fin de establecer los términos en que se hubiere ejecutado o realizado esa violencia.

La finalidad de esta disposición no es otra que la de propiciar la demostración de uno de los elementos del delito para que el fallador con un criterio más exacto y atemperado a la realidad de los hechos investigados pueda hacer su respectiva calificación. Lo anterior no implica la afirmación de que el elemento violencia, en los delitos contra la propiedad, solo pueda demostrarse mediante la prueba pericial. No; la violencia a las personas o a las cosas, puede acreditarse por otros elementos probatorios que bien pueden ser la prueba testimonial, la confesión del procesado respaldada por otros elementos de convicción aducidos al proceso, o bien, por una diligencia de inspección ocular.

Si en el proceso no existe la demostración de que el delito se realizó mediante la violencia ejercida a las cerraduras que servían de protección o medios de defensa para seguridad de las cosas, mal puede afirmarse que el hecho se tipifica como un delito de robo. Por consiguiente, el auto de llamamiento a juicio que circunscribe el hecho bajo esta denominación jurídica de la infracción; y en ausencia del elemento violencia, lo lógico hubiera sido hacer el llamamiento a juicio por un delito de hurto, y no de robo como así se hizo.

"En virtud, pues, de la grave falla que registra el proceso —dice la Procuraduría— sobre uno de los elementos constitutivos del robo —la violencia en las cosas o en las personas—, es preciso aceptar que el cuerpo de ese delito no logró establecerse con la plenitud que exige la ley y que, al dictarse auto de proceder por dicha infracción, se incurrió en la equivocación jurídica a que se refiere el artículo 198, ordinal 8º del Código de Procedimiento Penal".

Por estos motivos la causal cuarta prospera por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito.

No se considera la causal quinta puesto que la sentencia acusada debe infirmarse (Art. 538 del C. J.).

En mérito de 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 Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, **invalida** la sentencia de treinta de julio de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

En consecuencia, declara nulo lo actuado en este proceso a partir del auto de proceder de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco —inclusive—, en adelante, para que el Juez del Circuito a quien corresponda este negocio reponga la actuación. (Art. 570, ordinal b; del C. de P. P.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

NOCION GENERICA DE LA CULPABILIDAD. — LA OMISION DE IMPEDIMENTO Y LA NULIDAD

a) La no manifestación de un impedimento no acarrea nulidad del proceso, por cuanto no está incluído en la enumeración de la ley, ni afecta los intereses que tutela la Constitución;

b) La culpabilidad es noción genérica que comprende tanto el dolo como la culpa, aplicable —según el caso— a la infracción intencional o a la culposa, según la calificación expresa del jurado;

c) El veredicto contradictorio —según la doctrina— es aquel en el cual hay dos proposiciones contradictorias o excluyentes entre sí, de las cuales una afirma lo que la otra niega; y

d) Las causales de casación fundadas en tesis opuestas a las que acaban de exponerse, no pueden prosperar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado de **José Alejandro Rincón** (de veintiseis años el día del delito) recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, que lo condenó —con aplicación del Art. 362 del estatuto penal— a ocho años de presidio, porque en la primera hora de la mañana del cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, frente a su casa, situada en esta ciudad (Carrera 2ª A No. 4-75), dio muerte a Marco Aurelio Montenegro, mediante una puñalada que le perforó el corazón.

Como ya se han cumplido las prescripciones a que el Código de Procedimiento Penal, en garantía de los derechos de las partes, subordina el recurso, excepto la relativa a la audiencia por inasistencia de ellas, la Corte lo decide en este fallo, con vista en las tesis que el recurrente y el Procurador expusieron, no sin antes hacer un resumen del hecho y de sus modalidades, así como también de los actos del proceso que tienen alguna conexión con el recurso.

I) Motivo y modos del delito

El cumplimiento o incumplimiento de un contrato de prestación de servicios musicales —como en seguida se explica— fue el origen del conflicto entre los Rincón (Francisco, Ramón, Pablo Arturo y José Alejandro) de una parte, y José León Tribiño, Carlos Lasso, Luis Guillermo Vega, Alfonso Vargas y Marco Aurelio Montenegro, miembros de un Jazz-Band, de la otra, y que culminó en la muerte que José Alejandro causó a Montenegro.

Francisco y Ramón Rincón, en efecto, contrataron con Tribiño días antes el servicio del grupo para una fiesta que —con motivo del bautismo de una de las niñas de Ramón— había de celebrarse precisamente la noche del tres de septiembre en casa de Francisco. Sobre una de las estipulaciones del contrato —según las indagatorias de los Rincón y los testimonios de los músicos— hay una discrepancia, que fue, en concreto, la causa del conflicto: la de que Tribiño, Vargas y Montenegro, en virtud de un compromiso anterior, debían dar la misma noche una serenata en una casa vecina, condición ésta que Tribiño afirmó haberse estipulado el día del contrato, opuestamente a los contratistas Ramón y Francisco, quienes categóricamente la negaron.

Cierta o no cierta aquella condición, la fiesta se inició y desarrolló con la concurrencia de todos los miembros del Jazz, tres de los cuales —Tribiño, Vega y Montenegro— se retiraron, a dar la referida serenata, precisamente a la media noche, y al regresar, una hora y media más tarde, fueron recibidos por los Rincón (quienes, parece, se habían excedido en la bebida) con claras demostraciones de disgusto y hostilidad, hasta el extremo de habérseles injuriado, lo que los obligó —especialmente a Montenegro— a suspender el Jazz y salir de la casa, Montenegro primero que todos.

Como los Rincón fueran informados de que aquél tuviera la culpa del retardo, contra él —principalmente— dirigieron las injurias y ame-

nazas, así como la agresión a puñal que una o dos horas después le produjeron la muerte en la Casa de Salud de Peña, donde había sido conducido.

III) El proceso contra los Rincón

Aunque en un principio el proceso comprometió a todos los Rincón, bien pronto —en el curso de la investigación— se comprobó que fue José Alejandro el autor único de la muerte de Montenegro, y que sus hermanos solo habían participado en el conflicto con los compañeros del occiso, realidad que fundó el sobreseimiento definitivo en favor de ellos, con que sin reserva alguna Juez y Tribunal calificaron el sumario.

Entre las providencias y actos procesales que se relacionan con el recurso, se anotan las siguientes:

a) El auto de proceder (no apelado) del 9 de febrero de 1945, suscrito por el Juez 3º Superior de Bogotá, Doctor Jorge Zapata Escobar, en el cual se calificó el delito como homicidio intencional, sin que se hubieran aceptado las circunstancias modificadoras de la provocación y de la riña imprevista y la excluyente de la legítima defensa, alegadas por el procesado en su indagatoria;

b) El veredicto del Jurado emitido el 23 de octubre de 1945, que declaró a José Alejandro Rincón responsable, en riña imprevista, de haber causado la muerte a Montenegro, mediante una herida con instrumento cortante que le perforó el corazón;

c) La sentencia de primer grado, del 26 de noviembre del mismo año, suscrita por el Juez Doctor Arenas Serrano, por la cual —con vista en la calificación del jurado— condenó a Rincón a dos años de presidio (Arts. 362 y 384 C. P. P.);

d) El auto del Tribunal Superior, del 21 de mayo de 1946, con ponencia del ex-Juez 3º Superior y ahora Magistrado Doctor Jorge Zapata Escobar, mediante el cual declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso, en cuanto a la riña imprevista como circunstancia del homicidio;

e) La cuestión única propuesta al segundo jurado, de si Rincón es responsable de haber causado la muerte a Montenegro, y el veredicto —que textualmente se transcribe— de que "sí es culpable";

f) La segunda sentencia de primer grado, del 3 de septiembre de 1946, por la cual el Juzgado 3º Superior —con aplicación del Art. 362— condenó al procesado Rincón a la pena principal de ocho años de presidio, confirmada por el Tribunal el 28 de mayo del año pasado;

g) La declaración de impedimento del Doctor Jorge Zapata Escobar, Fiscal 1º del Tribunal, por cuanto actuó en este proceso como Juez y como Magistrado, y el auto del Tribunal que aceptó dicho impedimento, y

h) Los autos del Tribunal y de la Corte, del 23 de julio del año pasado y 8 de septiembre del presente, respectivamente, y mediante los cuales concedió el primero y admitió la segunda el recurso de casación contra la sentencia condenatoria de segundo grado.

IIII) Tesis del recurrente

El recurrente invocó cuatro causales de casación —primera, tercera, cuarta y séptima— cuyos fundamentos se resumen en seguida, con la reserva de exponerlos con mayor amplitud en el examen que de ellos posteriormente habrá de hacer la Corte.

a) Causal primera

Debió haberse impuesto la pena que el Art. 370 fija para el homicidio culposo, en vez de la del Art. 362 que sanciona el intencional o de propósito, ya que no otra es la interpretación que sugiere la calificación que del delito hizo el Jurado, al declarar que Rincón era "culpable", y nó responsable, de la muerte de Montenegro.

Deduce esta equivocada aplicación de la ley penal, del supuesto de que —porque se debatió en las audiencias el estado de embriaguez del procesado— el jurado pudo haber considerado que aquél, al agredir a Montenegro, "no alcanzó a prever el resultado de su actuación", "o por cualquiera otra razón —añade el recurrente— que no podemos hoy averiguar, por ser cuestión de orden subjetivo o concepto formado íntimamente por quienes no pueden dar razón de la manera como llegaron a formarlo".

b) Causal tercera

El fundamento jurídico invocado para sostener que la sentencia no concuerda con el veredicto del jurado, es —en substancia— el mismo de la causal primera, solo que acomodado —en su forma— a la técnica de la tercera; así, si el jurado afirmó que Rincón es culpable y el Tribunal lo sancionó como responsable, y no como culpable, dictó una sentencia en desacuerdo con el veredicto.

"El Jurado —explicó el recurrente— dijo una cosa o agregó una modificación a su afirmación, como es la de culpabilidad; palabra que el Juez no puede cambiar por la de responsabilidad, agravando así la situación jurídica del procesado", y como remate de su tesis, hizo referencia a la de la indivisibilidad del veredicto, sostenida por la Corte en el recurso de Alejandro Betancourt Vinasco contra la sentencia del Tribunal de Manizales.

c) Causal cuarta

La nulidad del proceso —objeción que el recurrente presenta con mayor interés doctrinario— la concreta en el hecho de que el Doctor Jorge Zapata Escobar formó parte de la Sala o Tribunal y redactó y suscribió como Ponente el auto mediante el cual aquella entidad declaró el primer veredicto contrario a la evidencia del proceso, lo que no podía —conforme a las normas sobre impedimentos— por cuanto el mismo Dr. Zapata fue quien, como Juez, dictó el auto de proceder contra Rincón; deduce de aquí que si estaba impedido —de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte— no podía actuar en el segundo grado del juicio, por incompetencia de jurisdicción, y en ese caso, el proceso —por mandato del Art. 198 (1º)— está viciado de nulidad, y debe, en consecuencia, reponerse el procedimiento; el recurrente, finalmente, advierte que la inobservancia de las normas procedimentales sobre impedimentos es violatoria de la Constitución (Art. 26), incurriéndose así en la nulidad constitucional aceptada en varios recursos por la Corte, y añade que es tan clara la incompetencia del Magistrado Zapata, que al pasar del Tribunal a la Fiscalía del mismo, se declaró impedido para intervenir como Fiscal en este proceso, precisamente por causa de sus anteriores intervenciones, como Juez Superior primero y como Magistrado después.

d) Causal séptima

"Se podía —dice el recurrente en apoyo de esta causal— como última tesis subsidiaria, sostener la contradicción del veredicto; pero ocurre que no puede sostenerse jurídicamente que debe aceptarse el "sí" y rechazar el agregado de culpabilidad, porque, como lo dice la H. Corte, se mistificaría la determinación del jurado".

Termina la demanda con la petición de que se invalide el fallo.

IV) Tesis del Procurador

Ninguna de las objeciones que el recurrente hace a la sentencia tienen base jurídica, en concepto del Procurador.

No la violación de la ley penal —al no sancionarse el homicidio como culposo —porque si el jurado afirmó que Rincón es culpable, "admitió, en esa concisa frase— dice después de haber expuesto la relación que existe entre el delito y la culpa y entre la culpabilidad y la responsabilidad según Cuello Calón— que el acusado cometió el delito y que debe responder de él penalmente ante la sociedad, pues no reconoció ningún acto de justificación, ni siquiera circunstancia alguna modificadora de la responsabilidad y de la sanción".

Sobre el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia anota el Procurador que el recurrente se limitó a enunciar una tesis, sin hacer distinción alguna entre los términos "culpabilidad" y "responsabilidad", ni menos demostrar que esta última sea una expresión más grave y perjudicial para el procesado que aquella otra, la culpabilidad; por sustracción de materia —añade el Procurador— la causal tercera debe desecharse.

Sobre la nulidad, previa referencia a las normas del Código de Organización Judicial (numeral 1º, Art. 146 y numeral 2º Art. 147) y a las del de Procedimiento Penal (Art. 76), que regulan la pérdida y suspensión de la jurisdicción en los casos de impedimento y recusación, concluye el Procurador que "si ni el funcionario impedido ni ninguna de las partes plantean lo relativo al impedimento, la jurisdicción se conserva plenamente y los actos que ejecute el Juez o Magistrado son válidos, por más que de su parte exista una causal de impedimento para conocer del proceso".

"En tales condiciones —termina— no puede concurrir la incompetencia de jurisdicción que prevé el numeral 1º del art. 198 del Código de Procedimiento Penal, a que se refiere el demandante".

La causal séptima la halla infundada, por cuanto "la forma como está concebido el último veredicto, o sea "sí es culpable", no encierra contradicción alguna, porque la afirmación de la culpabilidad que allí se reconoce no enfrenta conceptos que recíprocamente se destruyan, como lo requiere la causal séptima de casación; por lo tanto —concluye— el cargo es inoperante".

V) Examen del recurso

No obstante que el recurrente objeta la sentencia con base en cuatro de las causales señaladas en el Art. 567 del Código, los fundamentos —como ya se expuso en forma sintética— los reduce a dos temas que, al sustentar las dichas causales, los adapta y relaciona a cada una de ellas; tales temas se refieren a la nulidad del proceso y a la interpretación del veredicto, los que —por su importancia doctrinaria— requieren un examen especial antes del de su aplicabilidad o inaplicabilidad al caso **sub judice.**

A) La nulidad

El recurrente párte, en su demanda, de dos premisas, principal la una, conplementaria y subsidiaria la otra; tales son:

a) La de que el impedimento no declarado se resuelve en falta de jurisdicción y, en consecuencia, en nulidad procesal, y

b) La de que el procesado, por causa de esa falta, no se juzga con sujeción a las normas propias del juicio y se incurre, por lo tanto, en nulidad constitucional.

Una y otra premisa, como de lo que va a exponerse se deduce, carecen de firmeza jurídica.

La primera, porque, respecto a los impedimentos y recusaciones, la jurisdicción —de conformidad con el Código de Organización Judicial (Arts. 146 y 147)— se pierde desde que el funcionario —por causa de ellos— fue separado del conocimiento, y se suspende desde que se manifestó el impedimento o se recibió aviso de la recusación, hasta que se hayan declarado infundados el uno o la otra; solo, pues, los actos que se ejecuten después de la separación del conocimiento y antes de la calificación del impedimento o de la recusación, si se declararen fundados, podían anularse por falta de competencia, pero nunca los que se ejecutaron sin la declaración del impedimento ni la propuesta de la recusación; con mayor razón —si como es el caso en estudio— caducó el derecho de las partes interesadas a la recusación, o por lo menos hubo renuncia tácita, representada en la omisión aplazada.

La segunda, porque la omisión del funcionario en la abstención, como la de las partes en la recusación, ni están incluídas en la enumeración del Art. 73, ni implican juzgamiento con pretermisión de las formas propias del juicio; como la Corte lo ha explicado en análogas oportunidades, los derechos que tutela la Constitución en su Art. 26, en efecto, se concretan a la aplicación de la ley penal vigente en la época en que se delinquió, a la designación de los juzgadores de conformidad con las normas de la ley sobre organización judicial, a la observancia plena de las normas propias del juicio según sea penal, ordinario, militar, policivo, y a la aplicación del principio de la favorabilidad en la emergencia de conflicto de leyes.

La incompetencia de jurisdicción, sancionada mediante nulidad por la ley, se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional por quien no tiene capacidad procesal para ejercerla en concreto; y como los criterios de esta capacidad son el territorio y la materia, la nulidad se aplicaría solamente a actos ejecutados por Jueces que carecen de tal capacidad, sea porque la infracción se realizó fuera de los límites de su territorio, o sea porque su género o especie no se incluyeron entre aquellas cuyo conocimiento y calificación explícitamente les atribuye la ley.

La Corte, ante el peligro de actuaciones **de jure condendo,** finalmente, ha venido restringiendo la aplicación de las tesis de las nulidades denominadas constitucionales en otra época acogidas con tan generosa amplitud en perjuicio del contenido jurídico del recurso, que se invocaban indistinta y subsidiariamente en todos los casos, a título de remedio universal, no tanto con el propósito de subsanar una irregularidad procesal sin influencia alguna en los intereses de las partes, sino con el de buscar —con el cambio de jurado— una mejora de posición jurídica del procesado que la Corte, con apoyo en las causales fijadas por la ley, no podía ofrecerle.

Esta nueva dirección siguió la Corte, al decidir un caso análogo al presente, esto es, al analizar las consecuencias jurídicas que para el proceso podía haber tenido la intervención de un Magistrado que, como Juez, dictó auto de proceder.

"Tratándose, finalmente, como se trata, de un motivo de abstención sólo apreciable por el Magistrado a quien afecta, y no incluído entre los de recusación del Art. 73, —expuso la Corte en el resumen transcrito por el Procurador— la interpretación aquí dada a la parte final del Numeral 4º de aquel artículo en relación con los juicios emitidos en actos jurisdiccionales, como el auto de proceder y otros, no implica necesariamente la sanción de nulidad en caso de que ni se manifieste ni se alegue el motivo de abstención referido"

(Auto del 22 de marzo de 1946, en el proceso contra Alfonso y Nicanor Fuentes y otros).

Otra razón de carácter técnico procesal apoya esta conclusión: la distinción, en cuanto al fin, entre las causales de impedimento y recusación de una parte, y las de nulidad de la otra, pues si las primeras conciernen generalmente a situaciones personales de las partes y sujetos procesales, y son medios aptos para garantizar la imparcialidad del funcionamiento del órgano jurisdiccional y eliminar todo motivo de duda o de sospecha, las segundas se refieren a la inobservancia de forma de actos procesales sancionada por la ley con nulidad.

No constituyendo, pues, el impedimento, falta de jurisdicción, el proceso no es nulo.

B) El veredicto

También aquí el recurrente parte de supuestos equivocados como son el de la identidad conceptual de la culpabilidad y de la culpa desde un punto de vista, y el de la oposición, también conceptual, entre la culpabilidad y la responsabilidad desde el otro, lo que lo indujo a objetar la interpretación que Juez y Tribunal dieron al segundo veredicto del Jurado (sí es culpable), y según la cual Rincón es responsable, no de homicidio culposo como lo supone el recurrente, sino de homicidio intencional o de propósito.

Uno y otro tema serán examinados en seguida, especialmente en relación con la doctrina, y con referencia a los expositores de la filosofía penal.

a) Culpabilidad y responsabilidad

Culpabilidad y responsabilidad no son nociones opuestas entre sí, ni académica, ni doctrinariamente.

Culpabilidad es la calidad de culpable; **culpable** se aplica a aquél a quien se pueda echar o echa la culpa, y **culpa**, en su primera acepción, falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente, y **culpar** atribuír la culpa.

Importa aquí precisar otra noción que se relaciona con ellas: **la de imputabilidad.**

Imputabilidad —según la Academia— es la calidad de imputable; imputación, la acción de **imputar**, e **imputar**, atribuír a otro una culpa, delito o acción.

Responsabilidad —según la misma autoridad— es deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal; **responsable** es el obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona.

Si de acuerdo con la Academia —que es autoridad para definir el significado general de las palabras— la culpabilidad (o imputabilidad) y la responsabilidad, son situaciones sucesivas del hombre en relación con un hecho por él ejecutado, que si no se identifican y confunden, sí se compenetran y coexisten, en el campo del Derecho Penal los matices entre una y otra son tan leves, que los expositores —cuando se trata del comportamiento del hombre frente a la ley penal violada— hablan de la imputabilidad (física o moral) si son clásicos, o de la responsabilidad y de la culpabilidad como nociones más o menos idénticas.

"Imputabilidad penal —dice Manzini (neoclásico)— es el conjunto de las condiciones materiales (imputabilidad física) y psíquicas (imputabilidad moral) exigidas por la ley para que una persona capaz de Derecho Penal pueda considerarse causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor. La capacidad de Derecho Penal es el presupuesto indispensable así de la imputabilidad como de la responsabilidad. Mientras la primera concierne a las condiciones por las cuales un individuo es posible sujeto de Derecho Penal, las otras miran a un hecho concreto contrario al Derecho Penal ejecutado por dicho individuo".

Sobre estas nociones funda Manzini sus tesis sobre la imputabilidad a título de dolo, y la imputabilidad a título de culpa.

Liszt (ecléctico) comprende las tres nociones bajo la única denominación de culpabilidad, y sobre ella construye todo su razonamiento.

"La infracción criminal, como el delito civil —escribe— es un acto culpable. No basta con que el resultado pueda ser **objetivamente** referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse **subjetivamente**, el nexo, en la culpabilidad del autor.

"Culpabilidad, en el más amplio sentido —explica— es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del autor. A la desaprobación jurídica del acto se añade la que recae sobre el autor.

"En este amplio sentido —continúa— encontramos la idea en el veredicto de culpabilidad de los

jurados, que también abarca la causación del resultado por parte del autor y la ilegalidad del acto. La ciencia, que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo, tan solo de la relación subjetiva entre el acto y el autor. Esta relación debe tomar como punto de partida el **hecho concreto,** pero al mismo tiempo sale fuera de él, dando antes al acto el carácter de expresión de la naturaleza propia del autor y aclarandó el valor metajurídico de la culpabilidad".

Pero donde Liszt define con más precisión el concepto de culpabilidad, es en la siguiente parte, que la Corte transcribe, por cuanto en ella se resuelve el equívoco sugerido por el recurrente respecto al significado del vocablo escogido por el jurado para calificar el delito imputado a Rincón.

"La relación subjetiva entre el hecho y el autor —afirma— solo puede ser psicológica; pero si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa). Según ella, **el acto culpable** (subraya la Corte) **es la acción dolosa o culposa del individuo imputable.** De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad: éste radica en el carácter asocial del autor cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial); es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad).

Otros expositores de las ciencias jurídico-criminales —de todas las escuelas o direcciones científicas— dan una noción análoga de la culpabilidad, como elemento psíquico de la responsabilidad o considerándola como ésta.

"El hombre no es responsable, ni por el aspecto penal ni por el civil —escribe el expositor Concha en referencia a la tesis de la imputabilidad (moral, material y legal) de Carrara— del hecho ilícito que ejecuta materialmente sino cuando tal hecho le es imputable, es decir, cuando se le puede cargar a su cuenta. Mas para que la justicia social tenga el derecho de cargar a un individuo en su cuenta un acto ilícito, **es necesario que cometa una falta,** es decir, **que sea culpable.** De aquí tres ideas que se ligan, **imputabilidad, responsabilidad, culpabilidad.**

"Imputar un hecho a alguien —continúa de acuerdo con la expresión de Carrara— es cargarlo en su cuenta para hacerle sufrir sus consecuencias; es declararlo culpable y, en consecuencia, responsable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan inmediatas de la imputabilidad, que, por lo general, las tres ideas se consideran como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Sin embargo, la imputabilidad no es susceptible de más o menos: existe o no existe, se afirma o se niega; la culpabilidad y la responsabilidad se miden, tienen grados: el agente es más o menos culpable, más o menos responsable. El elemento moral del delito es la culpabilidad, que no existe sino cuando el hecho es imputable moralmente al agente que no lo ejecuta en ejercicio de un derecho".

Los expositores del Derecho Procesal Penal consideran la culpabilidad desde otra posición, que es oportuno anotar, por el carácter procesal del problema planteado por el recurrente.

"Para afirmar la punibilidad del inculpado —dice Beling— es necesario antes determinar el precepto legal en que se basa esta punibilidad. Esta cuestión se denomina "cuestión de la culpabilidad" puesto que el término "culpabilidad" ha obtenido carta de naturaleza como sinónimo del término "punibilidad" en el lenguaje vulgar. Pero debe tenerse en cuenta que "culpabilidad" en este sentido significa algo completamente distinto de lo que el Derecho Penal Material entiende por tal expresión. Se asemeja más al "deber" del Derecho Civil, ya que se concibe la pena como una "prestación debida al Estado", mientras que la culpabilidad en el Derecho Penal constituye un elemento en el concepto de la acción punible, a saber, la deficiencia del aspecto psíquico del hecho como requisito de su punibilidad.

"La cuestión de la culpabilidad a los efectos del Derecho Procesal Penal —añade— abarca, por tanto, todas las circunstancias que condicionan la punibilidad, es decir, existencia de una conducta, tipicidad (con sus formas de aparición), antijurididad (y causas de justificación").

Estos, y los demás expositores que han tratado a fondo este controvertido tema de la culpabilidad, convienen en que ella admite dos grados, el del dolo y el de la culpa, esto es, que se puede ser culpable de un hecho si la intención (dolo) precedió a la ejecución, como se puede ser también culpable de otro hecho si se ejecutó por culpa (imprevisión, imprudencia).

La culpabilidad, por lo tanto, concierne tanto a

las infracciones intencionales o dolosas, como a las culposas, y no únicamente a éstas, y su aplicación a unas u otras depende de la especie que se extructure en el proceso.

Si, pues, la infracción no se calificó como culposa en el auto de proceder, ni asumió esa especie en el juicio, ni a ella se hizo referencia alguna en las audiencias, la decisión del jurado, en la forma categórica en que la dio ("sí es culpable"), sin el reconocimiento explícito de las características de la culpa (imprevisión o imprudencia), no puede interpretarse como lo quiere el recurrente, porque ello sí causaría un flagrante desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

Rincon, en consecuencia, es culpable (responsable) de haber dado muerte intencionalmente a Montenegro, y como intencional debe sancionarse la infracción.

VI) Decisión del recurso

Del anterior estudio se concluye lo siguiente:

a) La no manifestación de un impedimento no acarrea nulidad del proceso, por cuanto no está incluído en la enumeración de la ley, ni afecta los intereses que tutela la Constitución;

b) La culpabilidad es noción genérica que comprende tanto el dolo como la culpa, aplicable —según el caso— a la infracción intencional o a la culposa, según la calificación expresa del jurado;

c) El veredicto contradictorio —según la doctrina— es aquel en el cual hay dos proposiciones contradictorias o excluyentes entre sí, de las cuales una afirma lo que la otra niega; y

d) Las causales de casación fundadas en tesis opuestas a las que acaban de exponerse, no pueden 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 conformidad con la petición del Procurador Delegado en lo Penal, **no invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veintiocho de mayo del año pasado, por la cual impuso a **José Alejandro Rincón** la pena de ocho (8) años de presidio como autor de homicidio intencional en la persona de Marco Aurelio Montenegro, cometido en esta ciudad en la primera hora de la mañana del 4 de septiembre de 1944.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alberto Benavidez Guerrero, (Conjuez) **— Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

HECHOS SANCIONADOS POR EL ARTICULO 172 DEL CODIGO PENAL. — DEMORAS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Los hechos sancionados por el artículo 172 se vinculan directamente con los actos que los funcionarios o empleados públicos deben cumplir por razón del ejercicio de sus funciones o por causales inherentes al desempeño del cargo. En estos casos, la omisión por inobservancia del precepto que contiene un mandato, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento del deber, y ese acto negativo es lo que da origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

La omisión es la falta en la cual se incurre por haber dejado de hacer algo necesario o indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al cumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención u omisión frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le impone el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan la idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse.

Para imputar un delito de abuso de autoridad —por demoras— a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse. El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable a su autor, y por consiguiente, sancionable.

Cuando las demoras en proferir las decisiones judiciales, o en llevar a cabo el cumplimiento de una comisión, dependen de factores extraños a la voluntad del funcionario o empleado público, como puede ser —entre otras— exceso de trabajo por el sinnúmero de negocios que se ventilan en la oficina a su cargo, o enfermedad debidamente justificada; esas circunstancias —se puede decir— son equivalentes a hechos imprevistos ajenas al control de la ley penal, " y son extraños, por lo mismo, al ministerio represivo del Poder Público".

Si el funcionario o empleado público cumplió con las obligaciones impuestas por la ley en relación con el despacho y sustanciación de los negocios confiados a su dirección, no puede imputársele morosidad porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios; porque en este caso, faltaría uno de los elementos del delito —negligencia culpable— y el hecho no le es imputable a su autor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por auto de 30 de septiembre de 1947 sobreseyó definitivamente en favor del doctor Carmelo Saladén Marrugo, ex-Juez Primero Penal del Circuito, por el delito de abuso de autoridad.

El Agente del Ministerio Público al ser notificado de dicha providencia interpuso recurso de apelación, y como se hallan cumplidos los trámites de la instancia se procede a su estudio.

Hechos:

El doctor Carmelo Saladén Marrugo, ex-Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, fue comisionado por el Tribunal para llevar a efecto la práctica de algunas diligencias, en el sumario iniciado contra el doctor Luis Cardona Osorio, a quien se acusaba por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Dicha comisión fue conferida por auto de 10 de abril de 1944.

Remitido el negocio al Juez comisionado, se pasó a su despacho el 19 de abril de 1944, y con fecha 20 del mes y año citados se ordenó la práctica de algunas pruebas, entre otras, la terminación de la diligencia de inspección ocular empezada por el Tribunal, para cuyo efecto, se ordenó citar a los testigos actuarios que ya habían sido nombrados; también se hizo el señalamiento de día y de hora para llevar a efecto dicha diligencia. En esta forma el negocio volvió a la Secretaría para la notificación del auto y citación de los testigos.

En oficio de 3 de noviembre de 1944, el Tribunal solicitó el negocio al Juzgado "por haberse vencido con exceso el término de la comisión". Por auto de 6 de noviembre del año citado, el Juzgado ordenó la devolución inmediata del expediente "pidiendo excusas por no haberse podido cumplir la comisión".

En el espacio comprendido entre el auto de 24 de abril de 1944, y el 3 de noviembre del mismo año, se registra una demora de más de seis meses, tiempo durante el cual el Juzgado no practicó prueba alguna. Este hecho dio lugar para que se adelantara la presente investigación.

Pruebas

Para demostrar los hechos se practicó una diligencia de inspección ocular sobre el sumario adelantado contra el doctor Luis Cardona Osorio, y con ella se demuestra que en realidad el negocio permaneció en suspenso, es decir, sin actuación alguna por un lapso mayor de seis meses.

Con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión, se acredita la calidad que de funcionario de la rama jurisdiccional tenía el doctor Carmelo Saladén Marrugo, como Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena.

También se recibió declaración indagatoria al funcionario acusado y en esa diligencia explica su actuación en esta forma:

"Debo consignar que en el Juzgado a mi cargo hay un recargo extraordinario de trabajo que muchas veces no permite despachar oportunamente ni siquiera los asuntos urgentes. Tengo la conciencia de que trabajo permanentemente en el despacho de los asuntos del Juzgado más de las horas exigidas por la ley y por ésta consagración a mis funciones he podido bajar el número de negocios de la oficina de más de novecientos asuntos a cuatrocientos... Esto puede verificarse sobre las estadísticas del Juzgado y practicando una visita al respecto. Puedo asegurar que si no se despachan muchos asuntos dentro de los términos que fija la ley es por imposibilidad material dado el gran número de negocios que cursan en el Juzgado".

En atención a la solicitud del doctor Carmelo Saladén Marrugo, se practicó una inspección ocular sobre los cuadros estadísticos del Juzgado en los cuales se anota el movimiento de negocios verificado en los meses a que se refieren las demoras y dio el siguiente resultado:

Autos dictados por el Juzgado: De sustanciación, 1.545; Interlocutorios, 232; De sobreseimiento en primera instancia, 12; De sobreseimiento en segunda instancia, 148; Llamamientos a juicio en primera instancia, 2; y, Sentencias, 3.

Se considera:

Los hechos sancionados por el artículo 172 se vinculan directamente con los actos que los funcionarios o empleados públicos deben cumplir por razón del ejercicio de sus funciones o por causas inherentes al desempeño del cargo. En estos casos, la omisión por inobservancia del precepto que contiene un mandato, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento del deber, y ese acto negativo es lo que da origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

La omisión es la falta en la cual se incurre por haber dejado de hacer algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al cumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención u omisión frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto a que le-

galmente está obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le impone el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan la idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse.

Para imputar un delito de abuso de autoridad —por demoras— a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse. El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable a su autor, y por consiguiente, sancionable.

Cuando las demoras en proferir las decisiones judiciales, o en llevar a cabo el cumplimiento de una comisión, dependen de factores extraños a la voluntad del funcionario o empleado público, como puede ser —entre otras— exceso de trabajo por el sinnúmero de negocios que se ventilan en la oficina a su cargo, o enfermedad debidamente justificada; esas circunstancias —se puede decir— son equivalentes a hechos imprevistos ajenos al control de la ley penal, "y son extraños, por lo mismo, al ministerio represivo del Poder Público".

Si el funcionario o empleado público cumplió con las obligaciones impuestas por la ley en relación con el despacho y sustanciación de los negocios confiados a su dirección, no puede imputársele morosidad porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios; porque en este caso, faltaría uno de los elementos del delito —negligencia culpable— y el hecho no le es imputable a su autor.

"Dada la actual organización de la rama jurisdiccional —dice la Procuraduría— y especialmente la división del trabajo en las oficinas encargadas de administrar justicia, los Jueces no alcanzan, aún con la mayor diligencia, a mantener sus despachos a la orden del día. Y en tales condiciones, el legislador no puede obligar al heroísmo a los Jueces y empleados, hasta el punto de someterlos a producir más de lo que sus humanas capacidades pueden dar. En estos casos hay que aplicar el sabio principio de derecho universal: **impossibilium nulla obligatio est".**

Por este aspecto el hecho no le es imputable al Juez acusado.

Pero resulta que en el sumario no se ha demostrado que las demoras por las cuales se acusa al doctor Carmelo Saladén Marrugo, ocurrieron cuando el negocio se hallaba a su Despacho. Dictado el auto de 20 de abril de 1944 que ordenaba la práctica de unas pruebas y la citación de testigos, es natural que el negocio volviera a la Secretaría para la notificación de esa providencia y citación de los testigos. Pero no hay constancia de que por la Secretaría se hubiera citado a los doctores Francisco de P. Manotas y Miguel Chamún, quienes debían intervenir en la diligencia de inspección ocular, requisito éste de indispensable cumplimiento para que la diligencia se hubiera realizado en el día y hora fijados por el Juzgado; o ya también, para que en vista del informe respectivo el Juzgado hubiera hecho nueva fijación de día y hora para la práctica de esa diligencia.

En estas condiciones, es lógico presumir que esas demoras se realizaron en la Secretaría del Juzgado, pues el negocio contra el doctor Luis Cardona Osorio, solo pasó al Despacho del Juzgado cuando la Secretaría recibió el oficio del Tribunal en virtud del cual se solicitaba el proceso, y fue entonces, cuando se dictó el auto de 6 de noviembre de 1944 por el cual se ordenó devolver el negocio al Superior.

En mérito de 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 Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, **confirma** la providencia apelada de treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Carmelo Saladén Marrugo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

DETENCION PROVISIONAL. — LIBERTAD INCONDICIONAL.

La detención provisional —dentro del proceso— no puede hacerse efectiva sino mediante el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, o sea, mediante la existencia de un auto del funcionario instructor en el cual se expresan: los hechos que dieron origen a la investigación; los elementos probatorios tendientes a demostrar la verdad material de los hechos y la responsabilidad de su autor o autores o partícipes; y la calificación legal de la infracción tanto en su pena como en la denominación jurídica que le asigna la ley.

Es evidente que la solicitud de libertad provisional puede pedirse en cualquier estado del proceso, pero no se resuelve de plano, sino mediante el cumplimiento de ciertos requisitos legales. Decretada la detención con observancia de las normas procedimentales, no se suspenderá, sino en los casos taxativamente determinados por la ley y previo cumplimiento de las obligaciones que la misma le impone.

La libertad incondicional, a diferencia de la gracia de libertad provisional puede decretarse sin petición previa y sin traslado al Agente del Ministerio Público, —entre otros casos— por ejemplo: cuando el superior revoca el auto de proceder, y no hay motivo legal para detener, o cuando el juez o funcionario a quien se pasa la investigación para que avoque su conocimiento, observa que el sindicado está detenido por una infracción penal que no merece pena de presidio o prisión. En estos casos, la detención se suspende, bien sea por falta de elementos probatorios para demostrar los hechos o la responsabilidad de sus autores, o ya también, porque el delito no es de aquellos que comportan la privación de la libertad personal. Pero cuando no se está en presencia de ninguno de estos casos, para que se suspenda la detención preventiva, debe preceder petición de parte, y traslado al Agente del Ministerio Público, cumplidos estos requisitos el juez puede aplazar el fallo por cinco días, cuando estime necesario la práctica de pruebas para saber si la infracción está o no comprendida entre las que admiten la gracia de excarcelación (Art. 396).

No es lo mismo pedir el aplazamiento de la ejecución de una pena, que pedir la suspensión de una medida precautelativa como es la detención. La gracia otorgada por el artículo 641 "cuando a la mujer sentenciada le faltara menos de tres meses para el parto o si no hubiera transcurrido cuatro meses de la fecha en que ha dado a luz" no debe confundirse en ningún caso con la simple suspensión de la privación de la libertad personal. La suspensión de la pena implica la terminación del proceso mediante sentencia, ejecución que debe aplazarse cuando se esté en presencia del hecho contemplado en la disposición citada, pero la suspensión de la detención —medida precautelativa— no puede llevarse a efecto por el procedimiento del artículo 641 del Código de Procedimiento Penal, sino por las disposiciones que regulan la concesión del beneficio de libertad provisional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En auto de 30 de abril de 1948, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, sobreseyó definitivamente en favor del doctor Manuel Vanegas Mendoza, y ordenó consultar dicha providencia.

Antecedentes

En memorial de 9 de abril de 1946, el doctor Andrés Vicente Mestre denunció criminalmente al doctor Vanegas Mendoza, Juez 4º del Circuito en lo Penal de ese distrito, a quien le imputó la co-

misión de un delito de prevaricato proveniente de estos hechos:

Porque no resolvió de plano la petición de libertad provisional hecha por el apoderado de Emérita Elena Panza, solicitud que se hizo con fundamento en el artículo 641 del Código de Procedimiento Penal: El Juez acusado —dice el denunciante— "pasando por encima de las normas procedimentales que son de orden público y por lo mismo de obligatoria observancia", ordenó recibir concepto a los médicos legistas "con el objeto de que dictaminen en relación con la salud general de dicha señora y la de su hija; si el establecimiento o lugar en donde se encuentra dicha señora detenida, puede ser perjudicial para la salud de ella como para la del niño, y si es aconsejable trasladarla al Hospital; o si no corre ningún peligro la salud de ella ni la de la criatura en el establecimiento destinado para Cárcel de Mujeres" y porque, recibido ese dictamen, dispuso enviar el negocio al Agente del Ministerio Público, para que emitiera concepto sobre la petición de libertad provisional.

También acusa al ex-Juez Vanegas Mendoza, porque al interponer el recurso de apelación del auto que negó el beneficio de libertad, señaló el término de quince días para compulsar las copias de la actuación "con notable escarnio para la ley, que en todo caso quiere que los incidentes de libertad se tramiten sin dilaciones".

Estos hechos —afirma el denunciante— realizados por simpatía hacia unos interesados, constituyen delito de prevaricato. "Entre el Juez Vanegas Mendoza y la ofendida Rafaela Villa existe amistad íntima. Así lo deduzco por sus constantes y largas visitas al Despacho privado del Juez, a solas, sin ningún testigo presencial en aquellas interminables entrevistas".

El doctor Andrés Vicente Mestre dijo en su memorial denuncia: "Estoy listo a ratificarme en el presente denuncio". Sin embargo, cuando compareció al Juzgado para ratificarse bajo juramento sobre las imputaciones hechas al ex-Juez Manuel Vanegas Mendoza manifestó: **"que no se ratificaba en dicho denuncio".**

Investigación

Al sumario se allegaron en copias las actuaciones cumplidas en el proceso que por un delito de lesiones personales se adelantaba contra Emérita Helena Panza; también se practicó una diligencia de inspección ocular sobre el proceso, y se recibieron algunas declaraciones de testigos, para demostrar la afirmación en relación con las visitas que la ofendida hacía al Juzgado, y de las cuales deduce el doctor Mestre, la amistad íntima —existente— entre el Juez y la ofendida Rafaela Valle.

Con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión, se acredita la calidad que como funcionario de la rama jurisdiccional tenía el doctor Manuel Vanegas Mendoza, a quien se recibió declaración indagatoria en relación con los cargos imputados.

Se considera.

La detención preventiva que no implica ni tiene el sentido de pena, sino el de medida precautelativa para asegurar los fines de la justicia, puede llevarse a efecto cuando la infracción porque se procede tenga señalada pena de presidio o prisión, y cuando en contra del sindicado resulte por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya escrito todavía, o por lo menos un indicio grave de que es penalmente responsable como autor o partícipe de la infracción que se investiga (Artículo 379).

La detención provisional —dentro del proceso— no puede hacerse efectiva sino mediante el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, o sea, mediante la existencia de un auto del funcionario instructor en el cual se expresen: los hechos que dieron origen a la investigación; los elementos probatorios tendientes a demostrar la verdad material de los hechos y la responsabilidad de su autor o autores o partícipes; y la calificación legal de la infracción tanto en su pena como en la denominación jurídica que le asigna la ley.

Es evidente que la solicitud de libertad provisional puede pedirse en cualquier estado del proceso, pero ella no se resuelve de plano, sino mediante el cumplimiento de ciertos requisitos legales. Decretada la detención con observancia de las normas procedimentales, no se suspenderá, sino en los casos taxativamente determinados por la ley y previo cumplimiento de las obligaciones que la misma le impone.

La libertad incondicional, a diferencia de la gracia de libertad provisional, puede decretarse sin petición previa y sin traslado al Agente del Ministerio Público, —entre otros casos— por ejemplo: cuando el superior revoca el auto de proceder, y

no hay motivo legal para detener, o cuando el juez o funcionario a quien se pasa la investigación para que avoque su conocimiento, observa que el sindicado está detenido por una infracción penal que no merece pena de presidio o prisión. En estos casos, la detención se suspende, bien sea por falta de elementos probatorios para demostrar los hechos o la responsabilidad de sus autores, o ya también, porque el delito no es de aquellos que comportan la privación de la libertad personal. Pero cuando no se está en presencia de ninguno de estos casos, para que se suspenda la detención preventiva, debe proceder petición de parte, y traslado al Agente del Ministerio Público; cumplidos estos requisitos el juez puede aplazar el fallo por cinco días, cuando estime necesario la práctica de pruebas para saber si la infracción está o no comprendida entre las que admiten la gracia de excarcelación (Art. 396).

En estas condiciones, es inexacta la afirmación que hace el Tribunal cuando dice que "la forma como el doctor Vanegas Mendoza condujo la tramitación de los varios incidentes creados tenazmente por la defensa, no indica mucha habilidad en el Juez para solucionar los problemas sometidos a su consideración. De ahí que se sintiera perplejo, ante la primera solicitud del doctor Mestre y pidiera la ayuda de los Médicos Legistas y luégo acudiera al señor Personero y finalizara desatando el incidente **"como de libertad provisional"** (Subraya la Sala).

Bien pudo prescindir del dictamen de los Médicos Legistas, pero el Juzgado, para mayor precisión de sus conceptos en la solución del incidente quiso allegar una prueba permitida por la ley; lo que no podía omitir sin violación de la ley era el concepto del Agente del Ministerio Público, ya que la petición del apoderado de la sindicada era la de que se le concediera el beneficio de libertad provisional que ofrecía garantizar con fianza prendaria, y no como lo sugiere el Tribunal, que la solicitud fuera de aplazamiento de la ejecución de una pena, para que se hubiera resuelto de plano el incidente.

No es lo mismo pedir el aplazamiento de la ejecución de una pena, que pedir la suspensión de una medida precautelativa, como es la detención. La gracia otorgada por el artículo 641 "cuando a la mujer sentenciada le faltare menos de tres meses para el parto o si no hubieren transcurrido cuatro meses de la fecha en que ha dado a luz" no debe confundirse en ningún caso con la simple suspensión de la privación de la libertad personal. La suspensión de la pena implica la terminación del proceso mediante sentencia, ejecución que debe aplazarse cuando se esté en presencia del hecho contemplado en la disposición citada, pero la suspensión de la detención —medida precautelativa— no puede llevarse a efecto por el procedimiento del artículo 641 del Código de Procedimiento Penal, sino por las disposiciones que regulan la concesión del beneficio de libertad provisional.

Si el funcionario tramitó la petición de excarcelación de acuerdo con las disposiciones legales, su acto no comporta ninguna violación de la ley penal. La circunstancia de que el apoderado hubiera hecho citación expresa del artículo 641 del Código de Procedimiento Penal, no autoriza al Juez para resolver de plano el incidente, con violación de las normas procedimentales, como así lo pedía —insistentemente— el apoderado de la sindicada. Este solicitaba la libertad provisional con garantía de una fianza prendaria, pero no el aplazamiento de la ejecución de una pena.

Para estos casos, dice la Procuraduría, "ha sido especialmente previsto por el Decreto-ley No. 1405 de 1934 sobre régimen carcelario y penitenciario, cuyo artículo 112 dispone lo siguiente, en su parágrafo único":

"Cuando el Médico de la Cárcel o Penitenciaría observe que una detenida o condenada está embarazada, lo pondrá en conocimiento del Director para que se le tenga las debidas consideraciones".

"En los días inmediatamente anteriores al parto, a juicio del Médico, será llevada a la Sala especial que debe funcionar en el establecimiento, y, a falta de tal servicio, se le trasladará al hospital, por el tiempo estrictamente indispensable para dar a luz y poder regresar sin peligro al establecimiento".

"En tal virtud, si el estado grávido de la detenida y su ulterior alumbramiento solo sirven para prestarle a la mujer las debidas consideraciones y para trasladarla a la sala de maternidad del establecimiento o al hospital de la localidad, permaneciendo siempre privada de su libertad, con mayor razón la detención preventiva de Emérita debía subsistir, si ya ella había dado a luz hacía más de un mes y no presentaba "signos clínicos de ninguna enfermedad", como lo dijeron los médicos legistas, en la época en que el apoderado pidió su libertad".

"La invocación del artículo 641 del Código de Procedimiento Penal que para el caso hizo el apo-

derado de la sindicada era, pues, completamente extraña al asunto, porque ese precepto solo reza con el **condenado** que se halla en libertad, y no con el sindicado que se encuentra en detención preventiva y contra el cual aún no se ha aplicado pena alguna de sentencia definitiva".

Por este aspecto la acusación carece de base legal.

El segundo cargo, o sea, el referente a la fijación del término de quince días para expedir las copias, no tiene fundamento, porque ese término se fijaba por el Juzgado en consideración a las copias que debían sacarse por la Secretaría, a fin de dar una mejor distribución a ese trabajo para que se surtieran las apelaciones respectivas. Su conducta la explica el funcionario acusado así:

"En cuanto al término para las compulsas de las copias, se fija teniéndose en cuenta las apelaciones interpuestas en otros negocios y en los cuales había también que sacar copias y por eso se iba dando tiempo, a fin de no acumular tantas sacadas de copia en la Secretaría. Eso era lo que guiaba al que habla para fijar ese término en la compulsa de copias". Afirmación esta que se halla comprobada por otras pruebas que reposan en el sumario.

En mérito de 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 Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, **confirma** la providencia consultada proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de fecha treinta de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Manuel Vanegas Mendoza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

CONTENIDO JURIDICO DE LOS RECURSOS. — DEBERES DE LAS AUTORIDADES DE PRIMER GRADO.

El recurso —en general— es una creación legal encaminada a tutelar los intereses de las partes ante la posibilidad de decisiones equivocadas, injustas o arbitrarias, y, en consecuencia, a enmendar el yerro cometido o a restaurar el derecho violado; la apelación, en particular, se dirige a solicitar de determinada autoridad revise y examine la decisión de la que, por jerarquía, le está subordinada, y, como resultado de ese examen y de esa revisión subsane el yerro y restablezca el derecho, o en caso opuesto, declare la inexistencia de la violación o del yerro.

La apelación —como derecho de impugnar las decisiones judiciales y de someterlas al examen de otra autoridad distinta a la que las dictó— presupone necesariamente la vigencia de un ordenamiento jurisdiccional jerárquico, concretado en la ley procesal en la institución de las instancias, como presupone también una relación de interdependencia entre las autoridades que las representan, relación que impone obligaciones y limitaciones, derivadas de la naturaleza y objeto del recurso, a cargo de la autoridad cuya decisión se ha revisado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Corte Suprema decide aquí la apelación contra el auto del Tribunal Superior de Pereira, del veintinueve de septiembre del año pasado, por el cual llamó al ex-Juez del Circuito Civil de la misma ciudad, Dr. Alonso García Bustamante, a responder en juicio criminal, por el delito de abuso de autoridad, cometido en el mes de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, en el juicio de quiebra contra el señor Manuel Maya, comerciante.

Sometido que ya fue el recurso a las condiciones que prescribe el Art. 192 del Código de Procedimiento Penal, sin que el recurrente, ni ante el Tribunal al interponerlo, ni ante la Corte para fundarlo, hubiera expuesto los motivos legales que lo indujeron a impugnar el enjuiciamiento, y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, a continuación se examina el auto recurrido, según el orden y método fijados en los Arts. 158 y 159 del citado Código.

Causa del proceso

Tratándose de la renuencia del Juez Dr. García Bustamante a ejecutar, en el juicio de quiebra contra Maya, uno de los actos a que estaba obligado —el fijado en el Art. 17 del Decreto legislativo 750 de 1940 que el Tribunal le ordenara— es indispensable referir el origen y modalidades del hecho que dio fundamento a la investigación.

A petición del apoderado de los Bancos acreedores y ejecutantes, el Juez Civil del Circuito de Pereira, Dr. Alonso García Bustamante, declaró en estado de quiebra al mencionado deudor y abrió el correspondiente juicio el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y tres, dictó todas las medidas fijadas en el Art. 22 del Decreto 750, y advirtió en la misma providencia que "no decretaba la detención de Maya por cuanto hasta entonces no se sabía que hubiera infringido alguna disposición o cometido algún ilícito que diera lugar a prisión de acuerdo con la ley", pero que "si posteriormente tal cosa ocurriera, se procedería de conformidad".

El abogado de los acreedores insistió en dos épocas sucesivas, pero separadas por un período de año y medio (julio de 1943 y febrero de 1945), en que el Juez, de conformidad con el Art. 17 del Decreto 750, ordenara la detención de Maya, sin que hubiera obtenido decisión favorable, hasta que —en 1945— apeló ante el Tribunal, y éste, el tres de mayo del mismo año, revocó el auto del Juez y ordenó abrir la investigación relativa a la responsabilidad penal en que Maya, por medio de la quiebra, hubiera incurrido.

El Juez Dr. García Bustamante —y ese es preci-

samente el fundamento del proceso— rehusó obedecer y cumplir lo ordenado por el Tribunal, negativa que indujo al Abogado de los acreedores a acusar, ante aquella Corporación, al mencionado Juez, por el delito de abuso de autoridad, en la especie que prevé y sanciona el Art. 172 del estatuto penal.

Resultandos:

I.—En la investigación se comprobó que en el juicio por quiebra contra Manuel Maya iniciado y seguido en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, fueron dictadas las siguientes providencias:

a) La de declaración del estado de quiebra y apertura del juicio correspondiente, el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y tres, con referencia a los motivos legales que impedían en esa época decretar la detención de Maya, o sea la inexistencia de prueba sobre algún hecho ilícito relacionado con la quiebra;

b) Las de negativa a dictar tal medida contra Maya, los días veintiseis y veintisiete de los mismos mes y año y diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, y concesión del recurso de apelación contra la última;

c) La del Tribunal Superior de Pereira, de tres de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, mediante la cual se decidió aquel recurso y, en consecuencia, se ordenó al Juez abrir la investigación a que se refiere el Art. 17 del Decreto Legislativo No. 750 de 1940, y finalmente,

d) La del Juez Dr. García Bustamante, del veintiuno de mayo del mismo año, según la cual —fundado en que no se había comprobado infracción alguna imputable a Maya, como también en doctrinas adoptadas en casos análogos por el mismo Tribunal— "se abstuvo (el Juez) de dar cumplimiento al auto del Tribunal del tres de mayo proferido por el H. Tribunal, en el negocio de quiebra (contra Maya), y, por lo tanto, no ordena (añade la parte resolutiva) investigación alguna para dar aplicación al Art. 17 del Decreto Legislativo No. 750 de 1940 sobre quiebra".

II.—El Dr. Alonso García Bustamante, en virtud de designación que le hizo el Tribunal y de la posesión del cargo, ejerció las funciones de Juez del Circuito Civil de Pereira, en los años de 1943 a 1945, especialmente durante el tiempo en que, en el juicio por quiebra contra Maya, se dictaron los autos referidos en el anterior resultando (julio de 1943 y febrero a junio de 1945).

III.—El Juez acusado, en la indagatoria, explicó en los términos siguientes el fundamento del auto mediante el cual declaró abstenerse de cumplir el del Tribunal:

"Como en auto de junio 7 del corriente año lo dijo el Juzgado, el despacho no trató de desobedecer el mandato superior, sino muy por el contrario de cumplirlo por cuanto el H. Tribunal expresó que si no había motivo ninguno de detención preventiva, el Juez debía decirlo. Y esto fue lo que hizo el Juzgado. Otra prueba de lo manifestado es que en el mismo auto de 21 de mayo se expresa claramente que el Juzgado procederá a detener al quebrado cuando estén reunidos los requisitos de que hablan los artículos 379 del Código de Procedimiento Penal y 419 y siguientes del Código Penal. En concepto del suscrito, lo que ocurrió fue que el H. Tribunal no concordó la parte resolutiva de su fallo con la parte motiva del mismo para ordenar que se le dé aplicación al artículo 17 del Decreto-ley sobre quiebras porque si ello hubiera sido así, la parte resolutiva debió haber dicho que se revoca la providencia apelada para que el Juzgado del conocimiento diga por qué no detiene al quebrado. En el auto de 21 de mayo el Juzgado cita un negocio de Luis Restrepo Isaza y Cía. contra Salomón Levi, en el cual se niega a detener el quebrado porque no se demostró que la quiebra era fraudulenta, ya que la detención no procede cuando la quiebra es culposa. Y en el Juzgado que sirvo y en otro negocio sobre quiebra que allí cursa, seguido contra Arcesio Correa, la oficina procedió inmediatamente a detener al quebrado cuando hubo prueba de que la quiebra fue en perjuicio de los acreedores o de que ella era manifiestamnte fraudulenta. En verdad, tampoco el Juzgado a mi cargo fue afortunado en el auto de 21 de mayo al decir en la parte resolutiva del mismo que se abstenía de ordenar investigación alguna porque en realidad debió haberse dicho que no se detenía por el momento al quebrado por no haber razón para ello, ya que el artículo 17 del Decreto no ordena en concepto del suscrito investigación alguna y prueba de ello es que el suscrito no entiende cómo es que va a adelantarse una investigación penal en un juicio de quiebra sin estar denunciado ni determinado ningún ilícito".

IV.—El Procurador Delegado, partiendo del Art. 507 del Código de Procedimiento Civil, que impone al Juez de primera instancia obedecer y cumplir lo que, como resultado de una apelación, de-

cide el de segunda, funda así la solicitud de que se confirme el enjuiciamiento:

"Y tan ineludible es la norma del artículo 507 copiado, que el artículo 148 del mismo Código estatuye que usurpan jurisdicción los Jueces, cuando entre otras cosas, "proceden contra resolución ejecutoriada del superior". De suerte que el Juez ha debido iniciar la investigación correspondiente contra el señor Maya —que eso fue lo ordenado por el Tribunal— y ya, en presencia de las pruebas levantadas en ella, decidir si era o no el caso de decretar la detención del procesado, al tenor del artículo 379 del Código de Procedimiento Penal. Su empeño en discutir, antes de abrir el sumario, si cabía o no la detención del sujeto pasivo de la acción penal, fue solo el medio habilidoso, pero ilegal, que empleó para hacer nugatoria la providencia de su superior jerárquico. La ley penal no solo tutela el que los funcionarios y empleados públicos actúen dentro de una estricta legalidad, sino que protege, con igual celo, el funcionamiento normal y diligente de los deberes oficiales de ellos, vedándoles toda conducta rebelde, omisiva o negligente. De ahí que sancione tanto el hacer algo arbitrariamente, como el no hacer lo que la ley ordena para un caso concreto. Y dentro de esta última hipótesis (delitos de omisión) reprime el omitir, el rehusar y el retardar la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado el funcionario o empleado público (Art. 172 C. P.). Desde luego, rehusar el acto es el caso más grave, porque ello implica una especie de rebeldía al cumplimiento del deber; en tanto que la omisión y el retardo, generalmente, se predican de la culpa".

Considerandos:

El tema de estudio que el recurrente —si hubiera intervenido ante la Corte— habría propuesto, considerada la finalidad del recurso, es el de si la renuencia del Juez Dr. García a ejecutar una decisión del Tribunal que, en virtud de apelación, modificó la propia (apelada), constituye o no infracción penal; ello implica la necesidad lógica de considerar, como premisas, los fundamentos jurídicos de los recursos, las relaciones entre los Jueces **a quo y ad quem** y las obligaciones para los primeros derivadas de la decisión de los segundos, y finalmente, la norma que, al constituír delito la negativa a cumplir el mandato jerárquico, fue infringida.

A) El recurso —en general— es una creación legal encaminada a tutelar los intereses de las partes ante la posibilidad de decisiones equivocadas, injustas o arbitrarias, y, en consecuencia, a enmendar el yerro cometido o a restaurar el derecho violado; la apelación, en particular, se dirige a solicitar de determinada autoridad revise y examine la decisión de la que, por jerarquía, le está subordinada, y, como resultado de ese examen y de esa revisión subsane el yerro y restablezca el derecho, o en caso opuesto, declare la inexistencia de la violación o del yerro.

B) La apelación —como derecho de impugnar las decisiones judiciales y de someterlas al examen de otra autoridad distinta a la que las dictó— presupone necesariamente la vigencia de un ordenamiento jurisdiccional jerárquico, concretado en la ley procesal en la institución de las instancias, como presupone también una relación de interdependencia entre las autoridades que las representan, relación que impone obligaciones y limitaciones, derivadas de la naturaleza y objeto del recurso, a cargo de la autoridad cuya decisión se ha revisado.

C) La ley procesal penal colombiana contiene varias normas inspiradas en la doctrina expuesta; tales son:

a) Las del Capítulo V, Título V, Libro I, que crean los recursos;

b) Las del Art. 192 y del Título III, Libro III, que fijan el procedimiento que debe seguirse para examinar, en segunda instancia, los autos y sentencias —respectivamente— consultados o apelados;

c) Las de los Arts. 42 (2º), 44 (1º, 2º y 3º) y 47 (1º y 2º), que determinan las autoridades de primera instancia, y las que en segunda revisan y reforman o revocan las decisiones de las de primera;

d) La del Art. 507 del Código de Procedimiento Civil, aquí aplicable por facultad del Art. 7º del de Procedimiento Penal, que ordena al Juez de primera instancia no solo expedir el auto de obedecimiento a la decisión emanada del superior en virtud de la apelación, sino también —si es el caso— que se tomen las medidas ordenadas por aquel (el superior), y

e) La del Art. 148 del Código de Organización Judicial, según el cual "usurpan jurisdicción los Jueces, cuando conocen o proceden contra resolución ejecutoriada del superior".

D) La ley penal, entre las diversas especies del abuso de autoridad, crea como una de ellas, la de "omitir, rehusar o retardar la ejecución de al-

gún acto a que un funcionario o empleado público legalmente esté obligado".

El Juez Dr. García —de acuerdo con lo prescrito por el Decreto Legislativo sobre quiebras— si no estaba obligado a decretar la detención del señor Maya mientras no se hubiera infringido el Art. 419 del Código Penal, ni probádose los requisitos del Art. 379 del Procesal Penal, sí lo estaba —conforme al Art. 18 del Decreto 750— a iniciar la investigación con objeto de comprobar si se había o no cometido alguna de las infracciones del citado Art. 419; obligación de cuyo cumplimiento no podía el Juez abstenerse si, en virtud de la providencia que decidió la apelación contra uno de sus autos en que se negó a instruír el sumario, el Tribunal le ordenó lo instruyera.

El Juez Dr. García B., al declararse en rebeldía contra el mandato del Tribunal, rehusó expresamente la ejecución de un acto a que legalmente estaba obligado; y como este hecho fue plenamente comprobado, así como la responsabilidad del infractor— mediante copias auténticas tomadas del proceso contra Maya— se hallan cumplidas las exigencias del Art. 429 del Código de Procedimiento Penal.

No excusan, ni menos justifican, el acto del Juez Dr. García B., las razones por éste expuestas sobre decisiones análogas del Juez en otros procesos por quiebra, ya que las situaciones eran distintas, como se desprende de las providencias dictadas en los seguidos a Salomón Levy y Rosendo García, cuyas copias auténticas fueron aquí añadidas.

Decisión del recurso

En consideración, pues, a que el Dr. Alonso García Bustamante, en su calidad de Juez del Circuito Civil de Pereira, se negó a cumplir la orden del Tribunal Superior, de obligatorio cumplimiento, el auto mediante el cual se abrió juicio criminal contra el mencionado Dr. García está legalmente fundado y debe confirmarse.

Por lo tanto, 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, confirma el auto del Tribunal Superior de Pereira, del veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Enrique A. Becerra (Conjuez) — **Agustín Gómez Prada — Alejandro Camacho Latorre. — Julio E. Argüello R.**, Secretario.

REQUISITOS PARA QUE HAYA DELITO DE PREVARICATO.— LA ARBITRARIEDAD EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.

1.—La Corte, en providencia de 6 de septiembre de 1946, después de declarar que para que el prevaricato se configure es menester que se reúnan tres elementos, a saber: la calidad oficial del agente, que proceda a sabiendas, y, además, por simpatía o animadversión hacia los interesados, expuso su opinión de que la redacción del artículo 168 del Código Penal podía prestarse a interpretaciones distintas, vale decir, que para los actos positivos podía entenderse que bastaba el elemento a sabiendas, mientras que para los negativos era necesario comprobar, además, el sentimiento o móvil subjetivo que ha determinado la actuación judicial arbitraria o injusta. La tradicional doctrina de la Sala ha sido la de que es necesario para el prevaricato que se demuestre en todo caso, no solo que se ha procedido a sabiendas, sino por simpatía o animadversión para con las partes.

2.—Ha explicado la Corte, refiriéndose al delito de abuso de autoridad, que lo arbitrario es lo que no depende de la ley, sino únicamente del capricho del funcionario, y que lo injusto es, además, lo que viola la equidad. Pero siempre ha exigido la comprobación no solo de la materialidad de los hechos, sino del elemento psicológico del dolo.

Para los efectos penales en los delitos de prevaricato o de abuso de autoridad es necesario demostrar la arbitrariedad o la injusticia en los actos judiciales, que no se pueden presumir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal .— Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos

Debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias adelantadas contra los magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria, a quienes acusó el abogado Julio Navarro T., con poder de don Ignacio Rivas Putnam, por "el delito de prevaricato o cualquier otro que resultare comprobado al tiempo de fallar".

Este o estos delitos se cometieron, según el denunciante, en las actuaciones del juicio de sucesión de la señora Inés Leiva de Rivas, que se adelantó en el Juzgado del Circuito de Purificación y que en varias oportunidades subió al Tribunal en virtud de recursos legales.

Antecedentes

Siguiendo el estudio de la Procuraduría, puede hacerse así un resumen de los antecedentes del proceso:

La señora Inés Leiva de Rivas falleció en octubre de 1934, en su hacienda de El Baurá, del municipio de Purificación (Tolima) y al año siguiente (octubre de 1935) inició don Ignacio Rivas Putnam, su esposo, el juicio de sucesión. Doña María Francisca Rivas Leiva, hija única del matrimonio, también se presentó al juicio y designó como su curador **ad litem** al doctor Rafael Ruiz Manrique, dado que era menor de edad.

En julio de 1936 se practicaron los inventarios, que fueron aprobados en febrero de 1939 (fls. 1 y 1v, del c. 1º).

Pero resulta que en 1935 había contraído matrimonio doña María Francisca con el señor José Medina Mallarino, contra la voluntad de su padre, según lo declara éste en el folleto que con la denuncia presentó ante la Corte su apoderado, y de ahí el origen de las divergencias entre los dos.

En efecto, dicha señora nombró como su curador a su esposo don José, en febrero de 1936, y al principio intervino en el juicio de acuerdo con don Ignacio. Pero al designar doña María Francisca como curador al abogado Carlos A. Romero Rey, se alteró la situación, por la solicitud de secuestro de los bienes que éste hizo (f. 12 del c. 2º).

Desde entonces, como la Procuraduría comenta, empieza una tramitación agitada y controvertida del juicio de sucesión, en que se agotaron los recursos que el código de procedimiento civil señala: secuestro de bienes, entrega de la hacienda de El Baurá, cauciones y fianzas, nombramiento

de depositario y administrador, inventarios adicionales, acción exhibitoria de libros, inclusión y exclusión de bienes, nulidades, suspensión de diligencias, transacciones, acusación a funcionarios, recusación de los mismos, etc.

No obstante, se llegó a la partición de bienes, pero también fue objetada y luego se presentaron los incidentes que han servido de base a las acusaciones contra los Magistrados del Tribunal de Ibagué que conocieron del juicio mortuorio.

Cargos

Varios son los cargos que a dichos funcionarios les hace el denunciante, en un minucioso escrito, y pueden concretarse así: Se ordenó la entrega de la hacienda de El Baurá y se procedió ilegalmente en lo relativo a la caución para dicha entrega; se le dio valor a la escritura número 143, de 5 de septiembre de 1941, firmada por coacción y allegada al expediente en forma ilegal; se decretó la nulidad de lo actuado, basándose en esa escritura; se admitió indebidamente la renuncia del administrador de los bienes, don Carlos Pacheco; el reconocimiento de los interesados, en lo atañedero a los derechos de doña María Francisca Rivas de Medina, se hizo ilegalmente; se practicaron indebidamente unos inventarios adicionales y se ordenó, también en forma ilegal, la exhibición de los libros de don Ignacio Rivas Putnam; no se suspendió la partición de los bienes; el Juez Penal de Purificación, doctor Santiago Carrasquilla, no fue destituído por sus actuaciones ilícitas, sino que apenas le exigieron la renuncia; y, en fin, hubo demoras injustificadas.

Al final de su escrito de denuncia aclara el abogado Navarro T., que acusa a los doctores Vila Calderón y Sanabria "únicamente en cuanto ellos suscribieron sin salvamento de voto la providencia de 11 de julio de 1946, por la cual se declaró nulo el juicio".

La acusación contra el doctor García se refiere, concretamente, a las providencias de 21 de mayo de 1941 y de 14 de octubre de 1941, al hecho de haber ordenado la exhibición de libros de don Ignacio Rivas Putnam y al de haber aceptado la renuncia del administrador de bienes, Carlos Pacheco.

Debe, pues, la Sala proceder al análisis de esos cargos, lo cual se hará especificando las acusaciones y estudiándolas luego a la luz de la ley penal.

1º) Entrega de El Baurá

Dice el denunciante que la señora María Francisca Rivas de Medina pidió la entrega de El Baurá, que le fue negada por el juzgado del conocimiento. Pero el Tribunal, en providencia de 21 de mayo de 1941, ordenó esa entrega, concediendo una especie de opción consistente en que la peticionaria "podía insistir en el secuestro decretado de los bienes sucesorales o recibir la hacienda de El Baurá dando fianza o caución" por las mejoras.

El 27 de agosto de 1941 fue entregada la finca, pero en forma de asalto a mano armada, encabezado por José Medina Mallarino y Francisco Varón, asalto en el cual hirieron a Arturo Gracía Trujillo, agredieron a la esposa de éste y se adueñaron de la casa y de todos los efectos, muebles, papeles, etc. (f. 81 del c. 1º).

Tal hecho constituye el origen de todos los sucesos posteriores, pues si esa entrega no se hubiera ordenado, tampoco habría acaecido el asalto y los demás incidentes y demoras del juicio de sucesión, como concluye el denunciante.

Del proceso resulta que, en efecto, el Juzgado del Circuito de Purificación, en providencia de 11 de diciembre de 1940 (f. 114 v. del c. 2º), negó la entrega de la finca de El Baurá, solicitada por la esposa de Medina, negativa que se mantuvo a pesar de la reposición pedida por el abogado doctor Arturo Alvarez Molina.

Pero el Tribunal, en su proveído de 21 de mayo de 1941, suscrito por el doctor Luis Felipe García, revocó lo resuelto por el Juzgado y ordenó la entrega de la finca mencionada, arguyendo que a ella le daba derecho el inciso segundo del artículo 1826 del Código Civil, que estatuye que al disolverse la sociedad conyugal, cada cónyuge, por sí "o por sus herederos", tendrá la facultad de sacar de la masa partible de bienes las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan.

Explicó el Tribunal que dicho inmueble lo había adquirido la señora Inés Leiva de Rivas, madre de doña María Francisca, por adjudicación que se le hizo "en la mortuoria de su tío Francisco Caicedo Leyva", lo cual significaba que era de propiedad exclusiva de la causante, al tenor del artículo 1782 del código citado y, además, porque figuraba en el inventario como propio de ésta, sin que tal inclusión hubiera sido objetada por el seños Rivas Putnam.

Mas como en los inventarios figuraban también unas mejoras hechas por don Ignacio en el inmue-

ble, consideró el Tribunal que no podían ser objeto de restitución y debía continuar "bajo la administración conjunta de los representantes de la sociedad conyugal (art. 1º de la ley 28 de 1932), salvo que la peticionaria asegure a satisfacción del Juez el valor de la cuota de mejoras... o que ambos resuelvan, de común acuerdo, nombrar un administrador, o insistir en el secuestro ya decretado" (fls. 42 a 44 del c. 1º).

2º) Se le dio valor a la escritura número 143, de 5 de septiembre de 1941, firmada por don Ignacio Rivas Putnam mediante coacción y allegada a los autos en forma indebida.

El Tribunal, en providencia de 14 de octubre de 1941. dice lo siguiente, según cita del denunciante:

"El apoderado de la heredera Rivas de Medina trajo copia auténtica y legalmente registrada de la escritura número 143, de 5 de septiembre de 1941, otorgada ante el Notario del Circuito de Purificación, según la cual los dos únicos interesados en este juicio de sucesión convinieron en arreglarse, en forma amigable y definitiva, todas las diferencias surgidas entre ellos dentro de la sucesión.

"Esa escritura pública, que aparece otorgada con las solemnidades legales y autorizada por el competente funcionario, hace plena fe contra los declarantes en cuanto a las obligaciones y descargos contenidos allí, de conformidad con los artículos 1758 y 1759 del C. C. y 630 del C. J.".

Pero esa escritura es nula de nulidad absoluta, porque fue firmada por coacción, estando enfermo el señor Rivas Putnam, en las horas de la madrugada, durante el asalto perpetrado a la hacienda de El Baurá (fls. 81 v. y 82 del c. 1º). Además, fue allegada al expediente por uno de los interesados, con olvido del artículo 636 del Código Judicial, que ordena que los documentos públicos se han de agregar al expediente pedidos por el mismo juez y por conducto del Registrador y prohibe que se presenten por las partes interesadas.

Además, el Tribunal tuvo en cuenta esa escritura nula, cuando debía haber fallado únicamente sobre lo que era el objeto de la apelación y con vista de las pruebas que el inferior tuvo en cuenta y nada más.

Por último, el Tribunal no decidió nada sobre las peticiones hechas por el abogado Navarro T. en memorial de septiembre del mismo año, relativas al derecho de retención de don Ignacio sobre El Baurá, a la caución que se había de prestar para la entrega y sobre la entrega misma (fls. 91 v. y 92 del c. 1º), diciendo que era "innecesario entrar en el análisis de los interesantísimos puntos", porque si la administración —según la escritura 143— ha de durar hasta que se liquide la sucesión, no puede ocurrir una entrega material a la señora de Medina, y porque si ésta quedó facultada para prestar caución y recibir los productos de la tierra, la fianza se había de mantener "en la cuantía que le fijó el juez" (fls. 125 y vuelto del c. 2º).

El Tribunal tuvo en cuenta esa escritura, además, en su providencia de 11 de julio de 1946, para declarar la nulidad de lo actuado, como se verá en el aparte siguiente.

3º) Se decretó la nulidad de lo actuado, en forma indebida, pues se tuvo como base para ello la escritura pública número 143, de 5 de septiembre de 1941.

El dóctor Francisco Varón, dice el denunciante, promovió una articulación de nulidad de lo actuado en el juicio, que el Juzgado falló adversamente, pero que el Tribunal decretó, basándose en la citada escritura, que es nula, pero que existía desde mucho tiempo antes (f. 85 v. del c. 1º hecho 25). Y esa nulidad se reconoció —continúa— por "marcada simpatía" con el doctor Ignacio Villaveces López, interesado en el juicio, pues el mismo día en que el Tribunal declaraba la nulidad "en lo relativo a la partición de bienes", aceptaba la renuncia del administrador de los mismos, Carlos Pacheco, y convertía un secuestro convencional en un secuestro judicial (f. 89 v., hecho 29, c. 1º).

Siguiendo la providencia de 11 de julio de 1946, en que se declaró la nulidad dicha, se tiene:

Dice el Tribunal que, presentada la partición de bienes, los interesados la objetaron; que fallado el incidente, subió el proceso a esa superioridad, por recurso de apelación; pero que entonces el apoderado de doña María Francisca de Medina había presentado la escritura 143, de 5 de septiembre de 1941, y que por ello debía declararse nulo lo actuado.

En efecto, continúa el Tribunal, en esa escritura convinieron doña María Francisca y su padre arreglar en forma amigable los problemas que se han presentado en el juicio de sucesión; nombrar dos representantes que presenten un nuevo trabajo de partición o, en caso de no ser ejecutado oportunamente, someterse a un tribunal de arbi-

tramento y, mientras ese tribunal decide, nombrar como administrador de los bienes a don Carlos Pacheco.

El Tribunal concluye que, como el juicio de sucesión es de jurisdicción voluntaria y como las partes, en uso de sus facultades legales resolvieron sustraerse a la autoridad competente para resolver extrajudicialmente sus dificultades, debe anularse lo actuado, ya que el contrato consignado en la escritura era obligatorio.

En consecuencia, el Tribunal declaró nula la actuación en el juicio "en lo relativo a la partición de bienes, a partir de la presentación, por una de las partes, de la escritura número 143, de 5 de septiembre de 1941..." (fls. 25 v. a 28 v. del c. 1º).

4º) Se admitió indebidamente la renuncia del administrador de bienes, Carlos Pacheco.

Dice el abogado Navarro T., como ya se advirtió en el aparte anterior, que el mismo día en que el Tribunal declaraba la nulidad "en lo relativo a la partición de bienes", aceptaba la renuncia del administrador de los mismos, Carlos Pacheco, y convertía un secuestro convencional en un secuestro judicial (fls. 89 v., hecho 29, y 92 v.).

En efecto, observa la Sala, que el Tribunal en providencia de 11 de julio de 1946 (f. 46 del c. 2º), aceptó la renuncia presentada por el citado señor Pacheco: reconoce el Tribunal que el administrador aceptó su cometido, que debía durar "hasta cuando se liquidara definitivamente la sucesión"; pero anota que hay otras cláusulas de la escritura número 143 citada, en que se estipularon plazos para que los interesados resolvieran sus diferencias, entre ellos, el que señalaba el tiempo en que la partición debía ser presentada y aprobada, plazos "que debían servir de pauta para la liquidación definitiva de la mortuoria"; y como ni el señor Rivas Putnam ni su hija cumplieron lo acordado en el documento público citado, en que se designó al señor Pacheco como administrador, podía éste solicitar que se le relevara del cargo, tanto más cuanto que el mandato puede terminar por necesidad imperiosa y se presentó prueba de que el mandatario estaba recibiendo perjuicios en su patrimonio por el desempeño de su cargo; además, como los dichos interesados tampoco quisieron aceptarle renuncia, no le quedaba más recurso al administrador que presentarla ante las autoridades, y por eso el Tribunal se la aceptó, dando un plazo a los causahabientes para designar el reemplazo.

5º) El reconocimiento de los interesados, en lo atañedero a los derechos de doña María Francisca Rivas de Medina, se hizo ilegalmente.

Doña María Francisca, dice el denunciante, después de haber vendido todos sus derechos a una persona, vendió después otra "una parte de esos derechos vinculados en ciertos cuerpos determinados". De manera que de ese hecho se deduce, por lo menos, que hay más interesados en el juicio de sucesión, fuera de don Ignacio Rivas y su hija, afirmación que hace repetidamente.

Ocurrió, evidentemente, que la señora Rivas de Medina, por medio de la escritura número 1962, de 20 de junio de 1941, le vendió al doctor Ignacio Villaveces López un lote de cuatrocientas hectáreas y le cedió "todos los derechos y acciones que le corresponden por lo que respecta al lote de terreno vendido, en el juicio de sucesión de su señora madre Inés Leiva de Rivas, madre legítima de la compareciente" (f. 110 del c. 2º).

La vendedora se comprometió a hacer las diligencias conducentes para que en el juicio de sucesión de su madre le fuera adjudicado al doctor Villaveces lo vendido.

En el mismo día y mediante escritura número 1963, de la misma Notaría, la misma señora Rivas de Medina vendió otros lotes de terreno que eran bienes de la sucesión.

6º) Se practicaron indebidamente unos inventarios adicionales.

"Después de presentada la partición, formuladas las objeciones y corrido traslado de éstas, o sea, varios años posteriores a la terminación del proceso de inventarios, María Francisca Rivas de Medina, por conducto de su apoderado, solicitó la práctica de inventarios adicionales. Inútiles fueron todas las observaciones que se presentaron para demostrar que en el estado actual del juicio no era jurídico el decreto de inventario adicional. Varias fechas se señalaron para la presentación de las actas del inventario adicional, y al fin, "como el parto de los montes" resultó el doctor Varón con una acta fantástica que en resumidas cuentas solo contiene créditos totalmente inexistentes contra el señor Ignacio Rivas Putnam" (f. 85 in fine del c. 1º).

Pero la acusación se dirige contra el magistrado doctor García, que ordenó una exhibición de los libros del señor Rivas Putnam, con violación

del numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial, cuando el incidente de objeciones a los inventarios adicionales estaba ya fallado, esto es, que ordenó "tramitar una prueba cuando ya se había decidido el incidente en que debía servir" (f. 92 del c. 1º).

7º) Se suspendió la partición de los bienes.

Considera el denunciante que no ha debido negarse la suspensión de la partición de los bienes, porque en octubre de 1941, cuando ya se había firmado la escritura número 143 (de septiembre), consideró el Tribunal que esa escritura no era suficiente para que la justicia civil siguiera conociendo del juicio de sucesión; en la providencia de 30 de abril de 1945, tampoco creyó que el contrato contenido en el citado instrumento debía impedir la intervención de los jueces ordinarios, por haber firmado un contrato para arreglar sus diferencias en lo relativo a la partición; pero en su providencia de 11 de julio de 1946, ya estimó que lo actuado era nulo, por haberse firmado dicha escritura y que sobraba la intervención de los jueces.

8º) Los magistrados no destituyeron al Juez Penal de Purificación, doctor Santiago Carrasquilla, por sus actuaciones delictuosas, sino que apenas le exigieron la renuncia.

El doctor Santiago Carrasquilla, sin renunciar el cargo de Juez —dice el denunciante— aceptó la representación de la señora María Francisca Rivas de Medina y estuvo tratando de abogar por sus intereses, no obstante lo cual, no fue destituído: es más, asumió violentamente el proceso por el asalto a la hacienda de El Baurá, hizo firmar por amenazas a don Ignacio Rivas la escritura número 143 tantas veces citada, no sin haber soltado antes a los detenidos, con los cuales se embriagó públicamente (fls. 81 v., 84 v., 85, 60 v. del c. 1º).

9º) Hubo, en fin, demoras injustificadas.

Una sucesión en que no hay sino un heredero y el cónyuge sobreviviente, dice el abogado Navarro T., lleva doce años de sustanciación. El proceso, o está en el correo, o en viaje de Purificación a Ibague o de Ibagué a Purificación. Las objeciones a la partición fueron decididas a los siete años de presentadas, por el Juez del conocimiento (f. 79 v. del c. 1º). Asimismo, la renuncia del administrador de bienes, Carlos Pacheco, que fue presentada en mayo de 1942, no fue resuelta por el mismo Juez sino en febrero de 1946, o sea, a los cuatro años (f. 88 v. del c. 1º).

Estudio de los cargos

Según el artículo 168 del Código Penal, comete prevaricato el funcionario o empleado público que a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

La Corte, en providencia de 6 de septiembre de 1946, después de declarar que para que el prevaricato se configure es menester que se reúnan tres elementos, a saber, la calidad oficial del agente, que proceda a sabiendas y, además, por simpatía o animadversión hacia los interesados, expuso su opinión de que la redacción del citado artículo podía prestarse a interpretaciones distintas, vale decir, que para los actos positivos podía entenderse que bastaba el elemento a sabiendas, mientras que para los negativos era necesario comprobar, además el sentimiento o móvil subjetivo que ha determinado la actuación judicial arbitraria o injusta.

Aunque la tradicional doctrina de esta Sala ha sido la de que es necesario para el prevaricato que se demuestre en todo caso, no solo que se ha procedido a sabiendas, sino por simpatía o animadversión para con las partes, no es necesario ahondar ahora en ese problema, porque ni está probado que los magistrados de Ibagué hubieran actuado en el juicio de sucesión de doña Inés Leiva de Rivas por simpatía o animadversión para con don Ignacio, o doña María Francisca, o el abogado Navarro T., o el doctor Villaveces López, ni que hubieran procedido a sabiendas, en forma arbitraria o injusta, como luego se verá.

En cuanto a los abusos de autoridad y, para lo que aquí interesa, pueden consistir en que un funcionario o empleado público realice actos arbitrarios o injustos contra una persona o contra una propiedad, u omita, rehuse, o retarde la ejecución de los que esté obligado a llevar a término en virtud de sus funciones.

Ha explicado la Corte que lo arbitrario es lo que no depende de la ley, sino únicamente del capricho del funcionario, y que lo injusto es, además, lo que viola la equidad. Pero siempre ha exigido

la comprobación, no solo de la materialidad de los hechos, sino del elemento psicológico del dolo.

Así, ha dicho que "no basta la disparidad de criterio entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana.

"Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de oficio en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales" (Auto de 22 de octubre de 1945, G. J. tomo LIX, números 2025-2027 bis, pág. 998).

En el proceso que se estudia no aparece que los funcionarios acusados hubieran proferido sus decisiones por simpatía hacia unos interesados o por animadversión hacia otros.

En efecto, afirma el abogado Navarro que el doctor Ignacio Villaveces López era o es amigo íntimo del magistrado García (f. 79 del c. 1º), pero esa intimidad la niegan uno y otro en forma terminante (fls. 111 v. ibidem, 116 y 107 del c. 2º).

Don Ignacio Rivas Putnam no ha tenido con los funcionarios acusados sino relaciones de conocidos y las judiciales en que aquél y éstos han tenido que intervenir, según el primero lo declara (f. 129 del c. 2º).

No solo el magistrado García, sino los otros dos, han dictado providencias en favor del mentado señor Rivas Putnam, como de ello hay pruebas (fls. 116 v., 117, 135 y 141 del c. 1º). Así, en providencia de 11 de diciembre de 1944, el magistrado García confirmó el auto del Juzgado en que le negaba a doña María Francisca Rivas de Medina el mandamiento de pago por la vía ejecutiva, por la suma de diez mil pesos, que aquella le cobraba por no haber cumplido su padre el compromiso de partición extrajudicial acordado en la escritura 143 de 1941, atrás citada; y en 1946 ordenó el Tribunal el lanzamiento de José Medina y su cónyuge de una isla contigua al Baurá.

En el juicio divisorio de Felipe Aljure y Clodomiro Forero contra Carmen Molina de Betancourt y Carlos Beltrán, en que Navarro T. recusa a los magistrados acusados precisamente por motivo de este proceso, declaran ellos que solo uno conoce de vista a doña María Francisca; que, por tanto, no se puede suponer que sientan por ella amistad ni por don Ignacio o el doctor Navarro T. enemistad manifiesta, y que en consecuencia, no se consideran impedidos para conecer del negocio (f. 139 v. del c. 1º).

Sin embargo, Navarro T. cree que los magistrados tienen antipatía para con él, porque han resuelto otros negocios semejantes en sentido diverso (f. 95 v. del c. 1º). Pero francamente no alcanza a ver la Corte que esa circunstancia denote la animadversión que la ley requiere y que ella haya inspirado las providencias que el denunciante considera arbitrarias e injustas, porque, como lo anota el magistrado García (f. 116 del c. 1º) y lo reconoce el denunciante (f. 95 v. ibidem) se trataba de problemas jurídicos diversos.

De esta suerte, lo procedente es analizar si las actuaciones antes enumeradas constituyen abusos de autoridad. Para ello se estudiarán una a una, para luego deducir las consecuencias pertinentes.

1º—**En cuanto a la entrega de El Baurá,** los preceptos invocados por el Tribunal establecen lo que en la providencia que la ordena se arguye, lo cual indica que no es arbitraria, porque lo que se dispone no tiene fundamento en el capricho del funcionario, sino en normas legales.

La aparente contradicción de haberle permitido a la solicitante optar entre el aseguro de las mejoras que su padre tenía en la hacienda o insistir en el secuestro de los bienes, tampoco hace aparecerla como violatoria de la ley, porque la entrega de especies o cuerpos ciertos mediante fianza para las mejoras está autorizada en los preceptos aludidos, y el secuestro lo autorizan las normas vigentes para todo el que tenga interés en una sucesión (Arts. 1279 del C. C. y 900 y siguientes del C. J.).

A la Corte no le compete declarar aquí si el criterio del magistrado objeto de la acusación fue errado o acertado, pues sea lo uno o lo otro, lo que debe averiguarse es si hubo dolo al proferir su decisión, y en la que se comenta no aparece ni hasta ahora puede deducirse de otros elementos.

Eso se confirma con la indagatoria del acusado, en la cual dice:

"Evidentemente revoqué la providencia del inferior y decreté la entrega, fundándome en que estaba demostrada la propiedad de dicha hacienda a favor de la causante Inés Leiva de Rivas, quien la había adquirido a título de herencia, y para

resolver en esa forma me apoyé en lo dispuesto por los artículos 1782 y 1826 del Código Civil; pero como el señor Ignacio Rivas, cónyuge sobreviviente, había hecho mejoras en la misma finca, recuerdo que también impuse la obligación de asegurar con una caución que se prestaría a satisfacción del juzgado los derechos que a título de gananciales pudiera tener el mismo señor Rivas Putnam en la misma finca por concepto de mejoras establecidas con su esfuerzo en la calidad de miembro de la sociedad conyugal (f. 112 del c. 1º).

Y en la partición, que el denunciante considera como "el trabajo más jurídico y más justo que se haya elaborado en su especie en el Departamento del Tolima", se considera El Baurá como bien propio de la causante doña Inés, y como bienes de la sociedad conyugal "las mejoras introducidas a los bienes propios de la causante" (fls. 1 v. y 2 del c. 1º).

2º—**Que se le dio valor a la escritura 143 de 1941** es otro cargo tan infundado como el anterior.

En efecto, que dicha escritura hubiera sido firmada por coacción, en las circunstancias señaladas por el denunciante, no está acreditado en forma alguna y, según los preceptos que el Tribunal cita, hace plena fe respecto de los otorgantes, la cual conserva hasta que también en forma plena se demuestre lo contrario, es decir, que es nula por alguna de las causales que la propia ley civil señala.

El Tribunal no podía declarar nulo el instrumento citado, sin fórmula alguna de juicio, pues a ello debía preceder el fallo de la autoridad correspondiente como lo anota el Tribunal en su decisión de 21 de agosto de 1946 (fls. 38 v. y 39 del c. 1º). Grave cosa sería, y peligrosa además, al tomarse como sistema, que las nulidades de los instrumentos públicos pudieran declararlas las autoridades **motu proprio** y sin las formalidades del procedimiento, porque ello sí equivaldría a entronizar el imperio de la arbitrariedad en la administración de justicia.

Llama, sí, la atención que el denunciante reclame en forma tan enérgica y pertinaz porque el Tribunal le hubiera reconocido su valor legal a la mentada escritura, siendo así que en el juicio ordinario que contra el señor Rivas Putnam inició doña María Francisca de Medina, él mismo invocó las excepciones de transacción y cosa juzgada, de las cuales fue admitida la primera por el Juzgado del conocimiento, en providencia de 31 de julio de 1944, y tales excepciones tenían como único apoyo la escritura número 143 de 1941 (fls. 118 a 133 del c. 1º).

Reclama también Navarro T. que la escritura hubiera sido presentada por uno de los interesados en el juicio de sucesión, sin dar cumplimiento al artículo 636 del Código Judicial, que fue "olvidado por tres magistrados del Tribunal Superior del Tolima, o mejor, ha sido violado a sabiendas".

La disposición citada establece que cuando las partes pretendan hacer uso de **instrumentos públicos** no allegados en las oportunidades que allí se indica, deben pedirse por el Juez al funcionario que haya de expedir las copias respectivas y por conducto del registrador, en su caso. Pero bien sabido es que la escritura pública es una especie del instrumento público, que vale por sí sola, y que puede ser presentada directamente por los interesados, según el artículo 630 del Código de Procedimiento Civil, citado por el Tribunal.

Al respecto ha dicho la Corte que los documentos públicos a que alude el artículo 636 del Código Judicial han de presentarse en la forma y condiciones señaladas en tal precepto, "con excepción de las escrituras públicas, **que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registrada** (artículo 630)". (Auto de 23 de julio de 1939, G. J. tomo XLVIII, página 354). Y la misma doctrina se contiene en otras providencias.

El error no fue, pues, del Tribunal, sino del denunciante, que parece confundir "los instrumentos públicos", que son el género, con "las escrituras públicas", que son una especie y que están exceptuadas del precepto, según el artículo 630 del Código Judicial, a que se refiere la Corte y el Tribunal.

Pero alega todavía el denunciante dos razones para demostrar que la providencia citada de 1941 es arbitraria: que se tuvo en cuenta una prueba que el juez del conocimiento no tuvo presente al proferir su decisión; y que no le resolvió el Tribunal las cuestiones propuestas sobre retención de la hacienda de El Baurá y sobre caución.

El principio de que el superior no debe revisar sino lo que ha sido objeto de la apelación, con las pruebas que el inferior tenía al momento de proferir el fallo, es evidente y se deduce de varios preceptos del Código de Procedimiento Civil. Pero no es un principio absoluto, que no admita excepciones que lo hacen relativo y sujeto a interpretación, como aquí aconteció.

Entiende la Sala que el Tribunal, por no tratarse de un juicio estrictamente controvertido, por más que los interesados le dieron ese carácter, admitió una prueba que podían presentar las partes directamente, según se dejó expuesto; y como la escritura 143 de 5 de septiembre de 1941, que fue allegada por "el apoderado de la heredera Rivas de Medina" cambiaba totalmente el contenido del auto recurrido, el Tribunal procedió en consecuencia.

Respecto de la caución, de la retención y demás solicitudes no resueltas, el auto de 14 de octubre que se viene analizando explica a cabalidad ese proceder: porque por medio del instrumento público citado convinieron los interesados nombrar un administrador de bienes y claramente se dejó establecido que "la entrega material de la finca denominada El Baurá no se efectuará, sino que simplemente se considerará simbólica para los efectos de contabilidad de la hacienda, ya que la parte beneficiada con la orden de entrega renunciaba expresamente a ello, desde la fecha de la escritura" (f. 125 del c. 2º).

Mas si hubo esa renuncia expresa a la entrega de la hacienda, se dejó la fianza en la cuantía que le fijó el Juez, porque en la cláusula 11 de la escritura citada se autorizó a doña María Francisca para prestar una caución "y recibir los productos de El Baurá" en lo que hace relación a la tierra, que no a los semovientes (ibidem).

Esto hizo decir al Tribunal que no resolvía las peticiones del hoy denunciante, pues implícitamente quedaban resueltas con lo anterior y, además, por el auto de 17 de julio precedente no había sido apelado por la señora Rivas de Medina, lo que imponía su mantenimiento.

Por tanto y, por estos aspectos, la acusación carece de fundamento.

3º—Se declaró nulo lo actuado, en forma ilegal, pues se tuvo como base para ello la escritura número 143, de 5 de septiembre de 1941.

Al especificar el cargo se dejaron anotadas las disposiciones que el Tribunal tuvo en cuenta para decretar la nulidad de que se trata, las cuales prueban que no procedió en forma arbitraria o injusta.

También se anotó en el aparte anterior cómo la citada escritura se agregó al expediente en una forma que parece legal.

El hecho de que el denunciante hubiera presentado un memorial pidiendo la nulidad de la notificación y la nulidad de la providencia, declaraciones que no quiso hacer el Tribunal, no indican la arbitrariedad de la providencia que se estudia, sino simplemente diversidad de criterios sobre las cuestiones propuestas. El señor Navarro T. considera que no son atendibles las razones del Tribunal, fundadas en jurisprudencia de la Corte, porque "jurisprudencia no es razón". Piensa la Sala que jurisprudencia es razón precisamente, porque por medio de ella pretenden las autoridades interpretar o declarar el sentido de la ley y una entidad o juez que en ellas se apoya para dictar sus fallos, acredita de ordinario que no procede arbitraria o injustamente, como se requiere actuar para que se abuse de la autoridad o para que se cometa prevaricato. El proveído en que los magistrados contestan las razones del citado Navarro T., según su leal saber y entender, refrendado por la jurisprudencia, es una demostración más de que procedieron ajustados a la ley, según su criterio, y no con intención dolosa. Así se comprueba leyendo el fallo de 21 de agosto de 1946 (fls. 37 v. a 39 del c. 1º).

4º—**Sobre la renuncia del administrador Carlos Pacheco,** solo cabe a la Sala remitirse a la relación del cargo, para ver cómo no tiene consistencia, pues las razones que dio el Tribunal para aceptarla denotan el deseo de acertar, como lo dice la Procuraduría, aunque, como es obvio, no lo admita así el denunciante.

Y que la nulidad se declare el mismo día en que se admitió la renuncia, no es una circunstancia que revele por sí sola el propósito antelado de causar daño o de administrar justicia torcidamente: cree la Sala que dictó el mismo día las dos providencias, por tener que resolver las dos cuestiones sobre el mismo proceso y en la misma oportunidad.

Ahora, que se hubiera aceptado la renuncia, actuando en un juicio nulo, es cuestión explicada suficientemente por el acusado doctor García, al decir que la anulación solo se refería a la partición, pero no a otra cosa y que no podía haber remedio distinto a la difícil situación del señor Pacheco que la de acudir a las autoridades a que lo libraran del cargo que le estaba causando perjuicios, siendo así que los firmantes de la escritura 143 no habían cumplido lo pactado ni quisieron aceptarle la renuncia dicha.

5º—**Sobre el reconocimiento de los subrogatarios de doña María Francisca** debe anotarse que la solicitud del comprador, en que pedía que se le tuviera como interesado, fue negada en providencia de 30 de septiembre de 1946, por el Juzgado

de Purificación; y que la escritura número 1963, por la cual la señora Rivas de Medina vendió otros lotes de terreno de la sucesión, ni aparece en el presente sumario, ni consta que se hubiera presentado al juicio de la señora Leiva de Rivas, como se anotó al especificar el cargo.

De esa suerte, los acres comentarios que hace el denunciante porque el Tribunal en sus proveídos afirma que los interesados en la sucesión no son sino dos, carecen de seriedad: realmente los interesados no son sino dos en esa sucesión, el cónyuge sobreviviente, don Ignacio, y la hija del matrimonio doña María Francisca. Los demás que figuran no son ni pueden ser sino cesionarios o subrogatarios, que no adquirirán más derechos que los que los cedentes o vendedores hayan podido transmitirles legítimamente.

De otro lado si, como lo afirma el denunciante, quien no reconoció a uno de los subrogatarios de doña María Francisca fue el Juez y no el Tribunal "con la sola tesis de que el juicio estaba totalmente anulado y el Juez carecía de jurisdicción según lo resuelto por el Tribunal", (f. 39 v. del c. 1º), no se ve por qué se deduzcan cargos contra quienes no dictaron las providencias a que alude Navarro T.

Parece que al doctor Ignacio Villaveces López trae a cuento el denunciante, no para hacerles cargos directos a los magistrados, sino para que se deduzca el elemento de la simpatía que los ligaba con aquel subrogatario. Mas ya se vio cómo no puede deducirse la amistad íntima ni la **simpatía** de que habla la ley, de las pruebas del proceso.

6º—**Respecto de los inventarios adicionales** se advierte que el artículo 949 del Código Judicial permite realizarlos cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse algún elemento del patrimonio, solicitud que puede hacerse "antes o después de hecha la partición de bienes primitivamnte inventariados".

En la parte pertinente se establece la manera de practicar la diligencia de exhibición de libros, que debe sustanciarse como una articulación y si la parte de quien se solicita considera que con ella "solo se propone el interesado causarle una molestia o perjuicio..." se niega la exhibición y se condena a quien la pidió, si es manifiesta su temeridad, al pago de las costas y perjuicios.

Sin embargo, no se trajeron las copias pertinentes para saber si, como lo dice el denunciante, la providencia que ordenó la exhibición de libros fue posterior al fallo del incidente.

De esta suerte y, en relación con este cargo, lo que procede es sobreseer en forma temporal con el fin de que la investigación se agote.

7º—**Que no se suspendió la partición en 1945,** así como no se consideró la existencia de la escritura 143 de 1941 en este año, siendo así que ya se había firmado y era conocida, pero que en 1946 sirvió para anular lo actuado, no es argumento que pruebe abuso de autoridad o prevaricato, o mejor, por probar demasiado no prueba nada: El Tribunal anuló lo actuado en 1946 porque se le presentó la citada escritura con ese objeto, como el denunciante mismo lo reconoce. Que en 1945 y en 1941 no hubiera tenido en cuenta ese documento para anular, no significa sino que no se había demandado la nulidad, máxime cuando las estipulaciones contenidas en ese escrito dependían de la voluntad de los interesados y mientras no se hiciera patente que se quería abandonar la vía judicial para seguir actuando extrajudicialmente, los jueces no podían hacer las declaraciones pertinentes, la de nulidad entre ellas.

En la providencia de 14 de octubre de 1941, al revisar la cuantía de la fianza para la entrega de El Baurá, la confirmó el Tribunal en la cuantía fijada, porque en la escritura 143 de 1941, **llevada a los autos con ese fin,** se hacía consignar el nombramiento de un administrador de bienes (don Carlos Pacheco) y doña María Francisca renunciaba a la entrega (fls. 124 v. a 125 v. del c. 2º).

En la providencia de 30 de abril de 1945, se negó la suspensión de la partición, que se había pedido dizque porque existía controversia sobre la propiedad de los bienes, debido a que el señor Rivas Putnam "no probó satisfactoriamente las causales establecidas por la ley" (f. 125 del c. 2º): el certificado llevado como prueba era muy vago y resultaba muy discutible que el pleito versara realmente sobre la propiedad de los bienes.

Y en la de 11 de julio de 1946 se declaró nulo lo actuado, porque el doctor Francisco Varón —apoderado de doña María Francisca— pidió la nulidad de lo actuado, con apoyo en haberse celebrado un contrato para dirimir las controversias extrajudicialmente, como lo afirma el denunciante (f. 85 v. del c. 1º).

8º—**En lo referente al Juez doctor Santiago Carrasquilla,** consta que los magistrados Raúl Carrera y David Rincón Bonilla le exigieron la renuncia, debido al abandono en que mantenía el des-

pacho, la cual presentó en julio de 1942 (fls. 160 v. del c. 1º).

Pero consta también que contra el doctor Carrasquilla fue presentada una denuncia penal en febrero de 1942 (f. 161 del c. 1º). El propio don Ignacio Rivas Putnam afirma que ante las autoridades respectivas se adelantó el sumario, en el que el ahora denunciante "fue testigo de excepción... y llevó a ella (a la sumaria) los documentos que comprobaban el delito" (f. 60 v. ibidem), cosa que el abogado Navarro T. admite.

No es exacto, pues, que el Tribunal se hubiera limitado "a insinuar la renuncia al sindicado Carrasquilla", como dice el denunciante.

Las sugerencias que hace sobre la posible conexión entre el nombramiento del Juez Carrasquilla y los magistrados acusados, o si ellos tuvieron "alguna participación en la suspensión del proceso" contra el mentado Carrasquilla, respecto de cuya veracidad nada afirma ni niega, como él lo dice, no sirven de base a una acción penal, que debe fundarse en hechos ciertos y afirmaciones concretas, y no en sospechas o conjeturas sobre la actividad de los funcionarios. En otros términos, la acusación no se puede admitir en esa manera imprecisa.

De suerte que si el denunciante cree que los magistrados de Ibagué ordenaron suspender el proceso penal contra el Juez doctor Carrasquilla indebidamente, no solo puede sino que debe acusarlos ante esta Sala.

9º—**En fin, sobre las demoras injustificadas** de que habla el abogado Navarro T. cabe observar que las del Juez de Purificación no son imputables, desde luego, a los Magistrados del Tribunal de Ibagué, puesto que no fueron fruto de su negligencia en el despacho y no aparecen otras de las copias traídas al proceso que pueden serles imputadas a estos últimos.

Conclusiones

No queda por averiguar sino un cargo, o sea, el de que la exhibición de los libros de don Ignacio Rivas Putnam y la apertura de la articulación, fueron ordenadas después de fallado lo relativo a los inventarios adicionales, pues, como ya se admitió, no se trajeron las copias pertinentes. A ello se proveerá en la parte resolutiva con el sobreseimiento temporal.

En cuanto a los demás cargos, lo que puede concluírse de lo expuesto, no es que los funcionarios hubieran actuado dolosamente al tramitar el juicio de sucesión de doña Inés Leiva de Rivas, sino que los interesados, al llevar al extremo la práctica de cuantas facultades les concede la ley civil para la protección de sus derechos, se han complicado el ejercicio de esa misma protección por parte de las autoridades.

En efecto, un juicio de esta índole solo consta de dos diligencias esenciales, los inventarios y la partición. Pero si quienes tienen interés en ello recurren de todas las providencias, objetan cuanto se decide, acuden a su facultad dispositiva para resolver extrajudicialmente sus dificultades, acuden nuevamente a la autoridad al no estimar esas gestiones favorables a sus intereses, promueven marginalmente juicios ordinarios y, aun lo accesorio, como la entrega de bienes y la administración de los mismos, es fruto de controversia, apenas resulta explicable que un proceso que puede tramitarse en corto tiempo, se haga a la postre interminable. La ley procedimental consulta la fácil efectividad de la ley sustantiva; pero, como en todo lo humano, lo que de suyo encierra provecho, se hace dañoso por la intransigencia y el exceso.

Lo que no puede admitirse, en forma alguna, es que los encargados de administrar justicia resulten acusados precisamente por proveer a las demandas de los ciudadanos en la forma que estiman ajustada a las leyes, simplemente porque sus fallos no están de acuerdo con las pretensiones de las partes. Porque si los jueces tuvieran que acceder siempre a lo pedido por los solicitantes, no solo sobraría la institución de las instancias, sino que la misma administración de justicia carecería de objeto, ya que por lo general consiste en decidir sobre pretensiones encontradas. De esta suerte, la falta de consonancia entre lo concedido y lo demandado no acarrea responsabilidad, sino cuando la decisión, en vez de fundarse en la ley, lo está en el capricho del funcionario, o en sentimientos personales ajenos a la equidad.

Al leer la denuncia y el prolijo alegato del denunciante para contestar la vista de la Procuraduría, se ve que lo que existe es una divergencia de criterio en la interpretación de los textos legales, pues el abogado Navarro T. se alarma porque la Procuraduría no analiza uno a uno los preceptos legales que el Tribunal invocó en sus providencias, como lo exigió en su denuncia (f. 80 del c. 1º), pues considera equivocada su interpretación o su aplicación, y estima fútil que el Mi-

nisterio Público hubiera hecho un relato de los antecedentes del proceso.

Para descubrir el dolo en los abusos de autoridad o en el prevaricato, siguiendo esa pauta, sería necesario citar todos los comentadores de derecho civil, en casos como éste, o realizar la imposible pretensión de convencer al que ha perdido sus demandas civiles. Para los efectos penales no es necesario sino demostrar la arbitrariedad o la injusticia en los actos judiciales, que no se pueden presumir, aunque otra cosa dé a entender el acusador al reclamar porque se implante alguna vez en Colombia el reinado del derecho.

Como ya lo expresó la Corte, las acusaciones contra los funcionarios, no pueden servir sino para sancionarlos por el incumplimiento de sus deberes; pero son ineptas como procedimientos abreviados para obtener prestaciones que han resultado fallidas por la vía civil o la administrativa.

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, **sobresee definitivamente** en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria, por los cargos que con poder de don Ignacio Rivas Putnam les ha hecho el abogado Julio Navarro T., y de que tratan estas diligencias, con excepción del marcado con el ordinal 6º en la parte motiva de esta providencia, respecto del cual se sobresee temporalmente, con el fin de que se alleguen al proceso las pruebas del caso, para lo cual se reabre la investigación.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre — Agustín Gómez Prada — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE PERJUICIOS

Hay una presunción de llevar empaque adecuado la mercancía que entra a una bodega para ser colocada con otra, si es que al recibirla no se hace constar que el empaque es defectuoso. La presunción se funda en que dentro de una administración ordenada de una bodega de almacenamiento debe hacerse constar el estado de los empaques al recibir la mercancía, para cubrirse de responsabilidades ulteriores. Es de suponer que una bodega bien organizada no admite, sin reparos, mercancías que están naturalmente expuestas al deterioro grave o a su destrucción por causa de empaque defectuoso.

Los artículos 55 y 57 de la ley 79 de 1931, que hacen parte del capítulo XIX que trata de la "responsabilidad por la mercancía almacenada en bodegas oficiales", fijan la que corresponde a la Nación por pérdida o daño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Diógenes Arrieta Arrieta como apoderado de Enrique H. Hanabergh propuso demanda en juicio ordinario ante el Tribunal Superior de Cartagena contra la Nación para que se la condene a pagar al demandante la suma de seis mil ciento dos ($ 6.102.00) pesos moneda legal, como indemnización de perjuicios por la pérdida o rotura que sufrió de seiscientas setenta y ocho (678) piezas de inodoro de barro cocido, almacenadas en bodegas oficiales de ese puerto.

Los hechos que sustentan la acción los señaló la demanda, y de ellos toma la Sala los siguientes: "I) Mi poderdante señor Enrique M. Hanabergh, importó por la Aduana de este puerto setecientos diez y siete (17) bultos de inodoros de barro cocido con un contenido de mil cincuenta (1.050 piezas, cargamento que vino por el vapor "Creystoke Castle" el día veintiruatro (24) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), todo lo cual consta en el manifiesto número 4386, presentado en la Aduana por los señores Eduardo L. Gerlein & Cía. para retirar la carga. II) Al efectuar el descargue de los setecientos diez y siete (717) bultos de que trata el punto anterior aparecieron rotos diez y siete (17) tubos o sifones, y el resto de la carga en perfecto buen estado se depositó en las bodegas del terminal de esta ciudad en número de mil treinta y tres (1.033) piezas. III) Estando almacenadas las mil treinta y tres (1.033) piezas de que acabo de hacer mención, en las citadas bodegas, sufrieron una avería que produjo la rotura o pérdida de seiscientas setenta y ocho (678) piezas, avería consistente en haberles caído a los bultos de inodoros de barro cocido un cargamento de cemento, hecho que sobrevino por deficiencias en el almacenaje de la carga. IV) El precio de venta de cada pieza en esta plaza al tiempo del accidente era de nueve ($ 9.00) pesos moneda legal colombiana, siendo por tanto el valor de las seiscientas setenta y ocho (678) piezas dañadas la suma de seis mil ciento dos ($ 6.102) pesos oro legal, que es el perjuicio sufrido por mi mandante, que lo debe reparar la Nación. VIII) El reconocimiento de la avería lo efectuaron el sub-Administrador de la Aduana, el Jefe de la Sección de Reconocimiento, y el Revisor Fiscal de la Aduana, y de conformidad con el artículo 235 de la ley 79 de 1931 dichos funcionarios apreciaron la avería en el sesenta y cuatro por ciento (64%) del cargamento de inodoros de barro cocido, para lo cual tuvieron en cuenta que habían seiscientas setenta y ocho (678) piezas rotas, hecho que consta, es decir el reconocimiento de la avería en el citado manifiesto número 4386".

En derecho basa la demanda en los artículos 2341, 2347 y concordantes del Código Civil, y 76, numeral 1º y 734 y siguientes del C. J.

El Tribunal Superior Judicial de Cartagena desató el pleito en la primera instancia, en el fallo del 9 de julio de 1947, que termina declarando que existe falta de legitimación en causa en el juicio respecto de la Nación y absolviéndola por ello de los cargos de la demanda. Para llegar a esta conclusión la sentencia expresa que por exis-

tir un contrato, celebrado el 20 de abril de 1932, entre el Gobierno Nacional y la Sociedad denominada Frederich Snare Corporation, sobre construcción y explotación del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, es a dicha sociedad, y no a la Nación, a la que le toca responder de los cargos que se le hacen en el libelo. A este propósito la sentencia transcribe unas cláusulas de dicho contrato y cita otras del Decreto número 65 de 1934, contentivo del reglamento para la Administración del Puerto.

Por haber apelado el actor, se surtió el recurso correspondiente ante la Corte, respecto de la providencia mencionada, y cumplido el trámite de rigor ha llegado la oportunidad de fallar el juicio en la segunda instancia.

Observa la Corte que el contrato a que el Tribunal se refirió no había sido aducido como prueba y que sin embargo se basó en él para adoptar su decisión. "Por efecto: aun cuando no se ha aducido como prueba en este negocio, y por lo tanto no se puede tener como tal, —dice el Tribunal— es oportuno citar el contrato celebrado el 20 de abril de 1932 entre el Gobierno Nacional y la Sociedad Frederich Snare Corporation...".

En la segunda instancia el señor Procurador Delegado en lo Civil solicitó, como única prueba, la de que se pidiera al Ministerio de Obras Públicas una copia del mencionado contrato, "sobre construcción y administración del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, con certificación acerca de su aprobación por el H. Consejo de Estado y sobre su vigencia actual". El Ministerio al contestar el despacho correspondiente manifestó: "En cumplimiento del auto anterior el Secretario General del Ministerio envía copia simple del contrato de fecha 20 de abril de 1932 celebrado entre el Gobierno Nacional y Frederich Snare Corporation sobre construcción y administración del terminal marítimo y fluvial de Cartagena; copias simples de los contratos de 15 de octubre y 25 de noviembre del citado año, por los cuales se hacen algunas modificaciones al contrato original. No se encuentra comprobante alguno de que el contrato original hubiera sido aprobado por el H. Consejo de Estado; y respecto de su vigencia se certifica que según acta firmada en Cartagena el 31 de julio de 1947, por representantes del Gobierno, la Contraloría General de la República y de Frederich Snare Corporation, esta sociedad hizo entrega a la Nación de los edificios, equipos, materiales, cuentas, caja, etc., que estaban en su poder por razón de la explotación del Puerto y se declaró que la Compañía quedaba desligada de toda responsabilidad por actos posteriores a la fecha de dicha Acta, relativos a la posesión, administración y explotación del Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena".

El señor Procurador Delegado en lo Civil prescinde en su alegato ante la Corte de los aspectos contemplados en la sentencia de primera instancia tocantes con la administración o el manejo de la Aduana de Cartagena por la sociedad Snare Corporation cuando ocurrieron los hechos que dieron origen al daño cuya indemnización se reclama y que llevaron al Tribunal a declarar la absolución del demandado por falta de legitimación en causa de la Nación. Considera la Corte que está bien prescindir de este estudio de la cuestión que contempló el Tribunal y que le sirvió para basar la sentencia, porque el contrato que se dice existió entre la sociedad Frederich Snare Corporation y la Nación no aparece haber sido aprobado por el Consejo de Estado, lo que impide reconocerle valor probatorio.

Debe pues examinarse si la Nación, en su calidad de dueña del Terminal Marítimo de Cartagena y administradora del mismo a través del organismo o dependencia llamado Aduana, ha de responder de los perjuicios que alega el demandante habérsele causado por culpa de los agentes de la Nación, administradores de la Aduana.

Los hechos en que se apoya la demanda aparecen debidamente comprobados en el juicio, como así lo encontró también el Tribunal. La comprobación resulta principalmente del manifiesto de importación referente a la carga que Enrique M. Hanabergh introdujo al Puerto de Cartagena en el vapor "Creystoke Castle" procedente de Liverpool, el 24 de octubre de 1944. Sobre ese documento se practicó en el juicio una diligencia de inspección ocular cuyo contenido importa tener en cuenta. La inspección fue practicada por el señor Magistrado sustanciador del Tribunal, por dos peritos y con la intervención del Administrador del Terminal. En el acta correspondiente se lee: "De inmediato, el señor Magistrado y los señores peritos, con vista en esos documentos, constataron lo siguiente: Se examinó un recibo de carga entregada al Terminal, de fecha 24 de octubre de 1944, referencia 273, relativo al buque Creystoke Castle, donde consta que entraron en total en esa fecha 117 bultos con la marca H. M. H., consignados

al Banco de Bogotá. En la columna de excepciones, que quiere decir observaciones, consta que de las 717 piezas se encontraron 17 inodoros rotos en parte. Este recibo aparece firmado por el señor Luis Duneyer, Almacenista General de la Aduana, el 2 de mayo de 1945. Se examinó el soborno correspondiente a la referencia número 273, del vapor Creystoke Castle, entrado el 24 de octubre de 1944, y en las columnas correspondientes se encontraron las siguientes anotaciones referentes a la carga de que se trata: número del conocimiento 10; número de la factura consular 31; marca H. M. H.; número de bultos 717, clasificados en 177 atados y 550 piezas, con un contenido material de loza; valor en pesos colombianos $ 3.045.00; peso bruto en kilos 5.754, con destino al Banco de Bogotá. En lápiz azul, en dichas columnas, aparece esta leyenda: despachados 247-1.334 kilos. Respecto a los daños que sufriera dicho cargamento y del estado en que fuera entregado en el terminal al interesado, manifiesta el señor Administrador del Terminal que en primer término el buque entregó 17 piezas dañadas o rotas, conforme se ha examinado anteriormente. De los restantes 700 bultos conforme documentos que reposan en la administración del Terminal, tales como la factura número 4.000.00 — 1 y 3.000.00 — 2 — C 622 de 22 de marzo de 1945, para los señores Eduardo L. Gerlein & Cía., consta que de la carga de importación llegada por el vapor Creystoke Castle el 24 de octubre de 1944, según referencia número 273 de nov. de 1944 según solicitud de despacho número 5224. (Sic.) Se examinó dicha solicitud de despacho de Eduardo L. Gerlein & Cía., en la que se encontró el cumplido del Terminal en la forma siguiente: "Terminal de Cartagena. Cumplido. Bultos 247. Peso rectificado 1.354 kilogramos. Bultos faltantes (no hay numeración), fecha, noviembre 28 de 1944. Firmado, Narciso Gulfo, Bodeguero".

Por tanto, se dejaron de entregar 470 bultos por roturas de ellos, daños que se ocasionaron, porque debido a la congestión de carga que existía en las bodegas para esa época, un arrume de carga de cemento que se hallaba cerca del cargamento de loza cayó encima de éste. Manifiesta también el señor Administrador que el cargamento de loza de que se trata no vino empacado en guacales, sino sueltos sin ningún empaque. Se deja constancia de que los 17 bultos que entregó dañados el buque están incluídos en los 470 bultos que dejaron de entregar al consignatario. Concluída esta diligencia se firma por todos los que en ella han intervenido. El Magistrado sustanciador, Abel M. Cabrales. Peritos, Tiberio Trespalacios, Gerardo Arango, Administrador del Terminal, St. Clair Baumgartner. El Secretario, (Firma ilegible)".

Como ya se expresó, esta diligencia de inspección ocular comprueba plenamente la importación de la mercancía hecha por el demandante a la Aduana de Cartagena el 24 de octubre de 1944 y la rotura de una gran parte (un 64%), por haber caído sobre ella otros bultos de un cargamento de cemento.

Refiriéndose el señor Procurador Delegado en lo Civil al hecho que causó el daño afirma que en su opinión él se produjo por la culpa del introductor de la mercancía, por no haberla protegido con un empaque adecuado. La Sala va a expresar una opinión distinta, que se ha formado por el estudio de los elementos de prueba aducidos y por el examen de algunas disposiciones legales.

De un modo general puede afirmarse que en almacenes de depósito o bodegas de mercancías se recibe la carga previo examen de ella para hacer constar el estado en que se encuentra, a fin de ponerse a salvo el guardador de reclamos infundados, como serían los que se intentaran por daños sufridos por la mercancía antes de ser recibida en los depósitos, o por empaques inaptos para protegerla del movimiento natural dentro de las bodegas. Hay por lo tanto una presunción de llevar un empaque adecuado la mercancía que entra a una bodega para ser colocada con otra, si es que al recibirla no se hace constar que el empaque es defectuoso. La presunción se funda en que dentro de una administración ordenada de una bodega de almacenamiento, debe hacerse constar el estado de los empaques, al recibir la mercancía, para cubrirse de responsabilidades ulteriores. Es de suponer que una bodega bien organizada no admite, sin reparos, mercancías que están naturalmente expuestas al deterioro grave o a su destrucción por causa de empaque defectuoso.

En el caso que este juicio contempla, al recibirse la mercancía por la Aduana se hizo constar que había 17 piezas rotas, y nada se dijo sobre que el empaque de la mercancía fuera defectuoso para su debida protección. La presunción de que el empaque era adecuado no se destruiría sino con una prueba directa que debió aportar el demandado sobre el hecho en cuestión, y no la desvirtúa la sola afirmación, muy posterior, del Administrador de la Aduana, después que la mercancía había si-

do rota en mucha parte por la caída sobre ella de unos bultos de cemento en las bodegas.

Los artículos 55 y 57 de la ley 79 de 1931, que hacen parte del capítulo XIX que trata de la "responsabilidad por la mercancía almacenada en bodegas oficiales", fijan la que corresponde a la Nación por pérdida o daño. El art. 55 dice: "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenar". El artículo 57 expresa: que no hay responsabilidad por "pérdidas y daños inevitables causados por deterioro regular **o por empaque defectuoso".** Piensa la Corte que habiendo establecido estas disposiciones una exoneración de responsabilidad **por empaque defectuoso,** a favor de la Nación, los agentes suyos debieron cuidarse, al recibir la mercancía por cuyo daño se la demanda ahora, de verificar y hacer constar la calidad defectuosa o inadecuada del empaque de los bultos de mercancía importada por el señor Hanabergh el día 24 de octubre de 1944. Como no lo hicieron, debe entenderse que consideraron que el empaque satisfacía las exigencias normales de protección para que la mercancía no sufriera roturas o daños, ya que la ley citada previene que el Gobierno ha de responder de ellas, salvo fuerza mayor, evaporación, deterioro natural o empaque defectuoso, y porque los tres primeros términos de responsabilidad eran inoperantes en el caso de los efectos importados por Hanabergh. Del último término debían poner a cubierto a la Nación sus agentes en la Aduana, no admitiendo, sin reparos, la mercancía, si estaba defectuosamente empacada.

Como se ha dicho, en el juicio no se produjo prueba que desvirtuara la presunción de hallarse la mercancía con empaque adecuado. La sola afirmación del Administrador de Aduana, no compartida por los peritos, sino exclusivamente suya, no constituye prueba.

En estas circunstancias probatorias es preciso declarar a cargo de la Nación la responsabilidad prevista en la ley 79 de 1931 ya citada; pues si se mira más concretamente la conducta de sus agentes aparece clara la culpa en que incurrieron, ya que no es cuidado sino ausencia de él lo que puede y pudo producir la caída de unos bultos de cemento sobre mercancía que por su calidad debía manejarse con la atención necesaria para no dañarla o romperla. El cuidado de los depositarios en casos como el examinado lo impone, además de la ley, la costumbre, pues hay mercancías **delicadas,** que así se rotulan o marcan, para que se les dé un tratamiento más cuidadoso, como es toda la de vidrio, que no puede sufrir fuertes golpes que la dañen, aunque esté debidamente empacada.

Para determinar el monto de la indemnización reclamada se produjo en el juicio un dictamen pericial que aparece rendido por los mismos peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular de que se ha hecho mérito. Los avaluadores señores Cepeda Torres y Trespalacios exponen: "Se trata de avaluar seiscientas setenta y ocho (678) piezas, de igual valor cada una. Dividiéndolas entre dos tenemos trescientos treinta y nueve (339) inodoros. Este artículo se acostumbra a vender generalmente suelto, es decir, por unidad, aunque puede venderse también por lotes de diez inodoros. Nuestro avalúo se refiere a los dos modos, porque tienen precios distintos: el inodoro suelto lo avaluamos en $ 18.00 cada uno. Y por lotes de diez lo avaluamos en $ 15.00 cada uno. Por consiguiente el avalúo es como sigue:

339 inodoros á $ 18.00 c. u. son..... $ 6.102.00
339 inodoros a $ 15.00 c. u. son..... $ 5.085.00".

Este avalúo se halla debidamente fundamentado porque coincide con la conclusión a que se llegó en el reconocimiento de la avería, estimada en un 64% y por un total de 678 piezas rotas, que es la base numérica inicial del avalúo. También se sustenta éste en la información juramentada que varios comerciantes de Cartagena suministraron al expediente respecto del precio comercial de artículos como los importados por el señor Hanabergh. Además, el avalúo no fue objetado. Por estas razones la Corte lo acoge en la segunda de sus estimaciones, o sea la del precio de los inodoros en diez unidades o más, que da el monto de $ 5.085.00, que debe reconocerse como cuantía de la indemnización reclamada.

En consecuencia ha de revocarse el fallo de primera instancia, en cuanto absolvió a la entidad

pública de los cargos de la demanda, declarar su responsabilidad y hacer la condena en concreto por el valor del perjuicio.

A 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, REVOCA la sentencia pronunciada en este juicio y que fue objeto de apelación, y en su lugar declara responsable a la Nación del daño causado al actor por la avería o rotura de la mercancía importada por él a la Aduana de Cartagena, de que trata la parte motiva de este fallo, y la condena a pagar al demandante la cantidad de cinco mil ochenta y cinco ($ 5.085.00) pesos moneda legal.

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

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

RECURSO DE SUPLICA

El Ferrocarril de La Dorada no está exento de la obligación de actuar en papel sellado en los juicios en que sea parte.

El impuesto de papel sellado es un impuesto INDIRECTO.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La parte demandada en este juicio, The Dorada Railway Company Ltd., por medio de su apoderado el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, pidió que se declarara que la Compañía que representa puede litigar en este asunto en papel común "de acuerdo con el punto 3º del contrato suscrito entre el señor Ministro de Obras Públicas y don Tomás Germán Ribón el 27 de noviembre de 1905 y aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de diciembre del propio año". De la solicitud se corrió traslado al señor apoderado del Departamento del Tolima quien guardó silencio, y el señor Magistrado sustanciador la resolvió negativamente en providencia que ha pasado en súplica al resto de la Sala. El recurso ha sufrido el trámite indicado y procede su resolución.

La providencia suplicada principia por advertir que de acuerdo con la ley 20 de 1923 las actuaciones judiciales deben surtirse en papel sellado; que el memorial de rendición de cuentas, el de rechazo de las objeciones a éstas y otras actuaciones de la primera instancia hechas por el doctor Rodríguez Fonnegra lo fueron en papel sellado. Observa que las solas excepciones que autoriza la ley en cita se refieren a los "negocios en que tengan interés los Departamentos, los Municipios y los establecimientos oficiales de educación, caridad y beneficencia 'en lo que a ellos corresponde intervenir, o sea exclusivamente a su favor' "; y que el numeral 11 "exime del uso de papel sellado a los actos, providencias o diligencias de cualquier especie para los cuales esté admitido el uso de papel común 'por los Códigos Civil, Judicial, o por las leyes vigentes' ",

Examina luego el auto las finalidades del contrato de concesión, para cuyo cumplimiento se otorgaron ciertos privilegios a la Compañía; dice que conforme al artículo 7º, en que se definió lo que para las partes debía entenderse por terminación de la obra, ésta fue concluída y que ello lo demuestra la circunstancia de haberse ventilado repetidos pleitos por causa del servicio, y concluye afirmando que el privilegio era cosa inherente a la construcción del Ferrocarril y que al quedar concluída esa etapa debió automáticamente clausurarse, por ello mismo, el privilegio; y que ahora, al ventilarse ante la justicia ordinaria una ejecución para hacer cumplir una sentencia ejecutoriada, la parte que salió desfavorecida en esta, debe asumir todas las consecuencias de la ejecución a que se dejó llevar por negarse a cumplir el fallo. Por último transcribe la Resolución número 41 de 1925 (febrero 20) emanada de la Recaudación General de Rentas Nacionales en la cual dispuso, al resolver una solicitud de la Compañía, que ésta no está "exenta de la obligación de hacer uso de papel sellado en los debates judiciales en que intervenga".

El señor apoderado de la Compañía afirma en su memorial que la materia de las concesiones ferroviarias se regía por la ley especialísima que todavía está vigente —la 104 de 1892—, que autoriza al Gobierno en su artículo 1º para contratar la construcción de las vías férreas que estime conveniente establecer, y según la cual (artículo 2º) los contratos que en virtud de esta autorización se celebren podrán llevarse a efecto "sin necesidad de la aprobación del Congreso, si reúnen las siguientes condiciones: R. La empresa y todas sus anexidades y dependencias estarán exentas del pago de las contribuciones o impuestos directos y de las extraordinarias"; y que según el contrato número 75 de 1893 aprobado por el Poder Ejecutivo el 19 de mayo del mismo año se estableció en el artículo 10 que "el Gobierno hace al concesionario las concesiones que se expresan en los siguientes incisos: ...10. Exención de toda contribución nacional, departamental o municipal, del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exaccio-

nes o contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferorcarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía".

Igualmente estima el señor apoderado que la estipulación pactada entre el Gobierno y el concesionario a virtud de una expresa autorización legal no puede ser cambiada "ni siquiera por el legislador", porque mediante una ley el legislador no puede abrogar un contrato que liga al Estado.

Tanto el auto recurrido como el memorial de súplica están acordes en un punto fundamental: en que el Gobierno carece de facultad legal y constitucional para pactar exenciones de impuestos, y en que esta facultad solo la tiene el congreso. Que las exenciones de impuestos pactadas por el Gobierno solo pueden operar cuando existe facultad legislativa que las autorice o cuando posteriormente aquellas son ratificadas por el Congréso.

El señor apoderado funda especialmente su recurso en los artículos 1º y 2º de la ley 104 de 1892 que dicen: "Art. 1º Autorízase al Gobierno para contratar la construcción de las vías férreas que estime conveniente establecer. Art. 2º Los contratos que en virtud de esta autorización se celebren podrán llevarse a efecto sin necesidad de la aprobación del congreso, si reúnen las siguientes condiciones: ...R. La Empresa y todas sus anexidades estarán exentas del pago de las contribuciones o impuestos directos y de las extraordinarias".

Existiendo la ley que faculta al Gobierno para la celebración de contratos sobre construcción de vías férreas y la autorización para que ellos se efectúen sin necesidad de ser sometidos a la aprobación del Congreso, siempre que "la empresa y todas sus anexidades y dependencias" queden "exentas del pago de las contribuciones o impuestos directos y de las extraordinarias", y no estando derogada esa facultad, al tiempo de celebrarse un contrato, es forzoso admitir que las empresas contratistas de construcción de ferrocarriles podían obtener del Gobierno la exención de impuestos directos y contribuciones extraordinarias.

Así se celebró el contrato número 75 de 1893, aprobado por el Poder Ejecutivo el 19 de mayo del mismo año y los subsiguientes que lo adicionaron y modificaron y que aparecen publicados en el Diario Oficial 23270 visible a los folios 6 y siguientes de este cuaderno. En esos contratos se señalaron con toda claridad los compromisos que adquirieron las partes y se dijo de qué exenciones de impuestos disfrutaría la empresa constructora del Ferrocarril. En el art. 10 se lee: "10. El Gobierno hace al concesionario las concesiones que se establecen en los siguientes incisos: ..... 10. Exención de toda contribución nacional, departamental o municipal, del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía". En esta cláusula del contrato, y en su conexidad con los artículos 1º y 2º de la ley 104 de 1892, transcritos arriba, se basa la petición que dio origen al auto reclamado.

Observa la Sala que la ley 104 de 1892 fue expedida para fomentar la construcción de ferrocarriles y que por eso el artículo 2º dispuso que los contratos no se sometieran a la aprobación de la Rama Legislativa cuando llenaran una serie de requisitos favorables, en su mayor parte, al concesionario, y tendientes a facilitar la construcción y explotación de la obra por el término de la concesión. Así se dispuso que se daría, por ejemplo, una subvención de diez mil pesos en oro, por cada kilómetro de vía férrea que se construyera; que se otorgaría a título gratuito el derecho de propiedad de trescientas hectáreas de tierras baldías por cada kilómetro de ferrocarril construído; que el privilegio de explotación sería de cincuenta años, y dos períodos más adicionales de veinticinco años cada uno, si el Gobierno no estaba en condiciones de comprar la empresa al final de los primeros cincuenta; que **la empresa y sus anexidades y dependencias estarían exentas del pago de las contribuciones e impuestos directos y de las extraordinarias** (se subraya); que todo lo que fuese necesario introducir del extranjero para la construcción, equipo, explotación y conservación del ferrocarril y de sus anexidades se eximiría del pago de derechos de aduana y de peajes fluviales y terrestres; que los empleados de la empresa estarían exentos del servicio militar, en tiempo de paz, durante la construcción y explotación del ferrocarril, etc.

Llenando los requisitos exigidos por la ley 104 se celebró el contrato sobre construcción del ferrocarril de la Dorada que ha dado origen a este juicio, y los artículos de aquél, especialmente en lo que se refiere a los beneficios de que podrá gozar el concesionario, son en su totalidad una copia de los requisitos que exige el artículo 2º de la ley para que la convención no sea sometida a la

aprobación del Congreso. Es necesario entender que esos beneficios así pactados no se referían únicamente a la construcción del ferrocarril; el contrato fue de concesión, y ella comprende un período de cincuenta, setenta y cinco y cien años, sin contar la etapa de construcción de la vía. Es verdad que al redactarse la cláusula relativa a la exención de impuestos no se dijo qué período comprendía, tal vez por considerarse innecesario, pero debe observarse que hay otras en que se advierte claramente que las concesiones así llamadas, se otorgan por todo el tiempo de duración del contrato y que las obligaciones que adquiere el contratista son también para "mientras subsista el contrato". La exención sobre impuestos directos está incluída dentro de las "concesiones" que el Gobierno hace al contratista en el artículo 10, que principia por otorgarle en los numerales 1º y 2º **"el privilegio exclusivo, por el término de cincuenta años** contados desde la fecha en que esté terminado el ferrocarril", para que durante ellos no se pueda construír ninguna vía férrea en esa zona, y "el usufructo exclusivo del ferrocarril y todas sus anexidades por el tiempo del privilegio". En el numeral 9º se pactó "la exención para la empresa de todo derecho de importación y de peajes fluviales o terrestres u otros impuestos de cualquier género que sea, ya establecidos o que en adelante se establezcan para todos los materiales, herramientas, útiles, ... y demás objetos que requiera **la construcción y la conservación** en buen estado de la vía y de sus accesorios". Ninguna de las "concesiones" está pactada expresamente para un tiempo inferior al fin del convenio, y es lógico suponer que si se hubiera tenido la intención de que determinado privilegio tuviese vigencia durante un tiempo inferior al en que se concedían los demás, se habría hecho constar expresamente esa intención, que sería la excepción a la regla general de todo lo pactado.

Se observa en el auto suplicado que "en la presente acción no juega el contrato, sino una sentencia que está ejecutoriada y que impuso a la Compañía demandada la obligación de rendir cuentas", después de decirse también que tal obligación por emanar de la sentencia debe cumplirse y que si a ello se opone la Compañía no es legítimo que haga uso del privilegio de exención que se le otorgó en el contrato. La Sala entiende, como el auto suplicado, que la obligación que trata de hacerse efectiva proviene de la sentencia. Sin embargo, es evidente que la empresa comparece en el juicio para ejercitar una pretensión que de antemano no puede calificarse de improcedente o ilegítima. Es más, aún en la hipótesis de que no prosperara, por contraria a derecho, la posición asumida en el presente juicio por la parte demandada, no podría desconocerse el hecho de que la controversia se desarrollaría entre las dos partes contratantes, el Departamento del Tolima y la Empresa. Y que la rendición de cuentas dentro de un juicio está subordinada a la interpretación del contrato, a la ejecución del mismo y al análisis de las prestaciones recíprocas que de él provienen. Si inmediatamente la obligación de rendir cuentas proviene de un fallo, mediatamente proviene del contrato de concesión.

Volviendo al examen de la cláusula décima del contrato de concesión, ha de contemplarse a la luz del artículo 2º de la ley 104 de 1892, en el cual se basó el Gobierno para celebrar el convenio. Es necesario detenerse sobre este aspecto del asunto para deducir consecuencias respecto del contenido y alcance de la estipulación.

Dice la ley citada que los contratos para cuya celebración autoriza se pueden llevar a efecto si reúnen varias condiciones, entre ellas la de que: "R. La Empresa y todas sus anexidades y dependencias estarán exentas del pago de las **contribuciones o impuestos directos** y de las extraordinarias". Se ha subrayado una parte de la cláusula que tiene notoria trascendencia. Se autoriza la exención de impuestos **directos,** no la de impuestos indirectos. Al tener desarrollo la ley en las estipulaciones del contrato se dijo: Artículo 10. El Gobierno hace al concesionario las concesiones que se expresan en los siguientes incisos: ... 10. Exención de toda contribución nacional, departamental o municipal, del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía".

Refiriéndose a esta cláusula manifiesta ante la Corte el señor apoderado de The Dorada Railway Company Ltd.: "Pues bien: esa estipulación no puede ser cambiada ni siquiera por el legislador, ya que se trata de contrato sobre concesión ferroviaria, pactada precisamente en consideración a las prestaciones mutuas de las partes y, en fin, al conjunto de estipulaciones hechas, entre las cua-

les se halla la relativa al establecimiento de tarifas máximas. ¿O será que el propio señor Caro andaba equivocado al pensar que el impuesto de papel sellado que de los litigantes se exige es impuesto directo? Ningún tratadista de Hacienda Pública dirá que esta contribución es indirecta, cayendo ella directamente en la persona que lo emplea".

Es interesante, y muy pertinente a la dilucidación de la materia sometida a la Sala, contestar al interrogante que formula el señor abogado. No están de acuerdo los expositores de Hacienda Pública con la tesis presentada por aquél. Para no extenderse demasiado en este punto la Corte se limita a oír al ilustre profesor colombiano doctor Esteban Jaramillo, a través de su obra llamada **Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública** — Cuarta Edición— 1946: "Capítulo XII. IMPUESTO DE APLICACION PRACTICA. La gran división de los impuestos, como ya hemos dicho, es en **indirectos y directos.** Los impuestos **indirectos** gravan: los artículos de consumo, ya sea en forma de derechos de importación y exportación, ya cuando tales artículos se dan al expendio; las transacciones; los transportes y comunicaciones, y ciertos actos de la vida comercial, civil o económica, que generalmente se gravan con impuesto de timbre. Los impuestos directos gravan la persona, como el de capitación, que ya hemos estudiado, o la fortuna de los individuos, en forma de propiedad o en forma de renta, o la transmisión de ellas por donación o por causa de muerte, aunque, como queda dicho, este impuesto es considerado por algunos como indirecto. Según estas clasificaciones, trataremos los impuestos de aplicación práctica en el orden siguiente:

Impuestos indirectos:

1º—Impuesto de consumo;
2º—Impuesto de importación y exportación;
3º—Impuesto sobre los negocios;
4º—Impuesto sobre los transportes y comunicaciones, y
5º—**Impuestos de timbre y registro** (Subraya la Sala).

Impuestos directos:

1º—Impuesto sobre la propiedad;
2º—Impuesto sobre sucesiones y donaciones, y
3º—Impuesto sobre la renta.

Es verdad que los gravámenes indirectos se establecen generalmente por medio de listas nominativas o personales, pero siempre en consideración a la propiedad o la renta de que disfrutan los contribuyentes, o que adquieren por donación o herencia. Se grava la persona, es cierto, pero como poseedora de una propiedad o de una renta; de suerte que en síntesis, lo que se afecta es la fortuna individual. Los impuestos indirectos solo tienen en mira la materia imponible; son más anónimos e impersonales, y por eso no admiten en lo general progresión alguna. **Impuesto sobre las transacciones, registro y timbre.** Comprendemos en un mismo capítulo dos partes de la clasificación hecha al principio, o sean los **impuestos sobre las transacciones y el registro y timbre,** porque muy amenudo se emplea para cobrar el gravamen sobre los negocios el sistema de inscripción en una oficina pública de las operaciones que dan origen a él, o se hace efectivo por medio del uso de papel con el sello del Estado y de estampillas de timbre nacional. Los gravámenes sobre los negocios se establecen por lo general en estas dos formas: 1ª—Impuesto de **registro,** y 2ª—Impuesto de **timbre, en el cual va incluído el de papel sellado.** (Subraya la Sala)... Por lo que toca al impuesto de **timbre,** éste se hace efectivo sobre documentos civiles, comerciales, judiciales y administrativos, **que deben escribirse en papel sellado,** que el Gobierno fabrica y vende con la aplicación a ellos de estampillas o timbre de origen oficial. Este sistema de imposición, más fácil y expedito que el de registro, se presta mejor para todas aquellas operaciones que por su naturaleza y cuantía exigen mayor rapidez y menos trabas. Con estos impuestos de papel sellado y timbre se gravan numerosos actos de la vida civil y económica, tales como memoriales, escritos y peticiones...".

La transcripción que precede ilustra completamente la materia y demuestra como el impuesto de papel sellado es un impuesto indirecto. Como tal lo clasifica nuestro mejor tratadista de Hacienda Pública y además a él le son aplicables las características que dicho expositor señala como propias de esa clase de tributos. La autoridad de este insigne comentador de la legislación fiscal colombiana releva a la Corte de la necesidad de ensayar una demostración mejor respecto a la calidad del impuesto de papel sellado, que es, por lo ya visto, un impuesto indirecto.

Es por lo menos curioso anotar cómo en el contrato de concesión con la Compañía demandada no

se consagra literal y expresamente la exención del impuesto de papel sellado. Ella la deduce, el señor apoderado, para afianzar su solicitud. En la cláusula transcrita del convenio se habla de exención de contribuciones nacionales, y con base en esa expresión se pretende que ella abarca la del impuesto de papel sellado. La posición de la Compañía reclamante es pues un tanto débil desde el punto de vista de no hallarse contemplada la exención de modo expreso en el contrato, contra lo que parece entender su apoderado, por el empeño que demuestra al afirmar que el contrato le otorgó la exención mencionada. El contrato no la consagra. Y tampoco puede derivarse de la expresión del mismo referente a la exención de contribuciones nacionales, porque, de esa estipulación se desprende, como lo sostiene el contratista, la exención de impuestos directos, lo mismo que de otras cláusulas del convenio, y no la de impuestos indirectos entre las cuales se clasifica el impuesto de papel sellado. Deducción a que se llega porque el contrato ha de interpretarse a la luz de la ley 104 de 1892 que lo autorizó.

Lo expuesto es bastante para que la Sala de Negocios Generales al resolver la súplica a que se refiere la presente providencia, decida mantener el auto que le dio origen y que negó la declaratoria de que The Dorada Railway Company Limited pueda litigar en papel común en el presente juicio.

Notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

Eleuterio Serna — Aníbal Cardoso Gaitán — Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.— COMPETENCIA DE LA SALA PARA EL CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO.

En asuntos como el del proceso en que la acción se funda en el incumplimiento por parte de la Nación de un contrato celebrado por ella con el actor, o sea, de una relación jurídica sobre intereses privados creada directamente entre demandante y demandado, el caso queda situado entre los contemplados por el artículo 40 del Código Judicial, modificado por el artículo 2º de la ley 63 de 1943.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr, Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el doctor Antonio Jaramillo E., como apoderado del señor Pedro Pablo Peláez C., promovió juicio ordinario contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"a) Que la Nación ha violado el contrato contenido en la escritura No. 118 de 14 de marzo de 1944 de la Notaría de Yolombó, que como consecuencia de esa violación debe perjuicios al señor Pedro Pablo Peláez por la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) o por la que sea fijada por medio de peritos nombrados en este mismo juicio, violación que resulta de no haber cumplido la Nación lo estipulado en la cláusula séptima de tal escritura. b) Que la Nación es responsable de los animales que han matado o sacrificado de propiedad del señor Peláez, por no haber la Nación construído los cercos a que estaba obligada y por tanto debe pagar a éste el valor de tales animales o sea la cantidad de ochocientos pesos ($ 800.00) y en subsidio la que sea fijada por los peritos nombrados en este juicio o en otro distinto. c) Que la Nación debe al señor Pedro Pablo Peláez la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), procedentes de la servidumbre que ha establecido por las fincas de Peláez y del material de balastro, piedra, arena, etc., que ha extraído de tales fincas o la que sea fijada por peritos nombrados en éste o en juicio distinto. d) Como subsidiaria a la letra a), igualmente, que la Nación está en la obligación de construír inmediatamente los cercos a que se refiere la cláusula séptima de la escritura mencionada en la demanda y en los mismos términos que la misma cláusula los determina, esto es tanto arriba como abajo y enteramente a satisfacción e igualmente queda obligada a pagar a Pedro P. Peláez los perjuicios procedentes de la violación del contrato según la apreciación que a dichos perjuicios hagan peritos nombrados en este juicio o en otro distinto. e) Que en cualquiera de los casos anteriores la Nación debe pagar las costas al demandante".

Son hechos de la demanda:

"1º—Mi poderdante es dueño de unas fincas situadas en el corregimiento de Yali, fracción perteneciente al municipio de Yolombó, fincas que se alinderan así: Santa Lucía: en su parte baja con predios de Aureliano Vélez, Antonio Arroyabe y Roberto Roldán, y por la parte alta con predio de Vicente Hernández, hasta llegar a terrenos de Aureliano Vélez. Popal y Conejo: Por la parte baja, con propiedad de Aureliano Vélez, solares del Municipio hasta el camino de herradura que va hacia Palestina, hasta lindar con predios de Aureliano Vélez, punto de partida, excluyendo de estos linderos una parte que pertenece a Luis Barrientos.

"2º—Por escritura No. 118 de 14 de marzo de 1944 otorgada ante el Notario Principal del Circuito de Yolombó mi poderdante cedió a la Nación una faja de terreno que habría de servir y sirve para la carretera que va de Yolombó a Segovia, faja de terreno que se alindera: por el extremo de abajo con terrenos de Aureliano Vélez, hasta encontrar terrenos de Roberto Roldán y una vez pasados éstos, hasta llegar a terrenos de Luis Barrientos en el camino de herradura; y saliendo de este predio hasta lindar con propiedad de Benjamín Restrepo y Cía.

3º—Reza textualmente la cláusula séptima de ese instrumento, lo siguiente: Que la Nación que-

da comprometida a la construcción de los cercos que sean necesarios, tanto arriba como abajo de la finca en referencia, los cuales se harán a satisfacción; pero en todo caso tales cercos no excederán de tres hilos de alambre; y quedando los cercos hechos la Nación queda exonerada de perjuicios presentes y futuros.

4º—Como se ve la escritura se otorgó en 1944 y desde entonces fue dada la faja de terreno al servicio público sin que a la fecha de ahora la Nación haya construído los cercos a que se obligó según cláusula ya copiada y de allí le han resultado a mi poderdante perjuicios notorios, uno de los cuales anoto desde ahora y es el de que como los taludes son altísimos y no hay nada que proteja, a mi poderdante se le han rodado 11 reses que han perecido debido a la falta de esos cercos, esto sin contar con que las fincas de mi poderdante debido a la falta de esos cercos se han vuelto potrero común de toda la colindancia, no siendo menor el perjuicio bajo este aspecto.

5º—La Nación al hacer el trazo de carretera y poner en servicio ésta, en el lote que ya se deja alinderado embotelló por medio de altos taludes una parte de los terrenos del señor Peláez, los cuales quedaron desvinculados de la carretera y sin salida a ella perjudicándose así mi poderdante porque no hay por dónde entrar a sacar los ganados y los frutos y por tanto ese lote de finca ha quedado improductivo, por lo aislado y por la incapacidad en que se le puso para el tránsito a la carretera. Todo esto se traduce en un perjuicio permanente.

6º—La Nación, por medio de sus empleados aún no se siente satisfecha con lo hecho y narrado contra mi poderdante Peláez y desde hace 18 meses constituyó servidumbre y tránsito por sus fincas y se introduce por tales servidumbres a las fincas de Peláez con su personal trabajador y extrae de éstas grandes cantidades de balastro, piedras, arena, etc., y esto sin que la Nación haya hasta ahora indemnizado en forma alguna a Peláez ni por tales extracciones ni por la constitución de servidumbres y es evidente que Peláez tiene derecho a indemnizaciones de acuerdo con la ley.

7º—Con el jefe de carreteras nacionales, con el interventor y con los ingenieros se ha luchado para que subsanen esta anómala situación y siempre que la cuestión ha sido tratada han expresado dichos señores que están dispuestos a un arreglo amigable, que estudiarán la cuestión y que se arreglará y así han venido pasando los días y los meses y los años sin que nada efectivo se haga y de allí que se haga necesario recurrir ante la justicia para que los derechos del señor Peláez no queden burlados".

El Tribunal del conocimiento admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a su Fiscal adjunto, quien antes de contestarla, propuso primitivamente la excepción dilatoria de "Ilegitimidad de la personería" del precitado apoderado, y luego, con adición, las de "declinatoria de jurisdicción" y de "inepta demanda", fundamentando la primera en el hecho de haber sido autenticado el memorial-poder ante un Inspector de Policía y no ante Juez competente según lo indicado por los artículos 256 y 257 del C. Judicial; apoyando la segunda en los artículos 34 y 261 de la ley 167 de 1941, por cuanto según estas normas de la acción propuesta incumbe conocer al Consejo de Estado; y en relación con la tercera, por violación del artículo 209 del C. Judicial, esto es, por acumulación de acciones incompatibles.

El Tribunal, previa la tramitación de rigor, decidió el incidente, por medio de providencia de doce de febrero de 1947, declarando probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, por estimar que, de conformidad con los preceptos legales citados por el señor Fiscal excepcionante, la competencia para conocer de la demanda instaurada corresponde a la justicia de lo contencioso-administrativo, ello con el voto disidente de uno de los Magistrados de la Sala falladora, quien apartándose de la razón fundamental que se aduce en dicha providencia para aceptar y declarar establecida la aludida excepción que, en su sentir, efectivamente debe prosperar en razón de incumbir el conocimiento del juicio a esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, por fundarse la acción en el incumplimiento por parte de la Nación de un contrato celebrado por ella con el actor señor Peláez C., o sea de una relación jurídica sobre intereses privados creada directamente entre demandante y demandado, quedando por ende situado el caso entre los contemplados por el artículo 40 del Código Judicial.

Contra dicha providencia interpuso apelación la parte demandante, por lo que han venido los autos a esta Superioridad, en donde se procede a resolver lo que fuere de derecho, con vista de las alegaciones presentadas en esta instancia por el señor Procurador Delegado en lo Civil y el apoderado constituído al efecto por el actor.

Concepto de la Procuraduría

Manifiesta el señor Procurador Delegado en lo Civil, que es evidente como lo expresa el Tribunal de Medellín, en la providencia apelada, que los perjuicios alegados y cuyo resarcimiento persigue el demandante tienen como causa una obra pública nacional y que, por tal aspecto, el conocimiento del asunto corresponde a la justicia ordinaria, de conformidad con la ley 167 de 1941; agregando, empero, lo siguiente: "Sin embargo, considera la Procuraduría que un estudio más detenido del asunto puede llevar a la conclusión de que el conocimiento del negocio corresponde a la justicia ordinaria, pero no ya al Tribunal Superior de Medellín sino a esa H. Sala de Negocios Generales en única instancia. En efecto, todas las peticiones y hechos de la demanda dicen relación al contrato contenido en la escritura pública No. 118 de 14 de marzo de 1944 de la Notaría de Yolombó. El Art. 40 del C. J. dice que la H. Corte conoce en única instancia, privativamente, "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", artículo que fue modificado por el art. 2º de la ley 67 de 1943 en el sentido de atribuír la competencia de tales negocios a la Sala de Negocios Generales y no a la Sala de Unica Instancia de esa H. Corte Suprema. Si la disposición legal citada fija la competencia de la H. Corte para conocer de todas las controversias provenientes de contratos celebrados con la Nación, y este juicio se funda, precisamente, en el contrato de que da cuenta la escritura pública No. 118 de 1944 ya mencionada, es incuestionable que el conocimiento de este negocio corresponde, privativamente, a esa H. Sala de Negocios Generales en única instancia".

Por su parte, el señor apoderado del actor en esta instancia, expresa, que la tesis expuesta por el Tribunal en la providencia apelada es en su concepto la más errónea, al calificar la cuestión o asunto objeto de la acción instaurada, en el plano de la controversia administrativa, sometiéndola al Código de lo Contencioso Administrativo, cuya única finalidad —dice— "es la de establecer la jurisdicción y los mecanismos procedimentales necesarios para obtener la reparación por violación de derechos públicos o privados provenientes de actos del Gobierno", por cuanto tal jurisdicción "sería la competente y estos mecanismos serían los de emplear si se tratara de ocupación de la faja por las autoridades encargadas de las obras públicas, sin previo arreglo con el dueño o sin su permiso, ocupación a la cual no puede éste resistir, por tener en frente la estructura del Estado que se le impone".

Y en relación con la tesis sostenida por el Magistrado disidente en el memorado salvamento de voto, al situar el caso entre los contemplados por el artículo 40 del C. J., que le atribuye a esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 67 de 1943, el conocimiento privativo y en una sola instancia, "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos", manifiesta que por ser principio de Derecho Público universalmente reconocido y aplicado, el de que en asuntos privados tienen los particulares, frente al Estado, derecho a obtener justicia en la misma medida y mediante las mismas condiciones, que frente a sus conciudadanos, y al contrario; y por cuanto los particulares en sus controversias privadas tienen derecho a dos instancias, por lo menos, el mismo principio debe aplicarse al Estado cuando obra como particular.

Para la Sala el asunto sometido a su decisión no ofrece dificultad alguna, en relación con el punto en disputa o sea la competencia de la autoridad correspondiente para conocer del presente negocio.

La acción instaurada por el señor Peláez C., tiene como fuente o causa un contrato celebrado por el mismo con un agente de la Nación, quien dice o asevera, en el Instrumento Público respectivo, obrar con la debida autorización y también como agente oficioso de dicha entidad pública, en su carácter de Ingeniero de la vía Yolombó-Segovia. No se trata aquí, como erróneamente lo entendió o estimó el Tribunal de Medellín, de la ocupación de hecho, por parte de la Nación, mediante actos verificados por las autoridades encargadas de las obras públicas, de la faja de terreno a que alude la demanda, en cuyo caso la acción si caería bajo el gobierno de las disposiciones del Código de la Justicia Contencioso Administrativa. Los mismos antecedentes de la ley 167 de 1941, citados por el Tribunal en el auto apelado, convencen, como lo apreció el Magistrado disidente en el mencionado salvamento de voto, que la acción incoada por el señor Peláez C., no es del conocimiento del Consejo de Estado. En la exposición de motivos de aquella ley y en relación con el artículo

261 que preceptúa que "las indemnizaciones que se reclaman del Estado con causa en trabajos públicos nacionales se deciden en una sola instancia por el Consejo de Estado, cualquiera que sea el valor de lo reclamado", se expresó, entre otras cosas lo siguiente:

"Siendo, como es, frecuente en la práctica administrativa el caso de que los trabajos públicos de grande interés se paralicen o suspendan mientras se cumple el proceso judicial de la expropiación, o se adquiere la propiedad del inmueble que se necesita, lo que entraña un grave perjuicio para los intereses sociales, se explica suficientemente que la ley prevea la posibilidad de las ocupaciones de hecho o de daños y la forma adecuada de repararlos en medio de procedimientos rápidos".

La ocupación de la faja de terreno en referencia, por parte de las autoridades encargadas de la obra pública nacional vía Yolombó-Segovia y con destino o en provecho de la misma, se repite, no fue la resultante de actos de hecho realizados por la Administración, sin permiso o previo arreglo con su dueño o quien dice serlo, el señor Peláez C., sino precisamente en virtud de un contrato celebrado por éste, con el Ingeniero Jefe de la vía indicada, en que expresa ceder a la Nación dicha faja de terreno, a cambio del compromiso u obligación contraído por ésta de "la construcción de los cercos que sean necesarios tanto arriba como abajo de la vía en referencia, los cuales se harán a satisfacción, pero en todo caso tales cercos no excederán de tres hilos de alambre; y quedando los cercos hechos, la Nación queda exonerada de perjuicios presentes y futuros", conforme a lo estipulado en la cláusula séptima del respectivo Instrumento Público.

De todo lo anterior se deduce claramente que no se está en presencia de una acción de las establecidas y reguladas en el Capítulo XXII del Código de lo Contencioso Administrativo, y por ende, resulta fundado el reparo, que por tal extremo se le hace al auto apelado, por el señor Procurador Delegado en lo Civil y el señor personero del demandante señor Peláez C.

Según ha quedado vista la acción de que trata este negocio tiene como causa un contrato celebrado por el demandante con un agente de la Nación, quien al suscribir la Escritura Pública contentiva del mismo, dijo estar debidamente autorizado para ello y obrar, además, como agente oficioso de la Nación. El demandante afirma, según los hechos de la demanda, que la Nación, ha incumplido el contrato al abstenerse de realizar las obras a que se comprometió mediante la preinserta cláusula séptima de la aludida convención, y que por tal motivo ha recibido perjuicios, cuya reparación persigue con la acción instaurada. Y como acertadamente lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil, "en todo caso, sea o no válida aquella aceptación (la del Ingeniero de la vía Yolombó-Segovia) es indiscutible que en este juicio se va a debatir qué derechos y qué obligaciones tiene la Nación en virtud del contrato contenido en la citada escritura, es decir, que la controversia proviene de un contrato que, según se afirma, obliga a la Nación".

En esta situación la competencia privativa para conocer del asunto corresponde a esta Sala de Negocios de la Corte en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 del C. Judicial en relación con el artículo 2º de la ley 67 de 1943, como rectamente lo apreció el Magistrado Dr. Agudelo en su salvamento de voto al discrepar en la fundamentación de lo resuelto por la Sala Falladora en el auto apelado, y como así mismo lo estima el señor Procurador Delegado en lo Civil según ha quedado consignado, sin que sea conducente para llegar a solución contraria, entrar a hacer consideraciones como las hechas por el señor apoderado del demandante, desde luego que el texto de la ley es claro y perentorio al respecto.

En mérito de lo relacionado la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, por las razones expuestas, confirma el auto apelado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R. — **Germán Alvarado** — **Aníbal Cardoso Gaitán** — **Luis A. Flórez** — **Luis Rafael Robles** — **Nicolás Llinás Pimienta**, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CUADRO QUE MUESTRA EL ESTADO DE LOS NEGOCIOS QUE SE HALLAN AL DESPACHO DEL SR. MAGISTRADO DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. DR. ANIBAL CARDOSO GAITAN, EL DIA 7 DE ENERO DE 1949, EN QUE HACE ENTREGA A SU SUCESOR, DR. BELISARIO AGUDELO

Para fallo, con proyecto:

Ordinario: José J. Fernández contra Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales. Registrado el día 13 de diciembre de 1948.

Para fallo:

Ordinario: Wiesner Manuel Alfredo contra la Nación. Registrado el 8 de noviembre de 1948.

Posesorio: Márquez Fidel contra la Nación y otros. Registrado el 26 de febrero de 1948.

Ordinario: Tropical Oil Co. y otro contra la Nación. Registrado el 25 de septiembre de 1948.

En sustanciación:

Ordinario: Vergara Rey Miguel contra la Nación. Registrado el 21 de octubre de 1948.

Solicitudes de reconstrucción:

Ejecutivo: La Nación contra Luis E. Díaz Agudelo y otros. Registrado el 17 de noviembre de 1948.

Ordinario: Ricaurte Hernando contra la Nación. Registrado el 14 de diciembre de 1948.

Juicios especiales de petróleos. Para fallo:

Breve y sumario: Oposiciones a la propuesta número 167 de Adolfo Samper. Registrado el 20 de noviembre de 1948.

Negocios llegados en súplica:

Ordinario: José J. Rodríguez. Encarnación Bonilla y otros contra el Departamento del Tolima. Registrado el 17 de diciembre de 1948.

Ordinario: La Nación contra Santa Marta Railway Co. Registrado el 26 de octubre de 1948.

Ordinario: La Nación contra Compañía Explotadora del Carare. Registrado el 20 de septiembre de 1948.

El Magistrado que hace entrega,

Aníbal Cardoso Gaitán

El Magistrado que recibe,

Belisario Agudelo D.

INDICE

PÁGS.

SALA PLENA

Exequibilidad del Decreto-ley Nº 5 de 1940. Competencia de la Corte para el conocimiento de demandas de inexequibilidad de decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias.—Se declara exequible el Decreto-ley Nº 5 de 1940. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 643

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Cardoso Gaitán, Castillo Pineda, Jordán Jiménez, Leal Morales y Rodríguez Ramírez 650

Acción de inexequibilidad de los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943.—Se ordena estar a lo resuelto en sentencia de 26 de julio de 1944. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 653

Inexequibilidad del artículo 4º del proyecto de ley "por la cual se aumentan unas asignaciones y se nivelan otras", originario del Senado de la República.—Se declara inexequible el artículo 4º del mencionado proyecto de ley. Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez 654

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Castillo Pineda, Alvaro Leal Morales y Luis Rafael Robles 660

Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca 662

SALA DE CASACION CIVIL

Reivindicación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario seguido por Tulio Hernán, Mario y Diofanor Padilla contra Dolores Ortiz de Duque, por reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 664

Acción sobre pago de una suma de pesos.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali proferida en el juicio por pesos promovido por Antonio J. Cassab contra Jorge Cassab. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 669

Reconstrucción de procesos.—Juramentos estimatorio, supletorio y decisorio.—Doctrina sobre el carácter del juramento decisorio. Se niega el recurso de reposición pedido. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales 673

Indignidad para suceder.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Julia Argáez Williamson v. de Massey y otros contra Pablo Argáez Valenzuela sobre declaración de indignidad para suceder a Julio Tomás Argáez Valenzuela. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 677

Acción de indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por la "Sociedad Constructora, S. A." contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 683

Acción petitoria de pago de perjuicios por un accidente automoviliario.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Leonidas Lopera G. y María Quiceno R. contra la sociedad colectiva denominada Flota Salgar, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca .. 695

PÁGS.

Acción reivindicatoria. Personería de las sociedades anónimas. — Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario promovido por la Compañía Ganadera de "El Medio, S. A." contra Jesús María Potes, sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez 701

Acción de simulación de un contrato.—Presupuestos procesales.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Raquel y Amancia Sabogal contra Manuel Sabogal sobre simulación de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales 710

Reivindicación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Luis Felipe Patrón contra Edmundo Pizarro. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 714

Acción de ineficacia legal de una sentencia y de reivindicación. — Cesión de derechos de herencia.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Jesús A. Ramírez Piñeres contra los menores Blanca Lilia, Samuel y María Triana, representados por su madre natural Ana Dolores Triana. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 719

Acción de simulación de un contrato y de reivindicación.—Técnica del recurso de Casación.—Causal 3ª—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Rosendo Londoño L. contra Isabel Londoño v. de Londoño y Josefina Londoño sobre simulación de un contrato y reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 722

Reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Rosa Aura López de Perlaza contra Tránsito Collazos. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 727

Acción principal petitoria de pago de perjuicios.—Personería jurídica de los establecimientos de instrucción pública. — Adquisición procesal. — Policitación u oferta. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por Pedro Vallejo Peláez contra la Universidad de Nariño, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales..... 730

Acción de responsabilidad civil por perjuicios.—Contrato de transporte.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Alejandro Castro Delgado contra la Sociedad Cooperativa de Transportadores de Oriente, Limitada, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez 735

Acción de responsabilidad civil extracontractual por perjuicios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por José María Escovar Lotero contra José Tobón Uribe, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 741

Acción de responsabilidad por perjuicios—No se casa la sentencia sobre esta acción proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por María Soledad v. de Gómez contra el Municipio de Armenia. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 744

Acción petitoria de filiación natural.—Nulidades.—Suspensión de términos.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio sobre filiación natural promovido por Sofía Fajardo de Friedman contra Pedro J. Silva. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca..... 747

PÁGS.

Filiación natural. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio de filiación natural promovido por Rebeca González, como madre natural de la menor Elba Eunice, contra María, Marta y Alicia Lozano García, y Berta Eulalia y Alfonso Amézquita, como herederos de Fortunato González. Magistrado ponente Dr. Alvaro Leal Morales 751

Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Dolores Rada de Toro contra Tulia, Concepción, Isabel y Juan Mejía Duque sobre las acciones indicadas. Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez 757

Acción de nulidad de un testamento. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por el Presbítero Ismael de J. Muñoz y otro contra el Excelentísimo señor Joaquín García Benítez, Arzobispo de Medellín y otros, sobre la indicada acción. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales 760

Acción petitoria de retiro de unos desagües y de indemnización de perjuicios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario sobre las acciones dichas, promovido por Ricardo Londoño Mejía y Lelia de Londoño contra el Municipio de Manizales. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 763

Acción reivindicatoria.—Error en la apreciación de las pruebas. — Error de derecho.— Testimonios rendidos en juicios distintos de aquel en que se aducen. — Identidad de la cosa reivindicada.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio de reivindicación promovido por Jorge Garzón contra Jesús Jaramillo y José María Villa. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales 775

PÁGS.

Acción de dominio.—Teoría de la apariencia. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de reivindicación seguido por Lucía Gaviria contra la Sociedad de San Vicente de Paúl. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 779

Acción de dominio. — Libelo de demanda.— Colonos o cultivadores de predios baldíos. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario promovido por Alejandrino Alzate O. contra Alberto Toro y Rosa Amelia Alzate, sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 783

Acción de exclusión de bienes de unos inventarios.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre la predicha acción promovido por Abel Hernández contra la sucesión de Inocencio Alvarez. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 787

Acción de nulidad absoluta de una escritura y de un contrato.—Requisitos para el recurso de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido sobre la predicha acción por Juan B. Castaño contra Alejandro Hernández Rodríguez y otros. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 790

Acción reivindicatoria. — Excepciones.—Interpretación de la demanda.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Ismael de J. Olarte y Aurelio Caro contra el Municipio de Villeta. Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales 794

Reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Trinidad Suárez de Moque contra Eufrasio Bernal y Juan de Jesús Puentes. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 799

PÁGS.

Acción de exclusión de bienes de unos inventarios. — Obligaciones. — Objeto de las obligaciones.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario seguido por Nepomuceno Gil contra Tránsito Perico v. de Carvajal sobre el punto indicado. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 803

Alcance jurídico de la Ley 68 de 1946.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Emelina Muñoz de Suárez contra Víctor M. Suárez y la sucesión de Jorge Enrique Suárez Muñoz, sobre simulación de un contrato y reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 807

Acción de simulación de un contrato—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario promovido con la expresada acción por Nicolás Plaza contra Jesús María Lasso. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas.... 811

Acción de nulidad de un juicio y de los bienes de una sociedad conyugal.—Diferencias entre la acción de nulidad y la de revisión de sentencias. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario promovido con la acción expresada por Buenaventura Wilches contra Micaela Salas de Wilches. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 818

SALA DE CASACION PENAL

Competencia para el conocimiento de las apelaciones en negocios fallados por el Tribunal en primera instancia—Se inhibe la Corte para conocer de la apelación interpuesta por el Fiscal 2º del Tribunal de Cali en el juicio contra Jesús María Martínez Vanegas por lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 822

PÁGS.

Cambio de radicación de un proceso—Se emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso contra Alberto Mariño Jaimes, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 824

Responsabilidad del agente del delito.—**Veredicto.**—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el proceso contra Florencio Ortega, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 826

Pena de relegación a una colonia agrícola.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso contra Gilberto Cardona Neira, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 830

Apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo.—Se abstiene la Sala de conocer de las diligencias seguidas contra el doctor Carmelo Saladén por abuso de autoridad. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 833

Impedimentos y recusaciones.—Se inhibe la Sala de revisar el auto del Tribunal de Barranquilla por el cual declaró inadmisible la recusación propuesta contra el Magistrado doctor Luis Alberto Rebolledo. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 835

Prevaricato. — Se revoca la declaración de prescripción hecha por el Tribunal de Barranquilla en el proceso seguido contra Wilfred Smith, por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 837

Detención preventiva.—Se declara que el hecho imputado al doctor Saúl Saavedra Lozano (detención arbitraria) no ha existido. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 843

Nulidades.—Petición de pruebas—Formalidad del artículo 452 del C. de P. P.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Su-

PÁGS.

perior de Medellín en la causa contra Francisco Antonio Osorno Vallejo, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 848

Testigos sospechosos de parcialidad. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso contra Eliseo Hernández Duque, por lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 853

Impedimentos.—Se declara fundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Eliécer Antonio Gómez para conocer del proceso seguido contra Tito Julio Avila, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 856

Lesiones personales culposas. — Lesiones intencionales.—Se estima bien negado el recurso de casación en el proceso seguido contra Fidel Enrique Jaramillo por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 860

Aplicación de la legislación a los indígenas. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán por la cual se condenó a Cruz Mesa Noscué por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 863

Libertad provisional.—Se niega el beneficio de libertad provisional a Alejandro Vargas Hernández y se acepta el desistimiento del recurso de casación en el proceso seguido contra éste por homicidio. Magistrado ponente. Dr. Domingo Sarasty M..... 867

Detención preventiva.—Detención arbitraria. Se confirma el sobreseimiento definitivo, proferido por el Tribunal de Ibagué, en las diligencias seguidas contra el doctor Pedro J. Castilla por los hechos materia de la investigación. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 869

Jurisdicción y competencia. — Usurpación de jurisdicción.—Se confirma un auto del Tribunal Superior de Cartagena en las diligencias seguidas contra el doctor Luis E. Cardona por los delitos investigados. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 872

Sobreseimiento definitivo. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cali en el proceso seguido contra el doctor Harold Peña Zamorano por violación de la reserva de un sumario. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 876

Colisión de competencias.—Se dirime la colisión de competencias entre el Juez 1º Superior de San Gil y la Justicia Militar para conocer del delito de homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 878

Cambio de radicación de un sumario. — Se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del sumario contra Ramón Alfonso Durán, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre.... 881

Funcionarios de instrucción.—Auto de llamamiento a juicio—Elemento característico del delito de robo.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso seguido contra Víctor Manuel Sánchez por el delito de robo. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 884

Noción genérica de la culpabilidad.—La omisión de impedimentos y la nulidad.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra José Alejandro Rincón, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 889

Hechos sancionados por el artículo 172 del Código Penal.—Demoras en la administración de justicia.—Se confirma el sobreseimiento definitivo en favor del doctor Carmelo Saladén Marrufo, proferido por el Tribunal de Cartagena. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M..... 896

PÁGS.

Detención provisional.—Libertad incondicional.—Se confirma el sobreseimiento definitivo pronunciado por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Manuel Vanegas Mendoza por el delito imputado. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 899

Contenido jurídico de los recursos.—Deberes de las autoridades de primer grado. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Pereira por el cual se llamó a juicio al doctor Alonso García Bustamante por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 903

Requisitos para que haya delito de prevaricato—La arbitrariedad en el delito de abuso de autoridad. — Se sobresee definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal de Ibagué, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria por los cargos que les hizo Julio Navarro T. con poder de Ignacio Rivas Putnam. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 907

PÁGS.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de perjuicios. — Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido contra la Nación por Enrique H. Hanabergh, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 918

Recurso de súplica.—Se mantiene el auto reclamado en el juicio seguido contra el Departamento del Tolima por "The Dorada Railway Company Limited". Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 923

Acción petitoria de indemnización de perjuicios. — Competencia de la Sala para el conocimiento del negocio. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio seguido contra la Nación por Pedro Pablo Peláez C. por medio de apoderado, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 928

NOTA — Con el presente número termina el Tomo LXIV de la GACETA JUDICIAL. El número 2066 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 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO LXIV BOGOTA, 1950 NUMERO 2065 bis

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXIV (Números 2060 a 2065) DE LA GACETA JUDICIAL

— A —

"ABERRACTIO DELICTI" O "ABERRACTIO ICTUS" (No exime de responsabilidad al agente)

— 1 —

La "aberratio delicti" o la "aberratio ictus" no exime de responsabilidad al agente que ejecuta el delito. Esta modalidad consagrada por el artículo 14 del Código Penal influye directamente en la individualización de la pena, al determinar que no deben apreciarse las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí aquellas que se habrían tenido en cuenta cuando la víctima hubiera sido en realidad la persona escogida por el infractor.

La ley, para efectos de determinar la responsabilidad en estos casos, no atiende únicamente a la cantidad del daño objetivo producido como resultado de la acción, sino —principalmente— a la intención, propósito o fin perseguido por el agente y a su peligrosidad o capacidad antisocial, la que se revela por la gravedad y modalidades concurrentes a la ejecución del hecho delictuoso.

En la **aberratio delicti** o en la **aberratio ictus** los elementos estructurales del delito siempre son los mismos. Los factores objetivo y subjetivo que caracterizan el delito no desaparecen ni se menoscaban por la circunstancia de que por un error del agente activo, la víctima del delito no sea la misma contra la cual se tuvo la intención de cometer el hecho prohibido por la ley.

"La **aberratio delicti** —dice la Procuraduría— no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho que reúne todos los elementos de la infracción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Porque en el homicidio y en las lesiones personales, el objeto material del ilícito y a su vez el sujeto pasivo del mismo, es siempre un hombre, y no este hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor". (Casación Penal. Abril 5 de 1948. T. LXIV. 2064-2065)

828, 1ª

ABOGACIA (Ejercicio ilegal de la)

— 2 —

Para que la infracción del art. 179 se configure, son indispensables, pues, las siguientes condiciones, sin las cuales no podría sancionarse:

a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia entre partes, y

b) Que en esa controversia o juicio, el funcionario judicial "abogue", esto es, que asuma su defensa o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituírla. (Casación Penal. Auto. Julio 5 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) .. 571, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 3 —

Ha explicado la Corte, refiriéndose al delito de abuso de autoridad, que lo arbitrario es lo que no depende de la ley, sino únicamente del capricho del funcionario, y que lo injusto es, además, lo que viola la equidad. Pero siempre ha exigido la comprobación no solo de la materialidad de los hechos, sino del elemento psicológico del dolo.

Para los efectos penales en los delitos de prevaricato o de abuso de autoridad es necesario demostrar la arbitrariedad o la injusticia en los actos judiciales, que no se pueden presumir. (Casación Penal. Auto. Octubre 1º de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 911, 2ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 4 —

El delito de abuso de autoridad requiere para su configuración jurídica que el acto cometido por el Juez en su calidad de tal, o excediéndose en ella, sea arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. (Artículo 171, C. P.). (Casación Penal. Auto. Agosto 31 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 877, 1ª

ABUSO DE CONFIANZA

— 5 —

Para deducir que existe un delito de abuso de confianza sólo se necesita que aparezca acreditado que una persona ha recibido cosas muebles ajenas por un título no traslaticio de dominio y que se las ha apropiado en beneficio propio o de un tercero. (Artículo 412, C. P.). Pero para llegar a esa deducción no puede pedirse a los jueces que tengan en cuenta unas pruebas u otras, sino las que llevan natural y necesariamente a ese resultado. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 222, 2ª

ACCION DE DOMINIO
(De bienes hereditarios)

— 6 —

La acción de dominio de que trata el artículo 1325 del Código Civil, que natural y lógicamente ha de ser posterior a la de petición de herencia de que trata el capítulo de que hace parte el artículo citado, puesto que la calidad de heredero debe estar establecida en firme, tiene por objeto obtener la restitución para la sucesión de las cosas hereditaria que no pudieron obtenerse del heredero vencido en el juicio de petición de herencia por haberlas enajenado o deteriorado. (Casación Civil. Julio 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 666, 2ª

ACCION DE FILIACION NATURAL
(Sus características jurídicas y personería para ejercerla)

— 7 —

De manera general la acción es una actividad jurídica por excelencia que produce consecuencias, y de ahí por qué no puede ser ejercida o desenvuelta inconsideradamente por cualquiera, sino por el titular del interés jurídico destinado a ser tutelado por ella. Este principio cobra su mayor importancia y es sometido a estricta reglamentación legal, con carácter de orden público, en lo relacionado con las llamadas acciones de estado, ya se trate de las destinadas a reclamar un estado civil que nos pertenece, pero que no ha sido reconocido como la de la Ley 45 de 1936, o de impugnar uno de que otro disfruta sin corresponderle. "El acceso a las vías judiciales conducentes a la declaración de paternidad natural, ha dicho la Sala de Casación Civil, está perentoriamente limitado en la ley en favor del hijo mismo y de las personas expresamente determinadas que pueden asumir para el efecto su representación legal. Esta destinación exclusiva de la acción legal para establecer judicialmente la filiación, natural se explica, además de las razones de orden público que a su vez se basan en el peligro social que implica su ejercicio abusivo, en la naturaleza fuertemente personal de la acción, deducida del carácter de parentesco natural jurídicamente restringido a la relación de autores y a la condición jurídicamente irregular que corresponde a este parentesco, de donde se deduce la conclusión de que no puede serle impuesta a los interesados vinculados por la relación personal, por un tercero, cualquiera que sea el interés que alegue". La acción consagrada en la Ley 45 de 1936 pertenece al hijo que es titular del interés jurídico a que corresponde, como beneficiario exclusivo de los derechos anexos al título de hijo natural que la ley determina e impone como consecuencia de un hecho natural, que la acción judicial se limita a probar; es una acción declarativa positiva porque con ella se persigue la declaración de que existe una determinada relación de derecho como efecto jurídico de un hecho del padre y que desde entonces pertenece al hijo, o si se quiere, la constatación judicial de un hecho jurídico ejecutado por un hombre y creador de vinculaciones familiares y patrimoniales. "La receptibilidad o procedencia de la acción no puede subordinarse en realidad jurídica sino al establecimiento previo de hechos especialmente determinados en la ley, o sea, a los cinco enumerados en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 como únicos que pueden dar lugar a la declaración judicial de la paternidad natural, en forma que su establecimiento judicial no viene a ser más, en puridad de verdad jurídica, que la constatación o prueba de ese estado preexistente en el hecho determinado que se demuestra. De ahí por qué siempre esta acción, según la unánime afirmación de los tratadistas, es únicamente declaratoria y no constitutiva de estado civil. Realmente es un estado involucrado en un hecho predeterminado en la ley lo que revela la sentencia, la que propiamente se reduce a reconocer que tal estado existía. La ley no lo crea. Lo reconoce y promulga sobre la comprobación de un hecho; casi pudiera decirse que la sentencia judicial se limita a calificar jurídicamente una situación de hecho creada voluntariamente por un hombre que al morir no puede destruírse como fuente de consecuencias jurídicas. Es verdad que la muerte finaliza la vida, pero no la destruye ni la borra en sus actividades creadoras, ni desnaturaliza los hechos que durante ella se consumaron".

En las varias decisiones en que ha sido oportuno y procedente hacerlo por necesi-

tarse calificar la personería de la persona que la agitaba, se ha detenido la Corte en la consideración y estudio de las características sobresalientes que por la materia sobre que recae distinguen a la acción de declaración de paternidad, tales como su naturaleza personal que la liga en su duración al comienzo y al fin de la vida del hijo encerrando dentro de estos términos su permanencia en el tiempo, esto es, su prescriptibilidad. Su afectación al orden público, como todas las acciones relativas a la institución familiar, que conlleva su indisponibilidad en general. Tampoco ha sido descuidadamente desatendido el aspecto de la transmisibilidad, no de la acción, que no la tiene el padre, sino de las proyecciones patrimoniales de los derechos de familia implicados en el reconocimiento judicial del hecho de la paternidad, en los diversos estudios, unos en forma de salvamento de voto mientras prevaleció la tesis de que la muerte del padre extinguía la acción, y en sentencias de larga exposición doctrinaria cuando unánimemente ha adoptado la Sala la doctrina de que la acción de la ley 45 es procedente contra los herederos del padre. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

370, 1ª y 2ª y 371, 1ª

ACCION DE FILIACION NATURAL

(Necesidad de la intervención, en su ejercicio, de un abogado titulado)

— 8 —

Si el requisito de la intervención de abogados titulados tiene el fin y sentido, como está espaciosamente consignado en los antecedentes de la Ley 45 de 1936, de una garantía de honestidad y de técnica jurídica que evite en lo posible el ejercicio temerario de la acción o su uso antisocial como medio de expoliación y de chantage, garantía que el artículo 40 de la Constitución Nacional amplió a toda clase de litigios, no se ve la razón para deducir la imposibilidad de revalidar la actuación cuando los fines de la ley se realizan con la presencia en juicio de un abogado calificado que asume la personería de la parte demandante y responde socialmente de la seriedad jurídica y de la moralidad de la litis en todo su desarrollo. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 368, 2ª

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO

— 9 —

Al tenor del artículo 1766 del Código Civil las partes pueden celebrar un contrato ostensible y uno privado u oculto que envuelva la verdadera y real voluntad de ellas, siempre y cuando que no vaya en perjuicio de terceros. Si este contrato pactado en la convención secreta para alterar lo pactado en la pública es en sí mismo válido y, por lo tanto, no va contra el orden público o las buenas costumbres, es lícito y pueden invocarlo los mismos contratantes y todo el que con ello tenga un interés serio protegido por la ley, por lo mismo que es un acto lícito. Así es como el artículo 1766 le da al contrato privado (contraestipulación) valor entre las partes, y el 1759 del mismo Código tiene como verdad lo declarado entre ellas, con valor de plena fe, pero sólo con los contratantes. Pero, como claramente lo expresa el artículo 1766, si el contrato privado u oculto es válido entre los que lo celebraron en las condiciones que se dejan expuestas, no lo es cuando afecta intereses de terceros. Lo que tanto quiere decir como que los terceros pueden atacar los actos simulados que vayan en perjuicio de sus intereses. Claro es que pueden optar por el

aparente u oculto. Entre los terceros se cuentan los acreedores del vendedor que enajena simuladamente sus bienes, porque teniendo aquéllos como garantía de sus créditos todos los bienes del deudor, les esiste pleno derecho para que ese patrimonio se reintegre con los bienes que su deudor ha traspasado con el ánimo de que no respondan de sus compromisos. Antiguamente había negado la Corte a los acreedores la acción para demandar la simulación de los contratos celebrados por el deudor en su perjuicio, por considerar que aquéllos eran ajenos o extraños a ese pacto. Tal doctrina imperó por varios lustros, pero desde el año de 1924 fue rectificada en el sentido de conceder la acción correspondiente, como puede verse de los fallos de 28 de mayo de 1935, G. J. Tomo 42, página 25, y el de 15 de julio de 1938.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que quien se presenta ejercitando una acción de nulidad o una de simulación, invocando su carácter de acreedor por una obligación de dar, hacer o pagar, o no hacer, debe demostrar primero la existencia plena de ese carácter aun cuando el crédito no sea de plazo vencido; y segundo, establecer también plenamente que el acto acusado le perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes. También debe demostrar la preexistencia de su crédito o su carácter de acreedor, con antelación al contrato que se tacha de simulado, a fin de establecer que los bienes traspasados ficticiamente formaban el patrimonio del deudor en el momento de otorgarse la obligación y eran la garantía de sus compromisos (artículo 2488, C. C.). Así, pues, si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto acusado de nulo o simulado deja en el patrimonio del obligado bienes suficientes con qué cubrir el crédito que persigue el acreedor, éste, naturalmente, carece de interés en hacer volver al patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no lo perjudica. De la misma manera puede decirse si la enajenación que se tilda de simulada se efectuó antes de contraerse las obligaciones, es decir, que cuando el contrato que dio origen al carácter de acreedor del demandante se celebró, ya no figuraba en el patrimonio del deudor el bien cuya venta simulada se pretende establecer. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 814, 2ª y 815, 1ª

ACCION DE SIMULACION
(Su ejercicio por un heredero)

— 10 —

Cuando quiera que el heredero ataca un acto dispositivo del causante, su pretensión se encamina a que los bienes respectivos vuelvan a la sucesión o, mejor dicho, a que se reconozca que a ella pertenecen por no haber salido del dominio del difunto que sólo en apariencia figura enajenándolos. En esa pretensión puede asumir el heredero una de dos situaciones distintas, según ocupe el puesto que tendría su causante si viviese, caso en el cual va contra el adquirente ficto, o reclame como lesionado en su derecho herencial porque con la ficción lo haya privado indebidamente el causante del todo o parte de su herencia, caso en el cual ese heredero es un tercero ante el contrato que va contra los dos simulantes. En este último caso su acción arranca del agravio y se encamina a deshacerlo, el heredero obra **per se** y se enfrenta a su autor que lo ha lesionado. En el otro caso obra como continuador de la persona del **de cujus** y la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos y es la que habría ejer-

cido el de cujus por sí mismo contra el adquirente fingido. Esa diferencia, trascendental desde el punto de vista de la libertad o de las limitaciones probatorias, tiene suma importancia también en la determinación de la acción misma, puesto que hay que considerar el puesto en que el demandante se coloca para saber cuál es la fuente de la acción que ejerce y, así, saber si ésta le asiste o no. Ya se dijo que cuando ella proviene de la lesión que el acto dispositivo del de cujus ha causado a su heredero, éste se enfrenta como tercero a ese acto y a sus ejecutantes. Es claro que cada acción le asistirá, en principio, en cuanto comience por comprobar que tenía un derecho que ha sido quebrantado con ese acto. Ese derecho es el de herencia. Ahora bien, lo tendrá la persona a quien el causante estaba legalmente obligado en forma que, por ejemplo, no habría podido testar mermándole su haber y si así hubiera testado sus disposiciones habrían tenido que ceder ante las de la ley en favor de tal heredero, vale decir, asignatario forzoso. No así cuando el heredero meramente pudo serlo por circunstancias independientes de esa vinculación legal, como la de que lo instituyera heredero un testamento, aun siendo extraño al difunto, o éste muriera intestado sin asignatarios forzosos y aquél tuviese con él parentesco que le diera vocación. Las simples conjeturas no son un derecho legalmente hablando, como del propio modo no basa una queja ni motiva el concepto de agravio o de lesión el acto dispositivo que tronche ilusiones de quien creyó quedar de heredero. (Casación Civil. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065)

706, 2ª y 707, 1ª

ACCION SUBSIDIARIA
(Cuándo hay lugar a estudiarla)

— 11 —

Nuestra jurisprudencia de modo constante ha acatado demandas como la del pleito a que alude el proceso y entrado a estudiar la acción subsidiaria una vez negada la principal, considerando que si ésta, así sea de nulidad absoluta, de simulación, de rescisión, se rechaza o deniega, no se ve estorbo para ya sobre ese terreno, estudiar la de rescisión. Acogida la acción principal, no hay lugar a estudiar la subsidiaria. El fracaso de la principal implica la supervivencia del contrato y, por ende, una situación legal en que no pueden echarse menos ciertos elementos esenciales del mismo, como es, por ejemplo, el precio en una compraventa. Adelantado en una sentencia el estudio de la acción principal al extremo de decidirla en forma que, rechazada, queda en pie el contrato a cuya infirmación se encamina, es lo natural y lógico reconocer a esa situación todo su alcance, dentro del cual se halla en primer término la existencia del contrato. Atacarlo de manera que si la acción principal fracasa él no existe, no es obstáculo para estudiar la acción subsidiaria que requiere la existencia del contrato, si es que éste permanece en pie porque la acción principal no ha prosperado. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1947. T. LXIV. 2062-2063) 357, 1ª

ACCIONES PAULIANA Y DE SIMULACION (Discrepancias existentes entre una y otra)

— 12 —

La acción de simulación y la pauliana discrepan entre sí esencialmente, porque: a) La acción pauliana requiere la concurrencia de **eventus damni** y del fraude, sea en relación con causante y causahabiente, sea sólo respecto del primero, según que el acto sea oneroso o gratuito (artículo 2491 del C. C., numerales 1º y 2º), al paso que la acción de simulación presupone sólo el perjuicio de

acreedor, suficiente para dotarlo del interés jurídico necesario para legitimar su causa (artículo 1766 del C. C.) b) La acción pauliana, por ser revocatoria, se ejerce en orden a abolir por entero los efectos del acto fraudulento y dañoso, al paso que la de simulación puede proponerse para descubrir el acto oculto, y acogerse el acreedor a él, según se deduce del artículo 1766 citado. El tratamiento probatorio de las dos acciones es diferente, en consecuencia, y el acredor no puede aspirar a que ejercidas por él indistintamente, una interpretación judicial de su demanda conduzca al resultado final apetecido porque, como es obvio, el planteamiento de la acción y sus probanzas son variables según el linaje de la que en realidad y seguramente se promueva. (Casación Civil. Junio 10 de 1948. (T. LXIV. 2062-2063) 441, 2ª y 442, 1ª

ACCIONES RESULTANTES DE LETRAS DE CAMBIO (Su prescripción)

— 13 —

Las acciones resultantes de las letras de cambio prescriben, según el principio general sentado en el artículo 894 del C. Co., en el término de cuatro años contados desde el día de su vencimiento; pero esa regla general tiene las excepciones previstas en el artículo 897 ibídem, entre las cuales está comprendido el caso de las acciones del librador contra el aceptante que tuviere provisión de fondos, las cuales prescriben en el lapso de tiempo que señala el artículo 2536 del C. C., o sea en el término de diez años para la acción ejecutiva y en el de veinte, para la ordinaria. (Casación Civil. Julio 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 670, 2ª

ACTO JURIDICO (Prueba del)

— 14 —

El fin de la prueba ante la jurisdicción es demostrar que un hecho ha sucedido o no, que existió o no, o que existe en la actualidad; pero tratándose de hechos generadores de derechos y obligaciones como son los que sostienen la acción o la excepción, es menester distinguir entre el hecho material y el acto jurídico porque aquél es demostrable por cualesquiera medios recibidos en derecho, al paso que el segundo está sujeto a un régimen probatorio determinado.

Acto jurídico es el humano que se ejecuta en orden a producir una incidencia jurídica; tal el contrato, acto bilateral, o el unilateral como el concluído por el agente oficioso, o la policitación, o la aceptación de la herencia; cuando se le invoca en juicio para sobre su ocurrencia edificar pretensiones, han de probarse cuantas circunstancias lo constituyen, no como meros hechos materiales sino como sucesos concurrentes a dar estructura a la unidad del acto jurídico; porque entre éstos los hay complejos, es decir, que no operan creando, extinguiendo o transformando de inmediato una situación jurídica, sino que desde la actividad original en donde se iniciaron se van proyectando sobre eventos futuros cuyo acaecimiento los va configurando hasta llegar a una ocurrencia final en donde se perfeccionan por último, produciendo, entonces, todos los efectos queridos al consignar la expresión voluntaria generadora de la actividad inicial. Tal el acto condicionado, como la constitución de fideicomiso, que mantiene pendiente la existencia y realidad del derecho del beneficiario mientras sobreviene el suceso prefijado como ocasión para consolidar en su patrimonio el dominio eventual e incierto de que era titular **pendente conditione.**

En estos casos en que los derechos hallan su fuente en actos jurídicos complejos, todos los diversos hechos que encadenados concurren a la formación de la fuente han de probarse no como hechos materiales, sino co-

mo actos jurídicos, arreglando la demostración judicial de ellos a las normas reguladoras de cada fenómeno. Por ejemplo, la muerte de una persona, hecho material que en tal carácter es susceptible de cualquier linaje de prueba, como el testimonio de quienes hayan visto el cadáver, cuando es condición para que otro sujeto asuma una calidad jurídica determinada se amolda a la índole general de la fuente cuando se la invoca para pretender el derecho que en ella se origina: entonces su tratamiento probatorio no será el propio de los hechos materiales sino el que compete al acto jurídico de cuyos complejos factores forma parte generando con ellos, derechos y obligaciones. (Casación Civil. Marzo 13 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 81, 1ª

ACUMULACION CONDICIONAL DE ACCIONES

— 15 —

La acumulación objetiva de acciones prevenida en el artículo 209 del Código Judicial puede ser simple, condicional o subsidiaria; el segundo tipo de este triple aspecto, reza con las acciones consecuenciales, o sea, con las que dependen en su prosperidad de la otra u otras que deben ser su obligado antecedente; los hechos de la demanda forman en estos casos la **causa petendi** común a todas las acciones. Como obligado efecto de estos inconcusos principios la prueba de los hechos comunes ha de ser también común, pues de lo contrario se quebrantaría la unidad de la demanda y se incurriría en el ilógico e injurídico resultado de que un hecho se reputara dentro del mismo juicio plenamente probado respecto de una acción y no demostrado para la consecuencial a ella. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 755, 1ª

ALCOHOLISMO CRONICO
(Diferencia con la embriaguez)

— 16 —

La experiencia ordinaria y los textos de medicina legal enseñan que una persona puede alcoholizarse, llegar al estado de intoxicación crónica tomando licores en forma habitual, sin embriagarse, y eso es algo sustancialmente distinto de la embriaguez transitoria que también produce ordinariamente el descontrol de la psiquis y puede impulsar a la comisión de hechos delictuosos. El artículo 29 del Código Penal sólo es aplicable cuando se trata de un **alcoholismo crónico**, o de un individuo que padezca grave anomalía psíquica en el momento de cometer el hecho. (Casación Penal. Agosto 10 de 1948. T. LXIV). 541, 2ª

APELACION (Reformatio in pejus)

— 17 —

Ha dicho la Corte que "la figura jurídica de la **reformatio in pejus** se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del C. J. El superior que conoce por apelación de una providencia, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y, por tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo soliciten" (G. J. XLVII, página 418).

Las resoluciones procesales una vez notificadas, o al notificarse, pueden ser expresa o tácitamente consentidas, según que se manifieste o simplemente se dejen de usar los recursos que la ley ofrezca, lo cual comporta la renuncia del derecho de impugnación. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 125, 2ª y 126, 1ª

APELACION (Presupuestos de la)

— 18 —

El recurso —en general— es una creación legal encaminada a tutelar los intereses de las partes ante la posibilidad de decisiones equivocadas, injustas o arbitrarias, y, en consecuencia, a enmendar el yerro cometido o a restaurar el derecho violado; la apelación, en particular, se dirige a solicitar de determinada autoridad revise y examine la decisión de la que, por jerarquía, le está subordinada, y, como resultado de ese examen y de esa revisión subsane el yerro y restablezca el derecho, o en caso opuesto, declare la inexistencia de la violación o del yerro.

La apelación —como derecho de impugnar las decisiones judiciales y de someterlas al examen de otra autoridad distinta a la que las dictó— presupone necesariamente la vigencia de un ordenamiento jurisdiccional jerárquico, concretado en la ley procesal en la institución de las instancias, como presupone también una relación de interdependencia entre las autoridades que las representan, relación que impone obligaciones y limitaciones, derivadas de la naturaleza y objeto del recurso, a cargo de la autoridad cuya decisión se ha revisado. (Casación Penal. Auto. Septiembre 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 905, 1ª y 2ª

APELACION

— 19 —

Los requisitos especialmente exigidos por el Código para los recursos extraordinarios se basan en la necesidad de distinguirlos completamente de una tercera instancia, pues el principio de las dos instancias es canon fundamental del derecho procesal penal. Inexistente un tercer grado de apelación, tanto dentro del proceso civil como del penal, es obvio que no puede la Corte conocer de la apelación intentada. (Casación Penal. Auto. Noviembre 6 de 1947. T. LXIV. 2060-2061) 159, 2ª

APODERADOS Y DEFENSORES
(Requisitos para poder actuar en casación)

— 20 —

La representación que las partes confieren a los abogados para que asuman su defensa en los procesos criminales, está subordinada (para su ejecución) a varias condiciones: a la extensión del poder, a la instancia o grados del proceso, y a las normas reguladoras de la función; significa esto que el representante sólo puede realizar, en cumplimiento del encargo, lo que el representado le determine, en la instancia que le fije, o en ambas si el poder abarca la defensa en todo el proceso, y especialmente, en los Juzgados y Tribunales en que el representante pueda —por estar allí inscrito— ejercer el mandato.

Si para poder actuar en la segunda instancia se requiere la inscripción, aunque el poder se haya conferido en la primera, con mayor razón en la Corte, y especialmente si se trata de un recurso extraordinario como el de casación, que —según su naturaleza y objeto— es un juicio sobre la sentencia y no sobre los hechos, sin que valga la tesis de que el haber intervenido en las instancias es prueba de que se posee la capacidad legal para representar en casación, porque —obtenida la matrícula— es la inscripción en la Corte, y no la intervención en el proceso, lo que da la capacidad. (Casación Penal. Auto.

Abril 3 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 554, 2ª y 555, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS
(Cuándo su error es causal de casación)

— 21 —

Sobre apreciación de pruebas ha dicho la Sala en múltiples ocasiones que el Tribunal tiene autonomía en tal apreciación y que su valoración sólo es dable desechar en casación cuando se demuestre un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de las mismas. (Casación Civil. Abril 27 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 110, 1ª

ARTICULO 1934 DEL CODIGO CIVIL
(Interpretación del)

— 22 —

En relación con el artículo 1934 del Código Civil la jurisprudencia siempre ha entendido que esa disposición se refiere a los casos de resolución de los contratos y que la declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1759 ibídem, de donde se ha deducido que aquella debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo II, números 898 y 1914, y sentencia de 16 de junio de 1932, Tomo XL, página 161). (Casación Civil. Abril 29 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ...119, 2ª

AUTO DE PROCEDER (Sus requisitos)

— 23 —

Del contenido del artículo 431 del C. de P. P. y especialmente de lo que estatuye el numeral 3º se desprende que el Juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el **nomen iuris** que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso enunciarlo discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son: la apropiación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el Juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia pues, entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características del delito por el cual se ha llamado a juicio en forma genérica, sino que es necesario particularizar en la misma parte motiva del auto las características circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el artículo 363 del C. P. que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esa circunstancia en la providencia enjuiciatoria. De otro modo el auto de proceder resultaría incompleto cuando de la prueba existente hasta ese instante se deduce tal circunstancia. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el artículo 404 del C. P., por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tántas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal pue-

de entonces en su sentencia el Juez, condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder. (Casación Penal. Noviembre 5 de 1947. T. LXIV. 2060-2061) ..... 156, 2ª y 157 1ª

AUTOS PARA MEJOR PROVEER

— 24 —

Aunque es cierto que la facultad de dictar autos para mejor proveer no autoriza al juzgador para crear pruebas no producidas por descuido o impericia de las partes, ya que ella apenas le ha sido conferida con el sólo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, como ese estado de oscuridad o de duda es esencialmente subjetivo, la apreciación de su existencia corresponde exclusivamente a la conciencia del Juez, por lo cual se comprende que en casación no es viable alegar sobre este punto, pues la Corte no puede variar una apreciación que la ley remite al criterio soberano del sentenciador de instancia. (Casación Civil. Marzo 12 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 74 ,2ª

— B —

BALDIOS (Derechos de los colonos o cultivadores)

— 25 —

Con relación a los colonos o cultivadores puede decirse que el principio general y dominante en materia de baldíos es el de que por ningún motivo ni bajo ningún pretexto se sacrifiquen o menoscaben los derechos basados en la ocupación, en el cultivo y en la colonización. Así se desprende indudablemente, entre otros, de los artículos 47 del Código Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917. (Casación Civil. Octubre 19 de 1948. T. LXIV. 2064-2065. ..... 785, 1ª

BIENES VACANTES

— 26 —

Dentro de la organización jurídica de la propiedad, la materia relativa a los bienes vacantes constituye una institución muy peculiar estructurada por normas especiales que subsisten en nuestra legislación positiva a pesar de que "esta categoría de los bienes vacantes, tiende a desaparecer, si no ha desaparecido del todo, dada la institución del registro de la propiedad inmueble", como lo anotó la Comisión redactora del Código de Procedimiento Civil al comentar las disposiciones relativas a su declaración judicial. Los artículos 706, 708 y 709 que contiene el Código Civil en su título de la Ocupación, el artículo 82 de la Ley 153 de 1887, que declara de pertenencia de los Municipios de su ubicación los bienes vacantes, y las normas adjetivas del Título XXIII del Libro II del C. J. forman el tratado de derecho positivo que gobierna este modo de adquisición establecido exclusivamente en favor de la entidad municipal mediante un procedimiento legal que termina con sentencia que hace la declaración de vacancia y que registrada en el lugar de su ubicación constituye el título de propiedad del Municipio. Aplicando a estos pocos textos legales los principios fundamentales de derecho y engranándolos doctrinariamente con el sistema general de la propiedad, ha consagrado la jurisprudencia las condiciones jurídicas esenciales dentro de las cuales puede operar la institución de los bienes vacantes, las cuales, en síntesis y por lo que hace al inmueble, consisten en que hayan estado en dominio particular anterior,

pues no habiendo en nuestro derecho res nullius las fincas de nadie serían baldíos de propiedad nacional; y que esté actualmente abandonado, esto es, "sin dueño aparente o conocido", lo que presupone el abandono no solo en relación con el antiguo propietario sino la ausencia de todo otro poseedor, que tendría en su favor la presunción legal del dominio y la posibilidad jurídica de adquirirlo por el modo de la prescripción. El abandono, entendido en su acepción adecuada, es el permanente e inveterado que el dueño hace de su bien en forma que se traduzca en dejación o desamparo jurídico, no simplemente el que induzca negligencia o descuido o que equivalga a la ausencia de los actos de mera facultad o disposición que conlleva el dominio.

La vacancia es imposible desde que aparece un poseedor cualquiera. La propiedad atribuída por la ley a los Municipios a través de la reglamentación procedimental correspondiente es la de los bienes raíces jurídicamente desamparados, sin dueño conocido ni aparente; no la de los inmuebles poseídos aunque sea sin título, o con títulos insuficientes. (Casación Civil. Marzo 5 de 1948. T. LXIV 2060-2061) ..... 40, 1ª y 2ª y 41, 2ª

BUENA CONDUCTA ANTERIOR
(Como circunstancia de menor peligrosidad)

— 27 —

No basta la carencia de antecedentes judiciales o de policía, que es lo que pudiera llamarse una buena conducta negativa, para decir que una persona ha sido de buena conducta, sino que es necesario que el proceder del acusado haya sido de tal naturaleza que lo haga acreedor a la benevolencia de la sociedad y de los jueces. (Casación Penal. Mayo 21 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

214, 2ª y 215 1ª

— C —

CADUCIDAD DE UN CONTRATO

— 28 —

La declaración de caducidad, pronunciada por la vía administrativa, produce el efecto de terminar el contrato, conforme lo ha expresado reiteradamente la Corte (Negocios Generales. Agosto 6 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 324, 2ª

CADUCIDAD DE CONTRATOS

— 29 —

Un contrato caducado es un contrato terminado, por lo cual no sería procedente ejercitar las acciones alternativas y las acciones sobre indemnización de que trata el artículo 1546 del C. C., ya que en tales condiciones no habría materia sobre la cual dichas acciones pudieran recaer. Mas ello no sería obstáculo para una acción directa de perjuicios en ciertas circunstancias, sin necesidad de acumularla a las acciones principales de que se ha hecho mención. No siendo la caducidad otra cosa que el fenecimiento del contrato, es claro que ella mira hacia el futuro, sin que por este fenómeno sufran alteración alguna las relaciones jurídicas emanadas de la convención en el lapso de tiempo anterior a la caducidad. Cuando la Corte comparó en algunos fallos la caducidad con la resolución prevista expresamente en los contratos entre particulares, no ha querido decir que la caducidad extingue el contrato retroactivamente desde su celebración, sino que obra a la manera de la resolución, pero hacia el futuro. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

243, 2ª y 244, 1ª

CADUCIDAD

— 30 —

El Decreto número 756 de 1942, además de referirse por modo exclusivo al término de caducidad señalado en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, sobre petróleos, fue declarado inexequible por la Sala Plena de la Corte. (Negocios Generales. Septiembre 1º de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 623, 1ª

CAJERO
(Situación jurídica del de una casa comercial)

— 31 —

El cajero de una casa comercial no es un factor, pues por tal se denomina, según la definición que da el inciso 2º del artículo 435 del C. de Co., la persona encargada de la administración de un establecimiento mercantil o fabril, sino un simple empleado o dependiente de comercio dentro de cuyas gestiones naturales obligatorias, por tanto, para el patrón sólo quedan comprendidas, con las limitaciones establecidas en la ley, las de recibir pagos y expedir la constancia de esos hechos; pero las operaciones que se salgan de ese radio de acción no obligan a aquéllos, salvo, naturalmente, el caso en que tengan facultad expresa para ejecutarlas, según así lo prescribe el artículo 457 del C. de Co. (Casación Civil. Mayo 26 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 395, 2ª

CAMBIO DE RADICACION

— 32 —

Cuando quiera que en un determinado momento el clima social de una ciudad se haya apasionado o por el carácter político del suceso, o por la posición social importante, tanto de la víctima como del victimario, es necesario sustraer a la posible acción coaccionadora de estos elementos el juzgamiento de aquél, sobre el cual recaería un fallo —en cuanto a los jueces de conciencia se refiere— impulsado por un prejuzgamiento interesado, en desacuerdo con la serena y ecuánime administración de la justicia. (Casación Penal. Auto. Octubre 6 de 1947. T. LXIV. 2060-2061) 152, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

— 33 —

El cambio de radicación de un proceso no implica el concepto de una duda o sospecha positiva sobre la rectitud, honorabilidad e imparcialidad de los funcionarios que conocen o deben conocer del proceso, porque su honestidad espiritual y su independencia es de creer que están por encima de elementos extraños que se suponè puedan influir en las consecuencias del negocio; se trata simplemente de una medida de precaución frente a una posibilidad de que la administración de justicia pueda sufrir algún quebranto y para evitar que los funcionarios de la rama jurisdiccional, o los miembros del jurado se vean expuestos a faltar en el cumplimiento de sus deberes por el ejercicio de posibles influencias, la ley para garantizar los intereses sociales o los de las partes, haciendo una excepción al principio de la jurisdicción y competencia, permite en ciertos casos —como el presente— el cambio de radicación del proceso. (Casación Penal. Auto. Abril 5 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 825, 1ª

CASACION

— 34 —

La Corte, en vista de la entidad puramente técnica del recurso de casación, no puede

entrar a examinar la existencia de una causal si el demandante no hace alegación alguna sobre ella, ni explica en qué consiste la violación cometida por el Tribunal. (Casación Penal. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 187, 2ª y 188, 1ª

CASACION

— 35 —

No basta citar los motivos de casación, sino que es necesario presentar las razones de hecho y de derecho en que se fundan, para que haya materia de estudio para la Corte. (Casación Penal. Marzo 15 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 204, 2ª

CASACION

— 36 —

El vicio **in iudicando** admitido por nuestra ley como causal de casación y consistente en el exceso o defecto del fallo respecto de la materia propuesta a la justicia en la acción o en la excepción, no puede ser jamás consecuencia de la apreciación probatoria. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 761, 1ª

CASACION

— 37 —

Cuando el recurso se sostiene en errores de hecho o de derecho imputados al fallo, es necesario señalar concretamente la prueba respecto de la cual se erró, porque sólo así puede precisarse la incidencia del yerro en la solución del pleito; no es de recibo, y es inaceptable en consecuencia, la indicación global de las pruebas en general. (Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 776, 2ª

CASACION

— 38 —

Las disposiciones del Acuerdo del Consejo Superior de Sanidad sobre higiene de las poblaciones no dan base a un cargo en casación, aun suponiendo que se hubieran ignorado, porque el artículo 520 del C. J. exige que la norma infringida sea constitutiva propiamente de ley sustantiva, carácter éste que no corresponde a estos preceptos de reglamentación administrativa. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 772, 2ª

CASACION

— 39 —

Las reglas para la interpretación de los contratos, así como las referentes al significado de las expresiones empleadas, no pueden ser materia del recurso de casación. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 27, 1ª

CASACION

— 40 —

Cuando por prosperar un cargo se ha de casar la sentencia recurrida y dictarse su reemplazo según el artículo 538 del C. J. acontece que si el reemplazo ha de llegar a igual solución, no siendo lógico ni conducente invalidar un fallo para repetirlo, la Sala opta por no casar y estima que la enmienda doctrinaria expuesta en la parte motiva de su sentencia llena el fin principal que al recurso de casación asigna el artículo 519 de ese Código. (Casación Civil. Marzo 30 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 88, 2ª

CASACION (Requisitos de la demanda)

— 41 —

No habiendo precisado el Código de Procedimiento Penal cuáles sean esas condiciones, la jurisprudencia —con el criterio de interpretación analógica que consagró el artículo 7°— ha ratificado la tesis de que la demanda de casación penal debe tener las mismas condiciones de la demanda de casación civil, es decir, un resumen de los hechos materia de la controversia, la designación de la causal que se invoque, la expresión clara y precisa de sus fundamentos y las normas legales que se consideren violadas. (Casación Penal. Auto. Abril 3 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 556, 2ª

CASACION (Requisitos de la demanda de)

— 42 —

La demanda de casación es la pieza capital de este recurso extraordinario en que se acusan las sentencias definitivas de segunda instancia; en ella se concentran todas las exigencias de forma y de sustancia que ineludiblemente exige la ley, y en nada se parece a un memorial de apelación o a un alegato de instancia. Del acierto con que se elabore esta demanda depende el éxito del recurso y el estilo e importancia de la decisión de la Corte, que no puede entrar por su cuenta al examen de la legalidad del fallo sino que tiene que limitarse a los temas y cuestiones que suscite el recurrente, en forma que cuando la demanda no da acceso, por fallas de orden técnico, a los problemas de fondo, ha de limitarse la Sala a advertir estos vicios que son ineptitudes sustantivas no subsanables oficiosamente, a riesgo de dar la impresión, ante personas que ignoran el mecanismo y la técnica del recurso, de que la Sala elude los estudios de fondo. (Casación Civil. Agosto 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) ... 724, 1ª

CASACION (Demanda de, en materia penal)

— 43 —

Entre las varias doctrinas que ha sentado la Sala de Casación Penal de la Corte sobre el recurso de casación bastará recordar la de que "la demanda de casación debe formularse según los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, en atención a lo prescrito por el artículo 7° del estatuto procesal penal". (Casación Penal. Auto. Julio 23 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 529, 1ª

CASACION (Cuándo hay lugar a casar por errónea apreciación de pruebas)

— 44 —

En casación no puede cambiarse la solución de convencimiento o falta de convencimiento con que a la Corte llegue una sentencia de Tribunal, sino cuando éste concluye con esa solución afirmativa o negativa por desconocer hechos comprobados que impondrían necesariamente la contraria, o por dar por probados hechos que no lo están, o por establecer relaciones de causalidad reñidas con la lógica entre los indicios y lo que les deduce como consecuencia. (Casación Civil. Julio 12 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 502, 1ª

CASACION (Por error en la apreciación de pruebas)

— 45 —

El recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias, ni a provocar un

nuevo examen de las pruebas. La casación no se ocupa en el fondo mismo del asunto y su misión no comprende el examen y enmiendas de todas las faltas que cometan los Tribunales, sino que se limita al estudio de la sentencia recurrida en relaciones con la ley. Si de tal examen se llega a la conclusión de que la sentencia acusada no contiene una contravención a un texto legal, la Corte no puede infirmarla, cualesquiera que sean los modos como el juzgador haya apreciado los hechos de la causa. Mas cuando en la apreciación de las pruebas incurre el Tribunal en un error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos y que a la vez envuelva una contravención a la ley, o un error de derecho que implique esa misma contravención, el recurso de casación prospera, si, por otra parte, se sujeta a la técnica requerida. El recurso cuando el punto de partida es el referido error en la apreciación de la prueba, es una cadena formada por estos eslabones: a) El error y su demostración; b) La consiguiente violación de la ley sustantiva detallada como lo manda el artículo 531 del C. J.; c) Incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 31, 1ª y 2ª

CASACION (Por error de derecho en la apreciación de una prueba)

—46 —

El artículo 520 del Código Judicial se refiere al error de derecho en la apreciación de determinada prueba, de donde se haya seguido la violación de una ley sustantiva; así, pues, el fundamento de este motivo de casación arranca de un vicio en la valoración de las pruebas, un error de utilización de las normas probatorias, y lo que la Sala de Casación puede determinar en caso tal es si el Tribunal hizo uso del material probatorio de acuerdo con las reglas legales que establecen su fuerza demostrativa respecto de la existencia y verdad de los hechos para pasar luego a examinar si a consecuencia del vicio de valoración probatoria que haya encontrado se produjo en el razonamiento del sentenciador una violación de la ley sustantiva aplicable en la solución de la controversia. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 758, 2ª

CASACION (Cuándo hay error de derecho en la apreciación de pruebas)

— 47 —

El error de derecho, cuando se invoca en este recurso extraordinario, implica que el Tribunal al apreciar el material de decisión estimó una prueba en desacuerdo con las normas legales que la gobiernan; por ello es menester citar, o al menos referirse, al precepto desoído, comparar con él la valoración dada por el sentenciador, e indicar cómo ha debido estimarse la prueba. (Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 776, 2ª

CASACION (Error evidente de hecho en la apreciación de una prueba)

— 48 —

Para que pueda hablarse de error evidente de hecho en la apreciación de una determinada prueba es necesario que la equivocación en que haya incurrido el sentenciador haya sido de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso, bien porque se parta del errado supuesto de que un

hecho inexistente o no probado ha sucedido, o de que no ha acontecido uno que realmente se ha producido y está manifiestamente probado en los autos. (Casación Civil. Mayo 14 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 140, 1ª

CASACION (Por estimar erróneamente fundado un dictamen)

— 49 —

Salvo errores manifiestos de hecho o carencia de lógica en la concatenación, no se puede corregir en casación el concepto del fallador de instancia que ante un dictamen fundado estima su fundamentación suficiente. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1947. T. LXIV. 2062-2063) 356, 2ª

CASACION (Por perjuicios)

— 50 —

En la casación por perjuicios rigen las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles, como lo establece el artículo 559 del C. de P. P. (Casación Penal. Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 540, 2ª

CASACION (Por perjuicios civiles)

— 51 —

Contra los fallos absolutorios no concede la ley el recurso de casación en lo relativo a perjuicios. (Casación Penal. Auto. Julio 23 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 527, 1ª

CASACION (Por inconsonancia entre la demanda o su contestación y la sentencia)

— 52 —

Las bases fundamentales de todo litigio, determinadas en el libelo y su contestación, constituyen, como es sabido, la pauta obligatoria de la sentencia, a las cuales debe ceñirse el juzgador para no incurrir en exceso de poderes. (Casación Civil. Octubre 19 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 784, 2ª

CASACION (Condiciones para su admisibilidad. Interés jurídico del recurrente)

— 53 —

Ha dicho ya la Corte que "para que el recurso extraordinario de casación pueda interponerse y sea admisible, como sucede con toda clase de recursos, es indispensable, fuera de los requisitos que exige la ley, que la sentencia contra la cual se interpone infiera agravio a la parte recurrente porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta exclusivamen en lo desfavorable al recurrente". (Casación Civil. Octubre 27 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 792, 1ª

CASACION (No constituye causal de casación el que un Tribunal no acoja una doctrina de la Corte)

— 54 —

La circunstancia de que un Tribunal se aparte de una doctrina de la Corte, en el supuesto de que eso haya ocurrido, no puede alegarse como motivo de casación, pues es bien sabido que los jueces no están obligados a seguir tales doctrinas, ni su aplicación es obligatoria a los casos concretos sometidos a su decisión. (Casación Civil. Agosto 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 724, 2ª

CASACION (Pena que debe tomarse en cuenta para decidir de la procedencia del recurso en el caso de delito de lesiones)

— 55 —

El hecho por el cual fue condenado el procesado, es un delito de lesiones personales (culposas) sancionado por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938. No es como lo afirma el recurrente en el memorial de reposición —ante el Tribunal— un delito específicamente sancionado por el artículo 374, inciso 2º del Código Penal (lesiones intencionales).

Las infracciones de la ley penal previstas en estas disposiciones son sustancialmente distintas; la primera, configura un hecho integrado por elementos propios que lo tipifican como un delito per se. La culpa, negación del dolo, caracteriza al delito culposo como figura autónoma delictual; la segunda (artículo 374 del C. P.) tipifica un delito intencional, para cuya existencia es indispensable la concurrencia del dolo. De esta distinción depende el que las penas en su duración y calidad sean diferentes, y que las sanciones de los primeros, no sean las mismas que las de los segundos.

En este caso las lesiones no están sancionadas por la disposición del artículo 374 del C. P., inciso segundo, sino por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938 que es el que reprime las lesiones personales por culpa. La simple referencia que en el fallo se hace a la disposición del Código Penal, no implica vinculación de la pena señalada al delito culposo con la del delito intencional; se hace —únicamente— para buscar dentro de las diversas modalidades que pueden presentar las lesiones, la pena imponible de conformidad con la disposición especial que sanciona la culpa, porque ésta no es una circunstancia modificadora de la responsabilidad sino un elemento que configura un ilícito especial.

La cita de las dos disposiciones no es argumento valedero para sostener que la disposición que contempla la pena privativa de la libertad es la del Código Penal (artículo 374, inciso 2') y no la de la ley 164 (artículo 7º) porque establecida la diferencia en las dos entidades delictuales no se puede tomar como disposición violada la que sanciona el delito de lesiones culposas y como esa pena en su máximo no es ni excede de cinco años, el recurso de casación por la gravedad de la pena no es procedente.

No siendo, pues, la pena señalada por el artículo 7º de la Ley 164 de 1938, una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, puesto que, las lesiones no fueron intencionales sino culposas, el recurso de casación que otorga la ley contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, no tiene aplicación para el problema debatido. (Casación Penal. Auto. Julio 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 861, 2ª

CASACION (Causal 1ª)

— 56 —

Es demasiado sabido que el error de hecho o de derecho en que se incurra en la estimación de las pruebas no es por sí causal de casación, desde luego que el motivo contemplado en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial no es otro que el de la violación de ley sustantiva.

El deber de citar el texto de la disposición sustantiva quebrantada no se llena con la cita que en general se haga de disposiciones del Código Civil por títulos o capítulos, sino con el señalamiento de un modo concreto del artículo especial que se supone infringido. (Casación Civil. Septiembre 2 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 742, 2ª

CASACION (Causal 1ª)

— 57 —

Los artículos 328, 329, 332, 335, 342 y 343 del Código Judicial son adjetivos y no pueden alegarse como fundamento del recurso de casación por la causal primera cuya base insustituíble no es sino la violación de ley propiamente sustantiva, por cualquiera de los medios a que alude el numeral 1º del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).... 699, 1ª

CASACION (Causal 1ª)

— 58 —

En la legislación colombiana no existe ninguna disposición legal sustantiva que formule de una manera expresa con alcance general el principio a que se viene aludiendo (1), y de allí que el reconocimiento de sus efectos sea preciso hacerlo, cuando ello es procedente, en contra de la ley, violando o subestimando sus preceptos positivos, desde luego que conforme a ese principio a la apariencia jurídica se le hace prevalecer sobre la realidad jurídica.

Por tal motivo cuando en casación se invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., que es la de violación de la ley sustantiva, y no se encuentra que la sentencia quebrante el texto legal de esa naturaleza que se señala como infringido, resulta imposible invalidar el fallo acusado, con base en la sola alegación de la referida máxima, por más que los extremos o elementos que la configuran resulten plenamente demostrados en el proceso. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte en sentencia de 25 de junio de 1942 (G. J. Tomo LIII, páginas 684 y 685) y 27 de julio de 1945 (G. J. Tomo LIX, página 397). Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 781, 2ª

(1) El principio: "error communis facit jus", a que alude un poco antes la Corte, en el cuerpo de la sentencia.

El Relator de la Corte.

CASACION (Causal 1ª)

— 59 —

El yerro en materia probatoria no puede engendrar jamás la errónea interpretación de la ley por ser ella el efecto de un raciocinio judicial en frente de una norma de derecho objetivo desvinculada de toda situación singular; es ésta la que se destaca ante la jurisdicción mediante los elementos probatorios, de tal suerte que ella nunca se refleja sobre el mandamiento mismo sino sobre su aplicabilidad a un caso concreto. (Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 776, 2ª

CASACION
(Diferencias entre las causales 1ª y 2ª de)

— 60 —

La incongruencia a que se alude en el numeral 2º del artículo 520 del C. J. es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es en la que se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de esas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas; excesiva, si ha otorgado más de lo pedido, o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar. Fuera de la falta de consonancia

entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derechos diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva. (Casación Civil. Marzo 12 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 75, 2ª

CASACION (Causal 2ª)

— 61 —

El motivo 2º de casación es procedente cuando la sentencia decide sobre algo no demandado ni controvertido o más allá de lo pedido o cuando deja de decidir sobre pedimentos contenidos en las acciones ejercidas o las excepciones opuestas. (Casación Civil. Marzo 3 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 36, 1ª

CASACION (Causal 2ª)

— 62 —

La causal segunda de casación, de sentido y alcance formal y no de fondo, se funda en el principio general de derecho procesal de que la sentencia que desata definitivamente una controversia debe resolver todas las cuestiones que hayan sido materia del debate, pero únicamente éstas, porque de otra manera se sentenciaría sorpresiva o arbitrariamente. Para remediar las irregularidades que a este respecto pueden ocurrir por desconformidad de las pretensiones oportunamente propuestas y determinadas por los litigantes con las resoluciones de la sentencia se da acceso a la casación por la vía de la causal segunda con el objeto de ajustar o conformar el fallo a las cuestiones que legalmente estuvieron **sub judice**. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 126, 2ª

CASACION (Causal 3ª)

— 63 —

La causal 3ª se funda, tiene que fundarse, 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 la correspondiente aclaración, en forma que hagan imposible la ejecución simultánea de todas las resoluciones de la sentencia. (Casación Civil. Agosto 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 726, 1ª

CASACION (Causal 5ª. Errores in procedendo)

— 64 —

La Sala ha tenido oportunidad de destacar cómo los errores **in procedendo** para cuya reparación instituye la ley las cinco últimas causales de casación de las enumeradas por el artículo 520 del C. J., provienen siempre de vicios que en una u otra forma afectan los presupuestos procesales; respecto del constituído por el Juez, la causal 5ª atiende a su capacidad subjetiva, al paso que otras (cuarta, sexta y séptima), se refieren a la objetiva, o sea, a la investidura que permite ejercer la jurisdicción nacional, y a la especialización de ella en un caso concreto por ministerio de los preceptos reguladores de la competencia. Casación Civil. Mayo 31 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 410, 2ª

CASACION (Causal 2ª)

— 65 —

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte la de que la causal segunda de casación no es pertinente en los juicios ventilados ante el Jurado, porque cualquier intento de hacer su estudio llevaría al análisis de pruebas que el Jurado apreció y debió apreciar libremente. (Casación Penal. Octubre 2 de 1947. T. LXIV. 2060-2061) 147, 2ª

CASACION (Causal 2ª. Es inadmisible en los juicios en que intervino el jurado)

— 66 —

La Corte en los juicios en que intervino el jurado, no puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los elementos probatorios que informan el veredicto, porque la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el cual se confronta la sentencia con los textos legales para saber si el juzgador en vista de las razones expuestas por el demandante, violó o no la ley penal. El examen de las pruebas allegadas al proceso corresponde a los falladores de instancia y estos funcionarios son los que tienen facultad para declarar cuándo un veredicto es contrario a la evidencia de los hechos. (Casación Penal. Abril 5 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 829, 1ª

CASACION (Causal 2ª)

— 67 —

Son numerosas las veces en que la Corte ha dicho que la causal segunda no puede alegarse en los juicios en que ha intervenido el Jurado, porque el nuevo Código de Procedimiento no incluyó entre los motivos de casación el ser el veredicto injusto o contrario a la evidencia de los hechos. (Casación Penal. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 211, 1ª

CASACION (Causal 2ª)

— 68 —

Acerca de la causal segunda ha dicho la Corte, en jurisprudencia constante, que no puede prosperar en los juicios en que interviene el Jurado. (Casación Penal. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 188, 2ª

CASACION (Causal 2ª)

— 69 —

Numerosas veces ha dicho la Sala que la causal segunda no es aplicable en los juicios en que ha intervenido el Jurado, no sólo porque excluye el riesgo de desnaturalizar el objeto fundamental de la casación, que es el juicio sobre la sentencia, sino también porque su conclusión lógica sería la declaración de los hechos, causal ésta eliminada del nuevo estatuto procesal. (Casación Penal. Noviembre 16 de 1947. T. LXIV. 2060-2061) 163, 1ª

CASACION (Causal 3ª de)

— 70 —

En los juicios en que interviene el Jurado la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto (artículo 480 del C. de P. P.), de tal suerte que el fallo sólo tiene que guardar armonía con el auto de proceder en cuanto al género del hecho delictuoso, puesto que el Jurado puede expresar que el hecho se cometió con circunstancias diversas a las consignadas en el cuestionario que se somete a su fallo. Por eso expresó la Corte que en esos

procesos en que los hechos son calificados por jueces populares, lo que cabe no es alegar, por punto general, el desacuerdo entre la sentencia y el enjuiciamiento, sino entre aquélla y el veredicto. (Casación Penal. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)... 520, 1ª

CESANTIA

— 71 —

Teniendo en cuenta que la Ley 24 de 1947 dejó vigentes las normas establecidas en el artículo 159 de la Ley 167 de 1941, la competencia para conocer de las demandas referentes a auxilios de cesantía corresponde al Consejo de Estado. (Negocios Generales. Auto. Agosto 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 606, 2ª

CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS
(Diferencias entre este contrato y el de venta de cosas litigiosas)

— 72 —

El contrato de cesión de derechos litigiosos es esencialmente distinto del de venta de cosas litigiosas. El objeto del primero "es el evento incierto de la litis" (artículo 1969 del C. C.), o sea el derecho sometido a controversia judicial; el del segundo es la cosa corporal misma cuya propiedad se litiga (ordinal 4º, artículo 1521 ibídem). El primero es lícito y eficaz y el segundo ilícito y absolutamente nulo, salvo el caso de que la enajenación haya sido precedida de permiso del Juez que conoce del litigio. El primero es aleatorio, porque el cedente no se hace responsable del evento incierto de la litis y el segundo es conmutativo y el vendedor responde de la evicción, salvo el caso de estipulación en contrario. (Casación Civil. Julio 1° de 1948. T. LXIV. 2062-2063)... 477, 1ª y 2ª

CESION DE UN DERECHO DE HERENCIA.

— 73 —

En la cesión a título oneroso de un derecho de herencia, sin especificación de los bienes de que se compone, cuyos efectos jurídicos están determinados y reglamentados en el capítulo 2º del título 25 del libro 4º del C. C., el objeto de la transferencia es el derecho real de herencia, cuya peculiaridad esencial es su universalidad, y no el derecho real singular de dominio sobre bienes específicamente determinados. Cuando el objeto de la enajenación es un cuerpo cierto que se paga en dinero se configura un contrato de venta común. Sólo cuando se reúnen los elementos previstos en el artículo 1967 del Código Civil se puede decir que el cesionario ocupa el lugar y puede ejercer los mismos derechos que el heredero cedente. (Casación Civil. Agosto 20 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 720, 2ª

COLISION DE COMPETENCIAS

— 74 —

Los decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir, de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, o de aquellos delitos que se cometieron por motivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional —si así puede llamarse— no se extiende al juzgamiento de delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para

aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar.

En tratándose de delitos complejos, o de delitos políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es el motivo o móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos; móviles de causalidad mixta, político y común, político en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común, en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directa o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los **delitos complejos o conexos** de que tratan los decretos leyes, la competencia será de los jueces ordinarios y no de los militares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público. (Casación Penal. Auto. Agosto 31 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) ..... 879, 1ª y 2ª

COLONOS (Naturaleza de su derecho a la adjudicación de baldíos)

— 75 —

Siendo, como lo ha declarado la Corte, real el derecho que tiene el colono de adquirir, mediante la adjudicación administrativa, la propiedad de las tierras baldías que ha ocupado con cultivos de carácter permanente, puede ese derecho ser materia de acción reivindicatoria entre particulares; pero, como en el caso de autos por la voluntad expresa del actor y recurrente, manifestada claramente en el hecho 6º de la demanda, toda cuestión sobre dominio del suelo se reservó para otro pleito, en el presente no es posible, y mucho menos ante la Corte en casación, controvertir legal y útilmente sobre esa cuestión, por lo cual se comprende que el Tribunal procedió desacertadamente al no estudiar los testimonios a que se refiere el recurrente, en la parte de ellos que pudiera relacionarse con las cuestiones a que aquí se ha aludido. (Casación Civil. Marzo 12 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 75, 2ª

COMPENSACION (Excepción de. Diferencias entre compensación y reconvención)

— 76 —

Uno de los medios de defensa a que puede acudir el demandado consiste en hechos exceptivos que van encaminados a extinguir la pretensión del demandante, o bien a hacerla ineficaz o inexigible por lo menos como la pretensión se haya presentado en el juicio.

Desde este punto de vista las excepciones perentorias podrían considerarse dirigidas al fondo, aunque algunas de ellas podrían también denominarse excepciones perentorias de forma, en atención a que su ineficacia hace baldío el juicio. Tal ocurre, por ejemplo, con la de petición de modo indebido, que mata, por decirlo así el juicio, dejando vivo el derecho para un proceso adecuado.

Las excepciones perentorias deben deducirse oficiosamente, cuando aparecen claramente comprobadas en la litis, con excepción de la de prescripción, de conformidad con el artículo 343 del C. Judicial.

La Sala de Casación Civil ha creído tam-

bién que la de compensación, de acuerdo con el artículo 1719 del C. C., debe proponerse o alegarse.

En el caso que se estudia, el Tribunal afirma que existe una excepción perentoria que no denomina, pero que parece concretar en la de compensación, puesto que se ordena deducir, del monto de la suma reclamada, un derecho del Departamento, que éste ha podido hacer efectivo por medio de una contrademanda.

Aunque la reconvención y la compensación, por sus finalidades, tienen sus puntos de contacto, con todo no deben confundirse. La segunda requiere, al tenor del artículo 1715 del C. C., entre otras condiciones, la de que ambas sean líquidas. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

266, 1ª

COMPETENCIA

— 77 —

Se dice de un Juez que es competente para el conocimiento de determinado negocio judicial cuando por disposición legal le corresponde dicho conocimiento. Así, pues, puede haberse surtido legalmente la notificación y traslado de una demanda, y ser el Juez que admitió ésta y ordenó su traslado incompetente para conocer del negocio. (Casación Civil. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

429, 1ª

COMPETENCIA (De la Corte para conocer de demandas de inexequibilidad de Decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias)

— 78 —

La Corte es competente para conocer de las demandas de inexequibilidad de Decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias, aun cuando ellos engloben cuestiones de mero reglamento. Tales Decretos vinculan irrevocablemente al Ejecutivo, el cual no puede modificarlos una vez vencidas las facultades extraordinarias, ni enmendarlos, ni derogarlos. Tienen los caracteres y efectos de una ley.

Cuando el Gobierno, en desarrollo de tales facultades, expide algún decreto extraordinario, en el fondo, al proceder por autorización expresa del Congreso, ejerce consecuencialmente un acto político y no de mera administración. Dada nuestra organización constitucional, la expedición de la ley es un acto político del Estado reservado al Congreso; pero, por motivos excepcionales, expresamente consagrados en la Carta, el Presidente de la República, investido de facultades extraordinarias, desempeña temporalmente esa función política. Por las consideraciones expresadas considera la Corte que el Decreto número 5 de 1940 contiene disposiciones de ley, y que habiendo sido expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias conferidas al señor Presidente de la República por la Ley 54 de 1939, es de su competencia conocer de la demanda de inexequibilidad. (Sala Plena. Marzo 20 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 646, 2ª

COMPETENCIA (Cuál Juez es competente, por razón del territorio, para conocer de un proceso por abuso de confianza cuando el desarrollo de la acción ha tenido realización en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones)

— 79 —

Por razón del lugar donde debe tramitarse el proceso es competente el juez del territorio en que se cometió la infracción (artículo 55 C. de P. P.). La dificultad consis-

te en determinar ese lugar cuando el desarrollo de la acción considerada ilícita se ha realizado en sitios pertenecientes a distintas jurisdicciones. Pero ya la Corte tiene resuelto el problema en el sentido de que cuando se ha recibido una cosa a título no traslaticio de dominio debe conocer del proceso penal que se adelante el juez del lugar donde la cosa o su valor debía entregarse, pues las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiarse indebidamente lo recibido. En cambio, en aquel lugar en que debe entregarse la cosa o su valor, según el caso, la intención adquiere realidad objetiva por la indebida apropiación de lo que no se ha recibido por título traslaticio de dominio, que es lo que constituye el delito. (Casación Penal.. Auto. Marzo 15 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) .... 201, 1ª y 2ª

COMPETENCIA (De la Corte para actuar como Tribunal de segunda instancia)

— 80 —

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal determina la competencia de la Corte —Sala Penal— para conocer de las apelaciones en negocios criminales fallados en **primera instancia** por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. De manera que, si por razón de la persona, lugar o naturaleza del negocio el conocimiento de él no está atribuído en primera instancia al Tribunal sino al Juzgado del Circuito en lo Penal, la Corte —Sala Penal— no tiene jurisdicción para revisar por apelación la providencia dictada por el funcionario que conoce en segunda instancia.

La aplicación del artículo 42, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, en sentido contrario a lo que ella establece, entraña una violación al principio sobre interpretación de la ley consagrado por el artículo 27 del Código Civil que dice: cuando el sentido de la ley sea claro no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Como expresamente dijo el Legislador que la Corte conoce de las apelaciones en los negocios fallados por el Tribunal en **primera instancia** a esto queda limitada su facultad; una interpretación y aplicación distinta de la norma consagrada en la disposición que se comenta conduciría al arbitrio judicial, e implícitamente llevaría a reconocer una tercera instancia en los procesos penales. (Casación Penal. Auto. Marzo 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 823, 2ª

COMPLICIDAD PREVIAMENTE CONCERTADA

— 81 —

No es necesaria la coparticipación material para que se diga que ha habido complicidad previamente concertada. Basta el hecho de ser varios, siquiera dos, los participantes en el delito, pues el designio criminoso tomado en forma principal, indica la peligrosidad común a los autores del hecho ilícito, aunque la forma o modo de llevarla a término sea distinta. El previo acuerdo se predica, pues, de la pluralidad de sujetos, y no de las circuntancias antecedentes y concomitantes al delito. (Casación Penal. Mayo 21 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 214, 2ª

COMUNIDAD (Sus características jurídicas y sus diferencias con la sociedad)

— 82 —

Siempre y cuando que varias personas son titulares de un derecho, en concurrencia de pretensiones análogas en su esencia, se predica de este derecho que les es común. De manera que el rasgo característico que cata-

loga a la comunidad como institución jurídica, consiste en la igualdad de derechos sobre bienes comunes. Igualdad cualitativa, es decir, de contenido análogo en su esencia; no cuantitativa, o sea, en lo que hace a la extensión mayor o menor del derecho. El comunero tiene sobre la masa de objetos comunes y sobre cualquier parte de ella, los mismos derechos que el propietario singular, limitados, empero, por los derechos cualitativamente idénticos del resto de condóminos. La división, así sea ideal y abstracta, de derechos sobre bienes comunes, tiene por consecuencia que cada comunero sea partícipe del derecho de propiedad, por una cuota determinada, cuota que, por tanto, entra al patrimonio del comunero. Esta circunstancia de que el derecho del comunero entre a formar parte de su patrimonio particular, es la razón de ser de todas las diferencias existentes entre la comunidad y la sociedad. La sociedad quiere decir concentración de derechos en una persona jurídica, que es como tal, distinta de los socios individualmente considerados, a diferencia de la comunidad, en la que hay pertenencia de derechos ubicados en cabeza de personas físicas. Es cierto que el artículo 2323 del C. C. parece equiparar la comunidad a la sociedad, lo que ha movido al recurrente a sostener que cuando los comuneros no han designado administrador, cada uno de ellos lo es de por sí, por delegación de los demás condueños, como sucede en el contrato social, pero tal interpretación es errada, pues el artículo en cuestión sólo se refiere a la participación de los comuneros en los gastos de la cosa común y a la distribución de sus productos. Si esto no fuera así, no se explicaría el artículo 1868 del C. C. que dispone qué si una cosa pertenece en comunidad a varias personas, cada una de ellas puede enajenar su cuota, y el artículo 2442 ibídem, que le permite a cada comunero hipotecar su porción en el bien indiviso. Así, pues, no hay tal representación de los comuneros de unos por otros cuando no han designado un administrador común; por consiguiente, el haber declarado un condueño al gestor de la comunidad libre de sus obligaciones no obsta para que otro de los copartícipes pida la rendición de la cuenta del bien indiviso administrado por designación común, a fin de obtener la porción que pueda corresponderle, con referencia a la cosa administrada. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 29, 1ª y 2ª

CONCESIONES MINERAS

(Acusación de inconstitucionalidad contra el artículo 38 de la Ley 81 de 1946)

— 83 —

En el caso a que alude la acusación de inconstitucionalidad estima la Corte que no hubo violación de derechos adquiridos en cuanto a las **concesiones en curso**, porque la propuesta o solicitud tiene trámites progresivos, y mientras tales trámites no se hayan llenado en su totalidad los interesados apenas tienen una expectativa. Verdad es el que no aprobar definitivamente los contratos de concesión puede dar lugar a que personas o entidades que hayan hecho gastos en exploraciones y gestiones de diversa índole, confiados en el precepto que fijaba el término, queden burladas en sus esperanzas y propósitos. Pero a ello cabe responder que a tales contingencias están sometidos los contratos y convenios que, mientras no culminen con el trámite definitivo, pueden ser modificados o rechazados, porque quien hace una propuesta de esta naturaleza acepta de antemano las eventualidades que sufra. Así lo resolvió la Corte en fallo de 9 de noviembre de 1929, al estudiar lo referente a propuestas y contratos de explotación de hidrocarburos, en que se habló también de derechos adquiridos por

parte de los proponentes al modificarse las condiciones de tales convenios. Respecto de las **concesiones ya perfeccionadas**, el hecho de que a los presuntos dueños de minerales o yacimientos se les conceda un nuevo plazo o término para que acrediten el derecho que tengan o crean tener, tampoco constituye violación de derechos adquiridos. (Sala Plena. Agosto 5 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

350, 1ª

NOTA.—En este asunto salvaron el voto los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Manuel José Vargas.

CONDENA CONDICIONAL

— 84 —

El otorgamiento de la condena condicional no constituye en las ocurrencias del artículo 27 del Código Penal una excepción al precepto general del artículo 80; al contrario, debe exigirse el lleno de sus requisitos entre los cuales se cuenta la intachable conducta anterior del sindicado. Una cosa es que la inocencia se presuma y que la culpabilidad de un acusado haya de probarse, y otra distinta es que la conducta anterior sirva como pauta para señalar la pena, pues en este último evento tiene que aparecer comprobada en forma que revele la personalidad del agente del delito, pues ese es el criterio que informa el nuevo Código Penal. De manera que si en el proceso no sólo no puede aceptarse la conducta del procesado como buena presuntivamente, sino que hay prueba de que ha sido mala, no puede otorgarse el beneficio impetrado, pues no basta que el hecho en sus modalidades no revista gravedad, sino que los procederes anteriores del acusado hayan sido constantemente ejemplares, en una palabra, que la personalidad no aparezca como peligrosa. (Casación Penal. Agosto 25 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

549, 2ª

CONDENA CONDICIONAL

— 85 —

Para conceder la condena condicional se atiende no sólo a la personalidad del delincuente sino también a las consecuencias y gravedad del delito. Y por eso se excluye de tal beneficio a los sancionados con presidio. Si para otorgarla hubiera que hacer las conversiones de una en otra, por encima de los casos en que esa conversión es indicada, entonces se desnaturalizaría el instituto de la condena condicional o, al menos, su adecuada reglamentación en el Código Penal colombiano. (Casación Penal. Agosto 20 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 547, 2ª

CONDENA EN COSTAS (Interpretación del artículo 365 del C. de M.)

— 86 —

El artículo 365 del C. de M. contiene una sanción, y por este motivo es de aplicación restrictiva, o sea que su imperio debe necesariamente concretarse al caso preciso en él previsto, sin que sea dable, por tanto, aplicarlo por analogía. Y esa disposición, como lo anota el mismo recurrente, hace referencia al caso en que "el denunciante pierda el pleito que se origina por la oposición del dueño" de la mina denunciada como desierta o abandonada, caso que es distinto, como se ha visto, al que se confronta en este juicio.

Además, según el sistema del C. J., la condena en costas, salvo los casos excepcionalmente previstos en los numerales 3º y 4º del artículo 575 ibídem, 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 apre-

ciar 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. (Casación Civil. Marzo 9 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 62, 1ª y 2ª

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

— 87 —

El fenómeno del incumplimiento por uno de los contratantes, de lo pactado, da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios (artículo 1546, C. C.). De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas. No es posible hacer del incumplimiento de un contrato una fuente inagotable de efectos jurídicos sin plantear situaciones tan irregulares como la a que ha dado lugar el contrato a que alude el pleito.

La fianza es un contrato unilateral y accesorio o de garantía en que el único obligado es el fiador; el acreedor no contrae obligación alguna, y en este contrato el deudor no es parte, como no lo es tampoco el fiador en el contrato en que se genera la obligación que garantiza personalmente. (Casación Civil. Junio 17 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 456, 1ª y 2ª

CONFESION (No sirve para probar el dominio sobre un bien raíz)

— 88 —

A propósito de los artículos 603 y 604 del C. J. se observa que no pueden ser transgredidos sino cuando el hecho alrededor del cual giren es susceptible de probarse por confesión y que el dominio sobre bienes raíces adquiridos por tradición a título contractual se sustrae a ese medio probatorio por ministerio de la ley; los artículos 756 y 1760 del C. C. son suficientes para evidenciarlo. La misma reflexión cabe en cuanto al artículo 645 del C. J., ya que el mérito probatorio del instrumento privado se origina en su identidad con la confesión, como se advierte a la sola lectura del artículo 637 de la misma obra. (Casación Civil. Junio 21 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..... 465, 2ª y 466, 1ª

CONFESION EXTRAJUDICIAL (No puede alegarse como error de derecho la apreciación que de ella haga el juzgador)

— 89 —

La confesión extrajudicial es prueba defi-

ciente e incompleta y su mayor o menor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el Juez le otorgue; de esta suerte no puede invocarse el error de derecho cuando se hace consistir en el uso, por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte, a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio juzgador. (Casación Civil. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 441, 1ª

CONSULTA (Cuándo el superior adquiere competencia para revisar una providencia en vía de consulta)

— 90 —

Pendiente un recurso de apelación la jurisdicción del Juez o Tribunal —**a quo**— no termina ni se suspende porque en la misma providencia se ordene su consulta, pues ésta —jurisdicción por consulta— no tiene cabida sino para aquellos casos especiales en que las partes no hayan hecho uso de los recursos de reposición o apelación, pero existiendo un recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo, para que el superior pueda revisar esa providencia es indispensable que el fallador de instancia resuelva previamente sobre la concesión o negativa del recurso; en el primer caso —apelación— el superior adquiere jurisdicción en virtud de este recurso; en el segundo caso, negado el recurso de apelación, el superior adquiere jurisdicción por virtud de consulta. (Casación Penal. Auto. Mayo 13 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 833, 2ª

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Sus diferencias con los civiles)

— 91 —

Muchos expositores sostienen la igualdad de los contratos administrativos con los civiles, afirmando que la contratación que se opera obedece a un acto como persona de derecho privado por parte de la administración, y que cuando actúa como persona o entidad de derecho público sólo cumple un simple ejercicio del poder. Pero la manera como se ajusta el contrato, con privilegios, para la administración, sometiendo a la otra parte a requisitos de forma y solemnidades especiales; el fin que guía esta clase de negociaciones, cual es la ejecución de una obra o servicio público, hasta el punto de que la concepción del contrato administrativo gravita en torno al interés general, implican una distinción notoria entre una y otra contratación, sin abandonar, es obvio, los principios de justicia y equidad que configuran toda clase de estipulaciones. Los contratos administrativos revisten una doble modalidad según se concluyan previa autorización del Parlamento o se efectúen sin mediar esa autorización o apartándose de ella, sujetos entonces a la aprobación o improbación del Congreso. Por lo que respecta a los Departamentos o Municipios, median también autorizaciones de sus cuerpos colegiados. Como etapa previa a la negociación, existe, por lo general, la licitación, pues sólo en contratos de reducida cuantía o de carácter especial, se omite este requisito. La almoneda o licitación puede ser pública o privada. La primera es la más comunmente aceptada por las garantías que brinda a la negociación, toda vez que el número de oferentes es más copioso. La licitación privada, denominada también concurso, se rige por fines distintos, pues se tiene presente la calidad de la persona con quien se contrata, los medios que posee, la mercancía que tiene y un cúmulo de condiciones más. Viene a ser un término medio entre la contratación directa y la subasta pública. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 261, 1ª y 2ª

CONTRATOS DEPARTAMENTALES

— 92 —

El artículo 256 de la Ley 167 de 1941 tiene su imperio en los contratos de la Administración nacional.

Ante las disposiciones constitucionales y legales son las ordenanzas las que determinan las normas especiales a que han de someterse los contratos de los Departamentos, relativos a obras en que éstos inviertan sus recursos, cuya administración les corresponde con toda independencia. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 291, 1ª

CONTROL DE CAMBIOS

— 93 —

(Véase "Ley 40 de 1945 (artículo 20) (acusada como inconstitucional)" en el número 172 de este Indice).

COSA JUZGADA

— 94 —

La cosa juzgada radica en hacer definitiva e indiscutible la voluntad de la ley expresada en la sentencia; su fundamento, como ya se ha advertido en fallos anteriores, estriba en el agotamiento de la jurisdicción en el Estado cuando ya la ha ejercido respecto de una situación singular y concreta; ese fundamento desde luego ha de vincularse con los efectos objetivos y subjetivos del fenómeno **sub judice** porque son éstos los que indican, según la índole de acción ejercida, si la voluntad de la ley en un caso determinado, por la naturaleza de éste, es capaz de agotar el poder jurisdiccional configurando así la cosa juzgada. Esta, desde un punto de vista objetivo, hace imposible que el Juez desconozca en litigios futuros el bien reconocido en una sentencia firme; considerándola subjetivamente la cosa juzgada sólo es tal respecto de quienes fueron partes en el litigio, o de las personas que con ellos se confunden o identifican jurídicamente. Para que una sentencia pueda garantizar un bien por ella reconocido amparándolo del desconocimiento futuro, es necesario que imponga una prestación, o que declare una situación jurídica; estos dos posibles eventos reflejan sobre la naturaleza del fallo según sea de condena o declarativo. (Casación Civil. Marzo 16 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 35, 1ª

CUESTIONARIOS AL JURADO
(Manera cómo deben redactarse)

— 95 —

En cuanto al cuestionario o preguntas que se hacen al Jurado advierte la ley que no ha de darles el juez denominación jurídica a los hechos sobre los cuales lo interrogue. Esa es una pauta general que tiene por objeto evitar que los jueces de conciencia puedan equivocarse sobre el alcance de sus respuestas, por ignorar el contenido jurídico de términos técnicos; pero si el sentido de las palabras con las cuales se pregunta al Jurado es de comprensión corriente no se ve por qué no haya de emplearlas el juez, máxime cuando la tarea del Ministerio Público y del defensor, sobre todo del segundo, se concreta a explicar el valor que puedan tener los vocablos del veredicto que se pronuncie. (Casación Penal. Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 538, 2ª

CULPA (Fuentes de las obligaciones)

— 96 —

Las obligaciones tienen por fuente inmediata la ley, o un hecho del hombre (artículo

1494 C. C.). Las obligaciones de la segunda especie reposan sobre un hecho lícito, o sobre un hecho ilícito. En el primer caso ellas resultan de un contrato o de un cuasicontrato; en el segundo, de un delito o de un cuasidelito. La culpa es de dos clases: contractual, que consiste en el incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato; o extracontractual, llamada también delictual o culpa aquiliana. La extracontractual implica carencia de un vínculo contractual preexistente entre la víctima y el autor del daño. (Casación Civil. Mayo 13 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 131, 1ª

CULPA (**Gradación de culpas. No hay lugar a ella en el caso de culpa aquiliana**)

— 97 —

El artículo 63 del Código Civil establece una gradación de culpas: grave, leve y levísima, correlativa a la responsabilidad del obligado según la diligencia y cuidado que deba al tenor de las disposiciones legales pertinentes o de las estipulaciones del contrato, en su caso; y esa gradación no cabe, o no hay lugar a detener la atención en lo que en sus casos la establece y determina, al tratarse de una culpa aquiliana cuya fijación, en lo que mira al daño, es netamente objetiva; de suerte que cuando se la halla y se halla también que ella ha causado un perjuicio, se condena a indemnizarlo y lo único que resta es precisar cuánto vale, cuánto cuesta su reparación. (Casación Civil. Junio 21 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 460, 1ª

CULPA (**Presunción de**)

— 98 —

La interpretación que se ha de dar al artículo 2356 del Código Civil no equivale ni con mucho a la admisión de la teoría del riesgo, acerca de la cual ha puesto presente repetidamente la Sala que nuestras leyes no la acogen, aunque sí ha dicho en todos los fallos por qué las actividades peligrosas llevan por su misma peligrosidad una presunción de culpa en los daños causados por su ejercicio y que el perjudicado tiene con ella la ventaja anexa a toda presunción de echar a su contrario la carga de la prueba. Claro es que lo que se presume es la culpa y no el daño y que quien demanda indemnización está obligado a probar que lo ha sufrido. Partiendo de la base de que un demandante de indemnización de perjuicios lo ha demostrado, sobre ese pie obra la presunción, no del daño repítese, sino de la culpa, si es que lo ha causado el ejercicio de una actividad peligrosa. (Casación Civil. Septiembre 7 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 745, 1ª

CULPA DE LA VICTIMA (**Como eximente y atenuante de responsabilidad**).

— 99 —

Ya dijo la Corte que el principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta fórmula: **volenti non fit iniuria,** respecto del cual observa Lalou que si la víctima por consentimiento ha aceptado un riesgo, no puede luego quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. Por su parte Savatier observa a su turno que todo hombre en posesión de sus facultades se considera que conoce sus deberes morales y legales y si viola uno de ellos no puede pretenderse exento de culpa alegando que ignoraba tal principio. Por eso el artículo 2357 del C. C., a tono con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo, sino a quien se expuso a él imprudentemente. Ahora bien, el conocimiento o aviso

del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla general sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa. (Casación Civil. Junio 22 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

472, 2ª

CULPABILIDAD

— 100 —

La culpabilidad es noción genérica que comprende tanto el dolo como la culpa, aplicable —según el caso— a la infracción intencional o a la culposa, según la calificación expresa del jurado. (Casación Penal. Septiembre 23 de 1949. T. LXIV. 2064-2065) 897, 1ª

— D —

DECRETO NUMERO 2076 DE 1946
(Acusado como inconstitucional en su artículo 6º)

— 101 —

(Véase Ley 40 de 1945 (artículo 20) en el número 172 de este Indice).

DELITO FRUSTRADO

— 102 —

El delito frustrado, forma del delito imperfecto, tiene en Derecho Penal una significación y un contenido ampliamente delimitado y clarificado ya. Puede esa concepción producir inconvenientes en la práctica, debido a la confrontación de determinados casos con la teoría abstracta de esa modalidad jurídica que a veces se ve mutuamente invadida. Pero ello no impide para admitir que dentro del terreno teórico y doctrinario existan límites muy claros de diferenciación que algunas legislaciones, como sucede con la colombiana, han acogido, no obstante las nuevas tendencias que conducen a la abolición de la diferencia entre tentativa y delito frustrado, con la mira de realizar más expeditamente la defensa social y de obviar las dificultades que en veces conducen a la propia sutileza y ambigüedad ante la experiencia diaria de la apreciación de estos fenómenos. En el artículo 17 del Código Penal se halla acogida toda la explicación que la escuela clásica dio al concepto de delito frustrado.

El proceso de la actuación delictuosa a partir desde la ideación del evento criminoso y pasando por los actos ejecutivos hasta llegar a los de consumación agota subjetiva y objetivamente todo cuanto era necesario para la realización perfecta del acto, con la única excepción de no haberse podido producir el hecho querido por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo. Es pues, la propia ley la que fija los límites que demarcan la frustración del hecho como otra de las modalidades delictuosas, y cuando en presencia de un hecho que reúne como en el caso que se estudia todos esos atributos exigidos por la ley y, además, refrendados por la declaración de un Jurado de conciencia, no cabe duda alguna del acierto con que el Tribunal correspondiente proclamó la sanción penal dentro de las regulaciones predeterminadas por la misma ley. (Casación Penal. Marzo 9 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 195, 1ª y 2ª

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

— 103 —

Puede decirse que los delitos de responsabilidad son los que cometen los empleados y

funcionarios públicos por abuso en el ejercicio de sus funciones oficiales o por incumplimiento de los deberes propios de su cargo (artículo 20 de la Constitución Nacional). Y así, parece fácil entender que los juicios de responsabilidad se refieren solamente a las infracciones cometidas por exceso o defecto en el desempeño de los menesteres propios de un empleo o cargo público, de suerte que, conocidas las funciones inherentes al empleo o cargo, podrá decirse si hubo ilicitud por extralimitación u omisión en su ejercicio. Como regla práctica, puede sentarse la de que constituyen delitos de responsabilidad los que el Código considera como propios y exclusivos de los empleados o funcionarios públicos, pues si no son tales, serán delitos comunes. Lo que pasa es que en ocasiones el hecho o circunstancia constitutivo del exceso o defecto en el ejercicio de un cargo oficial es considerado en el Código como delito aparte, y sin embargo, no es posible separarlo de la función misma. Y por eso es necesario examinar en cada caso si tal hecho o circunstancia ha tenido su influencia en el acto oficial en que se realiza, ha formado una entidad con él determinando sus consecuencias, para poder decir si se trata de un cargo de responsabilidad o no. (Casación Penal. Auto. Mayo 28 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)
229, 2ª y 230, 1ª

DEMANDA (Su rechazo)

— 104 —

La génesis lógica de la sentencia civil no es simplemente un silogismo, sino en realidad una serie complicada de deducciones concatenadas para determinar la ley aplicable y los caracteres jurídicos del hecho comprobado, siendo la primera de esas operaciones mentales el examen de la trascendencia de los hechos, por lo cual el Juez, al dictar toda sentencia, ha de examinar, previamente y de modo provisional, si supuestos verdaderos los hechos, son idóneos para producir el efecto jurídico pretendido por el demandante; la solución negativa lo releva de la investigación de los hechos y lo conduce al rechazo de la demanda por falta de consecuencia entre los hechos y la pretensión, y la solución afirmativa le permite pasar al estudio de los hechos y a la aplicación del derecho. (Casación Civil. Abril 8 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 101, 1ª

DEMANDA

— 105 —

La demanda ha de contener la **causa petendi**, que explica el por qué de los otros elementos de la acción, la razón de ser de ésta, que generalmente consiste en el hecho violatorio del derecho ejercitado o la falta de actuación espontánea por parte del obligado, del contenido de la declaración solicitada. Por tal razón la demanda debe enunciar los hechos en que las peticiones se apoyan. (Casación Civil. Junio 22 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 471, 2ª

DEMANDA (Interpretación de)

— 106 —

La demanda, pauta de la controversia judicial, límite a que debe acomodarse el poder decisorio de la jurisdicción, ha de seguir en su inteligencia el mismo cauce de lógica simple; el juez no puede, so pretexto de interpretarla, reducir a la ineficacia afirmaciones o solicitudes del demandante en las cuales se presume necesariamente el propósito de referirlas a la acción ejercida por su intermedio. (Casación Civil. Octubre 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 797, 1ª

DEMORAS

— 107 —

Los hechos sancionados por el artículo 172 se vinculan directamente con los actos que los funcionarios o empleados públicos deben cumplir por razón del ejercicio de sus funciones o por causales inherentes al desempeño del cargo. En estos casos, la omisión por inobservancia del precepto que contiene un mandato, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento del deber, y ese acto negativo es lo que da origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

La omisión es la falta en la cual se incurre por haber dejado de hacer algo necesario o indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al cumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención u omisión frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le impone el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan la idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse.

Para imputar un delito de abuso de autoridad —por demoras— a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material; es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse. El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable a su autor, y por consiguiente, sancionable.

Cuando las demoras en proferir las decisiones judiciales, o en llevar a cabo el cumplimiento de una comisión, dependen de factores extraños a la voluntad del funcionario o empleado público, como puede ser —entre otras— exceso de trabajo por el sinnúmero de negocios que se ventilan en la oficina a su cargo, o enfermedad debidamente justificada; esas circunstancias —se puede decir— son equivalentes a hechos imprevistos ajenas al control de la ley penal, "y son extraños, por lo mismo, al ministerio represivo del Poder Público".

Si el funcionario o empleado público cumplió con las obligaciones impuestas por la ley en relación con el despacho y sustanciación de los negocios confiados a su dirección, no puede imputársele morosidad porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios; porque en este caso, faltaría uno de los elementos del delito —negligencia culpable— y el hecho no le es imputable a su autor. (Casación Penal. Auto. Septiembre 24 de 1948. T. LXIV. 2064-2065)

897, 2ª y 898, 1ª

DEPRAVACION (Como circunstancia de mayor peligrosidad)

— 108 —

La calidad de depravado envuelve, como lo

ha dicho la Corte, "la negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social", o como lo afirma la Procuraduría, demuestra una "atrofia profunda y casi absoluta de la moralidad, de tal suerte que el sujeto libertino y depravado es un sér corrompido en grado máximo, que sólo vive para el mal y de él se alimenta; es algo despreciable, cuyo comportamiento es una carga para la sociedad y una piedra de escándalo para ella". (Casación Penal. Mayo 21 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 213, 2ª

DERECHOS ADQUIRIDOS

— 109 —

Reputa la doctrina como derechos adquiridos a aquéllos que se han consolidado con la persona y que forman parte integral de su patrimonio. La simple facultad de asociación, la permisión en abstracto de formar compañías o de dedicarse a fundaciones, no tiene ninguna de esas características. (Sala Plena. Marzo 9 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 10, 2ª

NOTA.—A la sentencia anterior salvaron su voto siete de los Magistrados.

El Relator.

DERECHOS LITIGIOSOS

— 110 —

(Sucesión. Diferencias entre este contrato y el de venta de cosas litigiosas).

(Véase "Cesión de derechos litigiosos" en el número 72 de este Indice).

DESAHUCIO

— 111 —

El desahucio es **derecho** que tienen las partes para no permanecer indefinidamente en un contrato, y es al mismo tiempo una **garantía** que tiende a evitar que la parte que ha recibido la notificación sobre el término del arriendo sea privada sorpresivamente, ya del goce de la cosa, ya de la renta que en virtud del contrato recibía. El desahucio proviene de la ley o de la estipulación de las partes. En virtud de la ley procede el desahucio cuando el tiempo para la duración del arriendo es indeterminado, esto es, cuando no ha sido fijado por convenio de las partes, por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada, o por la costumbre. Igualmente procede en virtud de la ley, cuando se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes y voluntario para la otra. En este caso la parte que puede hacer cesar el arriendo a voluntad está, sin embargo, obligada a dar a la otra el desahucio correspondiente (artículo 2011 C. C.). El desahucio es un acto unilateral que produce efecto sin necesidad de que sea aceptado por la otra parte. La aceptación de la parte desahuciada sólo sirve como medio de prueba para acreditar que realmente recibió la notificación. El desahucio puede ser judicial o extrajudicial. Este último no tiene formalidad alguna prescrita por la ley. Su prueba, en caso de litigio, queda sometida a las reglas generales. El desahucio o aviso debe darse con la **anticipación** correspondiente para que no cause perjuicios graves a la parte que lo recibe. La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regule los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana o mes, el desahucio será respectivamente de un día, semana o mes, y empezará a correr al mismo tiempo que el próximo período (artículo 2009 C. C.). En caso de desahucio, el goce de la cosa por parte del arrendatario y el derecho de percibir la renta que tiene el arrendador duran hasta que termine el período del desahucio. En otros términos, durante el período del desahucio subsiste la fuerza del contrato: de ahí que el arrenda-

dor puede percibir los arriendos vencidos sin que tal hecho pueda tomarse como prórroga tácita del contrato (artículo 2013 C. C.). (Casación Civil. Mayo 13 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 131, 2ª y 132, 1ª

DESISTIMIENTO (del juicio)

— 112 —

La Corte acoge como doctrina el siguiente comentario del doctor Devis Echandía en su obra titulada "Derecho Procesal Civil General": "Lo que quiere decir el artículo 461 (del Código Judicial) en su inciso 2º es esto: para desistir del juicio se hace ante el juez que en ese momento conozca del mismo. Si se trata de un incidente y un auto interlocutorio ha sido apelado y el expediente se encuentra ante el superior, entonces sí puede pedirse sólo ante éste el desistimiento del recurso para luego presentar el del juicio ante el juez que esté conociendo de la instancia". (Negocios Generales. Auto. Abril 29 de 1948. T. LXIV. 2060-2061). 322, 1ª y 2ª

DETENCION PREVENTIVA. — DETENCION ARBITRARIA

— 113 —

Cuando se consuma un delito y en torno a los sindicados como autores o partícipes surgen elementos de incriminación, claros, precisos y concretos, la detención debe ordenarse aunque no exista en el proceso la prueba plena de la responsabilidad o aquella que es indispensable para dictar auto de proceder, porque los intereses del Estado, de la sociedad y de la justicia exigen que se tomen ciertas medidas tendientes a asegurar la presencia del sindicado en el proceso penal, impedir la fuga y evitar que los presuntos responsables puedan ejercer ciertas influencias que en determinado momento sean factores decisivos para desviar la investigación en perjuicio de los intereses de la justicia.

Pero la privación de la libertad personal, cuando se trata de una captura, o de los casos previstos por los artículos 384 y 386 del Código de Procedimiento Penal, debe sujetarse a los requisitos señalados por los artículos 379 y 383 de la ley procedimental, y sólo mediante el cumplimiento —previo— de estas formalidades es procedente la orden de detención, pues cualquier otra actuación sería contraria a las normas que se dejan citadas.

Cuando el funcionario o empleado público viola estas normas y abusando de sus funciones priva a alguno de su libertad, el hecho cometido en tales circunstancias constituye un delito de detención arbitraria (artículo 295 del Código Penal). Pero si el funcionario o empleado público antes de ordenar la detención cumple con los requisitos señalados por la ley, el hecho que se realice en tales condiciones no constituye ninguna infracción de la ley penal. (Casación Penal. Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).

870, 2ª

DETENCION PREVENTIVA

— 114 —

El artículo 379 del Código de Procedimiento Penal confiere facultad para detener si la infracción porque se procede tiene señalada pena de presidio o de prisión, y cuando en contra del sindicado exista por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción que se investiga.

Por el carácter de medida precautelativa que tiene la detención, la prueba que sirve para fundamentarla, no es aquella que la ley

exige para imputar el hecho a su autor o la plena prueba que se requiere para deducirle responsabilidad. Porque los elementos probatorios que sirven de base para ordenar la detención preventiva —dictar auto de proceder y sentencia condenatoria— difieren unos de otros no sólo en sus apreciaciones sobre la prueba, sino también en orden a sus respectivas conclusiones.

Con la detención preventiva a que hace referencia la disposición citada, sólo se busca garantizar los efectos posteriores de la acción de la justicia como sería asegurar la comparecencia del delincuente y evitar posibles influencias de la persona sindicada en relación con los testigos que deben declarar en el proceso; por esto se dice que la detención preventiva es una medida precautelativa y por consiguiente no tiene el carácter de pena.

Para que proceda la detención preventiva no es necesario la comprobación del cuerpo del delito, ni la demostración de la responsabilidad del autor; basta la existencia de estos presupuestos: infracción penal en vía de investigación; que el hecho esté reprimido con pena de presidio o prisión; y que contra el autor resulte una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de su responsabilidad. Cumplidos estos factores la detención preventiva es procedente, y el funcionario que la ordena observando las formalidades prescritas por la ley, no es responsable por delito de detención arbitraria. (Casación Penal. Auto. Junio 1º de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 844, 2ª

DETENCION PROVISIONAL—LIBERTAD INCONDICIONAL

— 115 —

La detención provisional —dentro del proceso— no puede hacerse efectiva sino mediante el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, o sea, mediante la existencia de un auto del funcionario instructor en el cual se expresan: los hechos que dieron origen a la investigación; los elementos probatorios tendientes a demostrar la verdad material de los hechos y la responsabilidad de su autor o autores o partícipes; y la calificación legal de la infracción tanto en su pena como en la denominación jurídica que le asigna la ley.

Es evidente que la solicitud de libertad provisional puede pedirse en cualquier estado del proceso, pero no se resuelve de plano, sino mediante el cumplimiento de ciertos requisitos legales. Decretada la detención con observancia de las normas procedimentales, no se suspenderá, sino en los casos taxativamente determinados por la ley y previo cumplimiento de las obligaciones que la misma le impone.

La libertad incondicional, a diferencia de la gracia de libertad provisional puede decretarse sin petición previa y sin traslado al Agente del Ministerio Público —entre otros casos— por ejemplo: cuando el superior revoca el auto de proceder, y no hay motivo legal para detener, o cuando el juez o funcionario a quien se pasa la investigación para que avoque su conocimiento, observa que el sindicado está detenido por una infracción penal que no merece pena de presidio o prisión. En estos casos, la detención se suspende, bien sea por falta de elementos probatorios para demostrar los hechos o la responsabilidad de sus autores, o ya también, porque el delito no es de aquellos que comportan la privación de la libertad personal. Pero cuando no se está en presencia de ninguno de estos casos, para que se suspenda la detención preventiva, debe preceder petición de parte, y traslado al Agente del Ministerio Público, cumplidos estos requisitos el juez

puede aplazar el fallo por cinco días, cuando estime necesario la práctica de pruebas para saber si la infracción está o no comprendida entre las que admiten la gracia de excarcelación. (Artículo 396).

No es lo mismo pedir el aplazamiento de la ejecución de una pena, que pedir la suspensión de una medida precautelativa cómo es la detención. La gracia otorgada por el artículo 641 "cuando a la mujer sentenciada le faltara menos de tres meses para el parto o si no hubiera transcurrido cuatro meses de la fecha en que ha dado a luz" no debe confundirse en ningún caso con la simple suspensión de la privación de la libertad personal. La suspensión de la pena implica la terminación del proceso mediante sentencia, ejecución que debe aplazarse cuando se esté en presencia del hecho contemplado en la disposición citada, pero la suspensión de la detención —medida precautelativa— no puede llevarse a efecto por el procedimiento del artículo 641 del Código de Procedimiento Penal, sino por las disposiciones que regulan la concesión del beneficio de libertad provisional. (Casación Penal. Auto. Septiembre 24 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....900, 2ª y 901, 2ª

DETENIDOS (Cambio de lugar de residencia)

— 116 —

El artículo 9º del Decreto número 1405 de 1934, sobre régimen carcelario y penitenciario, autoriza el traslado de presos de una penitenciaría a otra o de una cárcel a una penitenciaría, por graves motivos de conveniencia para la administración o de salud para los procesados. La resolucinón número 1162 de 23 de julio de 1937 reglamentó aquella norma y facultó el cambio de establecimiento, entre otros casos, cuando exista enfermedad comprobada y consiguiente cambio de clima, o falta de elementos de curación. (Cfr. inc. 2º, artículo 58 del C. de P. P.) (Casación Penal. Auto. Septiembre 13 de 1948. Tomo LXIV. 2064-2065).....881, 2ª

— E —

EMBARGO (Enajenación de cosas embargadas)

— 117 —

Teniendo en cuenta la naturaleza y fin de la institución del embargo, como medio de garantizar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos de su deudor que por medio de enajenaciones o gravámenes de sus bienes minore y hasta destruya el respaldo de sus obligaciones, para lo cual las ha sancionado con la nulidad absoluta; dejando, como es natural, al interesado la facultad de prescindir de esa garantía autorizando actos de disposición del deudor, ha considerado la Corte que "para saber si una enajenación dada es lícita o ilícita en relación con un embargo, no basta mirar hacia éste y hacer una simple comparación de fechas, la de su inscripción, la del otorgamiento de la escritura pública y la del registro de la misma. Quedaría sensiblemente limitado el estudio si se contrajese a esa mera comparación. Hay otros elementos de juicio cuya concurrencia, en su caso, determinan conclusión distinta y aun opuesta; y por lo mismo, el juzgador no puede ni debe pasarlos por alto. Tales, por ejemplo, los que miran al consentimiento del acreedor, y, por ende, al posible sacrificio de su derecho o al posible logro del mismo". (Casación Civil. Marzo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).....66, 1ª y 2ª

EMBRIAGUEZ

— 118 —

La ley penal considera la ingestión de bebidas alcohólicas, ya como productora de un estado transitorio o accidental, que constituye una circunstancia de menor peligrosidad "cuando el agente no ha podido prever sus consecuencias delictuosas" (artículo 38, ordinal 5º), ora como causa de un estado crónico o permanente de intoxicación, que obliga a que se apliquen medidas de seguridad (artículo 29). Pero el hecho de haberse cometido un delito por el influjo del alcohol, bien sea la embriaguez accidental o bien constituya un estado de intoxicación permanente, no justifica ni excusa de la responsabilidad, aunque sí conduce a hacer el debido señalamiento de las sanciones. (A ese fin tiende el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) .....209, 2ª y 210, 1ª

ENAJENACION DE COSAS EMBARGADAS

— 119 —

De conformidad con 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 I. P. y P. le está prohibido por el artículo 43 de la ley 57 de 1887, registrar escritura alguna contentiva de actos dispositivos de esas cosas, a menos que el Juez lo autorice o que el acreedor consienta en ello. Cualquiera de estas ocurrencias, la autorización judicial o el consentimiento del acreedor, limpia de ilicitud el objeto y deja sin base la consiguiente nulidad del acto de disposición del deudor. (Casación Civil. Marzo 11 de 1948. Tomo LXIV. 2060-2061) 65, 2ª

ENEMISTAD GRAVE (Como causal de impedimento y recusación)

— 120 —

El artículo 73 del Código de Procedimiento Penal considera como motivo de impedimento o recusación, entre otros, el de existir "enemistad grave" entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado. Pero, como la Corte lo ha explicado en varias ocasiones, esa calidad de grave no la reviste la antipatía o repulsión que haya entre dos personas, sino el deseo incontenible y vivo de causarle daño a otro, manifestado en hechos que sirvan de base para presumir que el funcionario atenderá menos a los dictados de la justicia que a los de su ánimo enconado. Y ello no sólo lo indica el sentido vulgar de la expresión, sino las voces de las leyes antiguas que consagraron esa causal de impedimento, como son las de las Siete Partidas, según puede verse en la voz "enemigo" del conocido Diccionario de Legislación de Escriche.

La enemistad grave es susceptible de prueba y, aunque de ordinario es un sentimiento mutuo, lo importante para separar del conocimiento de un negocio es que el funcionario la experimente, por ser quien va a dictar las providencias resolutivas del asunto sometido a su decisión. Si éste, recusado, manifiesta experimentar enemistad de ese carácter, la prueba aparece de manera muy definida, por que como lo ha dicho la Sala, el mejor juez de sus propios estados afectivos es el que los experimenta; pero si el funcionario no revela sentir esa animadversión grave, es forzoso allegar la prueba de hechos que la acrediten con dicha calidad, porque todas las decisiones de los jueces tienen que basarse en demostraciones legales que se traducen en hechos. (Casación Penal. Auto. Agosto 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 544, 1ª

ENEMISTAD (Como causal de impedimento)

— 121 —

Las acusaciones, denuncias o quejas del recursante contra el Magistrado no son la prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado. (Casación Penal. Junio 19 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)
568, 1ª

ENEMISTAD GRAVE

— 122 —

La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado. (Casación Penal. Junio 19 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 568, 1ª

ESTABLECIMIENTOS DE INSTRUCCION PUBLICA (Su personería)

— 123 —

La ley reconoce personería jurídica a los establecimientos de instrucción pública, los cuales por su sola existencia se incorporan dentro de dicho aspecto de la personalidad moral; la circunstancia de que un instituto se dedique a la enseñanza pública u oficial, es decir, que sea el vehículo por medio del cual el Estado presta este servicio público, lo inviste de individualidad jurídica por ministerio de la ley sin que le sean menester para obtenerla trámite o gestión algunos. Cuando el título 36 del C. C. admite y reglamenta en nuestro derecho la presencia de personas jurídicas individualiza el fin perseguido por la entidad particularizada, y es en atención a dicho objetivo como autoriza su individualización ante el derecho. Sobre esta base reconoció inicialmente el Código como personas jurídicas a las corporaciones y a las fundaciones de beneficencia, entidades que para la obtención de su personería deben someter sus estatutos a la aprobación del Gobierno (artículo 636 del C. C.) o ajustarse a los que éste dicte en el caso del artículo 650 ibídem. Más tarde introdujo la ley dentro de esta especie de personalidad moral a la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública, a las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, y a las intendencias y comisarías. Estas nuevas personas jurídicas, en atención a su origen, asumen tal calidad desde su creación, siendo de advertir que los establecimientos de beneficencia a que el nuevo precepto se refiere no son susceptibles de confusión con las fundaciones de la misma clase por razón de su naturaleza y del acto que les da existencia; la ley 57 de 1887 reconoció personería jurídica a las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica, pero al paso que las primeras la obtienen por ministerio de la ley, en virtud de su sola existencia, y se reputan representadas por los prelados diocesanos o por quienes éstos designen, para las segundas es indispensable el reconocimiento del Gobierno previo el de la correspondiente autoridad eclesiástica.

Se puede, en consecuencia, sistematizar la adquisición de la personería jurídica conforme a nuestra ley de la siguiente manera: a) El sistema llamado del privilegio legal rige para la Nación, los departamentos, los municipios, las intendencias y comisarías, los establecimientos oficiales de beneficencia o de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, la Iglesia Católica y las particulares de la misma Iglesia; b) El sistema conocido como del privilegio administrativo o gubernamental se aplica para las fundaciones y las corporacio-

nes particulares, y para las asociaciones religiosas. (Casación Civil. Agosto 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....731, 2ª y 732, 1ª

ESTADO — (Responsabilidad civil de éste. Competencia para el conocimiento de controversias sobre el particular)

— 124 —

Los hechos de las autoridades administrativas que lesionan intereses privados, no quedan regulados por las disposiciones de la Ley 167 de 1941. Por consiguiente, la competencia para el conocimiento de las acciones emanadas de hechos de la administración deben regirse por las reglas comunes y son, por lo mismo, del resorte de la justicia ordinaria. (Negocios Generales. Agosto 17 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....618, 2ª

EXCEPCION

— 125 —

Aunque en sentido lato puede entenderse por excepción cualquier forma defensiva del reo, aun su simple silencio, su actitud pasiva, o la negativa por su parte respecto de la legitimación para obrar en el actor, o de los elementos o de las condiciones de la acción, o de los presupuestos procesales, es lo cierto que nuestra ley distingue como excepciones sólo las defensas que la doctrina denomina hipotéticas porque se fundan en un supuesto cuya prueba corre a cargo del reo. Esta modalidad de los sistemas exceptivos milita contra la acción completa, perfecta y, en consecuencia, viable; no busca destruírla en su estructura, sino a tornarla ineficaz perpetua o temporalmente. Esta característica apareja la preexistencia de la acción de tal suerte que cuando el juez declara la excepción es porque hallando aquélla próspera en principio, antes de reconocerle los efectos correspondientes examina si algún hecho extraño a ella paraliza o detiene su actividad jurídica. No puede afirmarse, pues, que el fallo declarativo de alguna excepción, tal como nuestro derecho lo concibe, sea inconsonante con los extremos planteados en la acción, pues todo el poder que éste comporte queda supeditado a la defensa reconocida y, por tanto, juzgado plena y desfavorablemente para el demandante. (Casación Civil. Octubre 28 de 1948. Tomo LXIV. 2064-2065) .....795, 2ª y 796, 1ª

EXCEPCIONES

— 126 —

El artículo 329 del C. J. contiene la descripción de lo que, según la ley, constituye excepción perentoria; ante todo ha de subrayarse que esa noción falla doblemente por incompleta e inexacta comoquiera que no comprende las perentorias de forma y que, si se ajustara a la verdad, despojaría a la prescripción de su índole exceptiva, comoquiera que ella no extingue las obligaciones sino las acciones, y es a las primeras a las que se da cabida en la definición. La doctrina clasifica los medios exceptivos según diriman contra el fondo o contra la forma, y hace subdivisión de cada uno de esos géneros en dilatorios y perentorios; así, respecto del fondo, será perentoria la excepción constituída por el pago, al paso que será dilatoria la que radique en que la obligación no es exigible aún por no haberse vencido el término prefijado para solucionarla; en cuanto a la forma será perentoria la ineptitud sustantiva de la demanda, y dilatoria la declinatoria de jurisdicción; puede deducirse de lo anterior que toda excepción perentoria de forma es dilatoria de fondo por cuanto no milita sobre la pretensión misma, sobre el

elemento de la acción petitum, sino respecto de la conformación procesal. Como nuestra ley no reglamenta la división primordial de las excepciones, de fondo y de forma, que emana obviamente de los fenómenos procesales incurre, por esa omisión, en otros errores, consecuencia de los cuales es que la sentencia no siempre realice la noción totalmente preclusiva que de ella dan la ley y la doctrina, sino que se reduzca a declarar una ineptitud formal de la demanda u otra circunstancia cualquiera que ha debido destacarse y resolverse apenas trabada real o aparentemente la relación jurídico procesal.

El artículo 343 del C. J. que faculta al juez para declarar probadas, salvo la prescripción, las excepciones perentorias que acredite el proceso aunque el demandado no las haya propuesto, debe entenderse con arreglo a los principios que se dejan expuestos, y a las necesidades que nuestra deficiente organización procesal impone; a causa de sus fallas han de proferirse sentencias apenas declarativas de excepciones que, aunque puedan reputarse perentorias temporales, en realidad se acomodan sólo a la noción teórica de las dilatorias de fondo. (Casación Civil. Junio 21 de 1948. T. LXIV. 2062-2063). 466, 1ª y 2ª

— F —

FALSEDAD

— 127 —

El Código Penal considera como falsedad el hecho de suprimir, destruír u ocultar documentos públicos o privados (artículos 231, 233 y 240), porque esas maniobras van en contra de la función probatoria de tales documentos y afectan la verdad y la fe pública, como observa la Procuraduría. La vista del Ministerio Público trae una interesante cita de Carrara, según la cual, el fin del delito es una ofensa a la verdad, pero que se debe decir que hay falsedad por supresión y no falsedad por sustracción, "porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de suprimir el documento. Este criterio, deducido totalmente del fin del agente, es lo que determina la noción de falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir". (Casación Penal. Auto. Mayo 24 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 219, 1ª

FALSEDAD (De partidas eclesiásticas)

— 128 —

Las partidas de origen eclesiástico, como las de origen civil, pueden ser atacadas o redargüídas de falsas, en atención a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 en armonía con los artículos 393, 394 del Código Civil y la justicia ordinaria tiene competencia para conocer de la controversia que al respecto se proponga. (Casación Civil. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..420, 1ª

FIANZA

— 129 —

La fianza es un contrato unilateral y accesorio o de garantía en que el único obligado es el fiador; el acreedor no contrae obligación alguna, y en este contrato el deudor no es parte, como no lo es tampoco el fiador en el contrato en que se genera la obligación que garantiza personalmente. (Casación Civil. Junio 17 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063) .....456, 1ª y 2ª

FILIACION NATURAL (Qué debe entenderse por relaciones sexuales estables y cuál debe ser su prueba).

— 130 —

En fallo del 17 de febrero último la Sala expuso la siguiente doctrina: "La declaración judicial de paternidad natural está prevista en nuestro derecho, pero en una forma circunscrita y limitada, comoquiera que el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 en forma taxativa señaló cuáles son los antecedentes sobre los que hay lugar a proferir tal declaración: ese límite opera sobre el elemento de hecho (**causa petendi**) de la acción declarativa, el cual ha de referirse necesariamente y en forma exclusiva a los casos u ocurrencias previstos por el legislador; por esto el dicho límite tiene ante todo incidencia sobre el material probatorio cuyo tratamiento por parte de la justicia ha de atemperarse a la sistematización restrictiva de que el legislador se valió para configurar la acción enderezada a obtener la declaratoria, como un poder jurídico hasta cierto punto excepcional, y, en todo caso, estrictamente regulado.

Numerosos jusristas y doctrinantes, así como la jurisprudencia, han discurrido sobre los términos que emplea la ley cuando instituye como causal de reclamación de estado de hijo natural "que entre el presunto padre y la madre, hayan existido, de manera notoria relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación", y siempre que, por otra parte, se cumplan otras circunstancias de que se tratará en seguida; no obstante, parece que no sobran algunas reflexiones sobre este mismo tema. De una doctrina jurisprudencial a este respecto se destacan los siguientes apartes: "El legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de delicado estudio y técnicamente configurada, se apartó en esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio. Este concepto es más preciso y exacto, que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, al terminar con estas mismas diferencias el legislador colombiano, diferencias que existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad a los hijos habidos en toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto" (casación, 16 de octubre de 1943, G. J. número 2001, página 203. "Como fácilmente puede observarse las discrepancias entre las relaciones sexuales previstas en la Ley 45 y el concubinato, se han hecho depender de que éste se configura como unión "irregular entre personas solteras", acepción que corre en el Diccionario de Escriche al tratar de la palabra "concubinato", aunque en el mismo aparte añade: "Bien que en sentido más lato y general se llama también concubina cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos"; este concepto lo afirma el mismo autor cuando trata de la palabra "amancebamiento" describiendo dicho estado como el del "hombre y la mujer que tienen entre sí trato ilícito y habitual". Nada puede hacer afirmar en forma excluyente y cierta que el legislador colombiano al exigir la preexistencia de relaciones sexuales esta-

bles y notorias estaba refiriéndose a un estado irregular más amplio que el concubinato, no sólo porque el tipo de relaciones descrito por la ley coincide con la noción corriente y jurídica del concubinato, sino porque la prueba del estado a que aluden los preceptos importa necesariamente la de hechos que en forma externa desde el punto de vista social, delaten la existencia de un vínculo sexual constante, durable, firme o permanente que son las acepciones que el Diccionario trae de la palabra estable usada por la ley, esa notoriedad y esa estabilidad son precisamente las características que ostenta la relación concubinaria. Nuestro estatuto no permite que la paternidad natural pueda reclamarse sobre pruebas de lazos sexuales más o menos permanentes, pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social; en consecuencia, es inhábil la prueba consistente en el dicho de quienes voluntaria o casualmente han sorprendido a los amantes, o han sido depositarios de sus confidencias, o han llegado a saber o a inferir por modo diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, la existencia de un determinado vínculo de amor ilícito. No otro sentido puede tener la exigencia legal expresada en la locución "de manera notoria" que se lee en el precepto comentado, y, por tanto, la apreciación de la prueba ha de ceñirse a los conceptos que se dejan expuestos, y que más adelante se analizarán desde ese punto de vista. La notoriedad es un concepto esencialmente relativo; no puede existir respecto de todos los hombres sin sujeción ni limitación propias del tiempo y del espacio. Como lo observa Calamandrei "se puede hablar de hechos notorios solamente en relación a un determinado círculo social"; pero, como también lo anota el mismo autor, el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de personas respecto de las cuales el hecho es notorio; lo que interesa no es la multitud de quienes conocen el hecho "'sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común". Resumiendo los conceptos anteriores puede afirmarse que las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936 han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción, y por notorio, el concubinato cuyo conocimiento pertenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen. Claro está que el conocimiento del concubinato, máxime cuando entre sus extremos personales no ha de mediar comunidad de habitación, sólo puede adquirirlo normalmente el círculo social en donde se desarrolle mediante la ocurrencia de circunstancias que conduzcan a deducir necesariamente su existencia; esa deducción por parte del medio social respectivo, el concepto unánime que en él se forme alrededor de esa inferencia, será lo que puede llamarse notoriedad para los fines de la ley. Es obvio que el tratamiento probatorio difiere según se acepte que el mandamiento legal en referencia versa sobre concubinatos públicos, o sobre otro linaje de relaciones sexuales más o menos estables, más o menos visibles y patentes, más o menos conocidas; para el primero los medios probatorios se restringen en su pertinencia y en su materia misma, y limitan, desde luego, la órbita de apreciación judicial por exigir probanzas más directas y precisas. Pero parece que el texto del numeral tantas veces nombrado implica que su primera parte se interprete conforme a los principios que se han expuesto, y que pueden sintetizarse diciendo que la ley no prevé las relaciones más o menos estables, y más o menos cono-

cidas individualmente por cualesquiera personas, sino una situación social; en efecto: que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria relaciones sexuales estables, es premisa sobre la cual la ley edifica una presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, en un todo idéntica a la contenida en el artículo 92 del C. C. armonizado con el 214 ibídem. Esta última relativa a los hijos legítimos, halla su fuente en la institución matrimonial que, por su índole, reúne las mejores características de notoriedad y estabilidad que pueda ostentar relación alguna. Pero sin duda la ley al usar el mismo mecanismo presuntivo respecto de la filiación natural con base en relaciones irregulares pero estables y notorias, tuvo que pretender asignar a presunción tan grave en sí, y en su paralelismo con otra, un fundamento que, dentro de la anomalía consiguiente a lo ilícito, presentara socialmente características semejantes en cuanto a firmeza y publicidad a las que rodean al matrimonio; la analogía entre las dos presunciones va hasta la manera común de impugnar su fuerza probatoria, aportando la demostración de que el presunto padre legítimo o natural estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción; se extiende la similitud entre las dos presunciones hasta el otro medio de extinguir su fuerza probatoria que, respecto de hijos legítimos, se regula en los artículos 20 de la Ley 57 de 1887 y 215 del C. C., y de hijos naturales en la última parte del inciso final del artículo 4º de la ley 45; estos preceptos atienden a la misma situación de hecho y la regulan en forma similar con las variantes nacidas de la naturaleza de la institución matrimonial. La única unión irregular que puede presentar alguna semejanza con el matrimonio, en cuanto a estabilidad y notoriedad, es el concubinato; las uniones eventuales, o las más o menos frecuentes, o las continuas que permanecen ocultas porque quienes las mantienen no entregan directa ni indirectamente al conocimiento del medio en que viven la noticia del vínculo carnal, carecen de notoriedad, según se deja visto, y como consecuencia de su secreto presentan grandes dificultades y no pocos peligros en cuanto a la prueba de su estabilidad. La Ley 45 de 1936, en su numeral 4º (art. 4) por tanto, al emplear la expresión que viene comentándose describió exactamente el concubinato públiico, aun el que no se sucede mediante comunidad de habitación, y es tal el hecho que debe ser materia del debate probatorio cuando se invoca la circunstancia de que viene tratándose para obtener la declaración de paternidad natural por parte de la jurisdicción. Por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios, la notoriedad y la estabilidad no pueden limitarse a las relaciones sexuales entre sí mismas sino que han de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede afirmarse el estado concubinario desde o hasta cierta época la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a la terminación del concubinato". (Casación Civil. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

47, 1ª y 2ª; 48, 1ª y 2ª y 49, 1ª

FILIACION NATURAL (La acción dirigida contra los herederos del presunto padre no produce efectos erga omnes)

— 131 —

La pretensión de filiación natural puede proponerse contra el legítimo contradictor para producir un fallo **erga omnes**, caso en el

cual son de aplicación rigurosa los artículos 403 y 404 del Código Civil, pero también puede plantearse contra los herederos del padre no como representantes del contradictor legítimo, sino como simples continuadores de su personalidad jurídica llamados a afrontar todas las controversias que hubieran podido proponerse contra el causante a fin de generar en derecho determinados efectos. Este último aspecto de la acción no conlleva la consecuencia de generalizar los efectos de la sentencia, sino que hace tránsito a cosa juzgada apenas en relación con las personas que fueron partes en la litis. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 752, 2ª

FRUTOS (Pertenecientes a una comunidad)

— 132 —

Los frutos percibidos durante el estado de comunidad son un bien susceptible de división. Es un bien común el que puede resultar de la administración de los bienes durante el estado de indivisión, de ahí que el copartícipe en una comunidad pueda exigir la rendición de cuentas, por lo que de ello puede convenirle. Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas (artículo 2328 C. C.). En cuanto a la comunidad herencial, rige el mismo principio: los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesorios de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas (artículo 1395, ordinal 3º). Si se designó un administrador del indiviso o de los bienes que integran la comunidad herencial, cualquiera de los copartícipes puede demandar la rendición de cuentas, para que se le entregue la porción que por su derecho pudiera corresponderle. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 26, 2ª

FRUTOS (Percibidos por una sucesión ilíquida)

— 133 —

Los frutos percibidos después de la muerte del causante y durante la indivisión se regulan por el artículo 1395, conforme al cual los de la masa hereditaria indivisa son para los herederos a prorrata de sus cuotas. Por tanto, cada cual debe recibir lo que corresponda a ésta y el que ha recibido más pagará o devolverá el exceso. Innecesario parece recordar que contra la posibilidad de esas percepciones excesivas la ley da recursos eficaces, entre los cuales se halla el secuestro de los bienes autorizado por el C. J. en sus artículos 895 y siguientes, entre éstos, en especial, el 904. (Casación Civil. Marzo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 69, 2ª

FUERZA MAYOR

— 134 —

De la definición que de fuerza mayor trae el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 ha desprendido la jurisprudencia que para que un hecho determinado sea constitutivo de fuerza mayor debe reunir, entre otros, los siguientes caracteres: 1º—Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, y 2º—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, y no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa, de ejecutar la obligación. (Casación Civil. Mayo 17 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 145, 1ª

FUERZA MAYOR

— 135 —

El poder liberatorio de la fuerza mayor en el campo de las obligaciones civiles, que se proyecta por ministerio de la ley a situaciones procesales que exceden los linderos del derecho privado, radica en la confluencia de lo imprevisible y de lo irresistible de un hecho; ambos conceptos dentro del absolutismo de los términos que los contienen son, sin embargo, relativos; lo que es previsible para una persona puede no serlo para otra, y lo que un sujeto debe resistir jurídicamente otro puede no estar obligado a soportarlo; sobre la latitud de esta relatividad está edificada precisamente la llamada "teoría de las esferas de los riesgos", que en el comercio jurídico de las obligaciones se enuncia diciendo que los riesgos se reparten de tal modo entre el acreedor y el deudor que cada uno responde de los que se desarrollan dentro de su respectiva esfera. Es ésta la órbita individual en que tienen cabida las nociones de lo previsible y de lo irresistible sujetando ambas ideas a la obligación contractual o legal de prever y de resistir.

No hay fuerza mayor cuando es posible prever el hecho que se opone a la ejecución de un acto jurídico, ni cuando el evento es susceptible de evitarse con mediana diligencia y cuidado; mucho menos cuando, como en el caso de autos, el turno en la oficina de registro no sólo era imperiosamente previsible, sino que sus efectos podían evitarse con mediana prudencia y diligencia. Dice Radouant que la imprevisibilidad respecto del caso fortuito depende de la rareza del acontecimiento, y que la frecuencia no es sino uno de los aspectos de un criterio más general: el carácter moral del suceso, pues lo que es normal debe preverse, dejando así limitado a lo excepcional la imposibilidad de preverlo. Los trámites habituales a que está sometido cualquier negocio en las oficinas públicas por ser más que normales, necesarios e imprescindibles, no pueden olvidarse sin incurrir en franca negligencia; por sí mismos, y mientras no llegan a caracterizarse por manifestaciones excepcionales que escapan a la regularidad legal, reglamentaria o consuetudinaria, no pueden reputarse jamás constitutivos de fuerza mayor pues no sólo son previsibles materialmente, sino que su ocurrencia forzosa no puede ser desconocida por el interesado que alrededor de tales trámites practique un cálculo cronológico. (Casación Civil. Mayo 18 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..... 389, 2ª y 390, 1ª

FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION

— 136 —

Antes de regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, por mandato del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, tenían atribuciones de funcionarios de instrucción —entre otros— los Gobernadores de los Departamentos, los Prefectos de las Provincias, los Alcaldes Municipales, los Inspectores de Policía Nacional y de los Departamentos, pero esas atribuciones les fueron suprimidas en virtud de la Ley 94 de 1938, para radicarlas en los funcionarios de la rama jurisdiccional, creándose por este motivo la institución denominada Jueces de Instrucción Criminal.

Pero dificultades fiscales impidieron apropiar las partidas correspondientes para atender al correcto y normal funcionamiento de los Juzgados de Instrucción Criminal, creados por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, hoy 30 de la Ley 4ª de 1943. Por esta razón, el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido por el artículo 25 de la Ley 92 de

1938, dispuso en el artículo 2º del Decreto ley número 1111 de 1938 que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter".

En esta forma se dio vigencia a la disposición del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, y dentro de la organización actual también son funcionarios de instrucción con facultades para adelantar las investigaciones aquellos cuya enumeración trae la disposición citada y entre éstos, están incluídos los Prefectos Judiciales y los Alcaldes Municipales. En consecuencia, la nulidad por incompetencia de jurisdicción —alegada por el recurrente— no existe. (Casación Penal. Septiembre 16 de 1948. T. LXIV. 2064-2065)

885, 2ª y 886, 1ª

— G —

GASTOS DE REPRESENTACION DE LOS MIEMBROS DEL CONGRESO

— 137 —

El artículo 112 de la Constitución de 1936, que es el mismo de la Constitución de 1886, rige con plenitud y obliga actualmente al Legislador. Tiene ese artículo un carácter especial puesto que prohibe que se beneficien del aumento de dietas o viáticos los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado, con lo cual no viene a tener efectividad el aumento sino para el período legislativo subsiguiente.

La prohibición constitucional de que se haga efectivo un aumento durante el período de las funciones de los parlamentarios que lo votaron no menciona sino dietas y viáticos como objeto del aumento de que no pueden beneficiarse aquéllos, y por otro lado los gastos de representación son distintos de esas dotaciones; mas no por esas circunstancias se podría dejar de concluir que estos gastos también están comprendidos en la prohibición contenida en el artículo 112 de la Carta. (Sala Plena. Noviembre 10 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 656, 2ª

NOTA.—Cinco Magistrados salvaron su voto y cuatro de éstos sostuvieron que "no puede acudirse a la interpretación extensiva de un precepto constitucional claro, introduciendo prohibiciones tácitas en la Carta por tan irregular camino, y mucho menos cuando se trata de restringir las atribuciones del Congreso".

El Relator de la Corte.

— H —

HEREDEROS (Naturaleza jurídica de su derecho en una sucesión ilíquida)

— 138 —

La muerte de un individuo, a la vez que abre su sucesión, disuelve, en su caso, una sociedad conyugal, y tanto ésta como aquélla son comunidades que, mientras no se liquiden, no permiten reputar a ninguno de los comuneros como dueño de tal o cual cosa determinada de las que forman la universalidad, al punto de que si alguno de ellos ha enajenado algo que en la partición no se le adjudica, se puede proceder como en el caso de la venta de cosa ajena, según palabras del artículo 1401, concordante con el 779 del Código Civil. (Casación Civil. Marzo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 69, 2ª

— I —

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA (Como causal de casación)

— 139 —

La nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva o indebida representación, como

base de alegación de la causal sexta de casación no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada, que es la única en quien reside el interés jurídico para pedir y obtener la reposición de lo actuado. (Casación Civil. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 39, 1ª

IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

— 140 —

La Corte en diversas providencias ha sostenido que la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, comprende a los funcionarios de la rama jurisdiccional que en providencias de fondo, emiten su opinión o concepto sobre lo sustancial del proceso, y que —posteriormente— como funcionarios de superior jerarquía y en segunda instancia, tienen que revisar el negocio. (Casación Penal. Auto. Junio 15 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 857, 1ª

IMPEDIMENTOS (Qué se entiende por "interés" en el proceso)

— 141 —

El interés a que se refiere la ley procesal en la causal de recusación anotada por el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda obtener de la prosecución o desenlace del litigio. Este interés se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real como integrante de la parte civil, por ejemplo, o como coadyuvante en la defensa o persecución del procesado, siempre que el provecho o utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan determinar un error en la certeza y equidad del fallo de la justicia.

El interés puede ser de orden moral o material y tiene como término sujetivo siempre la persona. Es interés material el que expresa la parte civil en un proceso penal, en cuanto mira exclusivamente a la tasación monetaria de los perjuicios sufridos por el hecho delictuoso. Es interés moral el de los parientes de la víctima y victimario en un proceso, cuando quiera que su ánimo esté inclinado a demostrar, en cada caso, la inocencia, o irresponsabilidad o impureza o rectitud moral de la conducta de cada uno de los actores del hecho investigado para deducir de ella la aceptabilidad o reputación social o la memoria honesta o vituperable de sus respectivos parientes envueltos en el suceso delictuoso. En esta forma la persona se rodea de atributos de orden moral o material que trata de defender, por su utilidad física o por su provecho social. Si por algún aspecto el acto delictuoso ha vulnerado la esfera de sus intereses, el ofendido de hecho queda colocado dentro del núcleo de personas que tienden a inclinar su ánimo con mayor o menor vehemencia a resarcirse del daño ocasionado, ya sea obteniendo la retribución material o moral, o coadyuvando en la sanción del agresor.

El pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad siempre estará interesado moral y materialmente —por los vínculos familiares— en el desenlace de la acción. Sin embargo, existe otra esfera de interés moral, ya no establecida exclusivamente por los vínculos familiares o materiales, sino por la responsabilidad de representación de una persona jurídica. Un gerente tiene alrededor de su persona un complejo de deberes y responsabili-

dades en la conducción eficiente de la sociedad que representa. Cualquier falla en la administración de aquélla recae sobre su persona. (Casación Penal. Auto. Abril 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 208, 1ª y 2ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE FISCALES

— 142 —

Tratándose del impedimento de un Fiscal de Tribunal, corresponde al Magistrado del proceso declararlo separado si lo halla fundado y, en este caso, pasar el negocio al Fiscal que en orden numérico le sigue si hay dos o más en ese Tribunal, o pedir al Gobernador designe uno interino para ese proceso si sólo hay uno; pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, es decir, si disiente del Fiscal impedido, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 552, 2ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES (La sola declaración de ser infundado un impedimento o una recusación confiere al superior jurisdicción para decidir de la cuestión)

— 143 —

Cuando el Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causales de recusación no se declara impedido, las partes en cualquier estado del proceso pueden recusarlo, recusación que se propone por escrito ante el juez o magistrado que conoce del negocio acompañando las pruebas correspondientes y exponiendo los motivos en que se funde (artículo 76 del C. de P. P.).

La petición de recusación junto con las pruebas que se acompañan se pasan al juez o magistrado recusado para que manifieste si acepta o no como ciertos los motivos en los cuales es funda la recusación, y obtenida esta declaración el negocio pasa al funcionario que le sigue en turno para que haga la calificación del impedimento; si lo hallare fundado aprehenderá el conocimiento del negocio, pero si lo considerare infundado lo **remitirá inmediatamente al superior,** entidad que decide de plano la cuestión en fallo motivado (artículos 77 y 74 del C. de P. P.).

Dentro del imperio de estas disposiciones el superior —en este caso concreto la Corte— no conoce ni califica el impedimento en virtud de un recurso de apelación; esa jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento o recusación; incidentes que se resuelven de plano, previa motivación del fallo, o sea, que para calificar el impedimento no es necesaria ninguna tramitación.

La apelación concedida por el Tribunal —efecto devolutivo— de la providencia que califica un impedimento es exótica dentro de las normas procedimentales que la ley ha fijado para la tramitación y fallo del incidente; la Corte —como antes se expresa— no decide de un impedimento en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento; en estas condiciones necesario es concluir que para decidir sobre el fondo del problema planteado —en este caso concreto— no tiene la Sala jurisdicción, por no estar cumplidas por parte del Tribunal las normas que indica el Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 856, 1ª

IMPEDIMENTOS

— 144 —

La persona que en un juicio representó a la contraparte de la entidad de derecho pú-

blico que interviene en él como parte, no puede ejercer dentro de ese mismo juicio las funciones de Agente del Ministerio Público para representar a la entidad pública que fue contraparte suya, o de aquél cuya personería llevó. (Negocios Generales. Auto. Abril 27, de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 318, 1ª

IMPEDIMENTOS (De un Gobernador para representar en juicio al Departamento)

— 145 —

La atribución que conforme al numeral 3º del artículo 176 del C. J. tenían los Fiscales de los Tribunales Superiores para representar a los Departamentos en las acciones que contra los mismos se promovieran, está hoy conferida a los Gobernadores por disposición del artículo 194, numeral 3º de la Constitución. No cabe, pues, duda de que lo que antes se aplicaba y aún se aplica a los Agentes del Ministerio Público en cuanto a impedimentos se refiere, es igualmente aplicable hoy a los Gobernadores cuando representan al Departamento en algún asunto judicial.

Admitido el impedimento manifestado por un Gobernador, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo único del Decreto número 1274 de 1931. (Negocios Generales. Auto. Abril 27 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 317, 2ª

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. CAPACIDAD SUBJETIVA DEL JUZGADOR

— 146 —

La capacidad subjetiva del funcionario jurisdiccional reside en su aptitud moral para administrar justicia; averiguado ya que está revestido del poder general para hacerlo y de que esta facultad puede concretarse al caso individual de que se trate, ha de saberse si, no como titular de la jurisdicción sino como individuo humano puede servir a la tarea que se le encarga impersonalmente. La ley presupone que los jueces están atados, como todos sus semejantes, por vínculos personales como el afecto o el desafecto, el interés patrimonial o el simplemente intelectual; sobre estos cuatro lazos que pueden ligarlos moral o mentalmente construye las circunstancias excepcionales en que les impide ejercer la jurisdicción, o les permite abstenerse de hacerlo.

El sistema taxativo de los impedimentos recogido por el artículo 435 de nuestro estatuto procesal reúne las características que configuran tal instituto como parte integrante del derecho de defensa y como afirmación de que administrar justicia es función del Estado superior a la voluntad individual de las personas sometidas a ella; la recusación llamada perentoria, es decir inmotivada, que en otras épocas se justificó porque los jueces eran designados por la suerte, o por votación pública de electores que representaban intereses religiosos o políticos en pugna, está hoy circunscrita casi exclusivamente a los jurados en materia penal; las legislaciones modernas sólo admiten la recusación o el impedimento motivados, en cuanto a la primera porque no es posible arrojar sobre los jueces la tacha de posible parcialidad sin expresar el fundamento de tal temor, como que en ello se crearía un ambiente desfavorable al honor o al buen nombre de aquellos; en cuanto a los segundos, porque tampoco sería tolerable que tales funcionarios se inhibieran de cumplir sus obligaciones pretextando cualesquiera circunstancias así fueran fútiles o insignificantes. La motivación del impedimento concilia los intereses de la parte con los de la persona del juzgador, y con los superiores del ambiente jurídico; aquella no queda expuesta a una posible arbitrariedad viéndose privada de justicia por la in-

hibición del juez so capa de impedimentos, o en tener que litigar ante uno sobre quien pese la posibilidad de estar unido a un prejuicio; el segundo se liberta de la incomodidad personal y social que implicaría verse obligado a decidir causas en que estuvieran de por medio intereses cuya sola mención podían menoscabar el prestigio de su fallo, al propio tiempo que permanece al abrigo de cargos infundados y temerarios o de simples sugestiones desobligantes, formuladas por animadversión o con el fin de impedirle ejercer sus funciones en determinado proceso.

Las causales de impedimento y recusación instituídas por nuestra ley, como las de la legislación universal, tienden a evitar que la rama jurisdiccional en un caso concreto pierda la independencia que le es necesaria por hallarse el Juez en relación con: a) Otros órganos concurrentes en el mismo litigio; b) Con los litigantes; c) Con el objeto litigioso. Al primer aparte se refiere principalmente el numeral 7º del artículo 435 del C. C.; al segundo los numerales 1º, 2º, 4º, 5º, 8º, 9º, en cuanto versa sobre favor a alguna de las partes en el negocio que es materia del pleito, 10, 12, 14 y 15; al tercero los numerales 3º, 6º, 9º, en cuanto atiende a la intervención anterior del Juez en el pleito como Agente del Ministerio Público, testigo o perito, 11 y 16. Dentro de este último grupo se reúnen los casos de interés patrimonial en el Juez, y los de vínculo puramente limitativo del raciocinio del juzgador, y posiblemente de su voluntad no sólo en forma de apego a sus ideas ya expresadas sino también de amor propio o de vanidad al rededor de éstas. Tan celosa se muestra la ley de garantizar la eficacia de los preceptos reguladores de estos particulares en cuanto se refieren al derecho de defensa que introduce a este respecto un tratamiento excepcional dentro del régimen vigorosamente preclusivo que caracteriza nuestro procedimiento. En efecto: la preclusión, como fenómeno procesal, consiste en que surtidos determinados actos o transcurridos ciertos términos no es posible a las partes ejecutar actos procesales determinados, o en general, actos procesales; así el vencimiento del lapso de tiempo de que el demandado dispone para contestar la demanda precluye la oportunidad de proponer excepciones dilatorias; hecha la citación para sentencia precluye la facultad de aducir pruebas y de presentar alegaciones; decidido un litigio incidental no es jurídicamente posible volver a intentarlo. Así el proceso va desenvolviéndose en períodos sucesivos de los cuales los posteriores hallan origen y firmeza en la de los precedentes, desenvolviendo el trámite lógica y ordenadamente hasta la sentencia que sobreviene así como la culminación normal del agotamiento del trámite.

La excepción introducida por la ley al sistema que se deja brevemente descrito, e ilustrado con la alusión al precepto contenido en el artículo 394 del C. J., consiste en que la causal de casación fundada sobre la recusación de un magistrado hace caso omiso de la decisión que sobre ella haya recaído permitiendo abrir de nuevo el debate sobre su procedencia por la vía extraordinaria, a pesar de que haya sido rechazada; en una palabra, el fallo incidental sobre recusación, a diferencia de lo que la ley estatuye para los demás de ese linaje, no precluye la discusión sobre los extremos controvertidos dentro del incidente. Este tratamiento destaca la gravedad que a los ojos del legislador reviste la materia, y su empeño en que ella sea debatida amplia y aún repetidamente; quizás los factores de índole personal y subjetivos determinaron un sistema legal de protección jurídica superior a la que de ordinario se pone al alcance de las partes en frente de fenómenos objetivos. (Casación Civil. Mayo 31 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

410, 2ª y 411, 1ª y 2ª

INCIDENTE DE LIQUIDACION
(Su naturaleza jurídica)

— 147 —

Con respecto al incidente, es indubitable que éste forma un todo jurídico con el juicio principal. El sólo dice relación al cumplimiento mismo de la sentencia y de ahí las previsiones de los artículos 480 y 553 del C. J. De otro modo, no tendría razón de ser el contenido del artículo 263 del mismo código que estatuye que "el poder otorgado para un juicio se entiende conferido para el de la ejecución de la sentencia que puede subseguir". Ello no obsta a las modalidades que uno y otro procedimiento revisten. El incidente es sólo una secuela del juicio principal, en que nada importan —se repite— las peculiaridades de una y otra actuación. (Negocios Generales. Auto. Febrero 4 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 235, 1ª

INCONGRUENCIA
(Como causal de casación)

— 148 —

La sentencia es el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela jurídica le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado; dicho acto ha de guardar estrecha armonía con la demanda por cuanto ésta contiene el límite del poder jurisdiccional; éste no debe reducirse ni extenderse respecto de lo pedido en la demanda porque si lo primero, no resuelve la totalidad de la relación procesal que permanecerá trabada en cuanto a la sentencia, por defecto, la deja insoluta, y si lo segundo porque el Estado carece de jurisdicción para decidir oficiosamente controversias civiles cuyos posibles extremos personales no han sometido a su decisión. De esta suerte la incongruencia que nuestra ley instituye en causal de casación destinada a reparar un error **in iudicando**, consistirá en resolver lo que no es materia del litigio, o en no decidir cuanto la constituye; aparentemente pudiera decirse que en el caso de autos la sentencia por resolver la filiación del menor respecto de la madre, cuestión no incluída en el **petitum** de la demanda, excede los límites de ésta, pero ocurre que el demandante es precisamente Herminia, quien asume la representación legal del impúber a título de madre natural suya, calidad que el demandado controvirtió sin éxito en excepciones dilatorias, y no le negó luégo, aceptando, por el contrario, en la contestación de la demanda los hechos que, conforme al artículo 1º de la Ley 45 de 1936, confieren la calidad de hijo natural respecto de la madre. (Casación Civil. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 46, 1ª y 2ª

INCONGRUENCIA

(Cuándo constituye causal de casación)

— 149 —

La incongruencia a que se refiere el segundo de los motivos de casación del artículo 520 del C. J. es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 ibídem, y ella se produce cuando el fallo resuelve sobre puntos ajenos a la controversia; cuando deja de resolver sobre los que han sido objeto del litigio; cuando condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas. (Casación Civil. Junio 3 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..... 414, 2ª y 415, 1ª

INDICIOS **(Cuándo puede haber lugar a la violación por parte del juzgador de las nor-**

mas legales reguladoras de esta clase de prueba, al apreciar los hechos indiciarios)

— 150 —

Los artículos 664 y 665 del C. J. reguladores del mérito probatorio de los hechos indiciarios, dejan al juicio del Juez la ponderación del alcance que en cada caso puedan tener las pruebas incompletas según la certidumbre o duda que dejen en su ánimo; dichas normas introducen pautas o limitaciones a la persuación judicial generada en indicios, ya mediante la referencia a la necesaria conexión entre el hecho indicio y el que se investiga, bien al exigir pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre los no necesarios; cuando el juzgador, lejos de transgredir esos mandamientos desecha el conjunto indiciario como fundamento de convicción, no los vulnera porque la operancia afirmativa de esas normas está confiada exclusivamente a su criterio y sólo puede lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dando por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecidas su gravedad, precisión, conexidad e indudable incidencia sobre los hechos controvertidos se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. Judicial prevé para ellos. (Casación Civil. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 441, 2ª

INDIGENAS

— 151 —

La prohibición del artículo 13 de la Ley 89 de 1890, si así ha de llamársela, no puede abarcar defectos de forma como de los que puede adolecer una demanda, ni llevar a pasar por alto la falta de personería sustantiva en un demandante, por más que sea Cabildo de Indígenas. Bien se observa que esa disposición versa sobre excepciones de otra índole. (Casación Civil. Abril 27 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 114, 1ª

INDIGENAS (Normas sobre aplicación de legislación a los que son salvajes)

— 152 —

Es evidente que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 89 de 1890 la legislación general de la República no rige entre los salvajes, y que el artículo 2º de la Ley 72 de 1892, autoriza al Gobierno para delegar a los Misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que saliendo del estado salvaje estén en capacidad de ser gobernados por ellas.

Pero los preceptos normativos de estos estatutos no tienen aplicación, ni las Leyes de la República dejan de regir, sino, cuando previamente se ha demostrado dentro del juicio civil o penal, que la persona que invoca o que se acoge a esos preceptos se halla en un estado salvaje, y que por tal circunstancia, sus actos dentro de la esfera del derecho penal, escapan al control de las leyes de la República para ser regidos por las disposiciones aplicables a los indígenas; es decir, de sujetos que no hacen parte de la vida civilizada porque no conviven ni actúan dentro de ella.

La demostración de que un indígena se halla en estado salvaje o semi-salvaje y que, por lo mismo, no está sujeto a la legislación general de la República, sólo puede obtenerse mediante un examen médico legal, en que se constate claramente, por los expertos, que el indio es un sér cuyos planos instintivo,

afectivo e intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, o sea de que no disponen de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en su aspecto moral y social. (Casación Penal. Julio 23 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 865, 1ª

INDIGENCIA Y FALTA DE ILUSTRACION (Cuándo constituyen circunstancia de menor peligrosidad)

— 153 —

La indigencia y la falta de ilustración son circunstancias que solamente pueden computarse en favor de un procesado en cuanto hayan influído en la ejecución del hecho. La falta de ilustración se toma indebidamente como circunstancia de menor peligrosidad a favor de toda persona que no sabe leer y escribir, sin tener en cuenta que, si no ha influído en la determinación criminal, se convierte el analfabetismo, en un medio como el nuestro, en la patente de corso más expedita para la delincuencia. En los delitos de sangre será muy difícil admitirla porque, como lo advierte el Tribunal, hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito. (Casación Penal. Mayo 21 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 214, 1ª

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

— 154 —

El artículo 1025 del Código Civil contiene una grave pena o sanción de carácter civil, como que mediante ella un asignatario puede ser totalmente excluído de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder, y es, además, una disposición de excepción porque la capacidad y la dignidad de toda persona para suceder es la regla general, conforme al artículo 1018 ibídem. Dada esa doble índole que la caracteriza, dicha norma debe ser interpretada y aplicada con criterio restrictivo, ceñido rigurosamente a su propio contenido, sin que, de consiguiente, le sea posible al juzgador seguir en su interpretación el método extensivo o el analógico para aplicarla a situaciones o casos no comprendidos precisamente en ella. Procediendo con el enunciado criterio al examen de aquel texto legal, se ve claramente que los términos en que está concebido exigen la concurrencia indispensable de dos requisitos para su aplicación que se refieren, el uno a la prueba del atentado, y el otro a la naturaleza y gravedad del hecho que lo constituye. En cuanto a lo primero, la disposición ha excluído por completo la libertad probatoria al respecto, porque en forma perentoria y diáfana ha consagrado como idóneo un solo medio de prueba, cuando exige que el atentado se pruebe "por sentencia ejecutoriada". Es, pues, ésta, y no otro elemento distinto de convicción, la prueba especial y única que legalmente se requiere para suministrar la demostración del atentado, de tal suerte que cuando ella falta, como ocurre en el caso del proceso, no es posible dar por establecida la causal de indignidad en referencia. Y se necesita, además, que la sentencia que sirve de prueba del mencionado motivo de indignidad sea diferente de la que se profiera en el juicio que conforme al artículo 1031 del Código Civil debe surtirse para declararla, porque como aquélla debe llevarse al proceso en alguna de las oportunidades establecidas en el artículo 597 del C. J., es obvio que para hacerlo así se requiere que tal sentencia exista ya para esa época, lo cual está indicando con toda evidencia que son indis-

pensables dos sentencias distintas: la una que pruebe la causal y la otra que haga la declaración consiguiente. (Casación Civil, Julio 8 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).

488, 1ª y 2ª

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

— 155 —

Si la indignidad es **pronunciada como pena**, para significar que es una sanción que la ley establece para el sucesor que ha ejecutado ciertos actos, como sanción que es no puede aplicarse sino mediante un juicio previo en que se compruebe plenamente que aquél se ha hecho acreedor a ella, por haber incurrido en algunas de las faltas que la ley enumera como causales de indignidad. (Artículo 1031 del C. C.).

De la simple lectura del ordinal 2º del artículo 1025 del C. C. se observa que la ley requiere para la declaración de indignidad que allí se contempla la demostración de la situación jurídica por el atentado grave a las personas, honor y bienes de quienes en tal precepto se detallan, con tal que dicho atentado se pruebe de una manera especial, o sea, con **sentencia ejecutoriada.** Según el artículo 601 del C. J. las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado. Como se observa, en el caso de indignidad a que se contrae el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., es decir, cuando la causal sea el atentado grave en los términos allí establecidos, se ha exigido una prueba especial, que no puede ser sustituída por otra, y es la de que el atentado se establezca por medio de sentencia ejecutoriada, y si la sentencia en cuestión ha de presentarse como único medio de prueba en el respectivo juicio de indignidad por tal causa lógico es pensar que ha de producirse en juicio anterior del en que se persigue tal objeto. Hay que recordar que siendo la declaración de indignidad una sanción impuesta al asignatario por la comisión de ciertos hechos, debe interpretarse con criterio restrictivo.

Dos son los aspectos de los cuales deduce la ley motivo de indignidad para heredar en relación con la causal tercera del artículo 1025 del Código Civil: a) Cuando siendo demente el causante, el consanguíneo dentro del sexto grado, inclusive, no lo socorrió, pudiendo; b) Cuando en estado de destitución, es decir, en el de abandono o pobreza, no le dio la ayuda requerida. A pesar de que la obligación legal de alimentos sólo pesa sobre los colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad legítima (artículo 411), el legislador estima que los demás parientes consanguíneos, hasta el sexto grado, tienen la obligación moral de socorrerse, cuando uno de ellos se encuentre en estado de destitución o de demencia. La infracción a esta obligación moral, al tenor del artículo citado, está penada con la indignidad. El socorro no puede entenderse exclusivamente en sentido de prestación material, puesto que puede ser más interesante la ayuda moral, la preocupación del consanguíneo para evitarle perjuicios de tal índole a su pariente, dentro del grado señalado.

Del hecho de que contra un individuo se deduzcan cargos por los cuales se le llama a juicio no se puede concluír que contra él exista una sentencia en la cual se haya fallado una causa por determinados actos ilícitos que demuestren la existencia del atentado grave, de que habla el artículo 1025 del C. C. en su ordinal segundo. La sentencia, en materia penal, es la providencia con la cual se determina la responsabilidad del acusado y como consecuencia se impone una pena. Mal se puede equiparar, pues, tal decisión con el auto de proceder, en el cual so-

lamente se le imputa al enjuiciado la comisión de una infracción penal que puede ser desvirtuada en el curso del juicio o causa, dejando sin efecto, en consecuencia, el auto de llamamiento a juicio; y como el artículo 1025, en su aparte señalado, habla de sentencia ejecutoriada, aquél no es la prueba pertinente para establecer el atentado grave, por carecer de los requisitos exigidos. (Casación Civil. Julio 30 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....680, 2ª y 681

INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

— 156 —

La generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del C. J., la secuela del juicio con la claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal setencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de aquella solución. (Casación Civil. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....706, 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL CIVIL (Caso de delitos de competencia de la jurisdicción militar).

— 157 —

Los particulares lesionados por un hecho de la competencia de los jueces militares no tienen intervención en las diligencias investigadoras correspondientes, y no teniéndola ni pueden ejercitar dentro de la acción penal militar la acción civil, ni pueden pedir que se les reconozca personería para activar su diligenciamiento y exigir que se le ponga término a dicha investigación de carácter militar. En tales circunstancias no sería lógico ni equitativo que la demanda por perjuicios civiles pudiese quedar a merced de la actividad o de la inercia de los funcionarios militares y que el Estado, representado en ellos, pudiese dilatar indefinidamente y hacer nugatoria por lo mismo una acción civil de perjuicios, que es la única de que puede hacer uso la persona afectada por actos o hechos delictivos o culposos. La acción civil no está subordinada en tales casos a la militar y puede ejercitarse independientemente de ella. (Negocios Generales. Julio 9 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....593, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 158 —

El artículo 28 del C. de P. P. no puede aplicarse en forma mecánica, siempre que se presente un auto de sobreseimiento o una sentencia definitiva que estén ejecuotriados, pues por el contrario, el Juez Civil para aplicarlo debe indagar previamente si se contempla alguno de los casos limitativamente previstos en dicha disposición, y si además la decisión penal de la naturaleza dicha abarcó en su totalidad la materia o punto a que se contrae el proceso civil, pues si así no aconteciere al Juez civil le asiste plena libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resultaren inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. Así sucedería, por ejemplo, en todos los casos en que la decisión de índole penal tenga

su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y sancionado en el Código de la materia, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención o la culpa del acusado, o cuando la decisión penal juzgue apenas sobre la intención del acusado en la comisión del hecho y el juicio civil se fundamente en la mera culpa del demandado, pues en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitivos no impide la posible prosperidad de la acción civil, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o la culpa civil o completar la prueba declarada suficiente en lo penal para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado. Como consecuencia de esa doctrina jurisprudencial se puede desprender como criterio práctico que para determinar si el artículo 28 del C. de P. P. debe o no aplicarse en un caso concreto, es necesario ante todo esclarecer si el fallo proferido por la jurisdicción penal encaja precisamente en alguna de las hipótesis limitativamente previstas en aquella disposición y si, además, existe identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal con los que en el juicio civil están por decidirse, pues si faltare esa completa identidad no podría invocarse la autoridad o influencia del fallo penal sobre la acción civil. (Casación Civil. Junio 17 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....450, 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL CIVIL

— 159 —

La infracción de la ley penal puede dar origen a la obligación civil de indemnizar los perjuicios causados por el daño que aquella infracción produce en el patrimonio de una persona; pero la acción civil para hacer efectiva la indemnización se halla subordinada a normas previstas por la ley, que establecen la influencia que el juicio penal ejerce en el juicio civil, y en todo caso la relación entre las dos acciones, la penal y la civil. El Capítulo 2º, Libro I del C. de P. P. consagra las reglas a que se hace referencia. Allí se dispone que la acción civil para el resarcimiento del daño debe ejercitarse dentro del proceso penal (artículo 24), o sea, que se establece un precepto que de modo general conduce a la indemnización civil dentro del proceso penal. Sin embargo, si el perjudicado con la infracción no ha intervenido en el proceso penal y no se conforma con la sentencia en lo tocante a la indemnización, puede ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente (artículo 25). Esta última facultad tiene las excepciones previstas en el artículo 28 del citado Código. Ese precepto establece que la acción civil no se puede proponer ante el juez civil cuando en el proceso penal se ha declarado por auto de sobreseimiento definitivo que el sindicado obró, como en el caso del proceso, en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. (Negocios Generales. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....609, 1ª

INSTRUMENTO PUBLICO. — ACTA DE REMATE

— 160 —

Para que de un instrumento pueda decirse que es público, siguiendo el texto del artículo 1758 del C. C., deben reunirse cuatro condiciones esenciales, a saber: que esté autorizado por un funcionario público, que a éste otorgue la ley facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido dentro del sector territorial en que aquél pueda ejercer sus funciones, y que en

la formación del instrumento se hayan observado las previsiones legales al respecto. El artículo 1758 del C. C. llama auténticos a los instrumentos públicos porque a los ojos de la ley ofrecen el máximo de garantías probatorias. La doctrina que informa esa calificación la hace depender de una doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a) la consistente en que la firma del funcionario que lo autoriza, por el carácter público de éste, no necesita verificación, y b) la de que dicha firma apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia; estas características hacen decir a Mattirolo que la fe prestada por la ley al medio probatorio aludido depende de que éste es al propio tiempo, autenticado y autenticante. La certeza legal que implica el instrumento público está condicionada por tres circunstancias: 1ª que quien lo autorice o expida haya percibido los hechos y los actos de que se trate con sus propios sentidos; 2ª que lo aseverado por él se ajuste a la categoría de los sucesos que, por razón de su cargo, sean susceptibles del amparo de la fe pública; 3ª que al atestar en el instrumento se refiera al tiempo y al espacio en que se sucede el acto o contrato.

Conforme al artículo 1756 del C. C., en todo instrumento público es menester distinguir la parte enunciativa de la dispositiva; se refieren a la primera las afirmaciones puramente accesorias, como las que contengan los preliminares del acto, o en general, aquellas cuya omisión no incide en el hecho o acto jurídico a cuya prueba tiende el instrumento; a la segunda corresponde cuanto constituye la esencia de tal hecho o acto, su objeto, materia, en una palabra lo que contribuya a destacarlo jurídicamente como una realidad. Entre estas dos partes ha de mediar la necesária correspondencia y armonía, y, de haberla, la fe de que está dotado el instrumento las abarca conjuntamente respecto de las personas que lo otorgaron, o que intervinieron en los hechos de que se da cuenta.

Tratándose de un acta de remate no es menester recabar en que ella, a título de instrumento público, es prueba absoluta de cuanto en su texto esté cubierto con la fe pública, o sean las circunstancias que conforme al artículo 1050 del C. J., deben constar con independencia de lo que las partes unánime y legítimamente acuerden, a saber: la fecha del remate, la designación de las partes y del rematante, la determinación de las cosas rematadas y el precio del remate; respecto a éste último es obvio que, como ha de coincidir con la oferta más alta que se haga, su enunciación no puede limitarse a consignar la cifra correspondiente a la adjudicación sino que ha de extenderse a las operaciones que contribuyen a configurar en esencia la venta por ministerio de la justicia, cuyo efecto inmediato, necesario e irreparable recoge el artículo 32 de la ley 153 de 1887.

Si es desde todo punto de vista exacto que la prueba testimonial y la indiciaria son ineficaces para alterar lo que las mismas partes han expresado en instrumento público, lo es con mayores razones la inoperancia de esos medios de prueba para demostrar civilmente la insinceridad de lo afirmado por el funcionario que comunica al acto o contrato la protección de la confianza pública. El preámbulo del artículo 2576 del C. C., aplicable al acta de remate por ministerio del artículo 1052 del C. J., no deja duda alguna sobre la imposibilidad de infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil la verdad extrínseca de lo afirmado en las escrituras públicas; la intrínseca, o sea, la que contenga las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación

según que ella se suscite por uno de los otorgantes o por terceros.

La presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido, y la segunda cuando siendo materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad. A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de enjuiciamiento civil permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada aunque como consecuencia suya puede llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quién sea el agente y su intención. Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculcar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su artículo 358 y prevé actualmente en el artículo 231.

El artículo 251 del C. de P. P., al regular el pleno mérito probatorio del instrumento público, añade que "contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del instrumento mismo". No hay en el C. C. ni en el tratado sobre las pruebas que forma el Título XVII del Libro II del C. J., precepto que en forma tan expresa consigne la identidad entre la inculpación de falsedad y la impugnación de lo aseverado por el funcionario que extiende el instrumento público, pero puede afirmarse que así se deduce del ordenamiento legal sobre los medios probatorios; cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (artículo 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de dos testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (artículos 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acta de la inspección ocular "respecto de los hechos y circunstancias observadas por el juez", si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público. Forzoso es reconocer que éstas dotan al medio probatorio de que se viene hablando de un poder de convicción superior y preferente al de cualquiera otro recibido por el derecho positivo, y que quien pretenda situación diferente de la garantizada por la fe pública **adversus omnes**, tendrá que demostrar primero la ocurrencia constitutiva de la falsedad intelectual del instrumento. No sobrará advertir que el criterio contenido en el artículo 251 del C. de P. P. es aplicable a toda valoración probatoria de documentos auténticos, porque las variaciones que sufre la estimación de los demás elementos de prueba (confesión, testigos, peritos, indicios) según se aprecien en el campo penal o en el civil, emanan de la naturaleza y del fin de ambos procesos, circunstancias a las cuales el instrumento público, por el género de hechos que atestigua, permanece indiferente y provisto de la misma fuerza de convicción. En consecuencia, al considerar el fallo que el dicho de testigos y el indicio de que al principio se trató bastan para alterar lo expresado en el acto contractual recogido por el acta de remate, quebrantó los artículos 91 de la

ley 153 de 1887 y el 594 del C. J., con el agravante de que al hacerlo dio mayor eficacia a la fe privada que a la pública; esta infracción lo llevó a vulnerar el artículo 451 del C. J., precepto sustancial como que gobierna la validez de las ventas por ministerio de la justicia, en cuanto a sus solemnidades procesales se refiere. (Casación Civil. Julio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) .....495, 2ª, 496, 1ª y 2ª y 497, 1ª

INTERESES (Sus clases)

— 161 —

De conformidad con los preceptos positivos imperantes existen tres clases de intereses: el legal, el corriente y el convencional, toman la modalidad de moratorios, compensatorios o usurarios, según la causa que los origina o la medida en que son cobrados. En tratándose de cantidades de dinero, nuestra ley consagra únicamente los moratorios, con lo que establece una excepción a los principios generales sobre ejecución de los contratos. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).....260, 2ª

INTERESES (Condena a su pago)

— 162 —

Los principios consignados en el artículo 1608 del Código Civil sufren notoria excepción en tratándose de cantidades de dinero. Por eso rige el artículo 1617 del mismo estatuto, que da caracteres especialísimos a los perjuicios provenientes de esa deuda, y rompe ese precepto, como lo anotó la Corte, la armonía existente en el título sobre el efecto de las obligaciones. La condena a intereses requiere una cantidad líquida. La misma ley actúa una vez que la mora existe, pues se rechaza toda indemnización compensatoria, ya que ésta supone la conversión de la obligación inicial en la de satisfacer en dinero, lo cual supondría que aquélla no tuviese por contenido el numerario. (Negocios Generales. Febrero 25 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 262, 1ª

INTERVENCION DEL ESTADO EN EMPRESAS DE SERVICIO PUBLICO

— 163 —

La nueva situación planteada con la amplitud concedida por el Constituyente del año de 1936 al legislador para intervenir en todas las empresas de servicio público no es óbice para que en su desarrollo se adopte la forma contractual entre la empresa intervenida y el Gobierno, si por otra parte una disposición de orden legal así lo autoriza por considerarlo conveniente, ya que así se llenan los fines sociales que se propuso la Constitución y se da cierta estabilidad y garantía a quienes dedican su capital y su esfuerzo personal a actividades de tal índole. El Constituyente del año de 1936, al disponer que el legislador podía ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte y conducciones y demás servicios públicos, no determinó en manera alguna la forma como tal cosa debía realizarse. Dejó amplia facultad al legislador, no sólo para ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de tales empresas, sino que dados los términos del mandato, quedó al arbitrio del Congreso la adopción de los medios para realizarlo. En cuanto se refiere a las empresas públicas de suministro de energía y luz, la intervención se ha operado por las leyes 109 de 1936, 126 de 1938 y Decreto número 5 de 1940.

La calificación que la ley 126 de 1938 dio al suministro de energía y luz eléctrica, de acuerdo con la naturaleza de esta actividad

vinculada a la satisfacción de una necesidad colectiva, la sometió por sí misma y por expresa disposición de sus mandatos, dentro del principio constitucional que consagra la facultad para el legislador de ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de los servicios públicos al control inmediato y permanente del Gobierno Nacional, cosa que se opera en el Decreto ley número 5 de 1940. Queriendo dar alguna estabilidad a las condiciones impuestas estableció también que la legalización de las empresas que aprovechen aguas de servicio público para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con ese objeto, podía ser garantizada por medio de contratos celebrados con el Gobierno.

Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos las personas morales de derecho público disponen de sus bienes y rentas, pero puede suceder que el servicio no se preste directamente por el Estado sino por particulares, mediante la autorización o intervención oficial. Entre las formas adoptadas en estos casos se encuentra la concesión que, en materia de servicio público consiste en el otorgamiento temporal a particulares de actividades vinculadas a un servicio público. Los concesionarios se encargan, a sus expensas, costo y riesgo, del funcionamiento de un servicio público accesible a todos y, eventualmente, de la ejecución de una obra pública. La remuneración que obtiene el concesionario por los servicios que presta reviste la forma de una tasa que paga el consumidor.

Habiéndose reservado el Estado la utilización de las fuentes y caídas de aguas, su uso y goce por la empresa particular de servicio público puede ser materia contractual donde se estipulen las condiciones para su empleo y las de las prestaciones del servicio. En la misma estipulación contractual bien puede el Estado señalar las condiciones para el cobro de las tarifas, y no se ve cuál pudiera ser la norma constitucional violada al darle forma contractual a las condiciones que la ley, en desarrollo del artículo 39 de la Constitución Nacional, impuso a los concesionarios de empresas de energía eléctrica con el fin de que se cumplan los mandatos de la misma, de que "las tarifas no excederán en ningún caso los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial".

En los contratos autorizados por el Decreto número 5 de 1940 se encuentran dos cuestiones de índole muy diferente: la que se refiere a la utilización de la fuerza de las corrientes de agua, proveniente de ríos o fuentes de uso común; y las que se refieren a la intervención del Estado en la fijación de las tarifas del servicio público que se presta. Es regla general en nuestro derecho de aguas la de que todos los ríos y fuentes que corren por cauces naturales son bienes de uso público, y refiriéndose a las aguas está entre sus facultades conceder mercedes para el uso de ellas, de acuerdo con las leyes. La Corte ha visto que el contrato que autoriza la disposición acusada del artículo 7º del Decreto es del tipo en que se realiza la forma moderna de la contratación dirigida, en que se imponen por la ley estipulaciones mínimas y concretas. Podría decirse que la intervención opera en el contrato mismo configurado legalmente. En estas condiciones no es acertado concluír que la vía del contrato dirigido, como es el caso, no sea forma adecuada y conducente para que el Estado realice su potestad constitucional de intervenir. (Sala Plena. Marzo 20 de 1947. Tomo LXIV. 2064-2065) . . . 647, 1ª y 2ª, 648 y 649

NOTA — Cinco Magistrados salvaron su voto, sosteniendo la inexequibilidad del Decreto acusado. Véase Tomo LXIV, 2064-2065, págs. 650 y siguientes.

El Relator de la Corte

IRA (Cuándo es circunstancia modificadora)

— 164 —

Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, a que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del Jurado. (Casación Penal. Febrero 12 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).

169, 2ª

I R A

— 165 —

Como tantas veces lo ha repetido la Corte, la circunstancia modificadora prevista por el artículo 28 del C. P., contiene elementos constitutivos que no pueden desintegrarse para admitirla; o se encuentran todos reunidos o no existe. En el presente caso solamente hay uno de los elementos de la circunstancia modificadora: la ira. Pero no basta su sola presencia. Es necesario que ella se haya producido por provocación injusta y grave proveniente del ofendido. De otra manera resultaría que en casi todos los procesos en que interviene la ira como estímulo inmediato de la acción homicida, aunque ella no haya sido suscitada por la víctima, aunque ella no tenga un origen grave ni una causa injusta, constituiría por sí misma una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción, lo que sería inaceptable y gravísimo para ejercitar la defensa del derecho y de la sociedad. (Casación Penal. Febrero 12 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).

170, 2ª

— J —

JURADO (Manera como debe hacerse el cusetionario)

— 166 —

Según doctrina de la Corte, en virtud del cambio establecido por la ley 4ª de 1943, dentro de la cuestión única no es necesario incluír cada uno de los elementos psicofísicos del delito, puesto que con la sola enunciación de la responsabilidad se llena el cometido de la pregunta. (Casación Penal. Febrero 6 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).

165, 2ª

JURAMENTO (Sus clases. Naturaleza jurídica del juramento de reconstrucción de procesos)

— 167 —

Dentro de la técnica probatoria es inusitado el régimen recogido por el artículo 626 del Código Judicial y desarrollado ahora en el Decreto número 1683 de 1948. Los doctrinantes no catalogan ese sistema de juramento que es un producto híbrido de la prueba así llamada y de la confesión, como se destaca con claridad ante el tratamiento que le dan tanto la ley procesal permanente como el estatuto transitorio.

La teoría de las pruebas reconoce, discrimina y regula tres clases o tipos de juramento: a) el estimatorio, gobernado por el artículo 625 del C. J.; b) el supletorio, y c) el decisorio. Consiste el juramento supletorio en el poder jurisdiccional para deferir el oficio a una de las partes, en orden a suplir la deficiencia probatoria, la verdad de ciertos hechos condicionando a la prestación del juramento la decisión de la causa del litigante a quien se defiere. Así configurado el

instituto ha suscitado numerosos reparos que pueden sintetizarse en la observación que al respecto hace Mattirolo sobre que "no es tan fácil arriesgarse a demostrar lógicamente cómo el Juez, a quien no incumbe la facultad de disponer sino la de estatuír sobre derechos controvertidos, pueda nada menos que por propia iniciativa remitir la decisión del pleito a la afirmación jurada por una de las partes litigantes, la cual, sin duda, raramente tendrá el valor de condenarse a sí misma: "No obstante, el juramento supletorio fue admitido por el Derecho romano, acogido por el canónico, aceptado por casi todas las legislaciones contemporáneas, y previsto por el artículo 1770 de nuestro Código Civil, sin que el Judicial lo desarrollara regulando dentro de la tarifa legal algún elemento probatorio de las características esenciales que corresponden al aludido. En la legislación de emergencia de cuya aplicación se trata no se configuró tampoco este tipo de juramento en el gobernado por sus preceptos.

El juramento decisorio es el que una parte defiere a la otra haciendo depender de su prestación el desenlace de la litis; en esta actividad jurídica se evidencian características más propias de la decisión definitiva de la controversia que de un simple medio probatorio; por ello, desde el jurisconsulto Paulo, la doctrina encuentra que participa de la naturaleza de la transacción, contrato al que universalmente se atribuye el mismo mérito que a la cosa juzgada. (Art. 2483, C. C.).

Anejos a su naturaleza, los requisitos necesarios para que el juramento decisorio sea de recibo son: 1° Ha de ser deferido por una parte, en la acepción procesal del vocablo (artículo 202 del C. J.), con lo cual se elimina la posibilidad de que sea propuesto por coadyuvantes simples o por otros géneros de intervinientes que no sean litis-consorciales o principales; 2° Las partes entre quienes se verifica han de ser plenamente capaces (artículo 1502, C. C.); 3° Debe reunir las condiciones necesarias para resolver la controversia en la misma medida en que podría hacerlo la sentencia; 4ª Ha de versar sobre un hecho específico propio de la parte a quien se defiere, o sobre la noticia que de uno ajeno tenga; 5° No puede versar sobre hechos punibles conforme al ordenamiento legal. De las notas esenciales ya vistas y de las condiciones de admisibilidad procesal que de ella surgen, el juramento contemplado por el Decreto número 1683 no comporta sino la de ser deferido por una de las partes a la otra; en caso alguno tiene como fin la decisión del litigio ni, por tanto, puede equipararse a un pacto transaccional.

El artículo 1770 del Código Civil dio cabida en nuestra legislación al juramento decisorio pero abandonando su ordenación rituaria y probatoria a la ley procesal, en cuyos preceptos no vino a destacarse realmente. La prueba de que trata el Decreto mencionado, idéntica a la instituída en los artículos 626 a 629 del C. J. se acerca más a la confesión provocada que a cualquiera de las dos especies de juramento ya descritas; no puede ser deferido de oficio como acontece con el supletorio o pargativo, ni participa de la naturaleza del decisorio por estar concebido como una prueba sujeta a la ulterior apreciación judicial y no como un medio de solucionar la controversia.

Estos particulares, de necesario examen para determinar el tratamiento que la jurisdicción ha de impartir en casos singulares al elemento demostrativo en cuestión, si bien restan a éste la nitidez necesaria en la conformación de las instituciones jurídicas, no impiden, por otra parte, su adecuada calificación para imprimirle individualidad y asignarle consecuencias; se trata, según se dijo, de una confesión provocada que difiere de las demás reconocidas por nuestro sis-

tema en que tanto quien la plantea ya como el que la satisface proceden bajo la gravedad del juramento, y en que éste ha de ser rendido por el apoderado sin intervención alguna de la parte misma; esta última calidad es apenas consecuencia de la ordenación constitucional sobre comparecencia en juicio. Tales circunstancias reflejan de inmediato en el aspecto represivo del poder jurisdiccional del Estado, y consecuente con esa modalidad el Decreto incluye en sus artículos 18 y 19 las normas punitivas correspondientes.

Así determinada la esencia del juramento que, para reconstruír procesos ha de prestarse conforme al Decreto 1683, surge con claridad el contenido del artículo 2º del mismo: el procurador del demandante al formular su petición comunica a los hechos que en él narra el ánimo de confesar para los efectos civiles y, por obra de la promesa jurada, cualidades apreciables en el aspecto penal; por tanto, cada afirmación ha de ser clara, precisa, concisa, en una palabra, susceptible de ser confirmada o negada para el doble efecto mencionado; la sola enunciación de los hechos implica ya el juramento de ser ciertos, pues el apoderado por sí mismo, espontáneamente, sin intervención jurisdiccional alguna, debe ratificarla por ese medio "en el acto de su presentación", haciendo de los dos actos una inseparable gestión procesal. (Casación Civil. Auto. Julio 29 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 674

Este auto lleva la firma de uno solo de los Magistrados que integraban la Sala en esa fecha.
El Relator de la Corte.

JURISDICCION VOLUNTARIA (Poderes del juzgador en esta clase de juicios)

— 168 —

La jurisdicción voluntaria tiene como carácter distintivo de la contenciosa, que su fin es completar o desarrollar relaciones jurídicas imperfectas o constituír relaciones jurídicas nuevas entre los particulares; en el ejercicio de esa jurisdicción voluntaria el Estado tiene interés por la mejor administración del derecho privado, por lo cual se reserva la facultad de intervenir en cada proceso para controlar si existen en concreto los presupuestos establecidos por la ley civil para la obtención del efecto jurídico pretendido por los interesados.

El proceso que entonces se desarrolla es un proceso civil de tipo inquisitorio, donde el juez no está forzado a decidir "secundum allegata et probata partium", como en el proceso de tipo dispositivo, sino que puede ordenar de oficio la práctica de las pruebas que le parezcan convenientes, pues su deber consiste en buscar y declarar no una verdad meramente formal, como en la jurisdicción contenciosa, sino una verdad real, por lo cual las normas de derecho probatorio, de aplicación ordinaria en los juicios contenciosos, adquieren tal amplitud que se podría decir que el funcionario decide como en el sistema de la libertad de prueba o de la prueba moral. (Casación Civil. Mayo 31 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063) 404, 2ª

— L —

LEGITIMA DEFENSA

— 169 —

La defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió. De otra manera toda riña imprevista, todo acto de ira injusta-

mente provocado, se convertiría en acción excusable. (Casación Penal. Junio 25 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....526, 1ª

LEGITIMACION "IPSO JURE" DE HIJOS NATURALES (Requisitos para que se opere. — Quién puede impugnarla)

— 170 —

Tratándose del caso de legitimación **ipso jure** del hijo natural (artículo 238 C. C.) no basta el interés actual en el impugnante sino que se requiere también la existencia de una de las dos causas taxativamente señaladas en el artículo 248 del C. C., que en el fondo constituyen impugnación de la filiación misma puesto que la impugnación no puede prosperar si no se demuestra que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante o no ha tenido por madre a la legitimante, esto es, la calidad de hijo que tenga el legitimado, cosa bien distinta de los motivos que se han agitado como base de impugnación en esta controversia.

La ley 153 de 1887 es en gran parte reglamentaria del efecto retroactivo de las leyes y está destinada a resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las dictadas en distintas épocas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos. En su artículo 20, reproduciendo el principio del artículo 23 del C. C., estatuye que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida...." Pero acontece que en el cargo que se está considerando no se trata de un estado civil adquirido sino de uno no adquirido aún al tiempo de la variación legislativa.

Ninguna razón valedera respalda la tesis del recurrente de que para que se produzca la legitimación **ipso jure** de los hijos que tenían la calidad de naturales de los padres que se casan es indispensable que esa filiación haya sido el efecto del reconocimiento conjunto de los dos padres en instrumento público. El texto del Código habla del reconocimiento de ambos porque entonces tal forma solemne era la exigida por la ley; la necesidad de que el hijo tuviera adquirida la calidad de natural respecto de los dos padres no podía ser satisfecha sino con el cumplimiento de esa solemnidad; pero como las leyes posteriores permiten que esa finalidad pueda lograrse, respecto de la madre, por el mecanismo de la presunción que consagra el artículo 7º de la ley 95 de 1890, conservada en la actual ley 45 de 1936, la acertada hermenéutica no permite el ceñimiento a un texto que es preciso considerar modificado al respecto. Igualmente infundada es la pretensión del reconocimiento simultáneo o conjunto, que no puede deducirse de los términos de la disposición que se refiere à ambos, esto es, el uno y el otro, los dos, y que no tendría justificación jurídica ninguna, porque la razón de este caso de legitimación **ipso jure** no es otra que al tiempo del matrimonio de los padres los hijos que por este acto se legitiman tengan definida la calidad de naturales de los contrayentes, por haberla adquirido en cualquiera de las formas legales. La presunción legal del artículo 7º de la ley 95 de 1890 produce, o producía el **status** de hijo natural de la madre para todos los efectos legales, "como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

La Corte ha sostenido reiteradamente que "el matrimonio posterior legitima **ipso jure** a los hijos habidos antes por los cónyuges y reconocidos por el padre con las formalidades legales. En otros términos: para que esta legitimación se efectúe no es preciso que la madre los haya reconocido por instrumento público entre vivos o por acto testamentario, pues respecto de ella tienen el ca-

ráctér de hijos naturales por el hecho del nacimiento". (G. J. Tomo XIX, pág. 117).

También ha dicho la Corte que "tratándose de legitimación (artículo 249 C. C.) sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos llamados al beneficio de la legitimación, tienen derecho para impugnarla por haberse omitido la notificación y aceptación; de lo cual se colige que esos requisitos miran sólo al interés del legitimado; y aunque no hay disposición semejante en el capítulo de los hijos naturales, es lo cierto que entre las causales que dan derecho a terceros para impugnar el reconocimiento no figura el haberse omitido las formalidades de la notificación y aceptación, las cuales tienden sólo a proteger al hijo contra un reconocimiento perjudicial". (G. J. Tomo XX, página 352). (Casación Civil. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) .....436, 2ª, 437, 1ª y 438, 1ª

LEY 6ª DE 1945 (ARTICULO 39)

— 171 —

Ninguna incidencia tiene el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 acusado, con el cánon constitucional incluído dentro del Título que trata "De la Religión y de las relaciones entre la Iglesia y el Estado". (Sala Plena. Marzo 9 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 1ł, 2ª

NOTA — Siete Magistrados salvaron su voto a la sentencia anterior.

El Relator de la Corte

LEY 40 DE 1945 (ART. 20), ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

— 172 —

Estima la Corte que no es posible entrar a considerar la inexequibilidad de una norma legal que dejó de regir desde el día 19 de julio de 1946 y que no fue demandada durante su vigencia sino el día 13 de diciembre de 1947, es decir, un año y cinco meses después de que había quedado extinguida. En cuanto al artículo del decreto acusado se puede afirmar que él por sí mismo no choca contra ningún precepto de la Constitución Nacional. La circunstancia de haberse derogado por medio del artículo 6º del Decreto número 2076 de 1946 normas contenidas en otros decretos anteriores es apenas un desarrollo de la facultad que expresamente otorgó el Legislador al Presidente de la República. (Sala Plena. Febrero 19 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063) 347, 1ª

LEY 68 DE 1946

— 173 —

La ley 68 de 1946 es exclusivamente una ley interpretativa de los preceptos de la ley 28 de 1932. Si esto es así, mal se puede sostener que es un estatuto que restringe la capacidad civil de la mujer que le había otorgado esta última disposición. Lo que pasa es que su alcance lo interpretó el propio legislador, modificando el que a su turno le habían dado, por vía de doctrina, la Corte Suprema y los Tribunales del país. (Casación Civil. Noviembre 24 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 809, 2ª

LIBERTAD DE ASOCIACION

— 174 —

Puede asegurarse que al amparo del principio sentado por el artículo 14 de la Constitución de 1936, similar al 47 de la de 1886, y de los cánones que establecen como obligación social la del trabajo y que le otorgan a toda persona residente en Colombia la libre

escogencia de profesión u oficio, es posible la formación de agrupaciones de trabajadores para que mediante ellas fomenten éstos y defiendan los intereses que les sean comunes.

Los sindicatos no son sociedades en el sentido que el Código Civil colombiano le da a la palabra, porque el objeto de las sociedades en ese Código es el de repartirse entre varias personas las ganancias de una especulación. Los sindicatos persiguen, antes que todo, una utilidad meramente moral, cual es la defensa de los comunes intereses de los asociados. La consagración de los sindicatos como institución jurídica, su reconocimiento expreso por el legislador colombiano, data de la Legislatura de 1931. La Ley 83 de aquel año le abrió paso a la sindicalización. Y la Ley 6ª de 1945 compromete la fe del Estado como garantía de que tales asociaciones serán respetadas. Aquélla solamente habla de los trabajadores; ésta habla también de los patronos y agrega que las asociaciones profesionales o sindicatos pueden unirse y federarse entre sí.

En cuanto a la acusación de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley 6ª de 1945 acusada debe tenerse en cuenta que si por privilegio ha de entenderse la gracia o prerrogativa otorgada a una persona para que goce de algo particular que a las demás no les es concedido, se sacará en conclusión que el tal privilegio no existe. En efecto: para obtener o gozar de la personería jurídica, el sindicato de empresa tiene que solicitar su reconocimiento como cualquiera otra de las asociaciones sindicales. Tiene que conformarse, en cuanto a la expedición de estatutos, a las mismas normas de los otros sindicatos. No está exceptuado de la prohibición de repartir dividendos o entregarse a especulaciones. Tampoco puede subsistir sin el número suficiente de miembros que la ley ha señalado para su constitución. Y, finalmente, está sometido a las mismas causas de disolución a que lo están los demás sindicatos gremiales o industriales.

La labor de celo, de vigilancia y permanente guarda que ha de desarrollarse no exclusivamente a favor de los intereses del sindicato de empresa, sino a favor de los intereses pertenecientes a los sindicatos afiliados no es, así considerado, un privilegio constituído en menoscabo de éstos, sino una medida protectora y benéfica para todos. No hay razón para que a esa disposición precautelativa de la ley se la clasifique de sistema arbitrario y tiránico.

Desde su fuente legal tienen los sindicatos una reglamentación que el legislador de 1945 se propuso mejorar por un medio de prestarles mayor eficacia a esas organizaciones sociales. Vale decir que la institución de los sindicatos, amparada por la libertad de asociación, ha estado siempre sujeta a un orden legal, y que no es la Ley 6ª de 1945, y con especialidad la parte del artículo acusado, una innovación restrictiva de aquella libertad.

La fórmula adoptada en el artículo 44 de la Constitución actual, es reproducción de la empleada en el inciso primero del artículo 20 del Acto Legislativo número 1º de 1936. Difiere de la fórmula de 1886 en que ésta no habla de fundaciones sino de compañías o asociaciones públicas o privadas, y en que habla de **moralidad** donde las otras hablan de moral. Pero la precedencia comentada atrás la estableció el Constituyente de 1886. Lo que se advierte en la enmienda de 1936 es que en el mismo cánon sobre asociación se quiso garantizar el derecho de huelga. Es que esa enmienda le da preponderancia al derecho de trabajo, y para tutelarlo asentó una serie de disposiciones no consignadas en el estatuto orgánico. Pero el Constituyente de 1945 sí las adoptó. En ese espíritu de protección al trabajo se inspiró el artículo 17

del Acto Legislativo número 1º de 1936 que le garantiza al trabajo la especial protección del Estado; en ese mismo espíritu se inspiran los cánones sobre intervención del Estado para darle al trabajador la justa protección a que tiene derecho, y para reglamentar las profesiones. En ese mismo espíritu está inspirado el cánon que establece la asistencia pública. No se aparta de esos principios la Ley 6ª cuando propugna en su artículo 39 la estabilidad de las organizaciones sindicales, porque ello es una protección especial al trabajo. Preocuparse por establecer una fórmula legal adecuada para conseguir el avenimiento entre los gremios laborales, es intervención que el Estado realiza como medida de justa protección a los intereses de los trabajadores. La adopción de un sistema que haga eficaz el derecho de asociación, y a la vez la realización de las aspiraciones de las clases laboriosas y de las empresas con ellas vinculadas, puede ser un aporte eficaz para reglamentar las profesiones. De modo que si se consultan los inmediatos antecedentes institucionales que tuvo la ley 6ª de 1945, se puede concluír que el artículo 39 de ella no quebranta el cánon fundamental de asociación ni los demás que el Constituyente tuvo en mira para tutelar el derecho de trabajo.

La acusada actitud del Legislador de 1945 fue indicada por la fuerza de las circunstancias y por la experiencia adquirida en las dependencias oficiales encargadas por la ley de velar por el adecuado desarrollo de la acción social y la protección de las clases laboriosas, como que la actividad, establecimiento o negocio que ocupa trabajadores asalariados —que es lo que los reglamentos del trabajo llaman "empresa" — necesita para su normal funcionamiento y la realización de sus fines, de unidad de acción. Estima la Corte que la disposición del artículo 39 acusado no viola el cánon de la libertad de asociación contenido en el artículo 44 de la Carta y que, por ese capítulo no puede prosperar la demanda de inexequibilidad propuesta. (Sala Plena. Marzo 9 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 7, 8 y 9

NOTA — Siete Magistrados salvaron su voto a la sentencia anterior.

El Relator de la Corte

LIBERTAD INCONDICIONAL (Diferencias con la libertad provisional)

— 175 —

(Véase "Detención provisional.—Libertad incondicional" en el número 114 de este Índice).

LIBERTAD PROVISIONAL

— 176 —

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, consagra el derecho que asiste al procesado para solicitar el beneficio de libertad provisional, cuando éste hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad; y en la misma disposición se faculta al juzgador para otorgar ese beneficio bien sea antes de calificar el sumario o para antes de pronunciar la sentencia definitiva. Pero la ley subordina esta gracia a la existencia de un hecho cumplido proveniente de la circunstancia de que el procesado hubiera "sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad". Así pues, si el segundo requisito no se ha cumplido, porque el procesado no ha permanecido en detención preventiva un tiempo igual al que le corresponde como pena privativa de la libertad, el derecho invocado carece de fundamento por ausencia de un factor —incumplimiento del hecho— presupuesto indispensable para configurar-

lo; y en estas circunstancias, la petición sobre beneficio de libertad provisional no es procedente. (Casación Penal. Auto. Julio 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....869, 2ª

LITIS CONSORCIO

— 177 —

Habiendo sido demandados personalmente los que lo fueron en el caso del proceso, no obstaba el que, como es lo natural, se les trajera a juicio en cuanto eran herederos o cesionarios de herederos de la persona de cuya sucesión hacían figurar el inmueble en referencia. Así las cosas, la circunstancia de no haberse notificado la demanda a tal o cual heredero y de no haber intervenido él en el litigio no es razón para que deje éste de decidirse, ventilado debidamente, como lo ha sido, con los otros. A decidir no puede ser óbice la consideración de que pueda presentarse el problema de si la sentencia tiene o no alcance contra el que estuvo ausente del debate. Casos hay de consorcio necesarios en que ha de figurar en la litis tal o cual persona sin cuya concurrencia no puede desatarse. Tal, por ejemplo, la del vendedor en juicio contra el comprador en que un tercero persigue la cosa comprada mediante la anulación de la compraventa. El caso de autos no es de esos, pues la sentencia puede y debe pronunciarse, sin lugar a dejar de cumplir el juzgador este deber porque haya faltado tal o cual heredero. (Casación Civil. Octubre 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).

788, 1ª

— M —

MAGISTRADOS (Incompetencia de la Corte para juzgar los de los Tribunales del Trabajo)

— 178 —

Ni el artículo 163 de la Constitución Nacional, impuesto por el Acto Legislativo número 1º de 1945, ni la ley 6ª de ese mismo año han dicho cuál ha de ser la entidad que haya de juzgar las infracciones penales que puedan cometer los Magistrados del Tribunal del Trabajo en cualquiera de sus secciones. (Casación Penal. Auto. Noviembre 3 de 1947. T. LXIV. 2060-2061).....153, 2ª

MARCAS DE FABRICA

— 179 —

Las dos acciones que consagran los artículos 59, 65 y 66 de la Ley 31 de 1925 se refieren a casos esencialmente diferentes, como lo expresó la Sala de Casación en fallo de 6 de febrero de 1945, a saber: "El artículo 59 de la Ley 31 se refiere a un caso muy distinto, al uso de un nombre, no a la imitación del nombre ni a los actos de competencia desleal, que tienen cabida especialmente con la imitación fonética o gráfica de una marca ya registrada. En el caso del artículo 59 un industrial o comerciante usa de un nombre que corresponde a otro; en el caso de los artículos 65 y 66 el industrial o fabricante no se apropia de un nombre ajeno, sino que imita una marca para producir confusión con otra ya registrada". (Negocios Generales. Agosto 17 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).

613, 2ª y 614, 1ª

MARCAS (Registro de)

— 180 —

El uso de una marca por la compañía, aun sin registrarla, está autorizado por la ley, la que lo ampara facultando a quien en él ha estado por cierto tiempo a oponerse a que otra persona la registre y también a obtener que un registro a tercero se cancele. Así se ve en las disposiciones pertinentes de la ley 31 de 1925 y en la 94 de 1931. (Casación Civil. Junio 21 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).

460, 2ª

MATERNIDAD NATURAL (Requisitos para que pueda ser declarada en relación con una mujer casada)

— 181 —

En el sistema primitivo del Código Civil (artículo 318) como sólo se exigía la circunstancia de haber nacido fuera del matrimonio, toda persona nacida de unión ilegítima tenía capacidad y aptitud para ser hijo natural. Bajo el sistema de la ley 153 de 1887 las condiciones para obtener el **status** jurídico de hijo natural estrecharon el criterio anterior porque no podían obtenerlo sino los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse entre sí libremente. Se creó la especie legal de los hijos de dañado ayuntamiento, deshonrados a perpetuidad, y una situación privilegiada para los naturales. Dentro del régimen actual de la ley 45 de 1936 ha quedado excluída aquella especie de los de dañado ayuntamiento, y tienen aptitud para adquirir la condición de hijos naturales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, esto es, todos los nacidos fuera del matrimonio, salvo el concebido por mujer casada cuando el marido no lo ha desconocido y no se ha declarado por sentencia judicial ejecutoriada que él no es padre.

La parte final del artículo 1º de la ley 45 no se refiere a paternidad natural; no hay en él nada distinto de la antigua presunción de maternidad natural por el hecho del parto, que no opera, como es natural, sino respecto de solteras o viudas. El artículo 3° es un corolario del sistema adoptado por el artículo 1º que abolió los hijos adulterinos, porque bajo el régimen de la ley 153 de 1887 era preciso, para tener la calidad de natural, que el hijo no fuera de dañado ayuntamiento, esto es, que sus progenitores, al tiempo de la concepción, hubieran estado en capacidad de contraer matrimonio entre sí, de modo que si uno estaba casado con persona distinta de la con quien tuvo el hijo, la ley lo rechazaba. No había posibilidad de interferencia con la presunción del artículo 214, pero como dentro del nuevo estatuto las mujeres casadas pueden tener hijos naturales, porque tal calidad corresponde también a los adulterinos, para salvar el principio universalmente aceptado que consigna el art. 3º de la ley 45 que para que el hijo concebido por una mujer casada pueda ser reconocido como natural o para que pueda declararse judicialmente la maternidad natural de la mujer casada, es indispensable que el marido desconozca al hijo y que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el marido no es el padre del hijo que se trata de reconocer. Los dos incisos del artículo 3º tienen una vinculación inseparable, puesto que la declaración de maternidad natural de mujer casada conlleva la de paternidad de un hombre diferente de su marido, y por eso es necesario destruír primero, en acción cuyos titulares exclusivos determina la ley, la presunción aludida de legitimidad. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 380, 2ª y 381, 1ª

MEJORAS (Su prueba)

— 182 —

Tratándose de simples mejoras puestas en suelo que no se disputa, es admisible la prueba testimonial para comprobar el hecho de su plantación y cultivo y la posesión, que establecen la propiedad. (Casación Civil. Abril 27 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 109, 1ª

MINAS (No puede plantearse ante la justicia común juicio ordinario sobre mejor derecho de su posesión, cuando están ejecutoriadas y vigentes resoluciones sobre amparo

administrativo consagrado en las leyes mineras).

— 183 —

Según el primitivo sistema establecido en el Código de Minas, los Gobernadores, a quienes siempre ha estado legalmente encomendado el conocimiento del procedimiento administrativo de las minas adjudicables, carecían por lo general de facultad para rechazar los denuncios que ante ellos se presentaran, salvo en algunos casos de excepción, como en el de los defectos formales a que alude el artículo 35 de la citada obra. Esa regla general la consagraba el artículo 27 del Decreto número 761 de 1887. A las personas a quienes se les hubieran adjudicado minas con la plenitud de las formalidades de rigor y que estuvieran pagando los impuestos correspondientes la ley no les brindaba, según ese artículo, otra vía que la de formular oposición y acudir al consiguiente juicio ordinario para hacer valer sus derechos. Contra ese sistema, generalmente calificado como contrario a los sanos intereses de la industria minera, como que fomentaba la proliferación de pleitos y dejaba al poseedor regular sin un amparo eficaz y rápido, reaccionó paulatinamente el legislador hasta consagrar el llamado recurso de las oposiciones administrativas, al prohibir el denuncio de ciertas minas y facultar a los Gobernadores para desecharlos. Así, por medio del artículo 3º de la Ley 59 de 1909, que sustituyó al 45 de la Ley 292 de 1875, que decía entre otras cosas, que nadie podía registrar las minas redimidas a perpetuidad, se estableció, clarificando y ampliando ese principio, que las minas que se encontraran en tal situación no eran registrables ni denunciables. También deben tenerse en cuenta los artículos 5º del Decreto número 1112 de 1095, 9º del Decreto número 223 de 1932, 5º de la Ley 13 de 1937. De modo pues, que hoy el dueño de una mina que se encuentre en alguno de los casos previstos en esos artículos, tiene a su disposición dos procedimientos legales para oponerse a las pretensiones de quien le denuncie su propiedad: acudir al juicio ordinario de que trata el Código de Minas para que la rama judicial dirima la oposición, o presentarse ante la autoridad administrativa con las correspondientes pruebas para que se deseche o rechace un denuncio que la ley expresamente ha prohibido que se formule.

En tratándose de minas redimidas a perpetuidad no cabe duda de que es procedente el último de los recursos indicados, no sólo porque las leyes que han prohibido su denuncio son posteriores al Decreto 761 de 1887 y como tales de preferente imperio y aplicación, sino también porque cuando menos así lo imponen claras razones de analogía, pues si conforme al artículo 9º del Decreto Legislativo número 223 de 1932 los Gobernadores tienen el deber de rechazar los denuncios de minas que se les hagan "cuando se acredite con el correspondiente recibo, que por la mina de que trata el denuncio se ha pagado, en la debida oportunidad, el respectivo impuesto", es lógico concluír que esos funcionarios tienen el mismo deber, y quizás más imperioso, cuando se les compruebe que la mina denunciada está redimida a perpetuidad, ya que por motivo de esta circunstancia y a partir de la época en que se verificó la redención, la mina queda libre del impuesto en lo sucesivo (artículo 45, Ley 292 de 1875 y 3º Ley 59 de 1909). Aquella tesis la ha consagrado también una constante jurisprudencia administrativa. Por tanto, cuando un Gobernador dentro del trámite administrativo de adjudicación minera desecha, rechaza o suspende el denuncio de una mina por comprobársele que está redimida a perpetuidad, o que se han pagado en su oportunidad los impuestos correspondien-

tes, o que está matriculada, lo hace en ejercicio de una facultad que le está expresamente atribuída por la ley, la cual, por otro lado, no desnaturaliza la índole de sus atribuciones, desde luego que el investigar y resolver si un impuesto ha sido oportuna y debidamente cubierto o si una mina está inscrita en el libro de matrícula de la propiedad minera adjudicada, que es llevado en las Gobernaciones con respecto a las ubicadas en los Departamentos correspondientes, es una función estrictamente administrativa que puede ser cumplida, sin detrimento alguno para el orden institucional del país, por aquel funcionario, como que se limita a la mera constancia de hechos de esa precisa naturaleza.

Si los denuncios a que se refiere esta controversia fueron suspendidos por la autoridad administrativa correspondiente, con fundamento en que las minas a que ellos se contraen unas habían sido redimidas a perpetuidad y sobre las otras se habían cubierto los impuestos que las gravan y con aplicación de lo dispuesto en los artículos 45 de la Ley 292 de 1875, 3º de la Ley 59 de 1909 y 9º del Decreto Legislativo número 232 de 1936, y las resoluciones en que tal cosa se resolvió se encuentran ejecuotriadas, a las autoridades judiciales no les es posible desconocer la situación que por medio de ellas se ha creado ni revisarlas directa ni indirectamente, porque de hacerlo invadirían el campo jurisdiccional propio de la justicia contencioso-administrativa. Así lo dijo la Corte en casación del 14 de junio de 1938, G. J. número 937, pág. 640.

Cuando se decreta en resoluciones ejecutoriadas y vigentes el amparo administrativo consagrado en las leyes mineras, el denunciante carece de acción para plantear ante la justicia común el juicio ordinario sobre mejor derecho a la posesión y propiedad de las minas denunciadas.

Además, si en casos como el presente se admitiese como viable que el denunciante pudiera plantear útilmente ante la justicia ordinaria cuestiones de la índole de la que se ha propuesto en la demanda inicial de este pleito (súplicas 3ª y 6ª), y en el presente recurso, no obstante estar en firme, por no haber sido revisadas ni invalidadas por quien tiene autoridad para ello, las nombradas resoluciones, semejante tesis despojaría de efectos o vaciaría de contenido a las disposiciones en cita, desde luego que el poseedor regular tendría que acudir o hacerle frente al juicio ordinario para hacer valer sus derechos. Ello dejaría sin objetivo práctico alguno el amparo administrativo que esos textos consagran. Y ni siquiera podría pensarse en que por virtud de ese amparo el poseedor adquiriría la ventaja de quedar colocado en la posición de parte demandada en el juicio ordinario, y exonerado, por tanto, de la carga de la prueba, pues ese derecho ya se lo otorgaba, con anterioridad a la expedición y vigencia de aquellos textos, el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, que sustituyó al 390 del Código, que también se lo confería.

Tal tesis interpretativa que deja, pues, sin sentido alguno las mencionadas disposiciones, debe ser desechada en atención a la regla de hermenéutica que enseña que el sentido en que una ley puede producir algún efecto debe ser preferido a aquél en que no sea capaz de producirlo.

De consiguiente, debe forzosamente llegarse a la conclusión de que cuando se decreta en resoluciones ejecutoriadas y vigentes el amparo administrativo consagrado en las leyes mineras, el denunciante carece de acción para plantear ante la justicia común el juicio ordinario sobre mejor derecho a la pose-

sión y propiedad de las minas denunciadas. (Casación Civil. Marzo 9 de 1948. Tomo LXIV. 2060-2061) . . . 59, 1ª y 2ª, 60, 1ª y 2ª y 61, 1ª

La presente doctrina rectifica la que había sido presentada anteriormente por la Corte en sentencia de casación de fecha 2 de noviembre de 1942, publicada en el Tomo LIV-bis, pág. 227.

El Relator de la Corte.

MINISTERIO PUBLICO (No es necesariamente parte en todos los juicios sobre filiación natural. — Interpretación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936)

— 184 —

La Corte ha decidido en numerosas ocasiones que al Ministerio Público no corresponde siempre y necesariamente la calidad de parte en los juicios sobre declaración de filiación natural, en forma que su ausencia determine nulidad de lo actuado. La ley 45, separándose del principio general de que todo el que tenga interés jurídico en el resultado de una acción puede ejercitarla u oponerse a ella, como en todos los casos sobre declaración o impugnación del estado civil, que aunque son acciones privadas se relacionan con el orden público, ha circunscrito el ejercicio legal de la acción a determinadas personas, en forma que solamente ellas puedan ser los sujetos activos de la acción de declaración de filiación natural, durante la vida del hijo. Este es el sentido de la palabra parte en el artículo 12 de esa ley, que bien leído quiere decir: Si el hijo es capaz, solamente él puede incoar la acción. Si es incapaz, corresponde su ejercicio a quien ejerza su representación legal por patria potestad o por guarda. A falta de este representante legal puede hacerlo la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor. Estas son las personas que pueden ser actoras como particularmente interesadas en el ejercicio de la acción de que se trata. En último término menciona el artículo 12 al Ministerio Público, comprensivo de todas sus jerarquías, entre quienes puede iniciar, en calidad de parte actora, la acción de filiación. Se entiende que esta intervención que la ley da al Ministerio Público no tiene carácter obligatorio sino que es facultativa, para que pueda iniciar como actor la acción de filiación cuando los interesados a que antes se ha aludido se hayan abstenido de hacerlo. Cosa diferente, como se ve, de querer convertir en juicios tripartitos a los que nacieron por iniciativa particular. El Ministerio Público no es, pues, parte, en el sentido que en el Derecho Procesal corresponde a esta palabra, sino cuando por su iniciativa, motu proprio, promueve la acción que consagra la ley 45, caso éste en que su agente demandante tiene todos los derechos sustantivos y adjetivos que a las partes corresponden en el proceso civil. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 365, 1ª

MOTIVOS DEL DELITO

— 185 —

Las fuentes seguras—conforme a Ferri—en que el Juez obtiene la prueba de los motivos del delito, son las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y el comportamiento del delincuente, antes, después y en el momento del delito. (Casación Penal. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) . . . . . 183, 2ª y 184, 1ª

— N —

NOTIFICACIONES (Durante el sumario)

— 186 —

Aunque el Código de Procedimiento Penal ordena que todo auto o sentencia se notifi-

que al procesado, ya personalmente, ya por estado o por edicto, según el caso (art. 168), lo mismo que a su apoderado o defensor (art. 169), estas notificaciones no son esenciales en el sumario, sino en el juicio, en los eventos especificados en los artículos 198 y 199 del mismo Código. (Casación Penal. Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....537, 2ª

NOTIFICACION Y TRASLADO

— 187 —

La notificación es el conocimiento real o presunto que se da a las partes en juicio y, excepcionalmente, a terceros, de los actos y decisiones judiciales que tienen lugar en él. Está basada en el principio jurídico de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído. El traslado es el conocimiento que se da a las partes de demandas, de autos, de expedientes o partes de él, para que expongan lo que tengan a bien. El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que verse. (Casación Civil. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....429, 1ª

NULIDAD DE UN CONTRATO (Acción de)

— 188 —

En reiterada jurisprudencia ha dicho la Corte que "la acción de nulidad de un contrato, como que tiene por objeto destruír el vínculo de derecho formado entre los contratantes, debe ser ventilada entre las partes que concurrieron a la formación de aquel vínculo, pues en derecho las cosas se deshacen, por punto general, del modo como se hacen. Si el lazo contractual no puede formarse sin la intervención de las personas que constituyen los extremos de la relación jurídica, o sea el sujeto activo y el pasivo de dicha relación, tampoco es posible desatar ese vínculo ya extrajudicial, ya judicialmente, sin el concurso voluntario u obligado de aquellas personas. Siendo por otra parte efecto de la declaración judicial la nulidad de un acto o contrato el de que las partes sean restituídas al estado anterior al acto o contrato nulo y de que tengan lugar entre éstas las demás prestaciones establecidas por el artículo 1746 del Código Civil, es obvio que tal declaración no puede ser hecha sin audiencia de las respectivas partes contratantes, porque ello equivaldría a condenar éstas sin haberlas oído y vencido en juicio". (Casación Civil. Marzo 9 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).....58, 2ª y 59, 1ª

NULIDAD DE UN CONTRATO

— 189 —

La necesidad de la presencia de los contratantes en litigio en que como acción o excepción se pretende la nulidad de un contrato, está repetidamente sostenida en varios fallos de esta Sala. (Casación Civil. Marzo 30 de 1948. T. XLIV. 2060-2061).....88, 2ª

NULIDAD (De un juicio de sucesión)

— 190 —

La causal de nulidad que excepcionalmente puede invocarse en juicio separado es la resultante de la falla del presupuesto parte, bien por no citada, o por indebidamente representada; el primer caso no se presenta a propósito de los juicios de sucesión porque el heredero puede pedir la herencia ocupada por otro sin necesidad de anular la sentencia aprobatoria de la partición ni los trámi-

tes del juicio mortuorio. (Casación Civil. Octubre 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).

797, 2ª

NULIDAD DE UN JUICIO Y REVISION POR LA VIA ORDINARIA DE LO DECIDIDO EN JUICIO ESPECIAL. (Diferencia entre las dos acciones)

— 191 —

Hay notorias y sustanciales diferencias entre la acción de nulidad y la de revisión en juicio ordinario de un asunto que ha sido fallado en juicio especial, en los casos autorizados por la ley, y que la primera es vía inconducente para realizar los efectos de la segunda. "Para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el inciso 2º del artículo 473 del C. J., un asunto que ha sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la sentencia que le puso fin, ni esa declaratoria procede porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que la revisión plantea el examen de hechos generantes de derechos sustantivos, o ventila el derecho mismo; la nulidad ataca el acto judicial mismo, la revisión sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada decide sobre la obligación declarada, la que habrá de controvertirse nuevamente; mientras esto sucede, se restablecen las cosas al estado anterior; la revisión fija definitivamente la obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella". (G. J. Tomo XLV, pág. 811). (Casación Civil. Diciembre 9 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 819, 2ª

NULIDADES (Las relativas deben alegarse dentro del término legal)

— 192 —

La ley establece términos precisos dentro de los cuales deben alegarse las nulidades, pero el silencio de las partes sobre un posible motivo de nulidad relativa, se subsana por el transcurso del tiempo o por la notificación de providencias posteriores al acto que engendra la nulidad. Callarse una nulidad en espera de consecuencias favorables y alegarla cuando el fallo es contrario a las pretensiones del reo, sería tanto como someter las contingencias del juicio a la voluntad de las partes, y son precisamente estos actos que van contra el principio de economía procesal los que la ley no consagró como vicios constitutivos de nulidad. (Casación Penal. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).

851, 1ª y 2ª

NULIDADES

— 193 —

La no manifestación de un impedimento no acarrea nulidad del proceso, por cuanto no está incluído en la enumeración de la ley, ni afecta los intereses que tutela la Constitución. (Casación Penal. Septiembre 23 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 892, 1ª

NULIDADES
(Por incompetencia de jurisdicción)

— 194 —

Antes de regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, por mandato del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, tenían atribuciones de funcionarios de instrucción —entre otros— los Gobernadores de los Departamentos, los

Prefectos de las Provincias, los Alcaldes Municipales, los Inspectores de Policía, los Jefes e Inspectores de Policía Nacional y de los Departamentos, pero esas atribuciones les fueron suprimidas en virtud de la Ley 94 de 1938, para radicarlas en los funcionarios de la rama jurisdiccional, creándose por este motivo la institución denominada Jueces de Instrucción Criminal.

Pero dificultades fiscales impidieron apropiar las partidas correspondientes para atender al correcto y normal funcionamiento de los Juzgados de Instrucción Criminal, creados por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, hoy 30 de la Ley 4ª de 1943. Por esta razón, el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido por el artículo 25 de la Ley 92 de 1938, dispuso en el artículo 2º del Decreto-ley número 1.111 de 1938 que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter".

En esta forma se dio vigencia a la disposición del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, y dentro de la organización actual también son funcionarios de instrucción con facultades para adelantar las investigaciones aquéllos cuya enumeración trae la disposición citada, y entre éstos, están incluídos los Prefectos Judiciales y los Alcaldes Municipales. En consecuencia, la nulidad por incompetencia de jurisdicción —alegada por el recurrente— no existe. (Casación Penal. Septiembre 16 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 885, 2ª y 886, 1ª

NULIDADES (Por falta de la debida comprobación del cuerpo del delito)

— 195 —

El artículo 272 de la ley procedimental establece que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito. Según esto, es indispensable que la existencia de la infracción esté plenamente establecida para dictar el correspondiente auto de proceder y no se podrá dictar sentencia sin que obren en el proceso la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a responder en juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Estos preceptos de indispensable cumplimiento en los procesos penales se repiten por el legislador en los artículos 429 y 431, que señalan las reglas que debe observar el juzgador al dictar el correspondiente auto de proceder.

Si el cuerpo del delito en su estructuración objetiva y subjetiva, o sea, en sus elementos material y moral no se halla plenamente demostrado, el juez no puede dictar el correspondiente auto de llamamiento a juicio sin incurrir en grave error. La demostración de los elementos del delito sirve de base para imputar el hecho a su autor, y la formulación de cargos que los empleados de la rama jurisdiccional hacen al procesado, debe ser concreta y precisa, circunscrita a la denominación jurídica que el Código Penal da al delito en sus diversos títulos o capítulos, según el caso.

Toda omisión o irregularidad sobre la demostración del cuerpo del delito conduce por lógica necesaria a la imputación de un hecho que no está plenamente demostrado, o a la equivocación de formular un cargo por otro, creando —con esto— motivos de nulidad que el juzgador está en la obligación de declarar. (Casación Penal. Septiembre 16 de 1949. T. LXIV. 2064-2065) 885, 2ª

NULIDADES (Por no haberse practicado pruebas en el juicio)

— 196 —

Lo que la ley quiere, es que dentro del

juicio haya una oportunidad de pedir pruebas y que los interesados tengan conocimiento de ella; pero si debidamente informados no las solicitan o no hacen retrotraer los términos dentro del tiempo que la ley señala, no pueden luego invocar la nulidad por no haber hecho uso de las facultades que la misma ley les otorga. (Casación Penal. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 851, 2ª

NULIDADES (La omisión por parte del juez de la formalidad prescrita por el artículo 452 del C. de P. P. no constituye nulidad)

— 197 —

La omisión de la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el juez no interrogó personalmente al enjuiciado para informarse sobre los antecedentes personales del acusado, condiciones de vida, y en general sobre todo lo que tienda a revelar su personalidad, no es violatoria de ninguna garantía procedimental; esa medida sirve de pauta al fallador para adquirir un conocimiento directo acerca de la personalidad del agente activo del delito, pero en ningún caso menoscaba los derechos de defensa. Por otra parte, si dentro del proceso se encuentran elementos probatorios sobre los cuales se puede formar un conocimiento exacto de la personalidad del reo, su omisión no conlleva nulidad, ni la ley ha consagrado en ningún texto legal la pretermisión de esa formalidad como nulidad. (Casación Penal. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) ..... 851, 2ª y 852, 1ª

NULIDADES (Diferencia entre la causal de incompetencia de jurisdicción y la de falta de emplazamiento o citación)

— 198 —

En el caso del proceso pretende el recurrente transformar en falta de citación o emplazamiento en la forma legal la causal consistente en la incompetencia de jurisdicción, so pretexto de que el Juez que le comunicó el libelo no era competente; no puede prosperar esa confusión de las causales de nulidad, porque las consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. J. tienden a garantizar la presencia de la parte en el juicio mientras que la primera atiende solo a la potestad jurisdiccional, sin que sea dable establecer entre ésta y las otras causales vinculaciones destinadas a arrebatar a cada una su innegable autonomía procesal. El artículo 448 del C. J. señala separadamente como causales de nulidad en todos los juicios, por una parte la incompetencia de jurisdicción y, por otra, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, además de la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante. Nuestro Código de Procedimiento, siguiendo el principio procesal de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete el juicio a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido que sólo las causales establecidas en el Código la generan. En la práctica, los motivos de nulidad en relación con el procedimiento han quedado reducidas a aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio. El espíritu que informa el Código al respecto es que la nulidad se pronuncie dentro del mismo juicio en que se produjo. Por excepción, la parte que no fue le-

galmente notificada, o emplazada, o estuvo indebidamente representada en el juicio, puede pedir en otro separado, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de aquél, o puede proponer la causal como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia. Así, pues, sólo es permitido discutir en otro juicio distinto, al tenor del artículo 457 del C. J. la nulidad de un proceso fenecido cuando la causal alegada consiste en falta de citación o emplazamiento, o indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de nulidad de un remate en juicio, a que alude el inciso segundo del citado precepto. (Casación Civil. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..... 429, 1ª y 2ª

NULIDADES (En cuáles se puede incurrir durante el sumario)

— 199 —

En el sumario los casos de nulidad son reducidos y excepcionales y se refieren a la incompetencia de jurisdicción o a la ilegalidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio. Pueden ser nulos, eso sí, determinados actos o diligencias del sumario cuando la ley requiere que se cumplan formalidades especiales, pero eso no significa que toda la actuación subsiguiente sea inválida, sino que tales actos o diligencias no pueden tenerse en cuenta. (Casación Penal. Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 538, 1ª

NULIDADES (No es causal de nulidad el que la lista de jurados esté integrada por un número de nombres inferior al que exige la ley)

— 200 —

Aunque la ley quiere que la lista de jurados sea de doscientos nombres, esto es, que ese es el número que considera adecuado para que no sean siempre las mismas personas las que juzguen los procesos penales por los inconvenientes de todo orden que se pueden suponer sobre todo si es menor el número, eso no quiere decir que la falta o el exceso traiga aparejada nulidad, porque entonces no hay incertidumbre sobre quienes salgan elegidos a la suerte. De lo contrario todo sorteo sería casi siempre nulo porque en la lista figuran personas que o mueren, o se ausentan, o en quienes concurren luego circunstancias que les impiden cumplir con ese deber. Y en las poblaciones en que el número de habitantes no es muy crecido, y en las cuales funcionan juzgados superiores, no es fácil encontrar ese número de ciudadanos que reúnan las condiciones para ser elegidos como jueces de conciencia. No es eso un desideratum ni la Corte propicia la negligencia o descuido en el particular. La lista, sobre todo la que contiene menos de doscientos nombres, es irregular, pero otra cosa es que el exceso o defecto en el número haga invalidar la actuación. (Casación Penal. Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 538, 1ª y 2ª

NULIDADES (No es causal de nulidad la omisión por el juzgador de los interrogatorios al procesado)

— 201 —

Respecto de los interrogatorios que deben hacer los jueces de instancia al procesado, a lo menos por dos veces, sobre el hecho, sobre sus antecedentes personales, sus condiciones de vida y, en suma, sobre todos los puntos que puedan revelar la personalidad del infractor (artículos 452 y 548 del C. de P. P.), considera la Sala que su omisión es una irregularidad grave, por lo general, supuesto que el Código Penal vigente tiene en cuenta la personalidad del delincuente más que la objetividad o materialidad de los de-

litos. Pero ello no quiere decir que el proceso sea nulo porque esos interrogatorios son apenas un medio de información sobre la personalidad, pero no el único de que dispone el juez para obtenerla (artículos 294, 349, 375 y 374, C. de P. P.). (Casación Penal, Agosto 4 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 538, 2ª

NULIDADES

— 202 —

La primera de las tesis del recurrente, o sea, la de que la no notificación de la demanda a los demandados sólo constituye causal de nulidad en los juicios ordinarios y no en el especial de liquidación de una sociedad, resulta jurídica, pues siendo taxativas las causales de nulidad, las disposiciones que la consagran no pueden ser aplicadas por analogía a hechos o casos distintos de los en ellas previstos; pero el motivo de nulidad que el Tribunal encontró, consiste en que la demanda especial de liquidación no se notificó legalmente a los menores demandados y en que éstos estuvieron indebidamente representados en ella, y ese hecho sí constituye causal de nulidad para todos los juicios, conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 123 de la Ley 105 de 1890.

Con respecto a la segunda de las tesis del recurrente, o sea a la de que la nulidad por ilegitimidad de la personería no puede alegarse en juicio separado, cabe observar lo siguiente:

La Constitución Nacional otorga a todas las personas el derecho, que constituye una garantía individual, de no ser juzgado sino por Juez competente ni condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio. Ese derecho lo amparaba la Ley 105 de 1890, vigente cuando se inició y concluyó el juicio de liquidación, estableciendo en su artículo 123 las dos causas de nulidad para todos los juicios de que allí se habla, o sean la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería de alguna de las partes, y el actual Código Judicial también lo ampara al erigir en los dos primeros numerales del artículo 448 los mismos hechos mencionados en causa de nulidad para todos los juicios.

La citada ley 105 no disponía expresamente que el motivo de nulidad por ilegitimidad de la personería pudiera alegarse en juicio separado; pero el artículo 457 del C. J. sí consagra esa facultad de modo expreso. Y como esta disposición se encontraba vigente cuando la presente controversia se propuso, bien podía la parte demandante acogerse a ella para controvertir —como lo ha hecho— en juicio ordinario distinto la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería en que, sostiene, se incurrió en el especial de liquidación de la sociedad colectiva de T. U. C. Y a esta conclusión le sirven de apoyo no sólo lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sino también la jurisprudencia que la Corte ha sentado en casos análogos y la doctrina que propugnan calificados autores. (Casación Civil. Abril 7 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 96, 1ª y 2ª

NULIDADES

— 203 —

La Corte ha venido sosteniendo que la invocación de nulidades que no fueron alegadas en las instancias del juicio no procede en el recurso de casación ni su estudio obliga a la Corte. (Casación Penal. Octubre 2 de 1947. T. LXIV. 2060-2061) 148, 1ª

— O —

OBJETO ILICITO

— 204 —

La ilicitud del objeto no se produce u ocurre tan sólo cuando hay ley que lo prohibe

o que lo erige en delito (artículo 1518 del C. C.). (Casación Civil. Julio 12 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 502, 2ª

OBLIGACIONES (Qué se entiende por su objeto)

— 205 —

Según la distinción tradicional, así como de lo estatuído en los artículos 1517 y 1518 del C. C., una obligación puede ser de dar una cosa, de ejecutar un hecho, de observar una abstención; o lo que es lo mismo, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer una cosa. El objeto de la obligación será la cosa que ha de darse, el hecho por ejecutar, la abstención prometida.

No todas las cosas son, sin embargo, idóneas para ser objeto de una obligación. Entre las condiciones esenciales existe la de que el objeto de la prestación sea lícito. (Casación Civil. Octubre 27 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 805, 2ª

— P —

PEPEL SELLADO (Impuesto de)

— 206 —

El Ferrocarril de La Dorada no está exento de la obligación de actuar en papel sellado en los juicios en que sea parte.

El impuesto de papel sellado es un impuesto **indirecto.** (Negocios Generales. Auto. Septiembre 18 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 923

PARTICION DE BIENES HERENCIALES (Su prueba)

— 207 —

La demostración de los actos jurídicos está en general sometida al régimen legal de las pruebas llamadas preconstituídas y cuando se trata de actos solemnes la prueba por lo regular es única. Tal acontece con la partición de bienes herenciales que la ley somete, junto con su sentencia aprobatoria, a la formalidad del registro y a su protocolización notarial, de modo que su prueba tiene que consistir en el correspondiente instrumneto público expedido y traído al proceso en la forma legal, y cuya falta no puede suplirse válidamente por otra prueba. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 366, 1ª

PARTICION DE BIENES HERENCIALES (Requisitos para que sirva de título traslaticio)

— 208 —

Ha dicho la Corte que "para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan efectos de servir de título traslaticio de dominio del **de cujus** a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión. Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación si la partición misma no ha sido registrada y, al contrario, se cumplen si lo ha sido, porque según el artículo 2662 del C. C., la partición que se registra comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se cumple si la registrada fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas. Para que

el registro de la partición sea suficiente para la hijuela es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos a aquél en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C...." (G. J. Tomo XLIII, páginas 169 y 170). (Casación Civil. Mayo 14 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 139, 2ª

PATERNIDAD NATURAL (Prueba de la)

— 209 —

La partida de bautismo o el acta de nacimiento es la forma de probar la maternidad, que se vincula al hecho del parto; pero no es bastante por sí sola para probar la paternidad natural. Para que lo fuera sería preciso que estuviera firmada por el padre porque así se establecería el estado de hijo natural por reconocimiento y a la vez sería su medio de prueba, equivalente a la confesión. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 380, 1ª

PENA (Su individualización)

— 210 —

Como muy bien lo recuerda el señor Procurador, la Corte en diversos fallos ha afirmado que no solamente rigen como criterio para aumentar o disminuir la penalidad los índices de peligrosidad determinados en el artículo 37 del Código Penal, sino que también deben tenerse en cuenta los factores previstos por el artículo 36 de la misma obra, los cuales con aquellos índices de mayor o menor peligrosidad, sirven al Juez para racionalizar la pena desde el punto de vista de su cantidad. (Casación Penal. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 197, 1ª

PERITAZGO

— 211 —

La ratificación y ampliación hechas con juramento en un juicio ordinario de nulidad de un testamento, de las exposiciones rendidas por médicos que reconocieron a la testadora y rindieron sus exposiciones en el juicio anterior de interdicción, no dan a estas exposiciones o ampliaciones el carácter de prueba legal de peritos. (Casación Civil. Mayo 31 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 403, 2ª

PERITAZGO

— 212 —

El artículo 722 del C. J. es normativo de uno de los dos casos en que el dictamen pericial hace plena prueba; su fundamento es la percepción sensorial de los peritos complementada con sus conocimientos técnicos los cuales juegan papel no tanto sobre la apreciación de los hechos, sino especialmente sobre los diversos aspectos de la percepción misma; la ley confía en que si dos expertos perciben de la misma manera un determinado hecho, aplicando a la respectiva operación los conocimientos técnicos del caso, el hecho es cierto tal como los peritos afirmen haberlo percibido. Entre este género de dictamen y el de que trata el artículo 723 del C. J. hay diferencias notables aunque ambos, como es obvio, parten de la percepción por medio de los sentidos al igual de cualquiera otra noción intelectual. El artículo

722 gobierna la apreciación judicial del hecho cuya percepción sólo es posible por medios técnicos que, empleados rectamente, no dan lugar a inferencia, juicio o deducción alguna; podría considerarse que tal precepto recoge el dicho del testigo perito; el artículo 723 enfoca todos los demás casos en que el experto, a más de sus sentidos, aplica su ciencia para la crítica de lo que por aquéllos ha percibido. (Casación Civil. Junio 21 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) .... 465, 1ª y 2ª

PERITAZGO

— 213 —

Los conceptos técnicos de expertos designados por una sola de las partes, producidos en juicio ordinario por orden del juez, no son prueba legal de peritos sino peritaciones extrajudiciales cuya apreciación se hace en consonancia con los principios generales de equidad. (Casación Civil. Mayo 31 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 404, 2ª

PERITAZGO (Posesión de los peritos)

— 214 —

Se ha discutido largamente sobre la eficacia de los dictámenes periciales rendidos sin que los expertos con anterioridad presten el juramento que en nuestra ley ordena el artículo 715 del C. J.; mientras algunos, siguiendo la antigua tendencia civilista respecto del derecho de acción, consideran que si las partes gozan de plena capacidad para disponer del objeto litigioso con mayor razón tienen potestad para, de común acuerdo, dispensar la posesión y el juramento al perito, otros profesando las nuevas tendencias procesales que en el juicio no ven vínculo directo entre las partes sino entre cada una de ellas y el Estado, afirman la noción ya sostenida por Saredo dentro de la ciencia italiana según la cual el perito "jura no sólo en interés de las partes sino también, y principalmente, en el de la justicia y de la verdad".

El juramento por parte del perito lo inviste de la función de auxiliar judicial que lo hace recusable como los jueces; participa así la función pericial en la administración de justicia que es por definición constitucional uno de los atributos eminentes del poder del Estado; el perito, según nuestro derecho, ha de conformarse en su posesión a una fórmula solemne cuyas palabras expresan la garantía que para las partes representa el recto y escrupuloso cumplimiento de su función; parece, pues, que según el código colombiano haya de descartarse la vieja noción según la cual las formalidades que rodean el funcionamiento de la prueba pericial se instituyen en provecho exclusivo de los litigantes, ya que la posesión es consubstancial de la función encargada por nuestra ley a los peritos. Pero aun cuando estaban en boga las nociones civilistas sobre la naturaleza del derecho de acción el Tribunal de Casación de Turín en sentencia de veintitrés (23) de mayo de mil ochocientos ochenta y siete (1887), transcrita por Mattirolo en las notas al Tomo 2º del Derecho Judicial Civil, concluyó así: "'Estas (las partes) pueden invocar la nulidad de la prueba pericial en el caso de que falte el juramento; pero tal nulidad no podrá ser declarada de oficio frente a la renuncia o simplemente al silencio de las partes". Es obvio que el concepto de "nulidad" traído en la transcripción anterior no puede tomarse literalmente porque ese vocablo en nuestro léxico induce nociones diferentes de las expresadas en la doctrina de que se hace mérito, en la cual se emplea asimilándolo a ineficacia, inanidad, esterilidad; así tomada aquélla, fácilmente puede advertirse que desechando las

características de función pública adscrita a la jurisdicción, que en nuestro derecho configura la actividad pericial, la ausencia legal de la posesión por parte de un experto ha sido reconocida como un vicio radical cuya purga, dentro de la noción más amplia, sólo podría buscarse en un acuerdo expreso de los litigantes.

En derecho moderno no existe el proceso convencional, en que juez y partes gobiernan a voluntad la secuela material del litigio; en casos particulares los contendientes pueden separarse de una norma procesal en virtud de acuerdo expreso o tácito, u omitiendo reclamo sobre su inobservancia, pero esta libertad resulta de que la norma sea dispositiva y no obligatoria, debiendo entenderse de este último linaje la que no derive de la ley los caracteres del primero.

Es indiferente para la aplicación de estos conceptos que la posesión no se haya surtido, o que habiéndose practicado conste en acta que por incompleta en su forma es inoperante, como quiera que la regularidad exterior de los actos procesales, desde el principio hasta la definición del pleito, es condición indispensable para la actuación de la ley. Chiovenda, en el tomo segundo de los Principios de Derecho Procesal Civil, a este respecto se expresa así: "Por las gentes profanas dirígense numerosas censuras a las formas judiciales, basándose en que las formas originan largas e inútiles cuestiones y frecuentemente la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho; y se proponen sistemas procesales simples o exentos de formalidades. No obstante, la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aun mucho más que en cualquiera otra relación social; su falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre". Consecuencia de lo anterior es que aunque el fin al cual se dirige un acto procesal se alcance de diversas maneras, sólo la elegida por la ley es eficaz porque al señalarla le ha dado el carácter de formalidad excluyente de los demás medios. (Casación Civil. Mayo 18 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..... 386, 1ª y 2ª y 387, 1ª

PERITOS (Honorarios de los)

— 215 —

En casos como el que contempla el proceso no puede perderse de vista la categoría de los expertos, la forma e importancia del dictamen, su interés y crédito profesionales y la responsabilidad que toman sobre sí, que son otros tantos factores de indiscutible entidad que se hace preciso tener en cuenta para la estimación de los honorarios, dándole así preferente aplicación a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, ya que la regla contenida en el inciso segundo de allí, como especial que es, rige únicamente para simples avalúos. (Negocios Generales. Auto. Junio 2 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

580, 1ª y 2ª

PERJUICIOS CIVILES (Competencia para conocer de estas acciones)

— 216 —

En asuntos como el del proceso en que la acción se funda en el incumplimiento por parte de la Nación de un contrato celebrado por ella con el actor, o sea, de una relación jurídica sobre intereses privados creada directamente entre demandante y demandado, el caso queda situado entre los contemplados por el artículo 40 del Código Judicial, modificado por el artículo 2º de la Ley 63 de 1943. (Negocios Generales. Auto. Septiembre 21 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 931, 2ª

PERJUICIOS CAUSADOS POR LA EJECUCION DE TRABAJOS PUBLICOS VERIFICADOS POR CUENTA DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO (Competencia para su conocimiento)

— 217 —

La Ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha adscrito privativamente a la jurisdicción especial de los Tribunales Administrativos el conocimiento de las controversias que se susciten por la ocupación o daño de propiedades inmuebles con causa en trabajos públicos, dentro de las condiciones y con las características que ha ido determinando la jurisprudencia (artículo 34, ordinal 2º, 54, ordinal 7º y 261 a 270, Ley 167 de 1941). El nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado, pues, en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su Capítulo XXII, que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil dándoles una naturaleza esencialmente objetiva y sacándolas de la competencia de la justicia general.

Ninguna duda cabe sobre la aplicación que corresponde darle a esta nueva norma en el caso de estudio a pesar de haber sido puesto **sub judice** antes de su vigencia, porque tratándose de una ley relativa a la organización judicial y a la competencia de los Tribunales su aplicación es inmediata y sin recortes cuando la ley misma no establece otra cosa o da normas especiales para regir los fenómenos de su tránsito. Es la solución que se ajusta a los principios que regulan la aplicación de las normas procesales en el tiempo, según los cuales, las referentes a la competencia, como concernientes que son al orden público, operan inmediatamente produciendo el efecto inevitable de hacer desaparecer la facultad que tenía un juez o tribunal para ejercer, como dice el artículo 143 del C. J., por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. La aplicación inmediata que compete a esta especie de leyes es consecuencia de la introducción de la idea del orden público en el problema de la retroactividad de la ley, que permite diferenciar sustancialmente el efecto inmediato del efecto retroactivo. No es actualizable para el caso la excepción que en su segunda parte trae el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 por referirse ella solamente a la sustanciación y ritualidad de los juicios, a la actuación judicial o proceso o expediente o auto (artículo 197 del C. J.), es decir, al procedimiento propiamente dicho y en manera alguna a la organización y competencia de los tribunales. La garantía constitucional se refiere al juzgamiento ante tribunal competente. (Casación Civil. Julio 3 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) .... 481, 1ª y 2ª

PERJUICIOS (Competencia para conocer de las controversias relativas a los causados por trabajos públicos)

— 218 —

Según el Código Contencioso Administrativo vigente las indemnizaciones con causa en trabajos públicos nacionales deben reclamarse del Consejo de Estado (artículo 261, Ley 167 de 1941); si se trata de la ocupación de una propiedad inmueble el Código la prevé y regula especialmente en el artículo 279. Todas las disposiciones del Capítulo XXII rigen casos de indemnización para que se apliquen por los jueces administrativos, por el Consejo de Estado cuando se trata de indemnizaciones por trabajos públicos nacionales, no importa el concepto que

se tenga de la propiedad cuando se hace la ocupación, bien sea por el Gobierno, o por el particular que se cree dueño. Cuandoquiera que se trate de reclamar indemnización de este género es obligatorio el sometimiento a la jurisdicción especial prevista en la ley. No puede ser optativo para el lesionado recurrir a una o a otra jurisdicción. (Negocios Generales. Junio 30 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 586, 2ª

PERJUICIOS

— 219 —

Declarado el actor por los médicos legistas un paranoico de tipo reformista o reivindicador solamente, pero no demente, no tiene acción que sea viable de indemnización de perjuicios por cuanto no aparece que aquel concepto sea erróneo o equivocado y pueda irrogar perjuicios. (Negocios Generales. Agosto 17 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 620, 2ª

PERJUICIOS

— 220 —

Hay una presunción de llevar empaque adecuado la mercancía que entra a una bodega para ser colocada con otra, si es que al recibirla no se hace constar que el empaque es defectuoso. La presunción se funda en que dentro de una administración ordenada de una bodega de almacenamiento debe hacerse constar el estado de los empaques al recibir la mercancía, para cubrirse de responsabilidades ulteriores. Es de suponer que una bodega bien organizada no admite, sin reparos, mercancías que están naturalmente expuestas al deterioro grave o a su destrucción por causa de empaque defectuoso.

Los artículos 55 y 57 de la Ley 79 de 1931, que hacen parte del capítulo XIX que trata de la "responsabilidad por la mercancía almacenada en bodegas oficiales", fijan la que corresponde a la Nación por pérdida o daño. (Negocios Generales. Septiembre 15 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 920, 2ª

PERTURBACION FUNCIONAL

— 221 —

La diferencia técnica entre "órganos dobles" y "órganos sencillos" tuvo su importancia antes del 1º de julio de 1938 y, aún puede concedérsele alguna respecto a la legislación actual, pues en el anterior Código (artículo 645) se agrupaban indiscriminadamente diversas consecuencias. Allí se confundían, como secuelas de una misma gravedad para los efectos de las sanciones, la enfermedad de por vida, la pérdida de un órgano o miembro, la deformidad física gravemente perjudicial y la perpetua incapacidad para trabajar como antes. En estas circunstancias era indispensable entrar en una serie de apreciaciones equilibradoras para no caer en injusticias, muy fáciles de cometerse al imponer las penas respectivas. Porque es claro que no resulta lo mismo perder un miembro que perderlos ambos, o sufrir la pérdida de un órgano que la de dos, cuando éstos son dobles; ni resultaba equiparable la deformidad física con la perpetua incapacidad para trabajar, ni en realidad, en medicina, puede hablarse propiamente de "enfermedad de por vida". Pero hoy esa distinción no es tan indispensable, puesto que el Código Penal vigente contempla separadamente todos los casos que pueden presentarse en tratándose de lesiones personales, sin invadir las zonas abandonadas del casuismo.

Es comprensible que un defecto funcional o una perturbación funcional, como lo ex-

presa el Código (y que viene a ser lo mismo), debe entenderse con relación al órgano de su actividad o al miembro en la suya, es decir, en un sentido funcional, puesto que es la función la perturbada o la que se vuelve defectuosa. Porque de otra manera habría que entender que sólo uno de los componentes del mecanismo está encargado de desarrollar la respectiva función fisiológica que, como ya se dijo, corre a cuenta de la pareja orgánica en forma tal que es imposible señalarle linderos a su acción conjunta. Habrá casos en que además de la perturbación consiguiente quede el ofendido con una deformidad física, por ejemplo, lo que no es poco común, especialmente cuando lo afectado es un miembro. Pero entonces, allí está el artículo 377 para resolver el conflicto. (Casación Penal. Agosto 20 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 546, 2ª y 547, 1ª

PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION (Diferencias entre las dos acciones)

— 222 —

No por diferentes las acciones de petición de herencia y de reivindicación dejan de tener semejanza, pues cuando en la de petición de herencia el demandante triunfa y consecuencialmente han de restituírsele los bienes herenciales, se siguen por mandato del artículo 1323 del C. C. las reglas de la reivindicación, como no podría menos de ser, aunque ley expresa no lo dijera. (Casación Civil. Abril 30 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 123, 1ª

PETICION DE HERENCIA

— 223 —

Cuando entre dos herederos se disputa sobre el mejor derecho a recoger la herencia la decisión que sobrevenga apareja necesariamente la investidura de dueño de los bienes relictos en relación con la parte favorecida; es claro que dentro de ese concepto no puede entenderse que el representante a título universal vaya a ostentar ante terceros un dominio superior al que el causante tuviera, pero en frente de quien le disputó la calidad de heredero queda revestido de todos los poderes jurídicos del difunto sin que sea de recibo entre ellos controvertir, para el solo efecto de liquidar prácticamente la acción de petición de herencia, el verdadero dominio del causante sobre tal o cual especie de las que integran la universalidad. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 755, 2ª

PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION (Diferencias entre las dos acciones)

— 224 —

No es viable jurídicamente la confusión que hace el recurrente entre la acción de petición de herencia y la de reivindicación para concluir que como no se demostraron extremos propios de la última no es admisible la primera. Inaceptable es esa confusión porque en acciones como ésta no se establece controversia entre propietario y poseedor, o sobre prevalencia de títulos entre dueños, sino que la materia litigiosa es el mejor derecho al patrimonio de **de cujus** y, consecuencialmente, a los bienes que lo forman según los inventarios practicados, o que lleguen a formarse dentro de las diligencias sucesorales. (Casación Civil. Septiembre 14 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 756, 1ª

PETROLEOS

— 225 —

Antes de expedirse el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, ya la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia había consagrado la doctrina que después estableció la ley, de que la reserva del subsuelo petrolífero en favor del Estado se hizo al expedirse el Código Fiscal de 1873, y que desde entonces las adjudicaciones de tierras baldías a particulares no han llevado consigo ciertas sustancias minerales ni los yacimientos de hidrocarburos. Esto sentado y especialmente ya en la vigencia de la Ley 160 de 1936, era natural que los jueces reconociesen valor probatorio para acreditar la exigencia del artículo 10 de dicha ley, a cualquier demostración legal admisible según las reglas generales que rigen la materia de las pruebas. Por eso ha declarado la Corte: "No es indispensable para acreditar el dominio privado del petróleo, ante el Poder Judicial, que se presente un título emanado del Estado, como sí lo es ante el Ministerio del ramo. La Corte, en la amplitud no limitada que tiene para admitir y apreciar las pruebas, puede aceptar, en los juicios sumarios, cualquiera demostración que satisfaga en forma plena la exigencia del artículo 10 de la Ley 160 de 1936, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873". La misma doctrina se encuentra en sentencia del 10 de abril de 1940. No ocurre lo propio tratándose de la comprobación que la ley exige para el reconocimiento de la propiedad privada petrolífera ante el Ministerio del ramo correspondiente. Para el trámite administrativo, conforme al artículo 7° de esa ley, es necesario acompañar ante el Ministerio la prueba determinada en el aparte a) de ese artículo, y por lo mismo, la demostración del dominio petrolífero se halla limitada a un título emanado del Estado anterior al 28 de octubre de 1873 o a los documentos públicos que acrediten su existencia.

La amplitud reconocida a la justicia ordinaria ha permitido el desarrollo a la doctrina jurisprudencial en los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, que dan entrada a la comprobación del dominio privado del petróleo a otros medios de prueba, como es el de la prescripción, fundada en la explotación económica del terreno que fue realmente poseído con cultivos, ganados, etc., diferente de la prescripción exigida por el Código Civil.

Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y la certificación del Registrador de I. P. y la determinación precisa del terreno, que son, respectivamente, los requisitos previstos en los numerales b) y c) del artículo 28 de la ley del petróleo, modificado por el artículo 7º de la ley 160 citada, los exige la ley para avisos de exploración y explotación, es decir, que esas pruebas deben acompañar los avisos, y como éstos, con todos sus documentos, pasan a la Corte cuando el Ministerio se abstiene de hacer el reconocimiento de la propiedad privada del petróleo, ha de entenderse que las pruebas demostrativas de tales requisitos debe examinarlas también la Corte para constatar que se han producido en los términos del ordenamiento legal. La Corte debe pronunciarse, pues, no solamente sobre las comprobaciones del dominio privado del petróleo, en sí mismas, sino sobre el lleno de las otras demostraciones acerca de la propiedad en la persona que da el aviso de la determinación precisa del terreno. Respecto de las oposiciones, aunque según la ley los requisitos de que se ha venido hablando no son expresamente obligatorios, la igualdad de los dos casos, que dan origen a un mismo hecho jurídico procesal, para demostrar la propiedad privada del petróleo en una oposición a la celebración de un contrato y demostrarla en un aviso de exploración y explotación, lleva a una conclusión idéntica sobre la obligatoriedad de aquellos requisi-

tos. Por eso la jurisprudencia de esta Sala exige su cumplimiento cuando se trata de acreditar el dominio privado del petróleo en casos de oposiciones. (Negocios Generales. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

297, 1ª y 2ª y 298, 1ª

PETROLEOS (Casos en que es necesario verificar los lotes sobre el terreno)

— 226 —

Salvando el criterio de interpretación de los títulos hecho por la Procuraduría, que lleva razonablemente a exigir, para la seguridad de la determinación de los lotes o áreas, su verificación sobre el terreno, estima la Sala que no es en todos los casos indispensable que tal verificación se haga. Concretando el concepto a lo que ocurre en la determinación de las tierras comprendidas en una propuesta de contrato o en una oposición, la Sala estima, y así lo ha practicado, que cuando quiera que el Ministerio del ramo formula objeciones o reparos a la precisa determinación de las tierras y posteriormente esos interrogantes no se contestan satisfactoriamente con pruebas complementarias durante el trámite del asunto en la Corte, por no poder oponer ella al juicio de los expertos otro parecer técnico, ha de dar valor a las objeciones que se hicieron en el trámite administrativo y, por consiguiente, declarar la ineficacia de los títulos por lo que mira a la determinación precisa de las tierras. Pero cuando el Servicio Técnico del Ministerio no ha presentado objeciones en el particular, es natural y justo procesalmente deducir que los títulos en cuestión satisfacen los requisitos necesarios para la determinación de las áreas respectivas en el terreno. (Negocios Generales. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

308, 1ª y 2ª

POLICITACION U OFERTA

— 227 —

La doctrina señala como períodos precontractuales aquellos que se consideran necesarios para la formación del consentimiento, y que se conocen bajo los nombres de policitación u oferta y aceptación; sobre el alcance y obligatoriedad de la primera, los sistemas teóricos y legales se dividen según sigan la escuela francesa, calcada en el viejo aforismo **"ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur"**, o que militen bajo la noción germana; dentro de la primera la oferta caduca por muerte o incapacidad del oferente, y éste puede retractarse con libertad antes de la aceptación; conforme a la segunda emitida la oferta, asume caracteres de obligatoriedad para quien la formula, cuya muerte o incapacidad, por otra parte, no conllevan la caducidad de la oferta; difieren pues los dos sistemas en el valor que otorga cada uno al acto unilateral constituído por la simple policitación.

Nuestro Código Civil, a ejemplo del chileno, no incluyó preceptos reguladores de estos estados o períodos precontractuales, haciéndose así necesaria la aplicación en el campo de las obligaciones civiles de los preceptos que el Código de Comercio sobre estas materias contiene; el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 hizo y hace todavía forzosa tal regulación analógica. Este último estatuto incorporó una noción ecléctica según la cual las modalidades que el mismo oferente imprima a su gestión hacen o no obligatoria la oferta, pero imponiéndole siempre la carga de indemnizar al destinatario en caso de retractación (artículos 186 y 187 del C. C.); el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 reglamentario de la opción siguió de cerca este ordenamiento aunque callando respecto del resarcimiento.

En lo que sí están de acuerdo las teorías

que se dejan brevemente nombradas es en que la aceptación de la oferta por parte del destinatario perfecciona el vínculo contractual cuando para ello sólo se requiere el acuerdo de las voluntades abriéndose así el campo a nuevas discrepancias teóricas y legales para la determinación del instante en que se forma el consentimiento; ellas se recogen en cuatro criterios principales, a saber: a) el de la declaración según el cual al ser aceptada la oferta por el destinatario sucede dicho fenómeno; b) el de la expedición, o sea el que acude para determinar ese momento al envío o expresión adecuada de la aceptación; c) el de la información que se refiere a la hora en que el oferente conoce que el destinatario aceptó; y d) el de la recepción que se coloca sobre el hecho del recibo de la respuesta por el oferente aunque no se haya enterado de su contenido.

Esta discrepancia se justifica por la importancia que desde todo punto de vista tiene la exacta fijación cronológica de la formación del consentimiento que es la del contrato.

Nuestra ley (artículo 188 del C. de C.) acoge la teoría de la expedición: "En el acto de expedida la respuesta, pura y simplemente aprobatoria de la propuesta el contrato queda perfeccionado, y produce todos sus efectos legales....". (Casación Civil. Agosto 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 733, 1ª

POSEEDOR (Los derechos del vencido en acción reivindicatoria deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador)

— 228 —

Los derechos otorgados al poseedor vencido por los artículos 965 y 966 del Código Civil, como consecuenciales que son de la prosperidad de la acción reivindicatoria, cuando se comprueba que existen, pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto, según así lo ha admitido invariablemente la jurisprudencia. (Casación Civil. Junio 3 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 415, 2ª

PRECLUSION (Como fenómeno procesal)

— 229 —

La preclusión, como fenómeno procesal, consiste en que, surtidos determinados actos o transcurridos ciertos términos, no es posible a las partes ejecutar actos procesales determinados, o, en general, actos procesales; así el vencimiento del lapso de tiempo de que el demandado dispone para contestar la demanda precluye la oportunidad de proponer excepciones dilatorias; hecha la citación para sentencia, precluye la facultad de aducir pruebas y de presentar alegaciones, decidido un litigio incidental, no es jurídicamente posible volver a intentarlo. Así el proceso va desenvolviéndose en períodos sucesivos, de los cuales los posteriores hallan origen y firmeza en la de los precedentes, desenvolviendo el trámite lógica y ordenadamente hasta la sentencia, que sobreviene así como la culminación normal del agotamiento del trámite. (Casación Civil. Mayo 31 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....411, 2ª

PREMEDITACION

— 230 —

El criterio para determinar la premeditación (dolo premeditado) es la calidad y naturaleza de los motivos determinantes del delito. (Casación Penal. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 183, 2ª

PRESCRIPCION (Interrupción de)

— 231 —

La interrupción de la prescripción sólo sobreviene con la notificación de la demanda,

según la constante aplicación dada a los artículos 2525 y 2539 del Código Civil. (Negocios Generales. Septiembre 1º de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 623, 1ª

PRESCRIPCION (Cuándo alguien puede agregar al tiempo de su posesión el de la de otro)

— 232 —

Esto de agregar alguien a su posesión personal la de otra u otras personas, es potestad conferida por el artículo 778 del C. C. a quien tiene con esa otra u otras personas un vínculo legal que le dé la calidad de sucesor. Dos o más posesiones sucesivas no pueden sumarse con tal fin, aunque sean continuas, si no las ata tal vínculo. Este artículo comienza dando por sentado que "se sucede a título universal o singular", o mejor dicho, tomando esta circunstancia como base o punto de partida, como requisito para la aludida potestad de agregación. (Casación Civil. Abril 23 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 103, 2ª y 104, 1ª

PRESCRIPCION

— 233 —

El artículo 2358 del Código Civil contiene en su segunda parte la regla de que las acciones reparatorias del daño que puedan ejercitarse **contra terceros responsables,** prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto, lo que implica necesariamente la coexistencia en el hecho culposo que origina la obligación de resarcir el perjuicio de un actor material y de otra persona obligada a responder por él en virtud de ciertos vínculos que la ley ha establecido en el Título XXXIV del Código Civil. (Negocios Generales. Septiembre 1º de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 623, 2ª

PRESCRIPCION Y CADUCIDAD (La acción de filiación natural puede ejercerse contra los herederos del presunto padre)

— 234 —

Entre la prescripción y la caducidad, aunque ambas son medios de técnica jurídica para producir la extinción de los derechos y las acciones, hay diferencias sustanciales notadas por los tratadistas. La primera, como modo de extinguir las acciones ajenas sólo se produce como consecuencia de no haberse ejercitado dichas acciones durante cierto lapso de tiempo, en tanto que la caducidad es la extinción por cualquiera causa, el transcurso del tiempo, inclusive. Pero ni aún en el caso de que coincidan en la causa del decurso temporal, cuando la caducidad opera sobre los plazos o términos prefijados, pueden confundirse, porque la extinción prescriptiva, consecuencia del abandono o negligencia en el titular de la acción, no es de declaración oficiosa debe ser alegada, puede interrumpirse y suspenderse y renunciarse, en tanto que la caducidad opera **ipso jure** y sus efectos se cumplen fuera del alcance de la voluntad particular, como un imperioso mecanismo legal. En todo caso, ambos fenómenos, como destructores o esterilizantes de derechos civiles que son, pertenecen al orden público y se gobiernan por las disposiciones restrictivas que los establecen y consagran. Pugna con todos los principios y normas de prescripción o de caducidad cuando la ley no los ha creado expresamente, como acontece con la Ley 45 de 1936, y resulta arbitrario e irregular interpretar este silencio de la ley colombiana en un sentido excepcional y restricto que conduce al sacrificio del derecho. Carece de fundamento aceptable la deducción de que si la muerte del padre no extingue la acción de la ley 45 se convierte ésta en perpetua, porque fuera de que, como ya se vio, está aparejada en su duración a

la vida del hijo, lo que ya le quita la perennidad, la muerte del obligado a responder de los resultados de la acción no es acontecimiento que pueda influir en el fenómeno prescriptivo, subordinado de manera exclusiva a la inercia de su dueño en ejercerla, o silencio de la relación jurídica, según expresión de algunos tratadistas.

La calidad de personal que tiene la acción de que se trata, unida inseparablemente a la vida del hijo, pierde su sentido y operancia jurídica cuando se la desplaza de quien tiene el derecho de actor hacia el responsable legal de la acción, de su sujeto. Respecto de éste es impertinente hablar de intransmisibilidad de la acción de declaración de la paternidad a sus herederos para deducir la improcedencia de ejercerla contra los continuadores de la personalidad jurídica del difunto. La cuestión a este respecto hay que plantearla y resolverla desde el punto de vista de la transmisibilidad de las consecuencias onerosas que la ley atribuye precisamente al hecho de la paternidad judicialmente declarada, y desde este ángulo de apreciación nada se opone a la solución adoptada, porque la regla o norma general de derecho es la de que todos los derechos y obligaciones que integran la universalidad patrimonial pasan a los herederos, en quienes se prolongan los efectos de los actos y hechos jurídicos de su causante, con las excepciones, como tales, expresamente determinadas en la ley y los que por su naturaleza jurídica de personales deben tener la calidad de intransmisibles, categoría ésta en que el recurrente pretende colocar la acción de la ley 45 respecto de los herederos del padre, porque —dice él— si la ley hubiera querido que fuera transmisible, lo habría tenido que decir. La raíz de toda esta equivocación consiste principalmente en considerar que es la sentencia judicial la que crea el **status** jurídico de hijo natural olvidando que la acción de la ley 45 no puede tenerse ni llamarse de investigación de la paternidad porque ella no autoriza ninguna inquisición al respecto, sino que se limita a declararla a base de la adecuada demostración de uno de los hechos predeterminados taxativamente que conllevan implícitamente la calificación jurídica de paternidad natural con las consecuencias de todo orden que la ley le atribuye. No correspondiéndoles a estos efectos, que son obligaciones nacidas de la ley, la condición excepcional de intransmisibles por disposición legal expresa, ni por su calidad de personales, como son los generados en contratos **intuitu personae**, se impone la aplicación de los principios generales como solución de doctrina, porque en esto, como ya se dijo, en relación con los plazos prefijos o caducidad, los casos de excepción o que se separan de la regla general deben encontrarse consignados en textos positivos y concretos. Resulta menos desacertado parangonar las obligaciones que la ley asigna a la paternidad como hecho extramatrimonial con las que se generan en la comisión de un ilícito civil, sobre la transmisibilidad de las cuales no cabe sugerir ninguna duda.

En Colombia los juicios de la doctrina y de la jurisprudencia francesas no pueden ser eludidos bajo ningún pretexto, porque aquí como en la legislación francesa impera el principio de derecho universal de que el heredero es el continuador jurídico de la persona del causante, y hoy, aquí como allá, la filiación natural declarada judicialmente se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aun en concurrencia con los hijos legítimos. No habiendo regla especial que liberte a los herederos del padre de la obligación de contestar al derecho ejercitado por el hijo, ellos son los llamados legítimamente al juicio y no lo pueden eludir. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

371, 2ª y 372, 1ª

PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DE LOS DEPARTAMENTOS

— 235 —

El reconocimiento de un sueldo por enfermedad debe hacerse por la autoridad administrativa o por la Caja de Previsión Social del Departamento, o en su defecto, por el Tribunal Administrativo correspondiente.

El pago ha de hacerse por la Caja, si ya está ordenado, o disponerlo la Caja o la autoridad administrativa; y si hay controversia en cuanto al pago, respecto a una prestación ya reconocida, la decisión le corresponde a la justicia del trabajo (artículo 58, Ley 6ª de 1945) y Decreto ley número 2158 de 24 de junio de 1948). (Negocios Generales. Auto. Agosto 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 600, 1ª

PRESUPUESTOS PROCESALES

— 236 —

Ya había dicho la Corte que el "fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar es una de las condiciones de la acción o sean los requisitos indispensables para obtener sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (meritae causae) se llaman así en frente de los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que sobrevenga en el proceso un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones.... La identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción, condición de aquella llamada **"legitimatio ad causam"**, y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo....".

Los presupuestos procesales no son sino tres: juez, actor y reo, y en relación con ellos es necesario considerar numerosas circunstancias que confluyen a formar cada presupuesto y cuya quiebra induce la inexistencia de éste obstaculizando el advenimiento de la sentencia estimatoria del fondo controvertido. De estos fenómenos es necesario distinguir otros que no se refieren a la existencia del proceso sino a la del derecho de acción en el demandante; se conocen como condiciones de la acción y miran no a que sobrevenga un fallo que solucione la relación procesal, sino una decisión favorable a las súplicas de la demanda; no es posible discriminar y sistematizar las condiciones de la acción como se hace con los presupuestos procesales porque mientras éstos reflejan en el fenómeno público y general llamado proceso, aquéllas inciden en el funcionamiento de cada derecho subjetivo de cada acción condicionado por las circunstancias individuales de quien lo ejerce y del fin con el cual lo hace; las condiciones de cada acción difieren como los sujetos de cada una, y como las situaciones singulares que cada acción contiene o revela; no obstante en esta multiplicidad hay un fenómeno constante que siempre recoge una buena suma de condiciones de la acción llamado interés jurídico o, en un sentido procesal más exacto, legitimación para obrar; ésta no es susceptible de confundirse con presupuesto procesal alguno porque sin ella puede constituírse el proceso aunque sin éxito para el actor, ni con la personería sustantiva, la cual reside en los particulares que se dejaron vistos ya; la falla de los presupuestos procesales apareja, por regla general, nulidades; la de la legitimación en causa el insuceso de la gestión actora. Cuando deja de realizarse alguno de aquéllos no puede hablarse con propiedad de excepción, salvo en el aspecto dilatorio de forma que reconocen los numerales 1º y 2º del artículo 330 del

C. J.; fuera de esa oportunidad singularísima la inexistencia de los presupuestos conlleva la del proceso, excluyendo la posibilidad de examinar la acción o la excepción que no hallan virtualidad jurídica sino dentro de aquél, presuponiéndolo, por tanto. A propósito de acción y de excepción se observa que este último fenómeno, sea de fondo o de forma, no opera sino en frente de una acción cuyo examen procede previamente al de cualquiera medios defensivos que tiendan a enervarla, y que, por tanto, también por este aspecto resulta exótico y jurídicamente imposible declarar probada una excepción consistente en la ausencia de algún presupuesto procesal. (Casación Civil. Agosto 16 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....712, 1ª y 2ª

PREVARICATO

— 237 —

Soler, siguiendo a Carrara, afirma que el elemento específico del prevaricato está en el elemento subjetivo, esto es, en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho conocido. No basta, pues, que se muestre la incorrección jurídica de una sentencia —dice—: será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y así puede concluírse que no son suficientes el descuido ni la negligencia, pues no hay prevaricato por culpa, y que ni siquiera el error o la ignorancia le sirven de fundamento. "El prevaricato consiste en el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es". (Soler, Derecho Penal Argentino). El Código Penal Colombiano, a más del a sabiendas, exige la comprobación del motivo, sentimiento o pasión que debe haber inspirado la providencia judicial, o sea, la simpatía o animadversión a una de las partes. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. Tomo LXIV. 2060-2061).....222, 1ª

PREVARICATO

— 238 —

La Corte, en providencia de 6 de septiembre de 1946, después de declarar que para que el prevaricato se configure es menester que se reúnan tres elementos, a saber: la calidad oficial del agente, que proceda a sabiendas, y, además, por simpatía o animadversión hacia los interesados, expuso su opinión de que la redacción del artículo 163 del Código Penal podía prestarse a interpretaciones distintas, vale decir, que para los actos positivos podía entenderse que bastaba el elemento a sabiendas, mientras que para los negativos era necesario comprobar, además, el sentimiento o móvil subjetivo que ha determinado la actuación judicial arbitraria o injusta. La tradicional doctrina de la Sala ha sido la de que es necesario para el prevaricato que se demuestre en todo caso, no solo que se ha procedido a sabiendas, sino por simpatía o animadversión para con las partes. (Casación Penal. Auto. Octubre 1º de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....911, 2ª

PREVARICATO — (La sanción imponible cuando el delito se comete en un proceso penal es siempre la del artículo 168, inciso 2º del C. P.)

— 239 —

El Tribunal sostiene la tesis de que el inciso 2º del artículo 168 del C. P., no es aplicable a delitos de prevaricato que se imputa al ex-juez Castro Trespalacios, porque la disposición se refiere al caso de que en una sentencia criminal se imponga a determinada persona una sanción penal en la forma que contempla la disposición citada, y no al delito de prevaricato que se cometa o pueda

cometer en la sentencia penal al imponer una condena por perjuicios.

Al interpretar la ley —el fallador— no tiene otra misión que la de fijarle su sentido y alcance con sujeción a las normas de los artículos 25, 26, 27 y siguientes del capítulo 4° del Código Civil, y es obvio que cuando el sentido de la ley es claro, no puede desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, para luego deducir por vía interpretativa conclusiones que la misma ley no autoriza.

Cuando el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, comete o ejecuta un delito de prevaricato en las circunstancias o móviles determinados en el inciso 1° del artículo 168 del C. P., incurre en prisión de **seis meses a cinco años**; pero si la sentencia contraria a la ley expresa se dicta en un proceso penal, la sanción se aumenta de dos a ocho años de presidio, al tenor del inciso 2° del artículo comentado.

Lógico y natural es suponer que el pensamiento del legislador fue uno al fijar la pena para el delito de prevaricato contenido en el artículo 168 del C. P., sin considerar la clase de sanción impuesta, porque si la intención del legislador hubiera sido la de separar esos dos conceptos—condena en perjuicios y sanción penal—expresamente lo hubiera determinado; no lo hizo porque estimó que el aumento de pena debe hacerse en todo prevaricato cometido en una sentencia penal. En este evento no cabe hacer separaciones, porque donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete hacer distinciones que la misma ley no autoriza.

Por otra parte, cuando la acción por perjuicios se inicia dentro del proceso penal, ésta —acción civil— participa de los caracteres de la acción pública y no puede adelantarse —por separado— sino en los casos expresamente autorizados por la ley (artículo 25 del Código de Procedimiento Penal). Así, pues, la sentencia que en estos casos se dicta es una, y el prevaricato que en ella se cometa para efectos de la respectiva sanción también es uno e indivisible, porque lógicamente no se podría hacer ninguna distinción real sino abstracta para separar la cuestión penal de la civil, máxime cuando las dos acciones se resuelven en una sola sentencia. Por tanto, el delito de prevaricato que se cometa o pueda cometer en la sentencia pronunciada en un juicio criminal está sujeto a la sanción determinada por el inciso 2° del artículo 168 del Código Penal —**dos a ocho años de presidio**— y esta pena es la base que el fallador debe tener en cuenta para efecto de computar la prescripción de la acción penal.

"Como se ve —dice el colaborador— la última parte del precepto se refiere perentoriamente, para agravar la sanción del prevaricato, a sentencia "en juicio criminal", sin hacer distinción alguna acerca de la clase de sanciones que se impongan en el fallo, pues las comprende a todas, y así sean las penas principales y las accesorias, las privativas de la libertad y las referentes al pago de perjuicios.

"Y es claro que la ley no podía hacer esa clase de distinciones, porque todos los objetivos del proceso penal son de orden público, aun la misma indemnización a la víctima del delito". (Casación Penal. Mayo 24 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).....841, 1ª y 2ª

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

(Requisitos para que un escrito se tenga como tal)

— 240 —

En su Tratado de Pruebas dice el expositor Francisco Ricci: "Según dispone el artículo 1347, para que haya principio de prue-

ba escrita, que haga admisible la prueba testifical, no basta que se tenga un escrito cualquiera proveniente de aquel contra quien se propone la demanda, o quien lo represente, sino que es necesario que el escrito haga verosímil el hecho alegado, esto es, el hecho que se quiera probar por medio de testigos. Se deduce de aquí que el documento sobre que se funda el principio de prueba debe tener necesariamente relación con el hecho que se quiera probar por medio de testigos; no basta, no vale que tenga relación con otro hecho cualquiera. El que se tenga la prueba de un crédito no basta para que éste pueda servir de principio de prueba por escrito hasta hacer admisible la prueba oral, a fin de demostrar la existencia de otros diferentes créditos. El escrito que haga verosímil el hecho alegado de que habla el artículo 1347, es aquel que está ligado con el hecho mismo que se alega. Es de necesidad lógica y jurídica que uno y otro se relacionen directamente; de otra suerte, el escrito no puede hacer el hecho verosímil. Deben, pues, estar como dos términos de una relación, y una vez que esto falte, ya no hay principio de prueba por escrito. Y es esto tan evidente, que no hay por qué insistir". Obra citada, Tomo 2º pág-35). (Casación Civil. Mayo 26 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063).....396, 1ª y 2ª

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

— 241 —

La verosimilitud propia del principio de prueba por escrito, requiere que entre el documento y el hecho que se trata de probar haya una relación cierta y no vaga, ambigua o imprecisa. (Casación Civil. Mayo 26 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....396, 1ª

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

— 242 —

Por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal que trae el artículo 93 de la ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara, total y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso. (Casación Civil. Mayo 26 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063).....394, 2ª y 395, 1ª

PROPIEDAD (Cuál es la prueba que de ésta se requiere en el juicio reivindicatorio)

— 243 —

El carácter de dueño exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de propiedad prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o **erga omnes**. Apenas respectivo, es decir,

frente al poseedor. (Casación, G. J. Tomo 43, pág. 339).

En la prueba del derecho de propiedad pueden contemplarse varias situaciones que interesa estudiar: a) Las dos partes presentan títulos de propiedad para comprobar sus derechos. Si éstos emanan de la misma persona se resolverá en principio, según la prioridad de la inscripción del título en la oficina de registro. Si emanan de personas distintas el demandado debe ser mantenido en la posesión por la presunción de dueño que ésta establece, a menos que el reivindicador logre demostrar que su autor le hubiera ganado al título del demandado, en caso de que el litigio se hubiera entablado entre ellos; b) Como segunda hipótesis se presenta el caso de que una sola de las partes tiene título. Si esta parte es el demandado permanecerá naturalmente en posesión. Si es el actor, obtendrá la restitución de la cosa reclamada, a condición de que su título sea anterior a la posesión del demandado. (Casación Civil. Agosto 18 de 1948. Tomo LXIV. 2064-2065) 717, 1ª

PROVOCACION (Requisitos para que configure la circunstancia modificadora del artículo 28 del C. P.)

— 244 —

La gravedad y la injusticia son las condiciones requeridas para que la provocación funde la circunstancia modificadora del artículo 28, como la sola injusticia caracteriza la de menor peligrosidad del art. 38 (3°).

La omisión, en el veredicto, de la injusticia o de la gravedad, desintegra, pues, el fenómeno del artículo 28, pudiendo originar otro como el del artículo 38, (3°).

El reconocimiento de una provocación solamente injusta, mas no grave, hecha por el Jurado y acogida por el Tribunal, no funda desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, cuando no se aplica el artículo 28. (Casación Penal. Marzo 8 de 1948. Tomo LXIV. 2060-2061) 192, 2ª

PROVOCACION (Condiciones para la aplicación del artículo 28 del C. P.)

— 245 —

Ya ha dicho la Sala cuáles son las condiciones que exige el artículo 28 del C. P. para que se acepte la circunstancia allí contemplada: que haya habido una **provocación**, esto es, palabras, gestos o actos que agravien, que lesionen lo material o la espiritual e inciten a reaccionar; que esa provocación sea **grave**, o sea, de tal entidad, que si no justifica, al menos explique el rechazo violento de la injuria; y, sobre todo, que sea injusta, vale decir, contra derecho, porque no puede pensarse que la ley quiera otorgar un privilegio a los sujetos fáciles a la ira, o poco resistentes ante las fuerzas perturbadoras del equilibrio psíquico. Ni la emoción ni la pasión son circunstancias atenuantes por sí mismas, sino que pueden serlo por los estímulos que les han dado nacimiento; o, en otros términos, no basta obrar en estado de ira o de intenso dolor, sino que tales situaciones se hayan producido por agravios de mucha monta que se hayan hecho en forma injustificada.

La tesis de que el no corresponder a un afecto intenso y, lo que es más, rechazar una propuesta de matrimonio, pueden considerarse como una provocación injusta y grave para el amante desdeñado, resulta de todo punto inadmisible porque el contrato matrimonial tiene la base esencial del libre consentimiento de las partes. Y ese consentimiento, que para la vida marital debe tener por motivo el afecto, no se obtiene o no se debe obtener por la fuerza, ni hay obli-

gación de prestarlo por las condiciones o sentimiento de quien lo solicita, por excelentes que sean. En esa lucha del amor hay fuerzas de acción o de reacción, de impulso y rechazo que, al fin, por el juego de las circunstancias de todo orden, pueden llevar al fracaso o fundir en la armonía necesaria a dos personas para llevar la existencia común del matrimonio. Pero las peripecias corrientes de esa lucha, los desdenes o el rechazo definitivo no permiten aceptar la reacción sangrienta del desdeñado, porque habría que admitir que el consentimiento, que debe ser espontáneo, puede ser obtenido por la fuerza, contra todas las leyes de la psicología y de la lógica. (Casación Penal. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....520, 1ª y 2ª

PRUEBAS (Características del sistema probatorio civil colombiano)

— 246 —

Nuestro sistema probatorio está fundado en un criterio legal-moral; legal en cuanto la tarifa ata al Juez a los medios de convicción admisibles, al valor que la ley les señala imperativamente, a los hechos que han de probarse para que la jurisdicción pueda tener por ciertas determinadas situaciones jurídicas; moral en cuanto desatando los lazos de la tarifa permite al juzgador, en ocasiones, valorar el material de convicción conforme a las impresiones que en su ánimo produzca, facultad que no autoriza para admitir medios que la ley no instituye en vehículos de certeza judicial, ni para mudar los hechos que deben probarse para tener por demostrados ciertos sucesos.

El carácter moral de nuestro sistema es excepcional, en consecuencia, y como tal limitado a circunstancias que escapan al rigor de la tarifa, modalidad que el fallador ha de tener en cuenta para no usar de tan singular facultad cuando la ley no la otorga, ya que con ello se subvierte la estructura del sistema, y las situaciones subjetivas de los litigantes vinculados a ella. (Casación Civil. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).

50, 2ª

PRUEBAS (Aprovechamiento en un proceso de las producidas en otro)

— 247 —

Es principio que tiende a afirmarse en la doctrina y la jurisprudencia el de que las pruebas son utilizables en proceso distinto de aquel en que fueron producidas, siempre que los dos procesos se ventilen entre las mismas partes. La transferencia de la prueba no puede hacerse sino en las mismas circunstancias en que fue producida y su apreciación por el juzgador que la recibe, sin haber intervenido en su administración, debe hacerla según su propio criterio, pero sin dejar de tener en cuenta la naturaleza del juicio en que fue producida y el papel que allí desempeña el juez que la decretó. (Casación Civil. Mayo 31 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063) 404, 1ª

PRUEBAS (Su admisibilidad. Principio de la adquisición procesal)

— 248 —

La ley en parte alguna vincula la admisibilidad de los medios de prueba a su origen procesal, sino que estatuye simple y llanamente los cauces por los cuales deben llegar al informativo para que puedan ser estimados. Dentro de los principios elementales que condicionan el desarrollo del litigio civil se halla el conocido bajo el nombre de adquisición procesal, en cuya virtud se reputa que el material de decisión pertenece por entero, en primer lugar, a las partes en cuanto en

él pueden fundar sus pretensiones y hallar la convicción de los hechos que en su concepto configuren la acción o la excepción y, en seguida, al Juez, quien al referir las pruebas a la **causa petendi** no ha de discriminar si se produjeron como satisfacción de una carga procesal predeterminada o como aporte legítimo a la normal constitución del juicio o a su recta decisión. (Casación Civil. Agosto 28 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).

732, 2ª

— R —

RECURSO DE HECHO

— 249 —

De los autos proferidos por un solo Magistrado de Tribunal no puede conocer la Corte para un recurso de hecho. Esos autos no son apelables, ora en virtud del artículo 198 del Código Judicial, ora en virtud del tercer inciso del artículo 84 del mismo Código. (Negocios Generales. Auto. Agosto 9 de 1948. T. LXIV. 2062-2063).....603, 2ª

RECUSACION (De un Magistrado de Tribunal)

— 250 —

El procedimiento de recusación de los Magistrados de las Salas Penales, de los Tribunales, se rige por los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Penal, y no por el artículo 442 del de Procedimiento Civil. (Casación Penal. Auto. Junio 19 de 1948. Tomo LXIV. 2062-2063).....568, 1ª

RECUSACIONES

— 251 —

La posición de parte o contraparte en un proceso, también como causal de recusación, no comprende la de querellante mientras éste no se haya constituído en parte civil. (Casación Penal. Junio 19 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 568, 1ª

REFORMA DEL TESTAMENTO (Acción de. No pueden ejercerla los legitimarios que simplemente fueron omitidos en el dicho acto)

— 252 —

La legítima rigorosa o la efectiva, en su caso, están comprendidas dentro de las asignaciones forzosas que el testador es obligado a hacer; y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. (Artículo 1226, C. C.). Para amparar ese derecho se concede a los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, la acción de reforma del testamento, mediante la cual pueden reclamar la legítima rigorosa o la efectiva, según que una u otra fueren procedentes (artículos 1274 y 1275 ibídem); pero esa acción se otorga a aquellos legitimarios que, mencionados en el testamento, han sufrido lesión o menoscabo en su correspondiente legítima; mas no cuando han sido simplemente omitidos o preteridos en aquél, porque entonces por disposición expresa de la ley debe entenderse que han sido instituídos en su legítima (artículo 1276 ibídem), la que comprende, como es obvio, la rigorosa o la efectiva cuando a ésta hay lugar. Como lo que ocurre en el presente caso es que los demandantes fueron apenas omitidos en el testamento, ellos carecen, como lo decidió el sentenciador, de la acción de reforma que han incoado, ya que la omisión del testador la entiende la ley como una institución de heredero y en esas condiciones les basta para lograr el reconocimiento de la integridad de su derecho a la legítima

rigorosa y a la efectiva, presentarse al respectivo juicio especial de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya éste está concluído, la correspondiente acción de petición de herencia. (Casación Civil. Julio 8 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) .489, 1ª y 2ª

REINCIDENCIA

— 253 —

Para tener a una persona como reincidente es necesario traer al proceso las copias de las condenas anteriores, según se ha exigido por la doctrina de la Corte y de los Tribunales en forma reiterada. La objeción del recurrente, según la cual es necesario para la reincidencia que se haya cumplido una condena y que después se haya delinquido, no es admisible. La ley no exige sino dos condiciones para que exista la reincidencia: que haya habido una sentencia condenatoria y que se cometa un nuevo delito antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia de condena (artículo 34 del C. P.). Es que, como lo anota el Ministerio Público, el condenado con las solemnidades del procedimiento que vuelve a delinquir, aunque no haya sido privado de su libertad por cualquier causa, demuestra la persistencia o tenacidad en las actividades antisociales, que lo hacen peligroso y merecedor de represión más severa, y esa es la base o razón de la figura jurídica de la reincidencia. (Casación Penal. Marzo 15 de 1948. Tomo LXIV. 2060-2061) 205, 1ª

REINCIDENCIA

— 254 —

Las condenaciones anteriores —como la Corte lo ha decidido en recursos análogos— cuando no configuran la reincidencia, la ley penal las toma y aplica como elementos de graduación de la peligrosidad, y, por lo tanto, de criterio directivo en la determinación de la sanción; imponer, pues, a los procesados la mínima del artículo 362 sería, ello sí, incurrir en una clara violación de la ley penal (numeral 2º, artículo 37).

En la determinación de la sanción —criterio que olvidaron los recurrentes— no intervienen o juegan únicamente las circunstancias de mayor peligrosidad; sin éstas podría aún imponerse una pena mayor del mínimo, si los motivos y gravedad del delito y la personalidad del agente, factores sintomáticos de la peligrosidad, lo justificaran e impusieran.

Es, pues, en la sentencia, y no en el auto de proceder, en la que —según las prescripciones del artículo 36 del Código Penal, y 159, 431 y 499 del de Procedimiento Penal— se califican las circunstancias que rigen la aplicación de la pena; gravedad, modalidades y motivos del delito y personalidad y peligrosidad del delincuente; siendo éste, por lo tanto, tema o parte de la sentencia, su omisión en el auto de proceder no implica la discordancia objetada mediante la tercera causal de casación". (Casación Penal. Junio 10 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 563, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

— 255 —

(Semejanzas y diferencias entre esta acción y la de petición de herencia).

(Véase "Petición de herencia y reivindicación" en el número 222 de este Indice)

(Casación Civil. Abril 30 de 1948. Tomo LXIV. 2060-2061) 123, 1ª

REIVINDICACION (Prueba de la propiedad)

— 256 —

Ya dijo la Corte que "al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo". (Casación Civil. Junio 9 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 424, 1ª y 2ª

REIVINDICACION (Al demandante corresponde demostrar que su derecho de dominio es mejor que el del poseedor)

— 257 —

Aducir una presunción es plantear un problema predominantemente de derecho probatorio, porque cuando una situación de hecho está regida por una presunción, sea legal o de derecho, el favorecido con ella tiene mucho ganado en el terreno de las pruebas judiciales. Así, según el artículo 762 del Código Civil, en juicio en que se controvierte el dominio, el poseedor no necesita demostrarlo sino que le basta el hecho de su posesión como primera defensa, que puede llegar a ser definitivamente eficaz en la decisión del litigio si su posesión comenzó antes que la titularidad del dominio del reivindicante y éste no aduce en el desarrollo del proceso un título anterior al inicio de esa posesión, que lo coloque en mejor situación respecto al derecho de la cosa contestada. Todo esto como consecuencia de la regla de derecho procesal que enseña y manda que incumbe y corresponde probar al que pretende modificar un estado de cosas actualmente establecido. En el caso de la reivindicación tal estado actual para el poseedor demandado es hallarse en contacto material con la cosa, con voluntad de dueño y sin ánimo precario. Quien pretende, pues, modificar ese estado es el reivindicante y a su cargo está, por consiguiente, justificar un mejor derecho con mérito probatorio bastante para destruír la presunción de la ley y desposeer al demandado. (Casación Civil. Noviembre 19 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 801, 2ª

REIVINDICACION (Teoría de la apariencia)

— 258 —

Excepcionalmente la Corte, con dos valiosos votos disidentes, admitió alguna vez, según sentencia de 20 de mayo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, págs. 46 y ss.), que la enajenación de un bien raíz hecha a terceros de buena fe por el marido, su aparente dueño, después de disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, era oponible al legítimo titular del bien enajenado, antes de que el demandado ganara la cosa por prescripción, dándole así desarrollo práctico a la teoría de la validación de los actos celebrados en virtud de la apariencia, amparando a un comprador de buena fe, con apoyo en la máxima **error communis facit jus.** Empero en ese fallo no se le asignó a la mera presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil la virtualidad de generar en el adquirente del titular aparente un derecho bastante como para oponerlo con éxito al verdadero dueño que ejercita la acción reivindicatoria. Allí para aplicar dicha máxima se requirió, además, que estuviera plenamente demostrada la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el comprador, al adquirir del titular aparente, hubiera sido víctima de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actuaba; b) Que el error hubiera sido invencible, exento de toda culpa, en tér-

minos tales que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido.

En la legislación colombiana no existe ninguna disposición legal sustantiva que formule de una manera expresa con alcance general el principio a que se viene aludiendo, y de allí que el reconocimiento de sus efectos sea preciso hacerlo, cuando ello es procedente, en contra de la ley, violando o subestimando sus preceptos positivos, desde luego que conforme a ese principio a la apariencia jurídica se la hace prevalecer sobre la realidad jurídica. Por tal motivo cuando en casación se invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J., que es la de violación de ley sustantiva, y no se encuentra que la sentencia quebranta el texto legal de esa naturaleza que se señala como infringido, resulta imposible invalidar el fallo acusado, con base en la sola alegación de la referida máxima, por más que los extremos o elementos que la configuran resulten plenamente demostrados en el proceso. En este mismo sentido ha fallado la Corte en sentencias de 25 de junio de 1942 (G. J. Tomo LIII, págs. 684 y 685) y 27 de julio de 1945 (G. J. Tomo LIX, página 397). (Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 781, 2ª

REIVINDICACION (**Prueba de la identidad de la cosa reivindicada**)

— 259 —

La identidad de la cosa singular de cuya reivindicación se trate no está sometida a determinados medios de prueba; para demostrar ese extremo puede acudir el actor a cualquier sistema idóneo dentro de los que la tarifa probatoria señala como legalmente eficaces; la idoneidad se referirá, pues, a la capacidad intrínseca de la probanza para acreditar en juicio un hecho controvertido de naturaleza determinada; es la índole de aquél lo que señalará el criterio en la elección de la vía para destacarlo procesalmente. La prueba testimonial es en principio tan apta como otra cualquiera para formar certeza judicial acerca de la identidad de un inmueble sometido a la acción de dominio, pero es obvio que cada caso singular indicará si en él es adecuada para dicho fin; los contornos o límites de un inmueble pueden caer bajo los sentidos de muchas personas, las cuales se encontrarán así en aptitud para deponer eficazmente sobre lo aprendido por ellas; pero también el relato de los testigos podrá referirse, no sólo a lo visto por los declarantes sino a su equivalencia con la descripción que de un lindero aparece en un título de dominio. En este último caso los relatos testimoniales pierden vigor porque ya no se limitan a los hechos que la doctrina y la ley le señalan como materia propia y normal, sino al juicio de los testigos en cuanto al contenido espacial de los títulos aducidos por el demandante. (Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) .... 778, 1ª y 2ª

RELEGACION A UNA COLONIA AGRICOLA (**Cuándo hay lugar a aplicar esta pena**)

— 260 —

El artículo 34 del Código Penal dice que al individuo que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito se le impondrá como sanción la que corresponda al delito aumentada en una tercera parte para la **primera reincidencia** y en la **mitad para las demás**, y en su inciso segundo agrega que además de las penas establecidas, de la **segunda reincidencia en adelante** se aplicará como accesoria la relegación a una Colonia Agrícola Penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida

llevado por el agente, demuestran en él una tendencia persistente al delito.

Pero la interpretación de la frase de **la segunda reincidencia en adelante,** para la imposición de la pena de relegación a una Colonia Agrícola Penal, no es propiamente la que sugiere el demandante, sino la que se deduce del contexto claro de la disposición citada. Si la expresión **en adelante,** compuesta de la preposición "en" que indica el lugar, tiempo o modo que determina la acción del verbo —se aplicará— y el adverbio "adelante" con la preposición antepuesta que denota tiempo futuro dentro del cual se aplicaría pena de relegación a una Colonia Agrícola Penal, se refiriera a la **tercera reincidencia** —como dice el demandante— y no a la segunda, sería necesario que expresamente lo hubiera establecido el legislador, pues de aceptar la tesis del recurrente en oposición a los claros términos de la ley, lógicamente habría que concluir, que el fenómeno de la reincidencia no se cumple por la comisión de un nuevo delito dentro de las condiciones señaladas por la ley, sino por la valoración que de la reincidencia haga el juzgador en la respectiva sentencia para individualizar la pena. (Casación Penal. Abril 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 831, 2ª y 832, 1ª

REPRESENTACION DE MENORES EN UN JUICIO

—261 —

El artículo 23 de la Ley 100 de 1892 apenas requería, cuando se trataba de un juicio universal, que el padre del menor fuera "por sí interesado en la causa" y no exigía que entre los intereses de ambos hubiese contrariedad u oposición para que no hubiera lugar a la representación que dicho texto consagraba. Era suficiente que el padre tuviera interés en la causa. Hoy, bajo la vigencia del actual Código Judicial, que en este punto modificó sustancialmente la legislación anterior, opuesto al del hijo, para que aquél no pueda llevar la representación de éste, por mandato sí se requiere que el interés del padre sea expreso del artículo 246.

Para que la representación en juicio universal del hijo por el padre fuera ilegal era suficiente, de acuerdo con el artículo 23 citado, que el segundo de los nombrados tuviera interés propio en la causa; pero como cuando la presente controversia se propuso ya estaba en vigencia el artículo 246 del C. J., conforme al cual es procedente deducir que la representación en aquellas condiciones o circunstancias ya no es ilícita sino, por el contrario, lícita, pues para que no lo sea ese artículo requiere además la concurrencia de intereses opuestos entre el padre y el hijo, piensa la Corte que el punto en referencia debió estudiarse a la luz de la nueva disposición legal, no sólo porque ésta modificó parcialmente aquélla, extinguiendo el vicio inicial de ilictud, al autorizar la representación del padre cuando apenas tiene interés común, pero no opuesto, con el hijo en la causa, sino también porque el nuevo texto le amplió al padre o madre de familia la capacidad para representar en juicio al hijo, y como tal debe tener aplicación preferencial inmediata al tenor de lo estatuído en el artículo 20 de la Ley 53 de 1887. (Casación Civil. Abril 7 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 95, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. SERVIDUMBRES

— 262 —

La alcantarilla que, en el caso del proceso, produce los desagües que contaminan y en gran parte inutilizan las aguas de uso común está destinada a prestar un servicio público de higiene colectiva de un barrio de la ciu-

dad, de modo que siendo éste uno de los deberes de la entidad distrital, no cabe en su enunciación y planteamiento el concepto jurídico de servidumbre, como fenómeno del derecho privado. La circunstancia de que la obra municipal obedeciera a la necesidad de la realización de uno de los fines sociales que le son propios, por carecer de otro medio o manera de conducir las aguas negras de la ciudad, aunque justificativa en el campo de las actividades estatales, no se puede estimar como exonerativa de la correspondiente obligación de reparar los daños que efectivamente se haya causado a los particulares. Así lo había dicho ya la Corte en sentencia de casación del 2 de octubre de 1947 (G. J. Tomo LXIII, página 479), al explicar la afirmación de que la noción jurídica del estado de necesidad no tiene operancia en las relaciones que se producen entre la administración y los particulares para efectos de la responsabilidad. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 770, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL (**No son acumulables las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual**)

— 263 —

La jurisprudencia y la doctrina aceptan la posibilidad jurídica de que el heredero de quien pereció en un accidente ocurido en la ejecución de un contrato de transporte ejercite cualquiera de las dos acciones: la indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, emanada de éste, colocándose en el lugar y posición del contratante muerto, a cuyo patrimonio había ingresado, y demandando, como sucesor y para la sucesión de la víctima, las reparaciones a que haya lugar dentro de los límites del contrato, o la indemnizatoria por culpa aquiliana, colocándose por fuera del contrato, con desvinculación de toda relación jurídica preexistente, demandando directamente y en propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro. El mismo hecho puede dar lugar a las dos acciones según sea el carácter y posición con que se presente la víctima en la acción indemnizatoria, y desde luego con las consecuencias diferentes que cada caso comporta en lo concerniente a la extensión y naturaleza de las pretensiones del actor y la manera de establecerlas en juicio. Lo que es improcedente es la acumulación y yuxtaposición de estas dos acciones diferenciadas de responsabilidad porque de ese modo se llegaría a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio, como lo ha dicho la Corte. (Casación Civil. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 697, 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

— 264 —

En el caso del proceso el accidente corre a cargo de los agentes del Estado por no haber provisto de gasolina en cantidad suficiente el avión que conducía a los pasajeros. (Negocios Generales. Septiembre 13 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 631, 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO (**Por equivocada aplicación de la ley. Cuándo hay lugar a ella**)

— 265 —

La jurisprudencia de la Corte ha admitido culpabilidad a cargo del Estado por errada o equivocada aplicación de la ley cuando ella se hace "con intención dolosa" o cuando existe en la aplicación "ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de alguna persona". (Negocios Generales. Abril 29 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 578, 1ª

REVISION (De una sentencia)

— 266 —

La norma del artículo 542 del C. J. contiene, como se ve de su texto, dos extremos diferentes, a saber: 1º—Que se recobren piezas decisivas detenidas por fuerza mayor, y 2º—Que se recobren piezas decisivas detenidas por obra de la parte favorecida. (Casación Civil. Mayo 17 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 144, 2ª

REVISION

— 267 —

El recurso de revisión no está configurado y autorizado por el legislador como una nueva instancia del juicio, en donde sea legalmente posible volver a debatir y resolver libremente sobre las cuestiones decididas en la sentencia, sino como un remedio extraordinario que se endereza sí a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, pero sólo cuando oportunamente se alega, concurre y se demuestra alguna de las causales expresas y limitativamente previstas en la ley (artículo 542 del C. C.) como motivo de revisión. Es únicamente después de que se estima legalmente fundado el recurso y se invalida, por consiguiente, el fallo, cuando la Corte puede y debe proceder a dilucidar nuevamente las cuestiones planteadas en el pleito, dictando la sentencia que juzgue arreglada a derecho. En caso contrario, es decir, cuando la causal alegada es infundada, ya porque no se trate precisamente de una de las taxativamente consagradas en la ley o porque aún tratándose de alguna de ellas, no se demuestre en forma plena y completa la totalidad de las circunstancias que la configuran, aquel examen lo veda o impide la fuerza de la verdad legal que por ministerio de la ley conlleva la sentencia ejecutoriada. (Casación Civil. Mayo 17 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) ..... 146, 1ª y 2ª

RIÑA

— 268 —

La Corte ha venido sosteniendo en señalados casos la tesis de que los elementos constitutivos de las circunstancias modificadoras generales o específicas taxativamente enunciadas en la ley deben haber sido planteadas en toda su integridad dentro de la respuesta del Jurado para que al recogerlas la sentencia haga la aplicación penal que sea conducente a cada uno de estos casos. La respuesta del Jurado que simplemente hable de riña deja por fuera un elemento fundamental en este fenómeno modificador de la responsabilidad y de la sanción cual es la imprevisión por parte del provocado a la riña que se suscite entre dos o más personas. En consecuencia, no siendo conforme al estatuto penal vigente la riña, como lo era antes, un hecho de por sí constitutivo de delito, su afirmación simple dentro de un veredicto no quita ni pone al hecho sustancial porque apenas queda como una explicación complementaria de éste. (Casación Penal. Febrero 6 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 164, 2ª

ROBO (Prueba de la violencia)

— 269 —

El elemento **violencia,** bien sea moral o material, es lo que caracteriza el delito de robo, y lo diferencia y especifica del delito de hurto. La violencia física puede realizarse contra las personas o las cosas, en tanto que la violencia moral o subjetiva únicamente se ejerce sobre las personas para evitar toda posibilidad de resistencia. Si la violencia es

uno de los elementos estructurales del delito de robo, ella debe estar plenamente demostrada para que sea procedente la imputación del hecho; la falta de su comprobación conlleva necesariamente la no demostración del cuerpo del delito.

En orden a la comprobación del elemento violencia en el sumario no reposa ninguna prueba sobre el particular, no se practicó una inspección ocular ni prueba pericial alguna, para que el fallador fundado en ella hiciera la afirmación de que el hecho investigado era un delito de robo. La violencia no se prueba ante la ley por simples conjeturas o referencias ni por la interpretación acomodaticia que se haga de un precepto legal. Cuando ella recae sobre cosas materiales es indispensable demostrarla por medio de las pruebas previamente determinadas por la ley.

El artículo 31 —citado por el Tribunal— dice que en los delitos de hurto y robo no es necesario demostrar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las cosas hurtadas o robadas, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. El espíritu de esta disposición no es otro que el de relevar al dueño de los objetos hurtados o robados de una prueba que se suple dentro del proceso penal por la demostración de otros hechos que conducen a la misma finalidad. Pero la disposición citada en ninguna parte autoriza al fallador para prescindir de la comprobación de uno de los elementos constitutivos del delito.

El artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, perentoriamente establece que en las infracciones en que medie violencia a las personas o a las cosas, se ordenará la prueba pericial con el fin de establecer los términos en que se hubiere ejecutado o realizado esa violencia.

La finalidad de esta disposición no es otra que la de propiciar la demostración de uno de los elementos del delito para que el fallador con un criterio más exacto y atemperado a la realidad de los hechos investigados pueda hacer su respectiva calificación. Lo anterior no implica la afirmación de que el elemento violencia, en los delitos contra la propiedad, solo pueda demostrarse mediante la prueba pericial. No; la violencia a las personas o a las cosas, puede acreditarse por otros elementos probatorios que bien pueden ser la prueba testimonial, la confesión del procesado respaldada por otros elementos de convicción aducidos al proceso, o bien, por una diligencia de inspección ocular. (Casación Penal. Septiembre 16 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) ..... 887, 2ª y 888, 1ª

— S —

SEPARACION DE BIENES (Naturaleza y fines de la acción de separación de bienes y de la providencia que la decreta)

— 270 —

La mujer casada que pide se la separe de bienes no busca mediante la controversia judicial la condena de su marido a una prestación, ni que a favor suyo se declare que, por estar comprendida dentro de una previsión abstracta de la ley, debe ocupar cierta situación jurídica; apenas impetra la tutela jurisdiccional en orden a evitar que su patrimonio corra riesgos por causa del desarreglo en la conducta de su cónyuge; antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 podía considerarse la acción en referencia como constitutiva por cuanto incidía en la capacidad civil de la esposa, y aun abolido el régimen que estableció la incapacidad relativa de aquélla, puede reputarse como tal aunque su eficacia se circunscribe a efectos patrimoniales traducidos en salvaguardiar la integridad de los derechos que la mujer mantenga sobre bienes propios o sobre gananciales. Se desta-

ca así la acción de simple separación como una medida de cautela en tanto sólo procede sobre la posibilidad de un daño, y en cuanto para que prospere no se atiende a la realidad de un derecho patrimonial; éste apenas se pondrá en evidencia al practicar el inventario que precede a la liquidación social como su obligado antecedente. La misma estructura que a esta acción imprime nuestro derecho la revela como eminentemente cautelar; es posible obtener la separación mediante un auto proferido de plano (artículo 800 del C. J.) cuando la amenaza sobre el interés de la esposa se agrava por la declaración de quiebra del marido, o por una cesión de bienes por parte de éste; también se puede lograr mediante un trámite sumario, o como culminación de un juicio ordinario en cuyos ámbitos se controvierten los mismos hechos y cuyas decisiones respectivas comportan las mismas consecuencias; la ley precipita así la decisión ante el "periculum in mora" que las pruebas revelan; en ello se funda la facultad de la esposa, única en nuestra disciplina procesal, de acomodar a su interés el tipo de procedimiento en juicio, característica que en otras legislaciones es común a todas las medidas cautelares.

La decisión jurisdiccional en que culminan las diligencias conservativas a que se viene haciendo mención no es susceptible, por su naturaleza, de ser desconocida en fallos ulteriores; siendo la mujer titular exclusiva de la acción sólo ella puede removerla y no lo hará con éxito sino cuando las circunstancias por ella invocadas encajen dentro de las causales previstas por la ley; el marido ante una sentencia o auto que deniegue la separación no adquiere una situación subjetiva que deba permanecer inalterable; el insuceso de la gestión invocada por la esposa no la priva de recabar el amparo patrimonial que el derecho le dispensa; si, por ejemplo, no prosperare la separación impetrada de plano, nada le impediría perseguirla mediante otro procedimiento, y como en los varios tipos de éste que la ley propone a su selección la materia **sub judice** es exactamente la misma, si es posible remover el obstáculo presentado en uno, lo será también cuando el escollo se haya presentado en otro.

Observa Calamandrei cómo todas las providencias cautelares, inclusive las sentencias, siguen la cláusula **rebus sic stantibus,** comoquiera que no obstante haber alcanzado la categoría aparente de cosa juzgada sus efectos pueden ser modificados en presencia de circunstancias que cambien la situación que las produjo; añade el mismo autor que esta característica es consecuencia de que las decisiones aludidas no contienen la declaración de certeza de una relación pretérita destinada a permanecer estática, sino una relación nueva, de efectos futuros, cuya duración está limitada por la necesidad. En nuestra ley se realizan tales afirmaciones a través del artículo 209 del C. C., y por el artículo 159 ibídem, que, a partir de la vigencia de la Ley 8ª de 1922, ha de hacerse extensivo a la separación de bienes. Las reflexiones anteriores permiten concluir que no es posible asignar a la providencia que la decrete, la naturaleza ni, por tanto, los efectos de la cosa juzgada; la índole cautelar de la acción y de la decisión que la resuelve no permiten configurar alrededor suyo los elementos que generan la suma preclusión. (Casación Civil. Marzo 16 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

85, 1ª y 2ª y 86, 1ª

SIMULACION (Inoponibilidad del acto simulado respecto de terceros de buena fe)

— 271 —

La primitiva doctrina de la Corte, según la cual se estimó como causal de nulidad la simulación de los contratos, con apoyo en los

principios generales del Código Civil sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez cuando faltan todos o algunos de tales elementos, ha sido sustancialmente modificada a partir de la sentencia de 27 de julio de 1935, (G. J. número 1899, tomo 42, páginas 353 y siguientes), desde cuando constantemente se ha considerado hasta hoy que la simulación, sea absoluta o relativa, no es por sí causal de nulidad de los contratos porque, entre otras razones, el artículo 1766 del C. C. implícitamente excluye la nulidad de la simulación al permitir que el acto secreto produzca efectos entre quienes lo concluyeron, y que la acción de simulación y la de nulidad son distintas entre sí, como que cada una de ellas tiene características y efectos diferentes. Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto, y es en que los terceros que adquirieron de buena fe del comprador aparente no sufren las consecuencias de la declaración de nulidad por simulación, según aquella, y de la mera simulación, según ésta. A ellos, cuando no tuvieron conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es inoponible el acto o contrato simulado. Esta ha sido una conclusión inmodificable de la Corte. (Casación Civil. Abril 29 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 118, 2ª

SIMULACION (Acción de)

— 272 —

Lo que sucede en el caso del proceso es que la demanda no ejerce sino la acción de simulación, a lo que no se opone el hecho de que ponga de presente circunstancias que, como la falta de precio y la intención de transferir el supuesto vendedor y la de adquirir el aparente comprador, determinen, en su caso, nulidad absoluta. Es frecuente que detalles de esta clase se traigan a cuento para reforzar el concepto de simulación solamente. Pero el aducir esas circunstancias lleva con frecuencia a vacilar sobre cuál de las dos acciones se ejerce y aun a creer que se ejercen ambas. (Casación Civil. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 706, 2ª

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO
(Cuando es procedente su consulta)

— 273 —

La consulta de un sobreseimiento definitivo sólo es procedente cuando las partes interesadas no han interpuesto recurso alguno contra dicha providencia. Si en ejercicio de sus derechos y dentro de los términos legales las partes interponen algún recurso, bien sea el de reposición o de apelación, en orden a la prelación que la ley otorga, se deben resolver previamente las peticiones principales y subsidiariamente y para los casos expresamente determinados por la ley se puede dar aplicación al grado de jurisdicción denominado consulta.

Pendiente un recurso de apelación la jurisdicción del Juez o Tribunal —a quo— no termina ni se suspende porque en la misma providencia se ordene su consulta, pues ésta —jurisdicción por consulta— no tiene cabida sino para aquellos casos especiales en que las partes no hayan hecho uso de los recursos de reposición o apelación, pero existiendo un recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo, para que el superior pueda revisar esa providencia es indispensable que el fallador de instancia resuelva previamente sobre la concesión o negativa del recurso; en el primer caso —apelación— el superior adquiere jurisdicción en virtud de este recurso; en el segundo caso, negado el recurso de apelación, el superior adquiere jurisdicción por virtud de la consulta. (Casación Penal. Auto. Mayo 13 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 833, 2ª

SOCIEDADES ANONIMAS (Su personería)

— 274 —

Las sociedades anónimas tienen personalidad jurídica desde que se ha celebrado el contrato de sociedad por escritura pública, siempre que dentro del término legal se cumplan los requisitos de registro del extracto notarial de la escritura en la Cámara de Comercio respectiva, y el de publicación de tal extracto registrado en el período correspondiente. Así resulta de los artículos 2079 del C. C., 465, 469 a 472, 550 a 552 del C. de Co. y 2° de la Ley 42 de 1898. El permiso que estas sociedades deben obtener de la Superintendencia no se lo exigen los artículos 9° y 10 de la Ley 58 de 1931, sino, como lo dicen esas disposiciones, "para empezar a funcionar", si se trata de una sociedad fundada el 1° de noviembre de 1939, o después, como dice el artículo 3° del decreto ejecutivo que en cumplimiento de dicha ley estableció la Superintendencia (número 1894 de 1939), o para "continuar ejerciendo su objeto social", si se trata de una sociedad existente antes de aquella fecha, como determinó el citado artículo 3° del Decreto. Y el cumplimiento de esa exigencia no puede ser requisito para la adquisición de la personalidad jurídica tanto porque es lógico que este efecto se realice antes del funcionamiento o ejercicio de la actividad social, como porque según el tenor literal de los citados artículos 9° y 10 el Superintendente tiene que conceder el permiso para empezar a funcionar o continuar ejerciendo su objeto social cuando la sociedad anónima solicitante compruebe que ha cumplido todas las formalidades legales para su constitución. (Casación Civil. Agosto 12 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 703, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL (Enajenación de bienes sociales)

— 275 —

La Ley 68 de 1946 interpretó con autoridad la Ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio, y en virtud de la norma interpretativa los bienes adquiridos por las sociedades conyugales antes del 1° de enero de 1933 se entiende que continúan sometidos al régimen anterior, o sea, al previsto en el Código Civil, especialmente en los capítulos 2°, 3°, 4° y 5° del Título XXII del Libro 4°.

La inoponibilidad que respecto de actos dispositivos de bienes sociales había destacado la jurisprudencia con base en el artículo 1871 del C. C. asimilando los efectos de la falta de concurrencia de la cónyuge a los de la venta de cosa ajena, ha perdido toda eficacia y repercusión jurídica, y con fundamento en ella no pueden perseguirse los fines para los cuales sirvió hasta la expedición de la ley 68; ésta ha restado todo interés a la construcción jurisprudencial en referencia, como quiera que no puede haber colisión entre las interpretaciones de la ley que ésta misma contenga, y las que alcancen los funcionarios judiciales por vía de mera doctrina. (Casación Civil. Mayo 13 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 135, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL (Ley 68 de 1946)

— 276 —

La Corte Suprema —en Sala Plena— en ejercicio de la función que le otorga el artículo 214 de la Constitución, mediante sentencia del 2 de febrero de 1948 declaró que es exequible la Ley 68 de 1946, y estimó que ésta constituye una interpretación o acla-

ración auténticas y no una modificación o reforma de la Ley 28 de 1932. De ese mismo parecer había sido la Sala de Casación, según se ve en fallos de julio y octubre de 1947. De consiguiente, al tenor de los artículos 14 del C. C. y 51 del C. P. y M., los preceptos de la ley 68 deben considerarse incorporados a la ley 28 interpretada, vigentes desde cuando ésta empezó á regir y aplicables a la regulación de hechos o situaciones jurídicas consumadas durante el imperio de la última, sin que, no obstante ello, puedan afectar en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas que se hayan pronunciado en el tiempo intermedio en que una y otra ley fueron expedidas. Hay, pues, necesidad de admitir que el contenido de la voluntad legislativa expresada en la ley 28 no es otro que el declarado y fijado por vía de interpretación auténtica en la ley 68. (Casación Civil. Agosto 26 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 728, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL
(Reivindicación de bienes sociales)

— 277 —

La anterior jurisprudencia de la Corte, conforme a la cual la mujer podía reivindicar para la sociedad el inmueble vendido sin su autorización por el marido después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, ha sido abrogada por la interpretación contraria que con autoridad hizo de esa ley de régimen patrimonial el artículo 1° de la Ley 68 de 1946, que debe entenderse incorporada en aquélla con efecto desde su vigencia, y según el cual las sociedades conyugales anteriores a la Ley 28 de 1932, 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 1° de enero de 1933. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 759, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL (La partición de bienes sociales hecha en virtud de liquidación provisional no es revisable por la vía ordinaria)

— 278 —

Con el objeto de evitar que los cónyuges tuvieran que ocurrir a la vía ordinaria, de trámites dilatados y costosos, para desatar las cuestiones ydificultades a que seguramente habría de dar lugar entre ellos la aplicación de la Ley 28 de 1932 que innovaba sustancialmente el régimen matrimonial, autorizó el uso del procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del C. J., cuyas sentencias, como allí se establece, pueden ser revisables en juicio ordinario para volver a poner **sub judice** o para que se ventile de nuevo la cuestión decidida, no para ordenar que se revise la sentencia proferida en el juicio especial. Entre estas cuestiones decidibles breve y sumariamente, y revisables por la vía ordinaria, están naturalmente las que puedan originarse en el uso de la capacidad que el artículo 7° de la ley concedió a los cónyuges para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros, lo relativo a la distribución de bienes de las sociedades que la ley encontró formadas, mediante la liquidación provisional que esa disposición autoriza para el efecto de acomodar esas sociedades al nuevo régimen, y que la Corte, en su sentencia del 20 de octubre de 1937, consideró que podía ser materia de una acción judicial contra el cónyuge renuente. Las controversias y problemas vinculados a la orden de liquidación provisional para el ajuste de regímenes matrimoniales distintos no hay duda que son cuestiones exclusivamente suscitadas por la aplicación de la ley 28, que antes de ella no

podían existir y para cuyo tratamiento no ofrecía, por consiguiente, la ley ninguna vía procedimental. Pero no puede decirse lo propio de la liquidación misma, de la partición de los bienes sociales que en desarrollo y cumplimiento de la sentencia se lleve a cabo, porque tal acto por su propia naturaleza no es susceptible de realización por los trámites del artículo 1203 del C. J., pues la manera de división social no es cosa suscitada por la aplicación de la ley nueva, y porque para verificarlo existen y han existido siempre reglas y trámites que no hay razón ninguna para tener por suplantados y abolidos. Sustantivamente, las disposiciones del capítulo 5º, título 22 del libro 4º del Código Civil siguen regulando la liquidación de la sociedad conyugal con las variaciones impuestas por el nuevo sistema patrimonial, y adjetiva o procedimentalmente, como lo mandan los artículos 1821 y 1832 del C. C., los capítulos III y V del título XXX, libro II del C. J., que norman los inventarios y la partición en los juicios de sucesión por causa de muerte.

No hay una acción que propiamente pueda llamarse de revisión de la partición; y la de la sentencia que la apruebe no es posible por no estar autorizada expresamente por la ley. Bien sabido es que sólo excepcionalmente puede ponerse **sub judice** una cuestión ya decidida en juicio especial mediante la acción revisoria en juicio ordinario, como lo establece el artículo 473 del C. J. Respecto de las particiones, acto jurídico que finaliza la comunidad singularizando el derecho de los copartícipes, la ley ofrece amplias maneras de controlar el cumplimiento de las normas de equidad dando oportunidad para objetar la manera distributiva de la cosa común, y dando acceso, inclusive, al recurso de casación contra las sentencias aprobatorias de las particiones que fueron oportunamente objetadas. Y fuera del procedimiento respectivo los vicios y lesiones en que se haya incurrido en los actos de partición también son remediables de acuerdo con el artículo 1405 del C. C. (Casación Civil. Diciembre 9 de 1948.. T. LXIV. 2064-2065)

821, 1ª y 2ª

SOCIEDAD ILIQUIDA (Su representación)

— 279 —

En ningún caso sería aceptable la conclusión de la imposibilidad de representación de una sociedad anónima que ha sido disuelta y ha entrado por tanto en el estado de liquidación por no haberse provisto en la escritura social ni en la de disolución al nombramiento de liquidador. (Casación Civil. Marzo 5 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 39, 1ª

SOLIDARIDAD

— 280 —

La obligación puede existir, sea en provecho de varios acreedores, sea a cargo de varios deudores, y esta pluralidad de personas de un lado y de otro, o también de los dos lados, a la vez, es en la vida económica un hecho frecuente. Cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores, la regla es que la deuda o la acreencia, siendo divisible, se distribuye en tantas porciones como haya de deudores o acreedores (artículo 1568, C. C.). La solidaridad es una manera de ser especial de las obligaciones que se opone, tanto a la división del crédito, como de la deuda; en el primer caso, existe la solidaridad activa, porque ella comprende a los acreedores; y en el segundo, solidaridad pasiva, porque existe entre los deudores. El fin propuesto al establecer la solidaridad activa es el de dar a cada acreedor el derecho a exigir el total de la deuda. Con el pago del to-

tal hecho por el deudor a uno solo de los acreedores, queda liberado hacia todos sus acreedores, puesto que él no debe pagar sino una sola vez. (Casación Civil. Febrero 28 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 28, 1ª

SUCESION (Concurrencia de hijos naturales con legítimos)

— 281 —

La disposición del artículo 28 de la Ley 45 de 1936, según la cual los hijos naturales concebidos el 30 de mayo de 1936, o con anterioridad a esta fecha, no concurren a la herencia de su padre o madre natural con hijos legítimos de uno de éstos, procedentes de un matrimonio anterior a la misma fecha, no se refiere a los hijos legítimos **nacidos** o **legitimados** el 30 de mayo de 1936, o antes de esta fecha, sino a todos los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la misma fecha, aunque hayan nacido después, y a todos los legitimados por un matrimonio anterior a esa fecha, sea que la legitimación se haya producido **ipso jure**, o voluntariamente por declaración de los contrayentes en el acta de matrimonio o en escritura pública posterior. (Casación Civil. Abril 8 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 102, 1ª

SUSPENSION DE TERMINOS

— 282 —

En las cuestiones sobre nulidad en que es preciso, como se sabe, proceder con criterio restricto, sin aplicaciones extensivas ni analógicas, el fin justificativo y explicativo de cada caso autorizado de invalidación es circunstancia de influencia decisiva en la resolución de los problemas sobre validez de actuaciones judiciales. A este respecto conviene recordar que la ley sólo erige en causales de nulidad aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial o la violación del derecho de defensa.

En reiteradas decisiones de la Sala de Casación se ha sostenido que la causa de suspensión relativa o especial de términos a que se refiere el numeral 2º del artículo 370 del Código Judicial debe entenderse cuando el litigante que fallece no tiene apoderado judicial, caso que hoy no puede ocurrir sino cuando el abogado inscrito litiga en causa propia, porque si lo tiene debe el apoderado continuar actuando en representación de los herederos hasta que éstos le revoquen el poder o expire por alguna causa legal, según lo dispone el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil. (Casación Civil. Septiembre 8 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) .749, 2ª

— T —

TESTIGOS INHABILES

— 283 —

Para el esclarecimiento de los hechos en que es admisible la prueba testimonial se reconoce como testigo hábil toda persona mayor de catorce años no impedida. Los impedimentos que se estudian en los artículos 663 a 668 del C. J. son de dos clases: absolutos o relativos. Los primeros se caracterizan por la circunstancia de que el testigo es inhábil para declarar en todo juicio; el que adolece de un inconveniente de esta naturaleza es incapaz para declarar; su deposición no tiene valor jurídico de ninguna clase. Tales son los testigos inhábiles por incapacidad física, mental o moral (artículo 668, C. J.). Los impedimentos relativos sólo inhabilitan al testigo para declarar, como la palabra lo indica, en determinado litigio o negocio, no por impedimento en la persona misma del tes-

tigo, ni por tanto en sus facultades físicas, mentales o morales, sino por una parcialidad que supone la ley en esa persona, parcialidad derivada de que tiene un interés en declarar, ya por vínculos de parentesco o por dependencia o vinculación económica (artículo 669, C. J.). Los testigos inhábiles para declarar por esta circunstancia son de dos categorías: los que no pueden presentarse en juicio por ninguna de las partes, y los que sí pueden serlo por la parte contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar y sus dichos son habilitados por este solo motivo a menos que la parte que presente esos testigos haya protestado al pedir su deposición de estar sólo a lo favorable de sus exposiciones (artículo 672, C. J.). Son los primeros, es decir, los que no es dable presentar en juicio por ninguna de las partes, los enumerados en el inciso 1º del artículo 669 del C. J., o sea el cónyuge, ascendiente o descendiente o hermano de una de las partes, sólo en causas de edad por parentesco. Los comprendidos en la segunda categoría, es decir, los que sí pueden ser presentados por la parte contraria de aquella en cuyo interés se presume que pudieran faltar a la verdad, son los designados en los incisos 2º a 7º del mismo artículo 669, vale decir, los que son parte en el pleito, los que tienen dependencia económica de una de las partes, el guardador por su pupilo, el apoderado o defensor o patrono por su parte o cliente, el que enajena una cosa en el pleito sobre ésta y en favor del adquirente; el socio, condueño o comunero, menos cuando se trata de sociedades anónimas, el enemigo capital contra su enemigo, definiendo el artículo que se tiene por tal.

La redacción del artículo 669 se presta a alguna duda. Pudiera entenderse que la segunda parte de tal precepto es una excepción a la primera, es decir, que los parientes que no es dable presentar como testigos por alguna de las partes pudieran serlo por la contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar; pero entonces no se justificaría la prohibición perentoria del primer inciso del artículo en cuestión, cuando dice que los dichos testimonios **"no pueden ser presentados en juicio por ninguna de las partes"** (artículo 672, C. J.). No tendría tampoco explicación equiparar las declaraciones de los testigos absolutamente inhábiles con los del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, para los efectos de la prohibición de ser presentados en juicio por las partes, si a renglón seguido se habría de expresar que cuando se pide un testimonio por la parte contraria de aquella en cuyo favor se supone que tienen interés en declarar, sí son admisibles. De otra parte, la inclusión del inciso primero del artículo 669 del C. J. en el artículo 672 ibídem, establece una norma prohibitiva genérica, sin excepciones de ninguna naturaleza, mediante la cual es imposible legalmente presentar por ninguna de las partes contendientes al cónyuge, hermano, ascendiente o descendiente como testigos. Bastaría, si tal hubiese sido el propósito del legislador, la regla sobre testigos inhábiles por parcialidad, consignada en el segundo aparte del mencionado artículo 672, sin necesidad de la excepción establecida en el primero en relación con la inhabilidad de los testigos por cierta relación de parentesco. La razón de tal prohibición es explicable: la ley no quiere establecer pugnas entre los miembros de familia. En un precepto constitucional se han prohibido los mismos testimonios en materia penal, lo mismo que en el Código de Procedimiento Penal (artículos 226 y 227 del C. de P. P.). (Casación Civil. Abril 27 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

110, 1ª y 2ª y 111, 1ª y 2ª

TESTIGOS

— 284 —

El hecho de que el testigo sea sospechoso de parcialidad no significa que sus afirmaciones no prueben nada, sino que han de ser analizadas para saber si pueden aceptarse o deben rechazarse. (Casación Penal. Junio 8 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 854, 1ª

TESTIMONIO (Cuándo es admisible en contra del procesado el testimonio de sus parientes)

— 285 —

El principio sentado por los artículo 25 de la Constitución Nacional y 226 y 227 del C. de P. P. no debe aceptarse cuando el delito se comete por un miembro de una familia contra otro y los declarantes pertenecen a la misma, porque rota por el infractor la armonía del hogar con un hecho ilícito cometido contra el cónyuge o uno de los parientes, la posible impunidad que la ley tolera carece del fundamento excepcional que se encuentra en otras ocurrencias, cual es el de tutelar con el silencio la unión de los hogares, la concordia de las familias, que es la base de la paz social. Tanto es así que, por ejemplo, la ley no prohibe dar denuncia criminal contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, como establece el artículo 13 del Código de Procedimiento, estatuto cuya concordancia con los textos citados explica sobradamente la doctrina que ahora la Sala reafirma. (Casación Penal. Julio 30 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 533, 2ª

TESTIMONIO (Cuándo hay lugar a recibir en contra de un procesado el testimonio de sus parientes)

— 286 —

Resumiendo el estudio hecho por la Sala sobre la inidoneidad moral para rendir testimonio se tiene: 1º—No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos cuando la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado. 2º—Siempre que el agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica testimonial. 3º—Toda declaración en favor de los ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, dada por ellos mismos, puede recibirse y valorarse igualmente a la luz de la crítica establecida en el Código. (Casación Penal. Marzo 2 de 1948. T. LXIV. 2060-2061) 177, 2ª y 178, 1ª

TESTIMONIO (Inidoneidad moral para rendirlo en proceso penal)

— 287 —

Resumiendo el estudio hecho por la Sala sobre la inidoneidad moral para rendir testimonio se tiene: 1º—No se recibirá a nadie declaración en contra de sus ascendientes, descendientes, consorte o hermanos cuando la acción delictuosa del pariente se ejercita sobre una persona ajena al círculo familiar allí determinado. 2º—Siempre que el agresor y la víctima sean entre sí ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, la denuncia del ofendido o el testimonio de cualquiera de ellos puede y debe recibirse, valorándose según las reglas generales de la crítica testimonial. 3º—Toda declaración en favor de los ascendientes o descendientes o cónyuges o hermanos, dada por ellos mismos, puede recibirse y valorarse igualmente a la luz de la crítica establecida en el Código. (Casación Penal. Marzo 2 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) ..... 509, 2ª y 510, 1ª

NOTA.—A la sentencia en que sentó la Corte la anterior doctrina salvó su voto uno de los Magistrados, quien sustuvo las siguientes tesis: "a) El artículo 226 del C. de P. P., que prohibe recibir declaraciones contra parientes procesados, es contrario al espíritu del artículo 26 de la Constitución Nacional, e insubsistente, por lo tanto, en virtud del 9º de la Ley 153 de 1887; b) El artículo 227, que reproduce el artículo 26 de la Constitución, es, por la razón expuesta en el anterior ordinal, la norma que regula los testimonios contra parientes, como el artículo 13 rige los denuncios contra las mismas personas; c) La exención del principio de la obligatoriedad. prescrito en los artículos 13 y 227, no impide que se pueda presentar denuncio criminal o rendir testimonio contra los parientes enumerados en tales normas; y, d) El testimonio contra parientes, como sospechoso que es, debe ser sometido al análisis del Juez, en consideración al vínculo con el procesado, a sus nexos con otros elementos de prueba y a las fuerzas ético-afectivas que pudieron inclinarlo o no, en su testimonio, a la verdad".

El Relator de la Corte.

TESTIMONIO.

— 288 —

Los testimonios son susceptibles de prestar mérito demostrativo en procesos diferentes del en que fueron rendidos pero sólo cuando en el traslado se observan las normas reguladoras de publicidad y de contradicción exigdias por nuestra ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa. (Casación Civil. Octubre 6 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 777, 1ª

TIERRAS (Prueba de la propiedad privada sobre lotes urbanos en juicios con el Estado)

— 289 —

Conforme al artículo 7° de la Ley 200 de 1936 se puede demostrar en juicio con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la Ley 200 de 1936 "en que consten tradiciones de dominio" por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruir la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares antes de esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio o uso público. El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3°— no se aplican a la propiedad urbana. A ésta no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresada del artículo 7°, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados antes de esa ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del término para la prescripción extraordinaria.

En casos análogos al del pleito ha hecho la Corte, con idéntica base legal, el reconocimiento de la propiedad privada urbana, precisamente en lotes de terreno comprendidos también dentro del área reservada por el Gobierno Nacional para las obras del Terminal de Barranquilla. (Negocios Generales. Junio 30 de 1948. T. LXIV. 2062-2063)

589, 2ª y 590, 1ª

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia para conocer de acciones relacionadas con éstos)

— 290 —

El conocimiento de estas acciones corresponde, de manera privativa, a la jurisdic-

ción especial de los Tribunales Administrativos (artículos 34, ordinal 2º, 54, ordinal 7º, y 261 a 270 de la Ley 167 de 1941), a pesar de haber sido incoada la demanda antes de la vigencia de la citada ley. (Casación Civil. Julio 3 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 690, 2ª

TRANSACCION

— 291 —

La transacción, en su caso, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, al tenor del artículo 2483 del Código Civil. (Casación Civil. Julio 12 de 1948. T. LXIV. 2062-2063) 500, 2ª

TRANSPORTE (Contrato de)

— 292 —

El contrato de transporte está regulado por las disposiciones del Código Civil sobre arrendamiento de transporte, que se deben observar sin perjuicio de las especiales para los mismos objetos contenidas en las leyes particulares relativas a cada especie de tráfico, y en el Código de Comercio, el cual tiene un título especial sobre el transporte por tierra, lagos, canales o ríos navegables cuyas disposiciones son aplicables no sólo a los empresarios públicos o particulares de conducciones que ejercen la industria de conducciones, sino a las personas que ocasionalmente se obligan a conducir pasajeros o mercaderías (artículos 2078, C. C., 261, 270, 318, C. Co.). Esas disposiciones del transporte se distinguen por su gran amplitud en cuanto a la celebración, prueba y ejecución del contrato pues establecen que es meramente consensual y aun puede perfeccionarse por cualquier medio probatorio y que el porteador puede encargar la conducción a un tercero, bajo su responsabilidad (artículos 263, 266, 276, 265, C. Co).

La industria del transporte puede ejercerse por el empresario mismo o por medio de sus criados asalariados, pero en este segundo caso es responsable el empresario de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea. Como todo acarreador o porteador, el empresario responde no sólo por su propio hecho sino por el de sus agentes o sirvientes (artículos 2071, 2072, C. C., 261, C. Co.). Y en la industria del transporte público los conductores de vehículos pueden recibir pasajeros y efectos durante el viaje y obligan al empresario al cumplimiento de las prestaciones que deben los porteadores (artículo 321, C. Co.).

Según el numeral 4º del artículo 322 del C. Co. los pasajeros tienen derecho a indemnización del daño que sufran en sus personas por culpa del empresario o la de sus conductores o postillones; siendo la culpa del mismo pasajero es claro que no tendrá derecho a indemnización. (Casación Civil. Agosto 30 de 1948. T. LXIV. 2064-2065) 738, 1ª

TRASLADO Y NOTIFICACION (En qué consiste el uno y en qué la otra)

— 293 —

(Véase "Notificación y traslado" en el número 187 de este Indice).

— U —

ULTRA PETITA

— 294 —

La demanda es la pauta obligada del juicio, y ella limita el pronunciamiento del fallador, hasta el punto de que todo abandono o desviación de su contenido conduce al fenómeno jurídico de la ultra petita procesal.

El Juez está dotado de libertad de interpretación, pero no puede desatender el contexto mismo del libelo en forma que conduzca a una mutación de él, sin que importen las insinuaciones que las partes formulen durante la instancia. Por eso concluye el artículo 471 del Código Judicial que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", disposición que recoge el aforismo latino: **"Ultra id quod in iudicium deductum est, potestas iudicis excedere non potest"**. De ahí que limitado el **quantum** de la indemnización la sentencia no puede abarcar una cuota mayor, y en esto radica la razón y el sentido de la disposición citada.

La doctrina anterior tiene aplicación no sólo cuando en la petición principal se propone un monto determinado, sino también cuando queda sujeta la cantidad a "la fijación que hagan peritos". Esto es obvio, toda vez que no se trata de demandas subsidiarias en las que se proponen remedios contrarios, sino de una misma solicitud revestida de la modalidad que entraña la petición subsiguiente. (Negocios Generales. Auto. Febrero 4 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

223, 2ª y 224, 1ª y 2ª

ULTRA PETITA

— 295 —

Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales en que se desenvuelven procedimentalmente los juicios desde su comienzo hasta su definición firme están sometidas a determinadas condiciones formales que constituyen un sistema procesal. El llamado dispositivo o de verdad formal en que se inspira nuestra legislación civil procedimental descansa en el principio de que en los procesos civiles se agitan intereses privados patrimoniales pertenecientes a los que en ellos intervienen, lo cual explica y permite que se deje a los litigantes la determinación del material procesal y de los fundamentos de la sentencia mediante los llamados actos de postulación. Es una derivación de este principio la potestad de las partes para señalar respecto de sus propios intereses el contenido y límite de la jurisdicción para el litigio y la de renunciar derechos procesales que sólo sirven al interés personal del renunciante. Las partes singularizan en cada pleito y grado las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, las cuales delimitan sus poderes y de las que no puede salirse sin incurrir en decisión **ultra petita**, esto es, fuera de lo pedido. (Casación Civil. Mayo 11 de 1948. T. LXIV. 2060-2061)

125, 2ª

USURPACION DE JURISDICCION

— 296 —

El ejercicio de las actividades relativas a la administración de justicia, presupone en quienes las ejecuta—funcionarios de la rama jurisdiccional—la reunión de los atributos de jurisdicción y competencia. La primera, es la facultad que tienen dichos funcionarios para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y leyes de la República, y la segunda, es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, bien sea por razón del hecho, del lugar, o de la persona; y todo ejercicio de funciones jurisdiccionales sin el lleno de estos requisitos, constituye un exceso, abuso, o extralimitación de funciones.

La jurisdicción se pierde de manera absoluta cuando concurre alguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 145 y 13 del Código de Procedimiento Civil, y la pérdida de la jurisdicción parcial, ocurre en los

casos expresamente señalados por el artículo 146, y se suspende, para uno o más negocios determinados, cuando se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 147 del C. J., o sea, entre otros, por impedimento del funcionario para conocer del negocio desde que se manifiesta la causal por quien corresponda, hasta que las partes la prorroguen si es prorrogable; y por recusación desde que el Juez o Magistrado recibe el aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se comunique oficialmente que ha sido negada la recusación. Así, pues, todo ejercicio de funciones judiciales posterior a estos hechos, la ley lo considera como una usurpación de jurisdicción, porque la atribución judicial —en esos casos— se ejerce sin tenerla legalmente, por estar suspendida, o sea extralimitándose en el ejercicio de sus funciones o abusando de ellas. (Casación Penal. Auto. Agosto 20 de 1948. T. LXIV. 2064-2065).

874, 1ª y 2ª

— V —

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 297 —

El veredicto contradictorio—según la doctrina—es aquel en el cual hay dos proposiciones contradictorias o excluyentes entre sí, de las cuales una afirma lo que la otra niega. (Casación Penal. Septiembre 23 de 1947. T. LXIV. 2064-2065).....895, 2ª

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE Y VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 298 —

La Corte, en reiteradas jurisprudencias, ha distinguido siempre entre el veredicto contraevidente y el contradictorio, señalándole a cada cual su verdadero contenido. Lo contradictorio es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos en su contenido sea igualmente imposible de descifrar porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del Jurado. No importa que uno de los dos pensamientos expresados por el Tribunal de conciencia esté de acuerdo con los hechos probados. Si a continuación, dentro del mismo veredicto, se expresa otro pensamiento que por su simple enunciación contradice, niega, anula lo manifestado en el anterior término, entonces existirá un veredicto contradictorio y, por natural consecuencia, inexistente, esto es, al expresar dos pensamientos que se contradicen toda la decisión del Tribunal de conciencia desaparece.

En cambio, el veredicto contraevidente, o injusto, es el que enunciado en una forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo, está en desacuerdo con los hechos probados en las instancias. En tal forma la decisión del Jurado, aunque lógica, clara, uniforme, armónica, está viciada de injusticia al expresar una decisión contraria a la evidencia de los hechos. En otros términos: la contraevidencia se refiere a los hechos del proceso respecto de la definición del Jurado, mientras que en la contradicción no existe esa relación con el proceso y ella se opera únicamente en los términos de lo que el Jurado decide. (Casación Penal. Noviembre 16 de 1947. T. LXIV. 2060-2061).

162, 1º y 2ª

VENTA DE BIENES HERENCIALES

— 299 —

El artículo 757 del Código Civil distingue entre la posesión meramente **legal** que adquiere el heredero desde que se le defiere la herencia, y la **efectiva** que le da el Juez en el respectivo decreto, que debe inscribirse en el competente libro de registro, y previene que la sola posesión legal no lo habilita para disponer **en manera alguna** de un inmueble mientras no preceda ese decreto y su registro. Claramente se ve que autoriza la disposición a que han precedido estos requisitos. La venta de cosa perteneciente a la herencia hecha por un heredero antes de la partición de los bienes está expuesta a la contingencia de que esa cosa se le adjudique a él o a otro y a que respectivamente se confirme o se haya de tratar como venta de lo ajeno, según los artículos 779 y 1401. De ahí que no ofrezca el mismo respaldo el decreto de posesión efectiva que la partición, y de ahí también que no pueda considerarse sin ésta como debidamente consolidado lo tocante al dominio de cada cosa en relación con cada heredero ni liquidada la sucesión con el solo decreto. Pero esto ocurre pensarlo y dicha contingencia es de temerse cuando los herederos son dos o más, no cuando hay uno solo. Por eso dice el artículo 968 del Código Judicial: "Si no hay más que un solo heredero, a éste le basta, para disponer de los bienes herenciales, el decreto de posesión efectiva de la herencia". (Casación Civil. Junio 15 de 1948. T. LXIV. 2062-2063). 444, 1ª.

VENTA (**De cosas litigiosas. Diferencias existentes entre este contrato y el de cesión de derechos litigiosos**)

— 300 —

(Véase "Cesión de derechos litigiosos en el número 72 de este Indice).

VENTA DE COSA AJENA O GRAVADA. (**Momento consumativo de la estafa en esta modalidad**)

— 301 —

En la venta de bienes ajenos o gravados —como especie de la estafa— hay un provecho ilícito en perjuicio del comprador, que consiste en la entrega del precio, para obtener el cual provecho el vendedor usó del artificio o engaño de aparecer como dueño en el primer caso, y de presentar como libre el bien vendido en el segundo.

Celebrado, pues, el contrato y recibido el precio —háyase o no entregado la cosa vendida— esto es, obtenido el provecho ilícito, queda consumado el delito, trátese de contratos solemnes como el de venta de inmuebles, o de no solemnes como el de venta de muebles. (Casación Penal. Auto. Marzo 15 de 1948. T. LXIV. 2060-2061).....199, 2ª y 200, 1ª y 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXIV DE LA "GACETA JUDICIAL".

NOTA.—Las cifras que se hallan en la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este INDICE. Los guiones que aparecen en la columna "artículos" indican que la doctrina cita globalmente el Código, la Ley o el Decreto en referencia.

Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886	
47	174
112	137
CONSTITUCION DE 1936	
14	174
112	137
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
20	103
25	285
26	287
39	163
40	8
44	174
163	178
194	145
214	276
CODIGO CIVIL	
14	276
23	170
25	239
26	239
27	80, 239
63	97
92	130
159	270
209	270
214	130, 181
215	130
238	170
248	170
249	170
318	181
393	128
394	128
403	131
404	131
411	155
636	123
650	123
706	26
708	26
709	26
756	88
757	299
762	257
769	258
778	232
779	138, 299
946	243
950	243
965	228
966	228
1018	154
1025	154, 155
1031	154, 155
1226	252
1274	252
1275	252
1276	252
1323	222
1325	6
1395	132, 133
1401	138, 299
1405	278
1494	96
1502	167
1517	205
1518	204, 205
1521	72, 119

Artículos	Números
1546	29, 87
1568	280
1608	162
1617	162
1715	76
1719	76
1746	188
1756	160
1758	160
1759	9, 22
1760	88
1766	9, 12, 271
1770	167
Lib. 4º, Tít. 22, Cap. V	278
1821	278
1832	278
1868	81
1871	275
1934	22
1967	73
1968	73
1969	72
2009	111
2011	111
2013	111
2071	292
2072	292
2078	292
2079	274
2323	87
2328	132
2356	98
2357	99
2358	233
2442	82
2483	167, 291
2488	9
2491	12
2525	231
2536	13
2539	231
2576	160
2653	208
2654	208
2662	208

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

Artículos	Números
186	227
187	227
188	227
261	292
263	292
265	292
266	292
270	292
276	292
318	292
322	292
435	31
457	31
465	274
469 a 472	274
550 a 552	274
894	13

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

51	276

CODIGO PENAL DEROGADO

358	160
645	221

CODIGO PENAL VIGENTE

14	1
17	102
25 (2º)	169
27	89
28	164, 244, 245
29	16, 118
34	253, 260
36	210, 254
37	210
37 (1º)	108
37 (2º)	254
37 (9º)	81
38 (3º)	244
38 (5º)	118
38 (11)	153
80	84, 85
168	237, 238, 239
171	4
172	107
179	2
231	127, 160
233	127
240	127
251	160

Artículos	Números
295	113
362	254
363	23
374	55, 221
377	221
402	269
404	23
412	5
CODIGO JUDICIAL	
13	296
40	216
84	249
143	217
145	296
146	296
147	296
176	145
197	217
198	249
202	167
209	15, 156
246	261
263	147
264	282
328	57
329	57, 126
330	136
332	57
335	57
342	57
343	57, 76, 126
370	282
394	146
435	146
442	250
448	198, 202
451	160
457	198, 202
461	112
471	60, 149, 294
473	191, 278
480	147
494	17
519	38, 53
520	38, 44, 45, 46, 47, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 148, 149, 258
531	41, 42, 43, 45
538	38
542	266, 267
553	147
575	86
594	160
597	154
600	24
601	155
603	88
604	88
625	167
626 a 629	167
632	160
637	88
645	88
663 a 668	283
665	150
669	283
672	283
684	150
685	150
715	214
721	160
722	160, 212
723	212
800	270
838 a 846	26
895 ss.	133
904	133
Lib. 2º, Tít. 30, Caps. III y V	278
968	294
1050	160
1052	160
1203	278
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7º	41, 43
13	285, 287
24	159
25	159, 239
28	158, 159
36	136, 194
42	80
55	79
58	116
73	120, 121, 122, 140, 141
74	143
76	143, 250

Artículos	Números
77	143, 250
159	254
168	186
169	186
189	90
198	186
199	186
226	283, 285, 287
227	283, 285, 287
272	195
294	201
311	269
312	269
349	201
374	118, 201
375	201
379	113, 114
383	113, 115
384	113
386	113
396	115
411	176
429	195
431	23, 195, 254
452	197, 201
480	70
483	200
499	254
548	201
559	50
567	65, 66, 67, 68, 69, 70
641	115
CODIGO FISCAL	
47	25
CODIGO DE MINAS	
35	183
365	86
390	183
CODIGO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	
—	124
34	217, 290
54	217, 290
159	71
256	92
261	218
261 a 270	217, 290
Cap. XXII	217, 218
279	219
LEYES ESPECIALES	
Ley 292 de 1875	
45	183
53	183
Ley 57 de 1887	
20	130
22	128
25	123
26	123
38	208
43	119
Ley 153 de 1887	
8º	226
20	170
32	160
40	202, 217
54	181
82	26
91	160
93	241, 242
Ley 89 de 1890	
1º	152
13	151
Ley 95 de 1890	
1º	134, 135
7º	170
Ley 105 de 1890	
123	202
Ley 72 de 1892	
2º	152
Ley 100 de 1892	
23	261

Artículos	Números
Ley 169 de 1896	
64	136, 194
Ley 42 de 1898	
2º	274
Ley 59 de 1909	
3º	183
Ley 71 de 1917	
10	25
12	25
Ley 51 de 1918	
23	227
Ley 8ª de 1922	
—	270
Ley 31 de 1925	
—	180
59	179
65	179
66	179
Ley 37 de 1931	
20	225
Ley 58 de 1931	
9º	274
10	274
Ley 79 de 1931	
55	220
57	220
Ley 83 de 1931	
—	174
Ley 94 de 1931	
—	180

Artículos	Números
Ley 28 de 1932	
—	173, 270, 275, 276, 277, 278
7º	278
Ley 45 de 1936	
—	7, 8, 131, 234
1º	181
3º	181
4º	7, 130
12	184
28	281
Ley 63 de 1936	
60	215
Ley 109 de 1936	
—	163
Ley 160 de 1936	
7º	30, 225
10	225
Ley 200 de 1936	
1º	289
2º	289
3º	289
7º	289
Ley 13 de 1937	
5º	183
Ley 92 de 1938	
25	136, 194
Ley 126 de 1938	
—	163
Ley 164 de 1938	
7º	55

Artículos	Números
Ley 54 de 1939	
—	78
Ley 4ª de 1943	
—	166
30	136, 194
Ley 63 de 1943	
2º	216
Ley 6ª de 1945	
—	178
39	171, 174
58	235
Ley 40 de 1945	
20	172
Ley 68 de 1946	
—	173, 275, 276, 277
Ley 81 de 1946	
38	83
Ley 24 de 1947	
—	71
DECRETOS	
Decreto 761 de 1887	
27	183
Decreto Nº 1112 de 1905	
5º	183
Decreto Nº 1274 de 1931	
1º	145
Decreto Nº 223 de 1932	
9º	183
Decreto Nº 1405 de 1934	
9º	116
Decreto Nº 1111 de 1938	
2º	136, 194
Decreto Nº 1894 de 1939	
3º	274
Decreto-ley Nº 5 de 1940	
—	78, 163
Decreto Nº 756 de 1942	
—	30
Decreto Nº 2076 de 1946	
6º	172
Decreto Nº 1683 de 1948	
2º	167
18	167
19	167
Decreto-ley Nº 2158 de 1948	
—	235
RESOLUCIONES	
Resolución Nº 1162 de 23 de julio de 1937	
—	116

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Aguilar Naranjo José Vicente.—Casación por homicidio 518

Almeida Guillermo (herederos de) contra Víctor Betancourt y María Chaves.—Juicio ordinario sobre nulidad de una escritura y sobre reivindicación 63

Alzate Alejandrino contra Alberto Toro y otra.—Juicio ordinario sobre reivindicación 783

Amalfi (Municipio de) contra la sociedad "Viborita Gold Mines Co."—Juicio ordinario sobre uso de las aguas de un río..... 462

Amézquita José Antonio—Casación interpuesta por la parte civil en la causa contra aquél 527

Anzola Fernando y Aurelio Vásquez contra Juan Romero G. y otro.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 474

Aparicio Jaramillo Eduardo contra el Departamento de Cundinamarca.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 238

Arcila Ignacio contra Fidel Salazar y Julia Botero.—Juicio ordinario sobre reivindicación 71

Ardila Humberto.—Sobreseimiento definitivo en su favor..... 229

Avila Bertha de.—Casación por delito frustrado de homicidio..... 197

— B —

Balaguer José contra Alberto Ardila y otra. Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 124

Págs.

Barreto José de la Cruz.—Casación por homicidio 164

Beltrán Rogelio.—Casación por homicidio... 531

— C —

Cadavid Juan de la Rosa.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él, por estafa..... 195

Calderón Núñez José Teodomiro y herederos de Pedro Calderón D. contra Elena Núñez v. de Calderón y otros. — Juicio ordinario sobre nulidad de la liquidación de una sociedad colectiva y sobre restitución de bienes 91

Camacho Tiberio.—Casación por homicidio.. 209

Cárdenas Hernando y Navarro Alfonso contra el Colegio de Santa Librada.—Recurso de hecho del Fiscal del Tribunal de Cali, interpuesto en el juicio sobre bienes vacantes seguido entre los anteriormente dichos 602

Cardona Neira Gilberto.—Casación por homicidio 830

Cardona Luis E. — Sobreseimiento definitivo en su favor..... 872

Caro Salvador.—Casación por homicidio..... 181

Carrizosa Rosa Uribe de, contra el Municipio de Bogotá.—Juicio sobre bienes vacantes.. 37

Cassab Antonio J. contra Jorge Cassab.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 669

Castañeda Benjamín contra Solina Díaz v. de Raigosa y otros.—Juicio ordinario sobre

Págs.

filiación natural y sobre petición de herencia 99

Castaño Juan B. contra Alejandro Hernández Rodríguez y otros. — Juicio ordinario sobre nulidad absoluta de una escritura y de un contrato 790

Castilla Pedro J.—Sobreseimiento definitivo en su favor, por el cargo de detención arbitraria 869

Castro Delgado Alejandro contra la Sociedad Cooperaitva de Transportadores de Oriente, Limitada. — Juicio ordinario sobre responsabilidad civil extracontractual y sobre indemnización de perjuicios..... 735

Colisión de competencias.—Se dirime la surgida entre el Juez 1º Superior de San Gil y la Justicia Militar para conocer de un proceso por homicidio..... 878

Collazos Orosia contra Aquilino Montes. — Juicio ordinario sobre reivindicación..... 121

Compañía Ganadera de "El Medio, S. A." contra Jesús María Potes.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 701

Correa Alejandro contra Carlos Restrepo y otro.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 439

Correa Dominga Dávila v. de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre declaración de dominio de unos terrenos..... 582

Correa Flaminio.—Casación por homicidio.. 186

Cotrino Mercedes Martínez de—Casación por homicidio 212

Cuéllar Pérez Luis Eduardo.—Casación por homicidio 548

— CH —

Chaves Blanca Segura de, contra herederos de Ramón Apráez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 134

— D —

Decreto-ley Nº 5 de 1940, acusado como inexequible 643

Decreto Nº 2076 de 1946, acusado como inexequible en su artículo 6º..... 346

De la Vega José Gabriel—Se declara fundado el impedimento manifestado por él, para actuar en representación del Departamento de Bolívar, en su condición de Gobernador del mismo, en un juicio contra dicha entidad 317

Departamento del Magdalena contra Arcadio Barros—Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos 323

Departamento del Tolima contra "The Dorada Railway Company Limited". — Recurso de súplica contra un auto proferido dentro del mencionado juicio..... 923

Durán Ramón Alfonso. — Cambio de radicación 881

— E —

Enmiendas al Diccionario de la Academia, por Julián Motta Salas..... 325

Escallón Daniel contra Roberto Wiesner Urdaneta y otra.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato y sobre indemnización de perjuicios..... 453

Escobar Lotero José María contra José Tobón Uribe. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 741

Escobar Salvador Augusto y Gonzalo contra Alfonso Luis González y otras.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento... 433

Estrada Ruiz Francisco contra el Departa-

Págs.

mento de Antioquia.—Incidente de liquidación de perjuicios..... 232

— F —

Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla. — Se declara incompetente la Corte para conocer de un recurso de apelación concedido a este funcionario por ese Tribunal, en un proceso penal..... 159

Fonseca Rojas Carlos Julio contra la Federación Médica Colombiana y otros.—Revisión de la sentencia proferida en juicio ordinario entre los mismos..... 142

Friedman Sofía Fajardo de, contra Pedro J. Silva.—Juicio ordinario sobre filiación natural 747

Fuentes Antonio.— Casación por homicidio.. 189

— G —

Gamboa Campo Elías contra el Municipio de Bogotá 446

García Bustamante Alonso.—Auto de proceder contra él por abuso de autoridad..... 903

García Carmen González de, contra Evangelina Flórez v. de González.—Juicio ordinario sobre exclusión de bienes de unos inventarios 77

Garzón Jorge contra Jesús Jaramillo y José María Vila.—Juicio ordinario sobre reivindicación 775

Gaviria Lucía contra la Sociedad de San Vicente de Paúl.—Juicio ordinario sobre reivindicación 779

Gil Nepomuceno contra Tránsito Perico v. de Carvajal.—Juicio ordinario sobre exclusión de bienes de unos inventarios..... 803

Gómez Benavides o Cruz Adán (alias, El Piojo).—Casación por robo..... 203

Págs.

Gómez Eliécer Antonio.—Se declara fundado un impedimento manifestado por este Magistrado para conocer de un proceso contra Tito Julio Avila por homicidio..... 856

Gómez María Mercedes contra Alvaro Gómez. Juicio ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo 409

Gómez María Soledad vi de, contra el Municipio de Armenia. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 744

González Rebeca, en representación de su hija menor Elba Eunice, contra María, Marta y Alicia Lozano García y contra Berta Eulalia y Alfonso Amézquita, como herederos de Fortunato González. — Juicio ordinario sobre filiación natural..... 751

González Santos contra Helidoro Quintana Uribe. — Revisión..... 388

González Tomasa Vera de, contra Isaías Castellanos.—Juicio ordinario sobre restitución de frutos y sobre reivindicación..... 68

Grillo Teresa contra Estefanía Cabo v. de Villamizar y otros.—Juicio ordinario sobre filiación natural 362

Grimaldo Sixta Guardia v. de, contra la Nación. — Juicio Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 573

Gutiérrez Rita contra el Departamento de Santander.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios (desistimiento)..... 321

— H —

Hanaberg Enrique contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 918

Henao Arias Eladio.—Casación por homicidio 161

Hernández Abel contra herederos de Inocen-

Págs.

cio Alvarez.—Juicio ordinario sobre exclusión de bienes de unos inventarios..... 787

Hernández Duque Eliseo—Casación por lesiones personales 853

— I —

La influencia del proceso penal en la acción civil ante el Juez Civil, según la legislación colombiana, por Arturo Tapias Pilonieta.. 337

Iragorri Díez Benjamín.—Se declara fundado el impedimento manifestado por este funcionario, para conocer de un proceso..... 207

— J —

Jaramillo Fidel Enrique.—Recurso de hecho en un proceso contra él por lesiones personales 860

Jiménez Luis.—Casación por delito frustrado de homicidio 197

León Misael.—Casación por homicidio..... 171

León Misael.—Casación por homicidio..... 503

Ley 67 de 1943, acusada por inconstitucionalidad en sus artículos 3º, 4º y 5º—Se ordena estar a lo resuelto en sentencia de 26 de julio de 1944..... 653

Ley 6ª de 1945, acusada como inexequible en su artículo 39—Se declara exequible la disposición acusada 3

Ley 40 de 1945, acusada como inexequible en su artículo 20, y Decreto 2076 de 1946, acusado por inconstitucionalidad en su art. 6º. 346

Ley 81 de 1946, sobre concesiones mineras, acusada como inexequible en su art. 38... 348

Londoño Mejía Ricardo y otra contra el Municipio de Manizales.—Juicio ordinario sobre petición de retiro de unos desagües y sobre indemnización de perjuicios..... 763

Londoño L. Rosendo contra Isabel Londoño v. de Londoño y contra Josefina Londoño.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato y sobre reivindicación.....,. 722

Lopera G. Leonidas y María Quinceno contra la sociedad colectiva "Flota Salgar". Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 695

López Pinzón Eustaquio.—Casación por homicidio 537

Losada Rafael.—Casación por lesiones personales 523

Lourido Máximo contra Francisca Mercado de Lourido—Juicio ordinario sobre nulidad de una sentencia proferida en un juicio de alimentos 426

— M —

Madero Manuel María y Vargas Vásquez Miguel.—Proceso contra ellos por responsabilidad en el ejercicio de sus funciones oficiales 558

Mafiol Rafaela Armenta v. de y otras, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 591

Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga.—Se sobresee definitivamente en favor de varios de ellos por los cargos de prevaricato y detención arbitraria formulados por el doctor Pedro Alzate Fernández 221

Magistrados del Tribunal del Trabajo de Cundinamarca—Denuncio contra ellos.—Se dispone enviarlo a los Jueces de Circuito Penal de Bogotá..... 153

Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué. Sobreseimiento definitivo en favor de va-

Págs.

rios de ellos por los cargos de prevaricato y abuso de autoridad..... 907

Mariño Jaimes Alberto—Cambio de radicación de un proceso contra él, por homicidio.... 824

Martínez Marín Efraín contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 607

Martínez Vanegas Jesús María—Apelación del Fiscal 2º del Tribunal Superior de Cali en el proceso adelantado contra aquél por lesiones personales 822

Masey Julia Argáez v. de contra Pablo Argáez Valenzuela. — Juicio ordinario sobre declaración de indignidad para suceder a Julio Tomás Argáez Valenzuela 677

Mejía Garcés Jorge. — Casación por lesiones personales 545

Mendoza Víctor M.—Casación por homicidio 561

Mesa Noscué Cruz.—Casación por homicidio. 863

Molina Callejas Germán contra la sociedad Pato Consolidated Gold Dredging Limited. Juicio sobre minas..... 54

Moncada Timoleón contra Matilde Garzón.—Juicio ordinario sobre revisión de un contrato, por lesión enorme..... 385

Monje C. Raquel contra la Nación. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 629

Moque Trinidad Suárez de, contra Eufrasio Bernal y Juan de Jesús Puentes. — Juicio ordinario sobre reivindicación..... 799

"Myrurgia, S. A." contra el Departamento de Caldas.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 611

Muñoz Ismael de J. y otro contra el Excmo. señor Joaquín García Benítez, Arzobispo de Medellín y otros—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento..... 760

Muñoz María E. Rojas de, y otra, contra Rogelio Rojas A. y otro.—Juicio ordinario sobre indignidad para suceder, sobre reforma de un testamento y sobre nulidad de unas escrituras 486

Muñoz Realpe Teófilo.—Se declara infundada una recusación propuesta contra un Magistrado del Tribunal Superior de Cali para conocer de un proceso seguido contra aquél por homicidio 543

— N —

Navarro T. Julio contra el Departamento de Cundinamarca.—Juicio ejecutico 598

— O —

Olarte Ismael de J. y otro contra el Municipio de Villeta.—Juicio ordinario sobre reivindicación 794

Ortega Florentino.—Casación por homicidio. 826

Osejo Efrén y Hernán contra Mercedes Solarte de Melo.—Juicio ordinario sobre reivindicación 137

Osorio María Teresa de Jesús contra Adán Luis Osorio.—Juicio ordinario sobre reivindicación 107

Osorno Vallejo Francisco.—Casación por homicidio 848

Ospina Duque Bernardo.—Sobresimiento definitivo en su favor..... 226

Ospina López Clarisa contra Jesús A. Alvarez.—Juicio ordinario sobre declaración de una presunta sociedad de hecho por concubinato 499

Págs.

— P —

Pachón Juan Manuel.—Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de ejercicio ilegal de la abogación..... 569

Padilla Tulio Hernán contra Dolores Ortiz de Duque. — Juicio ordinario sobre reivindicación 464

Parcialidad de Indígenas de Ipiales contra Moisés Mipaz y otros..... 112

Pardo Abaunza Israel.—Casación por homicidio 541

Patrón Luis Felipe contra Edmundo Pizarro. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 714

Peláez C. Pedro Pablo contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 928

Peña Zamorano Harold.—Sobreseimiento definitivo en su favor por el cargo de violación de la reserva del sumario..... 876

Perilla Benigno contra la Nación.—Juicio especial sobre cesantía..... 604

Perlaza Rosa Aura López de, contra Tránsito Collazos.—Juicio ordinario sobre reivindicación 727

Plaza Nicolás contra Jesús María Lasso—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato 811

Posso Francisco Antonio.—Casación por homicidio 556

Proyecto de ley (1948) "por la cual se aumentan unas asignaciones y se nivelan otras", objetado como inexequible en su artículo 4º..... 654

— Q —

Quintana Secundino—.Casación por robo.... 528

Quintero José.—Casación por homicidio..... 147

Pág.

— R —

Rahal José contra Juan Antonio Mejía.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 127

Ramírez Piñeres Jesús A. contra Ana Dolores Triana, como representante de los menores Blanca, Lilia, Samuel y María Triana.—Juicio ordinario sobre ineficacia legal de una sentencia y sobre reivindicación... 719

Ramos Elena contra Rosa Amelia Ibáñez de Viveros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 87

Rebolledo Luis Alberto.—Se inhibe la Corte de revisar el auto del Tribunal Superior de Barranquilla que rechazó una recusación propuesta contra el dicho Magistrado del mencionado Tribunal 835

Reyes Alvaro — Oposiciones a su propuesta sobre exploración y explotación de petróleos, hechas por Marco A. Iriarte y otros.. 295

Rincón José Alejandro.—Casación por homicidio 889

Rivera Soto Francisco contra Nicanor Galvis. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 103

Rodas Teresa Ocampo de, contra José Ocampo.—Juicio sobre rendición de cuentas.... 23

Rojas Herminia contra Abel Losada.—Juicio sobre filiación natural..... 45

Romero Deogracias contra la sociedad anónima "Galster & Crump" — Juicio ordinario sobre resolución de un contrato..... 391

Rondón Juan N. contra la Nación. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. Recurso de súplica en un incidente sobre honorarios de peritos..... 579

Rueda José María contra Luis Tapias Vivas y

Págs.

Olga Rueda Tapias.—Juicio ordinario sobre reivindicación 413

Ruiz Efraín.—Casación por robo..... 154

Ruiz Rebeca Prieto v. de, y herederos de Carlos H. Prieto contra Uladislao Prieto.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato 355

— S —

Saavedra Galindo Dimas.—Cambio de radicación de un proceso..... 149

Saavedra Lozano Saúl. — Se ordena cesar el procedimiento contra él en un proceso por detención arbitraria..... 843

Sabogal Raquel y Amancia contra Manuel Sabogal. — Juicio ordinario sobre simulación de un contrato..... 710

Sáenz Fety Luis contra la Nación—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. 622

Saladén Carmelo.—Apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo proferido en su favor en un proceso por abuso de autoridad 833

Saladén Marrufo Carmelo. — Sobreseimiento definitivo en su favor por demoras..... 896

Salvamento de voto de los Hs. Magistrados Dres. Alvaro Leal Morales, Víctor Cock, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Gabriel Rodríguez Ramírez y Domingo Sarasty M. y del Conjuez, doctor Miguel Aguilera, a la sentencia de la Sala Plena que declaró exequible el artículo 39 de la Ley 6ª de 1945..... 12

Salvamento de voto de los honorables Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Manuel José Vargas a la sentencia de la Sala Plena que declaró exequible el artículo 38 de la Ley 81 de 1946..... 352

Págs.

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Francisco Bruno a la sentencia de la Sala de Casación Penal, proferida en el recurso de casación de Misaél León por homicidio 513

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Francisco Bruno a la sentencia de la Sala de Casación Penal proferida en el recurso de casación de Rogelio Beltrán, por robo.. 535

Salvamento de voto de los honorables Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro Castillo Pineda, Ricardo Jordán Jiménez, Alvaro Leal Morales y Gabriel Rodríguez Ramírez a la sentencia de la Sala Plena que declaró exequible el Decreto número 5 de 1940..... 650

Salvamento de voto de los honorables Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Castillo Pineda, Alvaro Leal Morales y Luis Rafael Robles a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el art. 4º del proyecto de ley (1948) "por la cual se aumentan unas asignaciones y se nivelan otras" 660

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Hernán Salamanca a la misma sentencia.. 662

Sánchez Maximina Duque de, contra Lisandro Sánchez.—Juicio ordinario sobre separación de bienes..... 84

Sánchez Víctor Manuel.—Casación por robo. 884

Sanjuan Quintero José Arnulfo contra Eva Ninfa Ceballos o Quintero.—Juicio ordinario sobre falsedad y nulidad de una partida de matrimonio eclesiástico..... 418

Santos Pedro I. contra la Compañía "Industrias del Mangle, S. A."—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 459

Segura José de Jesús contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 615

Págs.

Sierra Londoño Gerardo.—Se revoca un sobreseimiento definitivo decretado en su favor 216

Sierra Adela contra Germán Sierra.—Juicio ordinario sobre reivindicación 33

Sierra María de la Cruz Ursula y otra contra Luis Eduardo Castaño—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento..... 398

Smith Wilfred.—Proceso contra él por lesiones personales 837

Sociedad Constructora, S. A., contra el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios causados por la ejecución de trabajos públicos..... 478

Sociedad Constructora, S. A., contra el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos 688

Suárez Emelina Muñoz de, contra Víctor M. Suárez y contra la sucesión de Jorge Enrique Suárez M.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato y sobre reivindicación 807

— T —

Tirado María Dolores Sánchez v. de, contra Juan de Dios Hoyos y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos..... 115

Toro Dolores Rada de, contra Tulia Mejía Duque y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre reivindicación 757

Triana Jorge contra el Municipio de Marsella. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 468

— V —

Vallejo Peláez Pedro contra la Universidad de Nariño.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 730

Págs.

Vanegas Gregorio contra Julián Tamayo.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 443

Vanegas Mendoza Manuel. — Sobreseimiento definitivo en su favor por detención arbitraria 899

Vargas Hernández Alejandro.—Casación por homicidio (solicitud de libertad provisional) 867

Vargas José A.—Apelación de un auto proferido en un proceso contra él por lesiones personales 552

Vargas Vásquez Miguel y Madero Manuel M. Proceso contra ellos por cargos de responsabilidad en ejercicio de sus funciones oficiales 558

Viñas Panizza Marcial contra Isaac Arana. Juicio ordinario sobre nulidad de un remate 495

— W —

Wilches Buenaventura contra Micaela Salas de Wilches—Juicio ordinario sobre nulidad de un juicio..... 818

— Z —

Zambrano Eduardo.—Se declara infundada la recusación propuesta por el defensor de éste contra el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor José Francisco Angulo 564

Zambrano Rodríguez Félix. — Casación por homicidio 554

Zapata Gildardo contra Adelaida Buitrago v. de Guerrero y otra.—Juicio ordinario sobre reivindicación 422

Zuluaga Salazar José María. — Casación por homicidio 167

REPUBLICA DE COLOMBIA
DIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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